

STUDIO TRIBUTARIO TOGNOLO

ASSOCIAZIONE PROFESSIONALE

DOTT. PAOLO TOGNOLO
DOTT. FRANCESCO SPURIO

OF COUNSEL
DOTT. ALBERTO VALENTINI

DOTT. GIANLUCA CICCARELLI
DOTT. MARCO LOVATI
DOTT. ANDREA MILLANI
AVV. GIUSEPPE D'AMICO
DOTT. MARIA TERESA CARABELLI
ANA PAULA PAVANELLO DO AMARAL*
AVV. ROSA BIANCOLLI
DOTT. VINCENZO ZURZOLO**

* ADVOGADA NO BRASIL

** SENIOR ECONOMIST

Spettabile

AGENZIA DELLE ENTRATE

email: dc.gci.internazionale@agenziaentrate.it

Consultazione pubblica sulla bozza della «Circolare ATAD n. 1 – chiarimenti in tema di società controllate estere (CFC) - articolo 167 del TUIR, come modificato dall'articolo 4 del decreto legislativo 28 novembre 2018, n. 142» e sulla bozza di Provvedimento Direttoriale «Disposizioni in materia di imprese estere controllate. Nuovi criteri per determinare con modalità semplificata l'effettivo livello di tassazione di cui al comma 4, lett. a), dell'articolo» 167 del TUIR.

1. Premessa

Studio Tributario Tognolo – Associazione Professionale accoglie positivamente e ringrazia l'Amministrazione finanziaria italiana per la consultazione pubblica sulla Bozza di Circolare e sulla Bozza di Provvedimento Direttoriale (nel seguito, la “**Bozza di Provvedimento**” e, congiuntamente alla Bozza di Circolare, le “**Bozze**”), con cui Codesta Agenzia delle entrate intende fornire indirizzi interpretativi – con la Circolare – e completare la disciplina applicativa – con il Provvedimento Direttoriale – della normativa CFC¹.

La disciplina relativa alle *controlled foreign companies*, introdotta nel nostro ordinamento con l'art. 1, lett. a), della L. 3422/2000 è stata oggetto di numerose modifiche nel corso degli anni. Il recente intervento innovativo apportato dall'art. 4 del D.Lgs. 142/2018 (c.d. “**Decreto ATAD**”), a seguito del recepimento della Direttiva UE 2016/1164 (c.d. “**Direttiva ATAD**”), ha reso necessari l'adozione della Circolare e del Provvedimento Direttoriale sottoposti alla presente consultazione. La complessità e la stratificazione delle modifiche che interessano la disciplina delle CFC rendono i provvedimenti di prossima pubblicazione particolarmente preziosi per gli operatori e per i contribuenti.

Studio Tributario Tognolo fornisce di seguito alcuni spunti ed osservazioni sulla Bozza di Circolare e sui connessi aspetti della Bozza di Provvedimento, senza alcuno scopo di esaustività, ma con l'intento di corroborare e rendere maggiormente chiari alcuni rilevanti passaggi contenuti nel citato documento.

¹ Di cui all'art. 167 del TUIR, rubricato “*Disposizioni in materia di imprese estere controllate*”.

Al fine di rendere immediata la consultazione e l'associazione dei commenti proposti, nel seguito del presente contributo saranno riprese le relative intitolazioni utilizzate da Codesta Agenzia delle entrate all'interno delle Bozze e sarà preventivamente segnalato se le considerazioni svolte attengono alla Bozza di Circolare, oppure alla Bozza di Provvedimento.

2. Bozza di Circolare – Il livello di tassazione del soggetto controllato (par. 4)

Criteria per la determinazione dell'effettivo livello di tassazione (par. 4.1) – Il livello di tassazione effettiva estera (par. 4.1.1)

All'interno dei citati paragrafi, la Bozza di Circolare richiama il comma 4 dell'art. 167 del TUIR, che continua a prevedere l'adozione di un apposito Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate con il quale sono «*indicati i criteri per effettuare, con modalità semplificate, la verifica della presente condizione, tra i quali quello della irrilevanza delle variazioni non permanenti della base imponibile*». Si tratta, del Provvedimento Direttoriale la cui Bozza è stata posta in consultazione congiuntamente a quella della Circolare.

Con riferimento al livello di tassazione effettiva estera e al fine di garantire l'imparzialità di approccio, si ritiene che la Bozza di Circolare debba motivare in maniera più dettagliata il seguente passaggio: «*Tenuto anche conto delle disposizioni introdotte dalla Direttiva, ai fini del calcolo della tassazione effettiva estera vanno considerati gli effetti di qualsiasi agevolazione fruita dalla controllata, anche se di carattere temporaneo e/o non strutturale, ovvero accordata in base ad un apposito accordo concluso con l'Amministrazione fiscale estera (cfr. paragrafo 5.1, lettera i) del Provvedimento*» (cfr. pag. 42). La precisazione si ritiene opportuna, posto che – invece – per il calcolo del livello di tassazione virtuale italiana del soggetto non possono rilevare le eventuali agevolazioni che potrebbero essere riconosciute nel nostro ordinamento (ad esempio, l'ACE, espressamente esclusa dal citato calcolo, ai sensi dell'art. 5.1, lett. e) della Bozza di Provvedimento)².

3. Bozza di Circolare – Circostanza esimente (par. 6)

Il par. 6 qui in commento fornisce i chiarimenti interpretativi connessi alla disposizione dell'art. 167, comma 5 del TUIR, che accorda la disapplicazione del regime CFC qualora l'entità controllata (o la stabile organizzazione) svolga nel proprio Stato di residenza (o stabilimento) «*un'attività economica effettiva, mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali*».

Con riferimento alla valutazione del radicamento dell'attività economica effettiva all'estero, la Bozza di Circolare – dopo aver correttamente evidenziato che simili analisi debbono essere adattate a seconda delle caratteristiche dei casi concreti – precisa: «*Resta inteso che la circostanza che l'entità estera svolga la sua attività economica sostanziale rivolgendosi al mercato di insediamento, sebbene non sia una condizione necessaria per la disapplicazione della CFC rule, sarà comunque valorizzata nell'apprezzamento dell'esimente, coerentemente con quanto previsto dalla Corte di Giustizia che, nella citata sentenza Cadbury Schweppes del 12 settembre 2006 (causa C-196/04), ha rilevato come*

² Con riferimento all'esclusione dell'ACE, si cfr. quanto affermato alle pagg. 42, 48-49 della Bozza di Circolare.

«la nozione di stabilimento di cui alle disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento implica l'esercizio effettivo di un'attività economica per una durata di tempo indeterminata, mercé l'insediamento in pianta stabile in un altro Stato membro». *Al riguardo, si evidenzia che l'attuale circostanza esimente, riflettendo l'evoluzione della giurisprudenza europea, ha sviluppato la nozione di "costruzione artificiosa", richiedendo che l'entità estera risponda a un insediamento reale che abbia per oggetto l'espletamento di attività economiche effettive e che sia dotata di una struttura idonea in termini di personale, attrezzature, attivi e locali»* (cfr. pag. 81).

Orbene, il collegamento tra attività economica svolta nel mercato di insediamento e l'insediamento effettivo in una giurisdizione estera non appare condivisibile, anche alla luce delle considerazioni svolte nel medesimo paragrafo della Bozza di Circolare. Infatti, come anticipato, è la stessa Bozza a chiarire che: *«La formulazione attuale [del comma 5], infatti, pur mantenendo analogie con la vecchia prima esimente di cui alla lettera a) del comma 5 dell'articolo 167 del TUIR, se ne discosta, anzitutto, per la portata più ampia, facendo riferimento allo svolgimento di "un'attività economica effettiva" e non più allo svolgimento di "un'effettiva attività industriale o commerciale". [...omissis...] La necessità che la struttura presenti una consistenza economica adeguata all'attività svolta vale anche per quelle entità che non svolgono un'attività propriamente commerciale, alle quali è comunque richiesta una presenza adeguata alle funzioni poste in essere. Ci si riferisce, in particolare, a quelle attività che non necessitano di una struttura organizzativa particolarmente complessa, come le holding o le società che gestiscono attivi immobilizzati senza svolgere alcuna attività di stampo industriale o commerciale»* (cfr. par. 79-80).

Dalla lettura dei passaggi appena riprodotti, emerge che codesta Agenzia delle entrate sostenga chiaramente la necessità di valutare l'insediamento dell'attività economica del soggetto, a seconda delle concrete caratteristiche e circostanze in base alle quali il soggetto stesso opera.

Ciò considerato, risulta allora incoerente affermare a priori – come avviene nel passaggio a pag. 81 citato *supra* – che lo svolgimento dell'attività economica all'interno del mercato di insediamento debba essere valorizzata per valutare l'applicabilità dell'esimente di cui al comma 5, dell'art. 167 del TUIR. Infatti, nello svolgere simili valutazioni, è necessario ricordare che la concretezza e genuinità dell'attività economica ben può essere dedotta e risultare dimostrata non solo rilevando che il mercato di sbocco dell'entità estera coincide con lo Stato di insediamento, ma anche – ad esempio – con il mercato di approvvigionamento.

Pertanto, al fine di garantire coerenza e imparzialità di approccio, si suggerisce di riformulare il riferimento al preventivo apprezzamento dell'operatività economica all'interno del mercato di insediamento in termini più esaurienti e tenendo conto di quanto appena suggerito.

4. Bozza di Circolare – Le operazioni straordinarie (par. 6)

Altre operazioni straordinarie (fusioni, scissioni e conferimenti) che coinvolgono CFC tassate per trasparenza (par. 8.2) – Fusioni (par. 8.2.1)

La Bozza di Circolare dedica il sesto paragrafo ai rapporti tra le operazioni straordinarie e il regime CFC. In tale sede, la Bozza citata non esplicita puntualmente cosa intenda per liquidazione e

cessione della CFC. Si suggerisce, dunque, di inserire una definizione dei citati concetti, affiancandole i riferimenti normativi ritenuti pertinenti nel caso di specie.

Stante la complessità della materia, il contenuto del presente documento non è esaustivo nell'analisi di tutte le tematiche contenute nelle Bozze. Nell'ipotesi di ulteriori occasioni di confronto lo Studio Tributario Tognolo manifesta la propria disponibilità a fornire eventuali ulteriori considerazioni.

Milano, 6 agosto 2021

Paolo Tognolo
Rosa Biancolli

Per chiarimenti sui commenti forniti da Studio Tributario Tognolo, si prega di contattare:

Paolo Tognolo	Managing Partner	paolo.tognolo@tognolo.com
Rosa Biancolli	Tax Associate	rosa.biancolli@tognolo.com