

Gruppo di lavoro

AIDC Milano

**Pubblica consultazione dell’Agenzia delle Entrate sulla bozza
di circolare e schema di provvedimento in merito alla
disciplina sulle Società controllate estere (Controlled Foreign
Companies, Cfc)**

Componenti:

Andrea Ballancin, Gianni Bitetti, Federico Brogna, Gloria Camurri, Sara Flisi, Carlo Galli, Giovanni Gallucci, Edoardo Ginevra, Fabio Landuzzi, Duilio Liburdi, Angela Monti, Sabrina Lombardo, Emanuele Lo Presti Ventura, Daniele Majorana, Michaela Marcarini, Luca Miele, Luca Nobile, Maricla Pennesi, Marco Piazza, Marco Salvatore, Salvatore Sanna, Massimiliano Sironi, Antonio Giovanni Tangorra, Andrea Vaglie, Ennio Vial, Michela Zeme.

Premessa

In relazione alla pubblica consultazione promossa dall’Agenzia delle Entrate in data 5 luglio 2021, con riferimento alla Bozza della circolare e dello Schema di provvedimento che forniscono chiarimenti in tema di applicazione delle disposizioni in materia di società controllate estere (CFC), il gruppo di lavoro formato dall’Associazione Italiana Dottori Commercialisti di Milano (AIDC Milano) esprime in premessa apprezzamento per il metodo scelto da parte dell’Amministrazione finanziaria, che consente sia al mondo accademico che agli operatori professionali di formulare osservazioni e commenti su materie di particolare interesse. Proprio in quest’ottica e in coerenza con lo spirito di collaborazione il gruppo di lavoro propone all’attenzione dell’Agenzia delle Entrate le seguenti osservazioni e commenti al documento, manifestando fin d’ora la più ampia disponibilità anche ad approfondire ulteriormente (qualora di interesse) i contenuti del presente scritto.

* * *

Modalità di redazione delle osservazioni e dei commenti

Per permettere una lettura più agevole delle osservazioni proposte si è preso a riferimento lo stesso schema che l’Agenzia delle Entrate ha utilizzato nella strutturazione della Bozza di circolare e dello Schema di provvedimento (di seguito per brevità, denominate anche rispettivamente “circolare” e provvedimento”), formulando commenti e osservazioni per specifici paragrafi.

Premessa di carattere generale

Come osservazione di carattere generale, appare opportuno ricordare che la disciplina sulle CFC, come modificata dal D.Lgs. 29 novembre 2018, n. 142, è entrata in vigore nel periodo di imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2018. Ha, quindi, già trovato applicazione in relazione a due periodi di imposta. Tale circostanza impone una riflessione in merito ai comportamenti adottati dai contribuenti in tali periodi non conformi alle “nuove” interpretazioni formulate dall’Agenzia delle Entrate nella Bozza di circolare in esame. E’, infatti, innegabile che alcune posizioni ivi espresse siano innovative rispetto al passato, e non necessariamente in conseguenza del mutato contesto normativo, o comunque non in linea con quanto fin qui osservato, in assenza di chiarimenti ufficiali di prassi, dalla dottrina prevalente.

In ragione di ciò è auspicabile che vengano fatti salvi, con riferimento agli atti e comportamenti assunti per i periodi di imposta 2019 e 2020, gli effetti di interpretazioni dei contribuenti difformi da quelle adottate e rese pubbliche con la Bozza di circolare in esame, purché non palesemente infondate o in contrasto con il novellato dettato normativo. Quanto meno, sarebbe opportuno esplicitare che tali comportamenti non siano passibili di integrare elementi suscettibili di irrogazione di sanzioni.

OSSERVAZIONI SULLO SCHEMA DI PROVVEDIMENTO

Tematica: criteri di determinazione della tassazione effettiva estera e della tassazione virtuale interna.

Schema di provvedimento: paragrafo 5 – punto 5.1 lett. g) – Il principio di equivalenza

Osservazioni: la Bozza di provvedimento ripropone, al punto 5.1 lett. g), il principio di equivalenza tra l'imposizione italiana nei limiti del 5% del dividendo o della plusvalenza, previsto negli artt. 87 co. 1 lett. c) e 89 co. 3 del TUIR, ed un regime di esenzione totale che preveda, nello Stato di localizzazione della controllata, l'integrale indeducibilità dei costi connessi alla partecipazione.

Tale affermazione, tuttavia, andrebbe nell’occasione, declinata in termini operativi.

Come noto, la circolare 16.6.2004 n. 25/E, al par. 5, evidenzia come la tassazione del 5% in Italia “*non risponda all’esigenza di voler attribuire parziale rilevanza reddituale al dividendo ma alla necessità di individuare, in maniera forfettaria, una quota di costi relativi alla gestione delle partecipazioni*”: su queste basi, il correttivo di cui sopra intenderebbe rendere equivalenti due sistemi connotati da identica esclusione da tassazione dei proventi in disamina, ma con un diverso criterio di identificazione dei costi connessi indeducibili.

Per realizzare tale obiettivo, però, si propongono all’operatore, in teoria, due soluzioni alternative:

- in un caso, infatti, si può ipotizzare di assimilare il regime estero a quello italiano, con conseguente imponibilità, entro la determinazione dell'ETR, di dividendi e plusvalenze al 5%, necessariamente accompagnata da un'integrale deducibilità dei costi connessi alle partecipazioni;
- in un altro, invece, si può pensare di assimilare il regime italiano a quello estero, con conseguente esclusione / esenzione totale, entro la determinazione del livello di tassazione "virtuale" italiano, di dividendi e plusvalenze dal concorso alla base imponibile, necessariamente accompagnata da un'integrale indeducibilità dei costi connessi alle partecipazioni.

Adottare l'uno o l'altro dei due comportamenti può portare a giudizi diversi, avuto riguardo, soprattutto, all'ipotesi di holding "pure", localizzate in giurisdizioni con bassi livelli di tassazione nominale.

Chiariamo con un esempio.

Si consideri una società estera con il seguente conto economico.

conto economico holding estera

costi amministrativi	20	dividendi	1.000
utile	980		

Si supponga, inoltre, che l'aliquota estera sia del 10% e che le plusvalenze o i dividendi siano integralmente **esenti** a fronte della **indeducibilità dei costi**.

Le conclusioni sono diverse a seconda che si assimili il regime estero a quello italiano (ipotesi 1) o si assimili il regime italiano a quello estero (ipotesi 2).

Ipotesi 1) assimilazione al regime italiano	
utile	980
variazione diminuzione dividendi	- 950
reddito imponibile	30
ires 24%	7,2
imposta estera 10% su reddito imponibile "italiano"	3,0

In questo caso il livello impositivo estero risulta inferiore al 50% di quello italiano ($7,2/2=3,6 > 3$) e la holding risulta paradisiaca: l'assimilazione al regime italiano determina la rilevanza dell'aliquota estera.

Ipotesi 2) assimilazione al regime estero	
utile	980
variazione diminuzione dividendi	- 1.000
variazione in aumento (costi indeducibili)	20
reddito imponibile	-
ires 24%	-
imposta estera 10%	-

In questo caso i due livelli impositivi coincidono e la società non è considerata paradisiaca: la misura dell'aliquota estera perde di rilievo.

Ragioni di coerenza sistematica e di equità sostanziale suggeriscono che la soluzione da adottare sia quest'ultima. Si ritiene in ogni caso auspicabile un chiarimento che dissipi i dubbi sull'applicazione della disposizione.

Si osserva in conclusione come si potrebbe prospettare, invero, una terza via, data dall'eliminazione dal bilancio della società estera delle partecipazioni pex iscritte all'attivo e dei rispettivi componenti di reddito: si potrebbe, in altre parole, pensare ad un approccio per certi versi simile a quello delle società di comodo dove non vengono computate ai fini del conteggio le partecipazioni detenute in società operative né ai fini dell'attivo, né ai fini del profilo reddituale. Tale soluzione, per quanto lontana dalla lettera del Provvedimento, è riportata per massima completezza ed ulteriore spunto di riflessione.

Tematica: variazioni temporanee dal riversamento non certo e predeterminato

Schema di provvedimento: paragrafo 5 – punto 5. 1 lett. d);

Paragrafo della circolare: 4.1

Osservazioni: un tema di particolare rilevanza attiene alla irrilevanza delle variazioni non permanenti della base imponibile in conformità a quanto previsto dall'art. 167 co. 4 T.U.I.R. Si ricorda che la Direttiva ATAD richiede l'adozione di modalità semplificate di calcolo dell'ETR, e che tale assunto è stato recepito dal Legislatore proprio nel citato comma 4, che demanda ad un provvedimento del Direttore dell'Agenzia

delle Entrate nel quale “sono indicati i criteri per effettuare, con modalità semplificate, la verifica della presente condizione, tra i quali quello dell’irrelevanza delle variazioni non permanenti della base imponibile (nostra sottolineatura)”. Come già per il calcolo del tax rate ai fini del regime CFC white di cui al comma 8-bis del previgente art. 167, la sterilizzazione delle variazioni non permanenti impone un ricalcolo dell’imposta estera (che potrebbe tra l’altro risultare anche superiore a quella in concreto determinata e pagata). Questo pone delicati problemi applicativi e necessità di ricalcoli delle sterilizzazioni e dei relativi *reversal* a volte complessi. Inoltre, la qualificazione in base alla legislazione tributaria estera di “*differenze temporali con riversamento certo e predeterminato*”, da contrapporre a quelle con riversamento non certo e predeterminato, che non devono essere sterilizzate, può risultare alquanto complicato, e impone approfondimenti che spesso richiedono l’ausilio di consulenze da parte del *tax advisor* locale, con aumento delle difficoltà, della discrezionalità del calcolo, nonché dei tempi necessari per la chiusura dell’ETR test.

Questo scenario oggi si complica oltremodo in quanto – in ottica di tutela erariale – lo Schema di provvedimento introduce una rilevante novità rispetto alle regole previgenti, imponendo di sterilizzare anche le variazioni a riversamento non certo e predeterminato, che abbiano dato luogo ad un incremento della base imponibile estera, dal che ne discende che siano obbligatoriamente da non sterilizzare quelle che comportino una riduzione della base imponibile. Si rileva come, nonostante l’apparente linearità dei criteri descritti dall’Agenzia, la loro applicazione pratica è tutt’altro che semplice, vieppiù tenendo conto che la nuova normativa estende l’applicazione dell’ETR test a tutte le giurisdizioni estere, e non più solo a quelle UE-SEE come in passato, imponendo quindi di entrare “nelle pieghe” della normativa tributaria anche di Paesi magari privi di chiarimenti certi in merito alla qualificazione di talune fattispecie.

Se non eliminabile la sterilizzazione delle variazioni temporanee per il calcolo dell’imposta estera (mantenendolo quindi solo per l’imposta virtuale domestica, soluzione certamente preferibile), sarebbe utile una esemplificazione da parte dell’Agenzia, che prenda in esame le variazioni da sterilizzare per il calcolo dell’imposta estera, almeno per tipologie.

Inoltre, in base al punto 5.1, lettera d), in deroga alla regola generale, le **variazioni temporanee dal riversamento non certo e predeterminato**, che normalmente assumono rilevanza ai fini dell’ETR test, resteranno irrilevanti come le altre variazioni temporanee:

- i) ai fini del calcolo della **tassazione effettiva estera**, quando abbiano dato luogo, all’estero, ad una imposizione anticipata di componenti positivi di reddito o a una deduzione posticipata di componenti negativi di reddito rispetto a quanto rilevato in bilancio;
- ii) ai fini del calcolo della **tassazione virtuale interna**, quando avrebbero dato luogo, in Italia, a una deduzione anticipata di componenti negativi di reddito o a una tassazione posticipata di componenti positivi di reddito rispetto a quanto rilevato in bilancio.

Trattandosi di una disposizione innovativa, sarebbe il caso che venisse introdotta una norma transitoria riguardo a riversamenti di variazioni già effettuate in precedenti esercizi, come del resto previsto dal secondo periodo della lett. d) in commento.

OSSERVAZIONI SULLO SCHEMA DI CIRCOLARE

Tematica: rapporto fra disapplicazione disciplina CFC e clausola generale antiabuso ex art. 10-bis, Legge 212/2000

Paragrafi della circolare: 1.3, ultimo capoverso, 11.1

Osservazioni: la Bozza di circolare rinvia all'applicazione della norma generale antiabuso (art. 10-bis, Legge 212/2000) nella valutazione di *“eventuali operazioni finalizzate e sottrarre redditi”* richiamando tuttavia il *“fine di verificare l'eventuale strumentalizzazione o aggiramento della normativa CFC e dei criteri direttivi indicati nella presente circolare”*.

Emerge perciò una sovrapposizione, ed altresì un conflitto, fra i co. 5 e 11 dell'art. 167 del Tuir, da una parte, e la disciplina richiamata della clausola generale antiabuso di cui all'art. 10-bis della Legge 212/2000, dall'altra. La Bozza di circolare non chiarisce il rapporto fra queste due norme, che obiettivamente dovrebbe essere risolto in modo definitivo per intervento normativo, ma si suggerisce:

- che venga precisato nella Bozza di circolare che, essendo la norma generale antiabuso conforme all'art. 6 della Direttiva ATAD, sia questa la disciplina di riferimento che sarà applicata in materia, risultando altresì i commi 5 e 11 dell'art. 167 non conformi alla giurisprudenza unionale in tema di onere della prova (ad es.: Corte UE cause C-115/16, C-118/16, C-119/16); e
- che venga modificato il riferimento testuale al momento riportato nella Bozza di circolare all'eventuale strumentalizzazione ed aggiramento di *“criteri direttivi della circolare”*, con una più idonea qualifica di *“criteri interpretativi”*. Infatti, la Bozza di circolare (pag. 18) sembra suggerire che la strumentalizzazione o aggiramento delle indicazioni del documento di prassi possano costituire abuso del diritto ai sensi dell'art. 10-bis della L. 27 luglio 2000, n. 212. Poiché le indicazioni di prassi, per quanto autorevoli ed accurate, non possono mai costituire fonte del diritto e, ancor meno, dar luogo ad ipotesi di abuso del diritto, si raccomanda la correzione/rimozione dell'inciso. Diversamente, si rappresenterebbe un inopinato ampliamento della nozione di abuso del diritto, non sorretto da base giuridica alcuna.

Tematica: soggetti controllanti non residenti

Paragrafo della circolare: 2.1 - La posizione degli OICR

Osservazioni: il riferimento agli OICR come destinatari della disciplina costituisce, a quanto risulta, una novità ed appare difficilmente comprensibile, dato che tali organismi, ancorché inclusi potenzialmente

tra i soggetti passivi IRES, sono sostanzialmente esenti dalle imposte sui redditi ai sensi dell'art. 73, comma 5-*quinquies*, del T.U.I.R. (per gli OICR diversi dai fondi immobiliari) e dell'art. 6, comma 1, del D.L. n. 351 del 2001 (per gli OICR immobiliari), salvo alcune limitate categorie di redditi per le quali è prevista l'applicazione di una ritenuta alla fonte in capo all'OICR.

Considerato il suddetto regime di esenzione, risultano di dubbia applicazione, nei confronti di un OICR italiano che detenga il controllo di una società estera, sia il meccanismo di tassazione per trasparenza previsto dall'art. 167, comma 8, del T.U.I.R. che fa riferimento all'«*aliquota media applicata sul reddito del soggetto cui sono imputati*», che l'obbligo di segnalazione nella dichiarazione dei redditi delle partecipazioni detenute in soggetti controllati non residenti, previsto dal successivo comma 11 del citato art. 167, considerato che gli OICR non sono tenuti a presentare alcuna dichiarazione dei redditi.

L'affermazione che gli OICR residenti sono soggetti al regime CFC senza ulteriori precisazioni rischia di ingenerare incertezze, poiché non è infrequente che fondi d'investimento italiani (specie quelli alternativi) detengano sia direttamente sia indirettamente, attraverso OICR partecipati o nell'ambito di strutture *master-feeder*, partecipazioni di controllo in CFC senza che, per questo, siano presenti i potenziali elementi di abuso che la disciplina CFC intende contrastare. L'investimento, infatti, è detenuto dall'OICR italiano, per conto di una pluralità di investitori nessuno dei quali detiene il controllo diretto o indiretto della CFC. L'inserimento degli OICR italiani nel novero dei soggetti interessati dalla disciplina è, inoltre, incoerente con il fatto che il legislatore non prevede che i dividendi provenienti da Paesi a fiscalità privilegiata percepiti da OICR italiani siano tassati integralmente in capo all'OICR.

Tematica: soggetti controllanti non residenti

Paragrafo della circolare: 2.2- Trasferimento di soggetto estero in Italia

Osservazioni: l'affermazione secondo cui potrebbe sorgere una stabile organizzazione in Italia della società che ha trasferito la residenza in Italia nella seconda parte dell'anno andrebbe meglio approfondita. La stessa è certamente condivisibile nel caso in cui anche lo Stato estero non adotti, come l'Italia, lo *split year*. L'ente in questo caso sarà considerato residente solo nello Stato estero per tutto il periodo d'imposta e sarà certamente possibile che nella frazione di esercizio successiva al trasferimento si presuma l'esistenza di una stabile organizzazione in Italia del soggetto fiscalmente residente anche se tale soggetto, civilisticamente, ha in Italia la sede principale e non una sede secondaria. Per inciso, andrebbe evidenziato che non vi è stabile organizzazione se l'attività svolta nella frazione d'esercizio non ha i connotati dell'esercizio di un'impresa (è il caso delle *holding* di mera detenzione di attività finanziarie)¹.

Più difficile appare configurare una stabile organizzazione in Italia di un soggetto fiscalmente residente all'estero quando nello Stato estero il periodo d'imposta si chiuda nella data del trasferimento della sede,

¹ Cfr., ad esempio, oltre alla risposta ad interrogazione parlamentare n. 5-03428/2004, cit., anche la circolare n. 53/E/2004, par. 2.1.2.

con conseguente cessazione della soggettività tributaria dell'ente. La Bozza di circolare sembra quindi fondarsi, sotto questo aspetto, essenzialmente sulla necessità di evitare che il trasferimento di residenza possa generare fenomeni di doppia non tassazione del reddito.

Sotto questo aspetto non si può far a meno di osservare che gli inconvenienti descritti non si porrebbero se anche nella prassi italiana venisse ammesso che il par. 2 dell'articolo 4 delle convenzioni conformi al modello OCSE ha anche lo scopo di regolare i casi di doppia residenza fiscale che possono verificarsi nell'anno del trasferimento, stabilendo che, in queste ipotesi si applica lo *split year*, come illustrato nel par. 10 del Commentario all'articolo 4.

Andrebbe superata la risoluzione 471/E del 2008 che ritiene che lo *split year* sia applicabile solo nelle convenzioni con la Svizzera e la Germania nelle quali è espressamente regolamentato. Non è esatta infatti la premessa della risoluzione secondo cui il paragrafo 10 del Commentario OCSE all'articolo 4, paragrafo 2, del Modello di Convenzione, stabilirebbe che gli Stati membri possano prevedere, nelle singole Convenzioni bilaterali, il frazionamento del periodo d'imposta. Il frazionamento, infatti, non è un regime opzionale ma è insito nello stesso articolo 4, par. 2.

Tematica: qualificazione di una stabile organizzazione in Italia di soggetto non residente come soggetto controllante

Paragrafo della circolare: 2.2

Osservazioni: una delle novità introdotte nell'art. 167 del T.U.I.R. riguarda l'ampliamento della platea dei soggetti cui si applica la disciplina CFC e in particolar modo alle stabili organizzazioni italiane dei soggetti di cui all'art. 73, co. 1, lett. d) del T.U.I.R. che controllano soggetti non residenti.

Sul punto, come ben richiamata dalla Bozza di circolare, la relazione illustrativa al Decreto ATAD ha chiarito che l'estensione dell'ambito soggettivo alle stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti è limitata alle sole partecipazioni in società controllate estere che sono parte del patrimonio della stabile organizzazione.

Tuttavia, non si ritrovano nel testo della Bozza di circolare indicazioni precise e univoche che consentano ai contribuenti di valutare se una partecipazione detenuta in una società estera possa dirsi "appartenere" al patrimonio della stabile organizzazione italiana di un soggetto non residente. Sul punto, infatti, la Bozza di circolare si limita a richiamare in maniera generica documenti e concetti espressi in ambito OCSE (*i.e.* il "Report on the attribution of profits to permanent establishment" del luglio 2010 e il principio sottostante il c.d. *functionally separate entity approach*) senza sviluppare nel dettaglio le specifiche tematiche che ne derivano.

Sarebbe pertanto auspicabile che fosse meglio specificato che, affinché una partecipazione in una società non residente possa essere fatta rientrare tra gli *asset* di una stabile organizzazione italiana, non è sufficiente che tale partecipazione sia iscritta formalmente nel "bilancio" (tenuto anche conto che, stante la natura della stabile organizzazione stessa, detto bilancio assume rilevanza meramente "figurativa", al fine di consentire alla stabile organizzazione di documentare al meglio gli accadimenti contabili e la

determinazione dei risultati aziendali che conducono, in ultima istanza, alla determinazione del reddito imponibile) della stabile organizzazione, ma è necessario che vi sia una “effettiva connessione” della partecipazione nel soggetto controllato estero alla stabile organizzazione in Italia. In tal senso, un richiamo dovrebbe essere fatto al paragrafo 32.1. del Commentario OCSE all’art. 10 del Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni del 2017, dove viene chiarito che *“a holding in respect of which dividends are paid will be effectively connected with a permanent establishment, and will therefore form part of its business assets, if the “economic” ownership of the holding is allocated to that permanent establishment”* sulla base dei principi espressi nel citato report OCSE del 2010 in tema di attribuzione dei profitti alla stabile organizzazione ai fini dell’applicazione dell’art. 7, co. 2 del Modello OCSE di Convenzione (si veda nello specifico i paragrafi 72-97 della Parte I). Sul punto, sarebbe poi opportuno specificare che per *“economic ownership”* di una partecipazione deve intendersi *“the equivalent of ownership for income tax purposes by a separate enterprise, with the attendant benefits and burdens (e.g. the right to the dividends attributable to the ownership of the holding and the potential exposure to gains or losses from the appreciation or depreciation of the holding)”*.

Le specificazioni sopra riportate devono ritenersi rilevanti al fine di evitare che si presuma che la partecipazione rappresenti un *asset* della stabile organizzazione – e venga pertanto applicato il regime CFC –, per il semplice fatto che esistano rapporti di natura commerciale e/o finanziaria tra la stabile organizzazione italiana e la società estera controllata.

Tematica: soggetti controllanti non residenti

Paragrafo della circolare: 2.3 - Considerazioni in materia di trust

Osservazioni:

1) Il trust viene menzionato in varie occasioni nella Bozza di circolare. A pagina 19 il trust può essere uno dei “soggetti” che può vedersi imputare i redditi della società CFC.

A pagina 22, invece, il trust viene identificato anche tra i soggetti esteri che in aggiunta agli OICR, alle società e alle stabili organizzazioni, possono rientrare nel regime CFC ossia determinare la tassazione per trasparenza in capo al soggetto residente in Italia controllante.

Va chiarita la portata di tale impostazione. Il chiarimento, come evidenziato nella Bozza di circolare, sarebbe già emerso in occasione della circolare 35/E/2016. Si legge, infatti, che *“In merito all’istituto del trust, si ricorda, che la circolare 4 agosto 2016, n. 35/E ha chiarito che la generica locuzione utilizzata dal legislatore «le imprese, le società e gli enti non residenti nel territorio dello Stato» è idonea ad includere anche i trust esteri”*.

In realtà, il chiarimento non appariva assolutamente chiaro all’epoca della C.M. 35/E/2016, atteso che l’unico passaggio in cui viene menzionato il trust nella C.M. 35/E/2016, a parte dei riferimenti normativi in nota, è il seguente: *“Si ritiene che il riferimento a tutti i soggetti titolari di reddito di impresa non abbia lo scopo di differenziare la disciplina applicabile in ragione della natura propria del soggetto estero; l’irrilevanza della forma giuridica della CFC estera, ai fini della determinazione del suo reddito, è peraltro coerente con la disposizione di cui all’articolo 73,*

comma 1, lettera d) del TUIR, secondo cui le società e gli enti di ogni tipo, compresi i trust, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato, sono soggetti passivi IRES”.

L’inclusione del trust tra i soggetti “partecipati” cui può essere applicata la disciplina CFC non appariva così scontata dalla lettura della circolare del 2016.

Invero, il chiarimento attinente all’inclusione del trust tra i soggetti esteri interessati appare del tutto nuovo e non scevro di criticità atteso che al trust mal si adatta il concetto di controllo ai sensi dell’art. 2359 c.c. che rappresentava, fino al 2018, l’unica casistica di controllo rilevante ai fini della disciplina CFC.

Questa considerazione, peraltro, trova conferma anche nella Bozza di circolare dove si legge che “*Il requisito del controllo ex articolo 2359 c.c. previsto dalla disciplina CFC non è applicabile rispetto a questi soggetti [ossia i trust esteri]”.*

La posizione della Bozza di circolare appare pertanto contraddittoria: da un lato afferma (in modo peraltro discutibile) che i trust erano già inclusi tra i soggetti esteri dalla C.M. 35/E/2016 quando all’epoca l’unico controllo era quello dell’art. 2359 c.c., dall’altro afferma (correttamente) che il controllo sui trust non può essere quello dell’art. 2359 c.c.. In realtà, questa contraddizione viene forse risolta subito dopo. Il passaggio successivo della Bozza di circolare, infatti, precisa che “*mentre per i trust qualificati come trasparenti ai fini dell’ordinamento italiano è applicabile il requisito della partecipazione agli utili. È necessario, a tal fine, che il beneficiario sia individuato e che questo risulti titolare del diritto di pretendere dal trustee il pagamento della sua quota di reddito. Conseguentemente la norma in esame troverà applicazione, ad esempio, nel caso di beneficiari non residenti, a loro volta controllati da soggetti residenti o localizzati in Italia. Diversamente, nell’ipotesi in cui il beneficiario individuato fosse residente, questo sarebbe già tenuto a tassare per trasparenza il reddito imputatogli dal trust, ai sensi dell’articolo 73, comma 2, del TUIR”.*

Potrebbe forse emergere, dalla lettura della Bozza di circolare, che, in tema di cfc, l’ambito del trust estero non riguardi tanto il trust in sé, ma sia confinato al caso in cui il soggetto estero controllato (che deve essere diverso dal trust: ad esempio una società) sia il beneficiario di un trust trasparente oppure, eventualmente, di un trust extracomunitario paradisiaco.

Questo approccio, se chi scrive lo ha correttamente interpretato, appare assolutamente condivisibile ma allora va stemperato il passaggio iniziale, peraltro non rinvenibile in modo chiaro nella C.M. 35/E/5016, dove si menziona il trust nell’ambito oggettivo di applicazione della disciplina CFC ossia come soggetto controllato.

Secondo una possibile interpretazione alternativa, si potrebbe ritenere che la disciplina CFC trovi effettiva applicazione al trust estero e che lo scopo di tale previsione sia quello di determinare una possibile anticipazione della imputazione del reddito dal trust.

In altre parole, si potrebbe pensare che il beneficiario italiano di un trust opaco paradisiaco, che, ai sensi dell’art. 44 co. 1 lett. g sexies) viene tassato per cassa, subirebbe una possibile imputazione per trasparenza del reddito del trust. L’imputazione per trasparenza anticipa la tassazione del reddito per cassa. Questa

interpretazione, tuttavia, appare incongrua in quanto si colpirebbero con la disciplina CFC anche i trust comunitari che non possono essere considerati paradisiaci ai fini della tassazione dei beneficiari. Inoltre, i beneficiari ben potrebbero non essere titolati ad avere le informazioni necessarie per dichiarare il reddito da parte del trustee.

Ragionevolmente, l'inclusione dei trust tra i soggetti che rientrano nella disciplina cfc in quanto potenzialmente controllati e paradisiaci, non mira a colpire tanto il classico trust ben strutturato con disponente, trustee e guardiano, quanto magari eventuali strutture che presentano il nome di trust ma che nella pratica operano come fondi o come società.

L'Agenzia, ad esempio, ha già avuto modo di assimilare ad una società semplice la Anstalt del Liechtenstein nella risposta 433 del 2020.

La Bozza di circolare menziona poi il caso del trust interposto laddove precisa che *“Resta inteso che, se il potere di gestire e disporre dei beni permane in tutto o in parte in capo al disponente e ciò emerge dall'atto istitutivo del trust o da elementi di fatto, il trust deve considerarsi inesistente dal punto di vista dell'imposizione dei redditi da esso prodotti. In altri termini, in tali casi il trust viene a configurarsi come struttura meramente interposta rispetto al disponente, al quale devono essere attribuiti i redditi solo formalmente prodotti dal trust (cfr. circolare del 27 dicembre 2010, n. 61/E)”*.

Si ricorda, peraltro, che l'interposizione potrebbe configurarsi anche nei confronti di soggetti diversi dal disponente, come ad esempio, in capo ai beneficiari.

L'Agenzia potrebbe cogliere l'occasione per fornire alcune precisazioni anche in merito all'applicazione del regime di tassazione dei beneficiari di trust opachi paradisiaci (art. 13 D.L. 124/2019 citato nella nota 10 della Bozza di circolare).

I passaggi della Bozza di circolare, precedentemente citati, permettono, invero, di individuare alcune conclusioni:

- il concetto di controllo ex art. 2359 cc non è applicabile ai trust esteri;
- nemmeno il concetto di controllo inteso come maggioranza della partecipazione agli utili può essere utilizzato in modo pacifico in quanto la Bozza di circolare fa esclusivamente riferimento al caso del trust trasparente e si limita a citare solo in nota il trust opaco paradisiaco. Peraltro, essendo il trust opaco, sussistendo quindi un potere discrezionale del trustee, non è sempre determinabile in modo chiaro se sia configurabile una partecipazione di maggioranza agli utili.

Non è, pertanto, chiaro se la circolare volesse prendere posizione sulla portata della novella dell'art. 13 D.L. 124/2019 a parte affermare che al trust non si adatta il controllo ex art. 2359 cc.

2) Le osservazioni in tema di trust possono essere sviluppate anche secondo la direttrice che segue, sulla scorta, in particolare, della distinzione riportata anch'essa nell'immediato prosieguo.

▪ Trust esteri e beneficiari residenti in Italia

Alla luce delle modifiche apportate all'art. 44 co. 1 del TUIR dal DL n. 124/2019, così come convertito, il sistema di tassazione dei redditi di un trust non residente, nella misura in cui, ovviamente, non considerato fittiziamente interposto, appare imperniato sulle seguenti regole:

- i redditi prodotti nel territorio dello stato *ex art. 23 del TUIR* sono tassati, una sola volta, in capo al trust in commento, con l'unica eccezione della loro quota parte attribuibile a beneficiari individuati residenti in Italia, da considerarsi per essi "*reddito di capitale*";
- i redditi prodotti dall'estero sempre dal trust in questione assumono rilevanza in Italia, quali, nuovamente, "*reddito di capitale*", solo se e quando corrisposti a percipienti residenti, beneficiari individuati o meno, all'ulteriore condizione per cui il trust sia stabilito in Stati e territori a fiscalità privilegiata *ex art. 47-bis del TUIR*.

In questo scenario, stante l'asserita applicazione della disciplina CFC alle forme giuridiche estere che non possono essere qualificate come impresa o società, e quindi anche ai trust esteri non commerciali, è dato notare come quanto normato dall'art. 167 del TUIR possa aggiungere qualcosa (anche) allo scenario che vede un contribuente residente in Italia beneficiario individuato di un trust estero: il tutto, tuttavia, entro ambiti ben circoscritti sulla cui individuazione è auspicabile una comunanza di vedute, non è dato sapere se integrata alla luce dei sintetici passaggi sul tema riportati dalla Bozza di circolare (pag. 22) e, più in generale, dall'assenza ad oggi di una chiara presa di posizione dell'Amministrazione circa gli interventi recati, appunto, dal DL n. 124/2019.

In particolare:

- ove il predetto contribuente detenga una partecipazione diretta agli utili, *rectius* ai redditi del trust, superiore alla soglia del 50%, e quindi sia un beneficiario individuato di particolare significatività, e, contemporaneamente,
- si verta sulla seconda delle due ipotesi di redditi innanzi tracciate, ovvero quella del reddito prodotto fuori dall'Italia da un trust "*paradisiaco*", e da esso solo, giudicato tale, a questo punto, sulla base del criterio *ex art. 47-bis co. 1 lett. a) del TUIR*, lo stesso potrà essere imputato per competenza al primo, così anticipando la sua rilevanza per cassa.

In altre parole, se circa i redditi prodotti in Italia la disciplina CFC non pare qui aggiungere nulla di significativo a quanto già previsto dall'art. 44 co. 1 lett. *g-sexies* del TUIR, in riferimento a quelli prodotti oltreconfine, invece, la stessa può dare oltremodo corso agli interessi dimostrati dal Legislatore, nella misura in cui, tuttavia, si sia in presenza di fattispecie "*privilegiate*" e di esse sole.

■ Trust esteri e beneficiari non residenti

Ci si intende soffermare sulla seguente affermazione della Bozza di circolare (pag. 22): "*Conseguentemente la norma in esame troverà applicazione, ad esempio, nel caso di beneficiari non residenti, a loro volta controllati da soggetti residenti o localizzati in Italia*". Lo scenario prefigurato dall'Agenzia delle Entrate, in particolare, appare simile a quello della stabile CFC di soggetto estero virtuoso controllato, qui, appunto, beneficiario individuato del trust: se così fosse, tuttavia, si dovrebbe prevedere espressamente una gestione della fattispecie sulla falsariga di quanto disposto, appunto, per il caso appena citato oppure, a ben vedere, per le entità trasparenti, con tutti i distinguo del caso

legati in primo luogo alla misura in cui il trust sia riconosciuto, o meno, trasparente nella giurisdizioni di localizzazione sua e/o del beneficiario.

Tematica: requisito del controllo ed imputazione per trasparenza

Paragrafo della circolare: 3

Osservazioni: la circolare afferma che, in relazione al controllo economico, la norma non individua in maniera puntuale il titolo giuridico o lo strumento finanziario che attribuisca al soggetto residente il diritto alla partecipazione agli utili, in quanto, in ragione delle finalità della disciplina, sarebbe limitativo far riferimento agli strumenti finanziari attualmente adottati in Italia come, ad esempio: gli strumenti finanziari partecipativi, dotati o meno di diritti amministrativi; i contratti assimilabili al contratto di associazione in partecipazione oppure al contratto di cointeressenza; i prestiti partecipativi, cartolarizzati o meno, che attribuiscono al prestatore una remunerazione rappresentata, in tutto o in parte, dalla partecipazione agli utili. Più in generale, infatti, il requisito del controllo economico deve ritenersi soddisfatto ogniqualvolta si possa vantare il diritto a partecipare a più del 50 per cento degli utili dell'entità controllata, a prescindere dal *nomen iuris* del contratto o dello strumento contemplato nella giurisdizione estera. A questo proposito si dovrebbero dare istruzioni sul comportamento da tenere nel caso in cui l'entità estera abbia emesso strumenti finanziari che prevedono una partecipazione agli utili subordinata al verificarsi di determinati eventi con la conseguenza che al termine di ciascun esercizio, pur avendo l'entità estera prodotto un reddito (che andrebbe tassato per trasparenza in capo ai soci che ne detengono il controllo) non sia ancora nota l'entità del reddito spettante al possessore dello strumento. In particolare, se sia ai fini della verifica del controllo economico, sia ai fini dell'imputazione del reddito si debba operare come se la condizione fosse verificata oppure, come, parrebbe più logico, si debba ignorare la partecipazione agli utili relativa allo strumento partecipativo. In questo secondo caso, tuttavia, sarà imputato per trasparenza ai partecipanti diversi dai possessori dello strumento partecipativo un reddito che, al verificarsi della condizione, non avranno diritto di percepire. Dovrebbe essere definito un criterio per evitare la doppia imposizione.

Inoltre, sempre con riguardo al tema del controllo economico, andrebbe chiarito l'inquadramento (ai fini degli argomenti trattati nella Bozza di circolare) di alcune fattispecie. In particolare, andrebbe confermato che nel rapporto tra numero delle azioni con diritto agli utili detenute dal soggetto residente e numero delle azioni che danno diritto agli utili emesse dalla società estera vadano incluse anche le azioni prive del diritto di voto, diversamente da quanto previsto nell'ambito della normativa sul consolidato dall'art. 120, c. 1, lett. b), TUIR.

Andrebbe, altresì, confermato che anche l'usufruttuario, ancorché privo del diritto di voto nella società estera, possa assumere la qualifica di controllante ai sensi dell'articolo 167, laddove il diritto agli utili ad esso riferibile superi il 50 per cento.

Inoltre, si potrebbe porre la questione legata all'esistenza di particolari categorie di azioni. In particolare, non è chiaro se in presenza di azioni privilegiate nella distribuzione degli utili il calcolo della quota di partecipazione agli utili debba essere compiuto *ex post*, prendendo a riferimento i dividendi effettivamente distribuiti al soggetto partecipante, o, in astratto, *ex ante*; in altre parole, occorre chiarire se il requisito posto dalla lettera b) del comma 2 dell'art. 167 TUIR debba essere riscontrato *ex post*, verificando l'utile effettivamente riscosso dal socio in rapporto all'ammontare di utile distribuito, oppure *ex ante*, sulla base dell'astratta possibilità del socio di conseguire un utile che sia superiore al 50 per cento dell'utile di bilancio della società estera in ragione dei diritti connessi alle azioni possedute.

Per quanto invece attiene al controllo di diritto, corrispondente alla disponibilità della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria della entità estera, andrebbe chiarito se tale presupposto sussiste anche nel caso di previsioni dello Statuto che impongono quorum qualificati per l'approvazione di determinate delibere. Può accadere, infatti, che, ad esempio, il socio di maggioranza detenga una partecipazione del 55% ma le clausole presenti nello Statuto impongano maggioranze qualificate, superiori al 60 per cento, per la validità di talune delibere assembleari; si pensi a quelle attinenti alla nomina e revoca degli amministratori. In tal caso, il soggetto che dispone del 55% dei diritti di voto è un soggetto controllante ai fini della normativa sulle CFC? Caso analogo, ma agli effetti della tassazione consolidata, è stato affrontato nella risoluzione n. 245/E/2009 laddove codesta Agenzia ha affermato che "l'eventuale impossibilità, di fatto, del soggetto controllante di diritto di esercitare il potere di determinare in modo unilaterale ed autonomo le scelte gestionali della società consolidata e di imporre definitivamente ed autonomamente la propria volontà nell'organo assembleare di quest'ultima, non costituisce causa ostativa all'attivazione del regime del consolidato nazionale, qualora, come nel caso di specie, detto soggetto detenga una partecipazione cui corrisponde la maggioranza dei diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria della società partecipata".

Tematica: requisito del controllo

Paragrafo della circolare: 3 - Le catene partecipative, le *joint-ventures* e le partecipazioni detenute da familiari

Osservazioni:

Catene partecipative

La Bozza della circolare afferma, condivisibilmente, che ai fini della verifica del rapporto, il controllo *ex* articolo 2359 c.c. deve essere calcolato senza ricorrere al meccanismo della demoltiplicazione della catena societaria (pag. 32). Ciò significa, così si legge, che "*se, ad esempio, il soggetto A controlla il 60 per cento del soggetto B e il 70 per cento del soggetto C, e a loro volta questi ultimi partecipano rispettivamente al 35 per cento il soggetto estero CFC, il requisito del controllo ex articolo 2359 c.c. è verificato in capo ad A (indirettamente A controlla, infatti, il 70 per cento dei diritti di voto in CFC)*".

Tanto premesso, andrebbe indicato a chiare lettere che quanto precede può, ovviamente, portare a concludere dell'irrelevanza di determinate strutture ai fini della disciplina CFC. Il caso al quale ci si riferisce è, ad esempio, quello in cui il soggetto A partecipi direttamente al 35% il soggetto estero CFC mentre il 65% di quest'ultimo è detenuto dal soggetto B, partecipato per il 51% dal soggetto C e per il restante 49% da A: ove B e C controllino, rispettivamente, CFC e B in ragione, appunto, delle partecipazioni detenute e tra A e C sussista una totale terzietà, anche in termini familiari, la partecipazione indiretta detenuta da A nella CFC per il tramite di B non andrà sommata in alcun modo a quella che sempre A detiene, invece, direttamente nella seconda (i.e. 35%).

Joint venture

La circolare in commento ha confermato che, in linea di principio, l'ipotesi di controllo congiunto non assume rilevanza ai fini della disciplina CFC, richiamando quanto chiarito dalla ris. Agenzia delle Entrate 30.7.2008 n. 326, secondo la quale la nozione di controllo individuata dall'art. 2359 c.c. presuppone necessariamente l'esistenza di una situazione in cui un unico soggetto abbia la capacità di influire in modo determinante sulle scelte operate da un altro soggetto (pag. 30): quindi, in linea, sempre, generale, la disciplina CFC non dovrebbe essere applicabile alle joint venture "paritetiche".

Tuttavia, la Bozza di circolare precisa che *"non si può escludere in termini assoluti la possibilità che anche in presenza di una partecipazione paritetica alla società (50 per cento in capo a ciascun socio) sia individuabile una situazione di controllo da parte di uno dei due soci. Infatti, l'ampiezza del concetto di controllo prevista dall'articolo 2359 c.c. richiede un'analisi approfondita del complesso dei rapporti intercorrenti tra i soggetti coinvolti al fine di verificare se uno di essi eserciti sull'altro un'influenza dominante in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa"*. In presenza di joint venture, quindi, si richiede comunque di verificare se uno dei due soci possa condizionare, di fatto, le scelte dell'entità partecipata estera; in altre parole, risulterebbe necessario analizzare, sulla base di un concreto riscontro dei poteri riservati ai soci della joint venture, se uno di essi sia in grado di esercitare un'influenza dominante sulla stessa.

Con riferimento alle joint venture, pertanto, sembra che l'orientamento dell'Agenzia delle Entrate sia quello di ricomprendere nel regime CFC tutte quelle le situazioni di "controllo di fatto".

Tuttavia, si ritiene che, in considerazione del fatto che il regime CFC si pone l'obiettivo di evitare la localizzazione di redditi in Paesi a fiscalità privilegiata, andrebbe precisato che ai fini dell'art. 167 del TUIR il controllo di fatto andrebbe circoscritto a quelle situazioni contrattuali che incidono sulla distribuzione degli utili.

Diversamente, infatti, potrebbe rientrare nel regime CFC, ad esempio, la società residente in Italia che partecipa ad una joint venture paritetica che possiede il solo diritto di nominare la maggioranza degli amministratori, mentre l'altra associata vi rimarrebbe esclusa pur possedendo la medesima quota di partecipazione al capitale e agli utili.

Partecipazioni detenute da familiari

In merito alle persone fisiche che possiedono una partecipazione in un soggetto estero, la Bozza di circolare conferma l'applicazione dell'art. 1, comma 3 del DM 21 novembre 2001 n. 429 (decreto attuativo delle disposizioni CFC), secondo cui, per la verifica del requisito del controllo civilistico di cui all'art. 2359, commi 1 e 2, c.c. si tiene conto anche dei voti spettanti ai familiari (coniuge, parenti entro il terzo grado e affini entro il secondo grado) del soggetto residente (pag. 31). Possono quindi essere soggetti alla disciplina CFC i componenti della medesima famiglia che, congiuntamente, possiedono la maggioranza dei diritti di voto nell'assemblea di una società estera che integra i requisiti in materia di "passive income" e di tassazione effettiva inferiore alla metà di quella applicabile in Italia: si pensi, ad esempio, al caso di un contribuente residente che possiede il 30% di tale partecipata estera e allo stesso tempo il 25% della medesima risulta posseduto dal proprio coniuge.

Tanto premesso, partendo dal presupposto che risulta integrato il controllo ai fini del regime CFC, l'imputazione del reddito per trasparenza dovrebbe avvenire per il 30% sul contribuente e per il 25% sul suo coniuge: andrebbe, però, chiarito se il quadro FC del modello REDDITI debba essere presentato da entrambi oppure se possa essere presentato da un solo contribuente.

Tematica: livello di tassazione estera

Paragrafo della circolare: 4 - Il livello di tassazione del soggetto controllato estero

Osservazioni: la Bozza di circolare reca, tra le tante, una novità in merito ai criteri per la determinazione dell'effettivo livello di tassazione. In particolare, il riferimento è a quanto affermato a pag. 42 in relazione al livello di tassazione effettiva estera. Si legge che, a tal fine, *"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)*). Si tratta di un mutamento interpretativo rispetto a quanto indicato con il precedente Provvedimento 143239/2016 laddove, nel par. 5.1, lettera i), si legge che *"non sono considerati gli effetti sul calcolo del reddito imponibile o delle imposte corrispondenti di eventuali agevolazioni di carattere non strutturale riconosciute dalla legislazione dello Stato estero, per un periodo non superiore a cinque anni, alla generalità dei contribuenti"*.

Tale orientamento rischia, se ben comprendiamo, di determinare forti criticità laddove confrontato con quanto invece sostenuto nella Bozza di circolare (e nel provvedimento) in merito al computo del *tax rate* virtuale domestico. Infatti, in riferimento a quest'ultimo, a pag. 48, riferendosi al paragrafo 5.1, lettera f) del provvedimento, si afferma *"la tassazione che la controllata avrebbe scontato in Italia non può essere calcolata sulla base di regimi fiscali opzionali cui la stessa avrebbe potuto aderire qualora effettivamente residente nel nostro Paese"*.

Così operando si introducono forti difformità e incongruenze tra i termini del confronto (*tax rate* effettivo estero e *tax rate* virtuale domestico) che, invece, andrebbero evitati o almeno attenuati.

Tematica: livello di tassazione estera

Paragrafo della circolare: 4 - Criteri per la determinazione dell'effettivo livello di tassazione

Osservazioni:

Catene partecipative e applicazione della disciplina CFC all'estero

In ipotesi di catene partecipative, con più società intermedie rispetto alla “*target*” finale, ciascuna residente in una giurisdizione dotata di una disciplina CFC, la Bozza di circolare sposa la linea di cui al Capitolo 7 della Action 3 BEPS secondo cui esisterebbe una precisa gerarchia applicativa, orientata dal basso verso l'alto della struttura.

Tanto premesso, per ragioni, così si legge, eminentemente sostanzialistiche, il carico fiscale gravante su di un anello intermedio della catena in ragione della concreta applicazione disciplina CFC del proprio paese, andrebbe invero considerato, entro il processo di calcolo dei livelli di tassazione “*effettivo*” e “*virtuale*” della “*target*”, quale gravame scontato da quest'ultima e da essa sola.

Il medesimo approccio sostanzialistico, tuttavia, viene abbandonato quando il documento, enfatizzando la lettera dell'art. 167 co. 9 del TUIR, afferma che il predetto carico fiscale non potrebbe essere detratto in Italia, ove trovasse applicazione il nostro regime CFC, non trattandosi di “*imposte sui redditi pagate all'estero a titolo definitivo dal soggetto non residente*” (pag. 44).

Questa diversa sensibilità potrebbe essere rivista: ove il reddito della “*target*” fosse comunque attratto a tassazione in Italia, infatti, proprio la sostanza delle cose sembrerebbe legittimare un credito indiretto esteso anche ad imposte scontate sì da altri soggetti in ulteriori giurisdizioni ma avente a riferimento, appunto, il reddito della CFC: il tutto in linea proprio con il Capitolo 7 della Action 3 BEPS richiamato dalla Bozza di circolare.

Partnership estere

Con riferimento all'applicazione del regime CFC alle partnership estere partecipate da soggetti residenti in Italia, la Bozza di circolare evidenzia che, al fine della valutazione della congruità del livello di imposizione estero, la procedura da seguire è quella per cui:

- ai fini del calcolo del tax rate effettivo estero si computano, oltre alle (eventuali) imposte proprie della società, le imposte dovute all'estero dal socio italiano sul reddito a lui imputato per trasparenza dalla partnership;
- per il calcolo del tax rate virtuale domestico si applica una sorta di finzione di “*opacità*” della società di persone, considerando quale livello impositivo quello che la società scontrerebbe in Italia se essa fosse soggetta all'IRES.

Inoltre, qualora solo uno dei soci residenti sia tenuto ad applicare la disciplina in commento, è necessario “*scomporre il reddito dell'entità estera in base alla quota di partecipazione agli utili del socio che deve applicare la CFC*” (pag. 61).

Tuttavia, questo sistema può condurre a risultati tra loro non omogenei, in quanto si confrontano un tax rate estero che può essere influenzato dalla progressività dell'imposizione con un tax rate virtuale italiano che, essendo parametrato all'IRES, risulta sempre proporzionale.

Tematica: *tax rate test*

Paragrafi della circolare: 4.1 e 4.1.2 - Equiparazione della tassazione al 5% dei dividendi con i regimi di esenzione

Osservazioni: la Bozza di circolare riproduce la previsione del paragrafo 5.1, lettera g), dell'emanando provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate (simile sul punto, peraltro, a quanto già previsto dal precedente Provvedimento del 16/09/2016). In particolare, il documento in consultazione, sul punto, annota che continua *ad applicarsi la previsione che equipara l'imposizione italiana nei limiti del 5 per cento del dividendo o della plusvalenza, previsto negli articoli 87, comma 1, lettera c) e 89, comma 3, del TUIR a un regime di esenzione totale che preveda, nello Stato di localizzazione della controllata, l'integrale indeducibilità dei costi connessi alla partecipazione*. Né il Provvedimento precedente, né l'attuale emanando chiariscono la tecnica applicativa della disposizione (si vedano anche i precedenti contributi sul punto riportati nella sezione relativa ai commenti sullo Schema di provvedimento) e cioè se sia la normativa italiana a dover essere equiparata a quella estera o viceversa. Infatti, va osservato che la disciplina domestica, prevedendo la deducibilità dei costi connessi alla partecipazione e la limitata tassazione dei dividendi, è suscettibile di produrre un ETR positivo tutte le volte che il 5% dei dividendi sottoposti a tassazione ai sensi dell'art. 89 del TUIR (o il 5% della plusvalenza realizzata ai sensi dell'art. 87 del TUIR) ecceda il totale dei costi dedotti. Quindi, se si ritiene di dover equiparare la disciplina straniera a quella italiana e l'ETR nello Stato ospitante la CFC pari a zero viene posto a confronto con l'ETR domestico, la conseguenza sarà il mancato superamento del *tax rate test* e l'applicazione delle disposizioni dell'art. 167 del TUIR. Al contrario, se si equiparasse la normativa domestica a quella straniera, l'ETR sarebbe pari a zero in entrambe le giurisdizioni ed il *tax rate test* risulterebbe superato. Ragioni di coerenza sistematica e di equità sostanziale suggeriscono che la soluzione da adottare sia quest'ultima. Si ritiene in ogni caso auspicabile un chiarimento che dissipi i dubbi sull'applicazione della disposizione.

Tematica: determinazione del tax rate effettivo estero

Paragrafo della circolare: 4 - Condizioni per la rilevanza delle imposte estere

Osservazioni: le imposte considerate ai fini del calcolo del tax rate effettivo estero, ai sensi del par. 5.1 lett. b. dello Schema di provvedimento, nonché del par. 4.1.1 della Bozza di circolare, rilevano a condizione che abbiano trovato indicazione nella dichiarazione dei redditi presentata, nonché nelle ricevute di versamento, e che siano prelevate *“a titolo definitivo e non suscettibili di rimborso”*. Si pone un problema pratico, relativamente a quelle situazioni in cui, vuoi per il disallineamento temporale di chiusura dei periodi di imposta Parent/CFC, vuoi per i diversi timing di presentazione delle dichiarazioni

dei redditi relative a detti periodi di imposta, al momento della verifica dell'ETR le imposte estere manchino di taluna delle summenzionate caratteristiche. Potrebbe altresì darsi il caso di imposte che abbiano tutte le caratteristiche di cui sopra, ma per le quali la controllante residente tenuta ad applicare la normativa CFC non ottenga la necessaria documentazione in tempo utile, soprattutto in caso di controllate indirette "lontane" nella catena di controllo.

Sarebbe utile, in questi casi, consentire una finestra temporale per l'integrazione della dichiarazione dei redditi della controllante residente, nonché la possibilità di versare le imposte sostitutive dovute in assenza di sanzioni per il tardivo versamento, entro un congruo termine.

Passando ad altra tematica, la Bozza di circolare chiarisce il trattamento da riservarsi a società controllate indirettamente, in caso di presenza di soggetti qualificabili come CFC al termine della catena di controllo. Pur dichiarando, in modo condivisibile, che nel caso di applicazione della normativa CFC nello stato di residenza delle controllanti intermedie (cfr. esempio a pag. 43 e ss.) tale situazione rappresenti un "*presidio coerente con la ratio della disciplina CFC contenuta nella Direttiva e nella norma italiana, idoneo a ripristinare un congruo carico fiscale...*" l'Agenzia sembra poi smentire tale assunto nel momento in cui, interpretando in modo letterale l'art. 167 comma 9, nega che le imposte versate sul reddito della CFC negli stati delle controllanti intermedie siano accreditabili alla controllante italiana ai sensi dell'art. 165 TUIR, se anch'essa qualifica la ultima controllata come CFC ed è quindi tenuta a tassare separatamente il reddito dalla stessa prodotto. Se è pur vero che questa fattispecie, in concreto, dovrebbe essere residuale, in virtù proprio del fatto che il test ETR non dovrebbe fallire, in considerazione del computo delle imposte CFC estere nel carico fiscale della controllata di ultimo livello, sarebbe utile interpretare in modo meno rigido l'art. 167 e consentire la deduzione di tali imposte, in ottica di evitare la doppia imposizione economica sui medesimi redditi, già tassati una volta (o più di una) in applicazione delle CFC rules.

Tematica: criteri per la determinazione dell'effettivo livello di tassazione

Paragrafo della circolare: 4.1.2 - Parametri di confronto tra imposte

Osservazioni: con la Bozza di provvedimento (par. 4.1) l'Agenzia delle Entrate sostiene che "*Per calcolare la tassazione virtuale interna rileva l'IRES, senza considerare sue eventuali addizionali, al lordo di eventuali crediti di imposta per i redditi prodotti in uno Stato diverso da quello di localizzazione della controllata. Ai medesimi fini non assume rilevanza l'IRAP*".

A parere del gruppo di lavoro, ai fini comparativi, si dovrebbe chiarire se la Bozza di circolare "superi" le precedenti posizioni ministeriali – peraltro contrastanti tra loro – circa l'assunzione anche dell'aliquota IRAP; in particolare si evidenzia che:

- con la circolare 51/E/2010 l'Agenzia delle entrate espressamente esclude l'IRAP nel calcolo del tax rate delle CFC "*white*", nulla dicendo per le CFC "*black*";

- con la circolare 35/E/2016 l’Agenzia precisava, per le sole CFC ex articolo 167, comma 1, del T.U.I.R., che l’IRAP è da includere nel calcolo del tax rate, nulla dicendo per le CFC “*white*”.

La confusione era appalesata anche da un punto della stessa circolare n. 35/E, ove si affermava che “*tale presunzione può essere superata dimostrando che il carico fiscale è almeno pari al 50 per cento di quello che sarebbe stato scontato laddove la controllata fosse stata residente in Italia*”. Non si specificava però che tale ipotetica società controllata dovesse anche svolgere la propria attività in Italia, presupposto necessario per consentire l’inclusione dell’aliquota IRAP nel confronto fra i tassi.

Considerato il quadro di incertezza applicativa e che da un punto di vista operativo il confronto fra *tax rate* estero e domestico deve essere effettuato su grandezze omogenee è auspicabile che l’Agenzia delle Entrate chiarisca in via definitiva tale punto.

Tematica: ETR TEST – determinazione imposta virtuale domestica

Paragrafi della circolare interessati: Paragrafo 4.1.2 (richiami al par. 5.1 lett. *d.* ed *e.* del provvedimento) – determinazione imposta virtuale domestica

Osservazioni: relativamente alla irrilevanza dell’ACE per il calcolo dell’imposta virtuale domestica, andrebbe esplicitato che per ragioni di omogeneizzazione delle basi imponibili, devono essere escluse analoghe deduzioni o *allowances*, presenti nel Paese di localizzazione della controllata, nel calcolo dell’imposta effettiva estera.

In relazione, invece, alla conferma dell’equivalenza del regime PEX domestico con quelli esteri che prevedano la totale detassazione dei componenti positivi rinvenienti dalle partecipazioni di controllo, con correlata indeducibilità dei costi ad esse relativi, con la presente circolare sarebbe opportuno definitivamente chiarire che tale equivalenza sia operativamente da attuare sterilizzando le variazioni del 5% della base imponibile domestica, in luogo di modificare il calcolo della base imponibile estera. Si è già avuto modo di sottolineare in dottrina come i risultati di tali diversi approcci possano divergere, e che è più aderente allo spirito della disposizione la prima soluzione, che consente nel caso di una holding che abbia esclusivamente proventi e costi da partecipazioni, di pervenire a basi imponibili pari a zero in entrambi i Paesi.

Passando alla tematica, già analizzata (si vedano le precedenti osservazioni e contributi effettuate a commento dello Schema di provvedimento) per il calcolo del tax rate effettivo estero, della sterilizzazione delle componenti a riversamento non certo e predeterminato, ai fini del calcolo dell’imposta virtuale domestica, pare che ragioni di esclusiva tutela erariale abbiano portato ad includere, nelle variazioni da sterilizzare, anche fattispecie per le quali la ratio del rinvio *sine-die* non è presente. Si tratta, a ben vedere, sia dei dividendi imputati in bilancio sulla base della delibera di distribuzione, sia degli interessi di mora obbligatoriamente da iscrivere secondo le pattuizioni contrattuali, ovvero nella misura prevista dal D. Lgs. 231/2002 (rif. Pag. 51 della Bozza di circolare). Per i primi, infatti, dovrebbe esistere una delibera di distribuzione adottata e pubblicata nello Stato di residenza della partecipata, che deve soltanto essere

eseguita. Per quanto riguarda i secondi, solitamente se iscritti ex D. Lgs. 231 e non previsti contrattualmente, vengono coperti da fondo di svalutazione per l'intero importo (in quanto non verranno incassati) e pertanto, eventualmente, deve consentirsi di sterilizzare anche la variazione in aumento relativa a detto fondo.

Ma è in relazione alla fattispecie più comune, quella legata all'iscrizione in bilancio di fondi rischi e oneri, in Italia non deducibili ex art. 107 TUIR, che si registra il disallineamento più penalizzante nel calcolo dell'ETR. Secondo l'impostazione dell'Agenzia, infatti, tali variazioni non sarebbero sterilizzabili nel calcolo dell'imposta virtuale domestica, in quanto il correlato onere potrebbe non divenire mai certo (o il fondo mai rilasciato a CE) ma, specularmente, dovrebbero essere sterilizzate nella determinazione dell'imposta effettiva estera (cfr. par. 5.1 lett. d del provvedimento e Bozza circolare, pag. 46 primo capoverso) in quanto si tratterebbe di *“costi rilevati in bilancio solo prudenzialmente (e che quindi, in ipotesi, potrebbero non manifestarsi mai in futuro)”*. Se accettata tale impostazione, lo stesso fondo rischi, qualificato come indeducibile in entrambi i Paesi, rischierebbe di dover essere sterilizzato all'estero e non in Italia, con il risultato di poter spostare anche in modo considerevole il risultato dell'ETR, specialmente se variazione di elevato valore assoluto.

Infine, anche l'indicazione dei compensi amministratori, deducibili per cassa ex art. 95 comma 5 TUIR, tra le voci non sterilizzabili nel calcolo dell'imposta virtuale domestica, desta perplessità. Si tratta, infatti, di una variazione tra quelle definibili come *“ad esclusiva tutela erariale”* non presente in molte giurisdizioni estere, e che – salvo comportamenti patologici – prevede un riversamento certo e determinato, in quanto discende dai rapporti contrattuali con i componenti dell'Organo amministrativo. Anche tale mancata sterilizzazione, qualora di importo rilevante, potrebbe modificare in modo ingiustificato l'esito del test.

Tematica: *passive income*

Paragrafo della circolare: 5 - Elencazione delle specifiche fattispecie di passive income

Osservazioni: I cosiddetti *“passive income”* sono elencati nell'articolo 167, comma 1, lettera b), Tuir, numeri da 1) a 7).

La circolare precisa che sebbene nell'elenco delle categorie di cui ai numeri 2, 3, 4 e 5 siano indicati rispettivamente *«qualsiasi altro reddito generato da proprietà intellettuale»*, i *«redditi derivanti dalla cessione di partecipazioni»*, i *«redditi da leasing finanziario»* e i *«redditi da attività assicurativa, bancaria e altre attività finanziarie»*, la verifica in esame va effettuata considerando i proventi che concorrono alla determinazione dei redditi ivi indicati (da proprietà intellettuale, da leasing finanziario/attività assicurativa, bancaria e altre attività finanziarie), dunque al lordo degli eventuali costi sostenuti, o le plusvalenze da cessione di proprietà intellettuale o di partecipazioni. Si deve ritenere che il medesimo approccio debba essere riferito ai proventi cui al punto 1 cioè a dire agli interessi ovvero a qualunque altro reddito generato da attivi di natura finanziaria

Tematica: Proventi da *passive income*

Paragrafo della circolare: 5.2 - Proventi derivanti da operazioni di compravendita di beni e prestazioni di servizi infragruppo

Osservazioni: Come noto, l'elenco dei *passivi income* di cui all'art. 167, co. 4, lett. b) del T.U.I.R. include, al punto 6, i proventi derivanti da “operazioni di compravendita di beni con valore economico aggiunto scarso o nullo, effettuate a favore di soggetti che, direttamente o indirettamente, controllano il soggetto controllato non residente, ne sono controllati o sono controllati dallo stesso soggetto che controlla il soggetto non residente”.

Detta disposizione ricalca, seppur non in maniera puntuale, le previsioni dell'art. 7, co. 2, lett. a), punto vi) della Direttiva ATAD, che richiama, testualmente, “i redditi da società di fatturazione che percepiscono redditi da vendite e servizi derivanti da beni e servizi acquistati da e [grassetto e sottolineatura aggiunti] venduti a imprese associate e aggiungono un valore economico scarso o nullo”. Quest'ultimo, come peraltro correttamente evidenziato all'interno della Bozza di circolare in commento, riflette nella sostanza quanto indicato dall'Action 3 del Progetto BEPS con riferimento alle cd. “*invoicing companies*”².

Sul punto, nella Bozza di circolare si afferma che la formulazione della disposizione in commento indica come rilevanti non solo i proventi realizzati dal soggetto estero controllato tramite operazioni infragruppo di acquisto e di vendita di beni (fattispecie tra l'altro rilevante ai fini della disciplina in materia di prezzi di trasferimento di cui all'art. 110, co. 7 del T.U.I.R.), ma anche quei proventi derivanti dalla rivendita a terzi indipendenti di beni acquistati da imprese associate nonché quelli derivanti dalla rivendita a imprese associate e acquistati da soggetti terzi indipendenti. Sul punto, non si può concordare appieno con l'affermazione contenuta nella Bozza di circolare per la quale tutte le suddette casistiche sono “*suscettibili di generare rischi di erosione della base imponibile*”. Infatti, da una analisi testuale della disposizione dell'art. 7, co. 2, lett. a), punto vi) della Direttiva ATAD – nella quale viene utilizzata la congiunzione “*e*” anziché la congiunzione “*o*” all'interno della locuzione “*beni e servizi acquistati da e venduti a imprese associate*” –, ai fini del comma 4, lett. b) dell'art. 167 del T.U.I.R. si devono intendere come rilevanti i soli proventi realizzati a fronte di compravendite di beni infragruppo, escludendo quindi dal novero dei *passive income* quei proventi realizzati da soggetti esteri controllati che operano effettivamente con controparti terzi – sia in via diretta (rispetto al contribuente italiano) che indiretta (rispetto ad altre entità correlate estere del contribuente italiano) sul mercato di approvvigionamento o di sbocco. Questi ultimi, infatti, sono tendenzialmente caratterizzati da investimenti (in termini di *asset* e persone) adeguati alle attività distributive svolte e, per effetto della summenzionata disciplina dei prezzi di trasferimento, da una remunerazione congrua rispetto alle funzioni svolte, agli *asset* (sia materiali che immateriali) utilizzati ed ai rischi assunti.

Inoltre, affinché trovi applicazione la disciplina CFC di cui all'art. 167 del T.U.I.R., è anche necessario che le operazioni di compravendita siano caratterizzate da un basso o scarso valore aggiunto (*i.e.* è

² Cfr. Progetto BEPS, Action 3, 2015 Final Report, pagg. 45-46.

necessario che le società controllate estere si limitino a svolgere mere funzioni amministrative di fatturazione). In quest'ottica, ammesso e non concesso che rientrino nel novero dei *passivi income* anche i proventi realizzati da compravendite di beni nelle quali intervengono (sul lato passivo o su quello attivo) soggetti terzi indipendenti, per effetto della già citata disciplina in tema di prezzi di trasferimento, il reddito da assoggettare a tassazione in capo alla società controllante italiana per effetto della disciplina CFC sarebbe quantitativamente insignificante.

Alla luce di quanto sopra, pertanto, ci si augura che i chiarimenti interpretativi forniti nella versione definitiva della circolare in commento escludano esplicitamente dalle operazioni che possono dare luogo a *passive income* le compravendite di beni realizzate da società controllate estere da o verso soggetti terzi indipendenti. Questo eviterebbe, da un lato, il sovrapporsi di diverse discipline previste all'interno dell'ordinamento tributario italiano volte a tutelare la potestà impositiva dello Stato Italiano nell'ambito di fattispecie transfrontaliere (e.g. prezzi di trasferimento) e, dall'altro, l'introduzione di eccessivi oneri amministrativi nei confronti dei contribuenti residenti, al solo fine di ricondurre a tassazione in Italia proventi probabilmente di modesto impatto in termini di maggiore reddito imponibile.

Tematica: il conseguimento di *passive income*

Paragrafo della circolare: 5.2- I proventi infra-gruppo

Osservazioni: Nel trattare dei criteri di individuazione dei “servizi a basso valore aggiunto”, la circolare richiama le indicazioni contenute ai par. 7.47 e 7.49 delle Linee Guida Ocse sui prezzi di trasferimento; tuttavia, la stessa circolare prosegue precisando che, in concreto, “*l'idoneità o meno di apportare valore economico va comunque verificata in sede di controllo da parte dell'Amministrazione finanziaria, sulla base di un'analisi fattuale, al fine di verificare la sussistenza o meno di valore aggiunto (...)*”.

Pur riconoscendo la supremazia del principio di prevalenza della sostanza sulla forma, e quindi la piena legittimità dei controlli volti a verificare che le attività dichiarate dal contribuente corrispondano a quelle in concreto svolte dalla controllata estera, l'approccio che emerge dalla circolare denota un significativo ampliamento della discrezionalità del controllore rispetto alla circostanza patologica che la Direttiva intende contrastare che è quella riferita espressamente alle “*società da fatturazione*”.

Pertanto, se è corretto il rinvio alle Linee Guida Ocse per la perimetrazione del concetto di “basso valore aggiunto”, a tale nozione è allora opportuno riferirsi in modo univoco, dando atto che l'elenco dei servizi eleggibili “a basso valore aggiunto” (Par. 7.49 delle Linee Guida Ocse) è ivi riportato a titolo esemplificativo, mentre di converso l'elenco dei servizi esclusi da quelli qualificabili “a basso valore aggiunto” è fornito in modo tassativo nel Par. 7.47 delle stesse Linee Guida Ocse. Perciò, se l'attività dell'entità estera rientra fra quelle di cui a questo secondo elenco, non dovrebbero essere domandate al contribuente ulteriori prove eccessivamente onerose a supporto del “valore aggiunto”, stante la preventiva qualificazione in sede Ocse.

Allo stesso modo, dovrebbe essere chiarito che attività di “contract manufacturing”, di lavorazione e terziario in generale, sono sempre considerate escluse da quelle “a basso valore aggiunto”, anche ove si tratti di lavorazioni che non apportano al prodotto un significativo incremento di valore intrinseco (ad es.: lavorazione labour intensive).

Tali precisazioni sono utili al fine di circoscrivere un ambito eccessivamente discrezionale in sede di verifica e controllo, essendo peraltro presente per lo Stato la tutela recata dalla disciplina generale antiabuso dell’art. 10-bis della Legge 212/2000.

Tematica: *passive income*

Paragrafo della circolare: 5.2 - Proventi derivanti da operazioni di compravendita di beni con valore economico aggiunto scarso o nullo

Osservazioni: Come già sottolineato nella osservazione precedente, la nuova formulazione della norma contempla, tra le ipotesi di *passive income*, anche i proventi derivanti dalla compravendita di beni con valore economico aggiunto scarso o nullo. La loro individuazione risulta poco agevole e lascia spazio ad aree di incertezza. La Bozza di circolare menziona espressamente l’ipotesi delle c.d. *invoicing companies* la cui attività, a ben vedere, sembrerebbe più propriamente assimilabile all’intermediazione e, quindi, ad una prestazione di servizi. La circolare richiama più volte, per l’individuazione dei beni con valore economico scarso o nullo, le previsioni recate dall’art. 7 del D.M. 14 maggio 2018 che, però, in quanto specificamente dettate per intercettare le prestazioni di servizi, risultano poco utili allo scopo. Sarebbe auspicabile che venissero esplicitati dei criteri più precisi opportunamente declinati in esemplificazioni. In particolare, ci si domanda se l’assunzione di rischi e lo svolgimento di funzioni, come il trasferimento del rischio di perimento dei beni oggetto di cessione, la presenza di un magazzino ed il relativo rischio di obsolescenza o, ancora, la prestazione di servizi di assistenza *post-vendita*, siano suscettibili di qualificare i proventi della CFC come estranei all’area delle c.d. *passive income*, a prescindere dalla marginalità realizzata sulla transazione.

Tematica: *passive income*

Paragrafo della circolare: 5.2 - Proventi derivanti da operazioni infragruppo

Osservazioni: “*Passive income*” e valutazione del valore economico apportato dal soggetto controllato
La Bozza di circolare sposa la linea secondo cui, ai fini della qualifica “*passive*”, concorrono i proventi derivanti da operazioni di acquisto di beni effettuate da soggetti associati ed i proventi derivanti da operazioni di vendita di beni effettuate a soggetti associati, indipendentemente da chi sia la controparte acquirente nel primo caso, venditrice nel secondo.

Superando la lettera della norma, il documento afferma altresì che, in relazione alle prestazioni di servizi, i proventi da essi ritratti vanno considerati non solo ove il committente sia un’impresa associata, ma anche

nei casi in cui il cliente sia un soggetto estraneo al gruppo e l'impresa associata si collochi a monte, e non a valle, della prestazione medesima.

Condizione costante è che il valore economico apportato dal soggetto controllato, mediante l'impiego delle risorse di cui dispone, sia scarso o nullo (pag. 77), e che quindi lo stesso si configuri quale “*invoicing company*”, dedita, come tale, ad attività “*prevalentemente amministrative legate alla circolazione dei beni o alla prestazione di servizi?*” (pag. 74) ovvero alla “*mera fatturazione (o poco più)*” (pag. 77).

Sulla scorta di quanto precede, e quindi di un sistema orientato ad apprezzare lo svolgimento di un'attività economica, di valore aggiunto non scarso o nullo, già in fase prodromica e quindi prima dell'eventuale invocazione della circostanza esimente, il documento dovrebbe esplicitare in modo inequivoco come tutti i soggetti controllati esteri:

- operanti come distributori (“*full risk*” o “*limited risk*”) o agenti, anche o solo infragruppo, ovvero,
- titolari di un'attività di trasformazione di quanto acquistato da imprese associate e poi direttamente venduto, o ancora,
- dediti all'attività di locazione di immobili di loro proprietà ad imprese associate,

in quanto non annoverabili, per definizione, tra i meri intermediari, siano da ritenersi esclusi dalla disciplina CFC, obblighi segnaletici in dichiarazione inclusi.

Di converso, andrebbe chiarito quali reali margini di manovra ci siano, in relazione alla circostanza esimente applicata alle ipotesi in oggetto, ove si sia già tratto, in sede di valutazione dei presupposti della disciplina, un giudizio negativo circa il valore aggiunto apportato alla catena economica dal determinato soggetto estero.

Tematica: *passive income*

Paragrafo della circolare: 5.2 - Locazioni immobiliari infra-gruppo

Osservazioni: Dovrebbe essere chiarita la collocazione dei proventi derivanti dalla locazione non finanziaria di immobili (caso frequente) che, pur non rientrando fra i proventi *passive* in senso proprio, nel caso di locazioni infragruppo, potrebbero forse rientrare fra quelli derivanti da prestazioni di servizi a valore economico aggiunto scarso o nullo.

Tematica: *circostanza esimente*

Paragrafo della circolare: 6 - Individuazione del perimetro dell'esimente

Osservazioni: La prima parte del paragrafo appare fuorviante, in quanto afferma che il comma 5 dell'articolo 167 del TUIR stabilisce che il soggetto controllante residente può, anche a seguito di una apposita istanza di interpello presentata all'Agenzia dell'entrate, disapplicare la normativa 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». Come, del

resto, viene evidenziato nel prosieguo del par. 6 della circolare, in realtà nel comma 5 non vi è più alcun riferimento allo stato di residenza o di insediamento dell'entità estera.

Alla luce di ciò, ed anche in forza della nozione unionale di “*costruzione artificiosa*” richiamata dalla stessa circolare, si ritiene potenzialmente fuorviante – e perciò meritevole di essere rimosso - il richiamo compiuto nel testo della circolare alla sentenza della Corte UE causa C-196/04 in tema di “*insediamento in pianta stabile in un altro Stato membro*”, come pure la precisazione secondo cui il riferimento dell'attività della controllata estera al “*mercato di insediamento*” continui a rappresentare una circostanza tale da dover essere “*valorizzata nell'apprezzamento dell'esimente*”.

Poiché il tema del “*radicamento*” è normativamente superato, introdurre in via interpretativa una sua “*valorizzazione*” nell'ambito delle circostanze esimenti risulta a nostro avviso inappropriato, a maggior ragione in un ambito in cui già la tutela dell'ordinamento trova il proprio presidio nei principi fondanti della clausola generale antiabuso di cui all'art. 10-bis della Legge 212/2000.

Si propone perciò lo stralcio di questo passaggio dal testo della circolare.

Più in generale, in relazione al testo della norma, sarebbe utile che l'Agenzia mettesse a confronto i diversi mezzi di accertamento a disposizione degli uffici che hanno in comune (per legge, per prassi o per giurisprudenza) una valutazione sulla circostanza che l'entità estera svolga «*un'attività economica effettiva, mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali*», chiarendo in quali casi gli uffici si debbano avvale di ciascuno strumento essendo da escludere che gli uffici possano scegliere discrezionalmente quale strumento utilizzare e, nel caso in cui siano congiuntamente, anche nei confronti di soggetti diversi, utilizzati più norme di contrasto, come essi debbano essere coordinati fra loro.

Il focus sull'esistenza di una struttura organizzativa adeguata è infatti ormai presente oltre che nella disciplina CFC anche nella disciplina sullo scambio automatico d'informazioni relativo ai meccanismi transfrontalieri di pianificazione fiscale aggressiva³ e nella comunicazione della Banca d'Italia del 10 novembre 2020 che illustra gli schemi rappresentativi di comportamenti anomali da segnalare nell'ambito della normativa antiriciclaggio.

Inoltre, l'inadeguatezza della struttura organizzativa è considerato indizio rilevante ai fini dell'accertamento:

- dell'interposizione⁴
- dell'esterovestizione⁵

³ Dm. 17 novembre 2020, Allegato A, Sezione II

⁴ Circolare 2/E del 2021, par. 8.3.2, che illustra l'elemento distintivo B.3 dell'Allegato I al D. lgs. 100 del 2020 nonché, da ultimo, l'ordinanza della Cassazione 8 giugno 2021, n. 15922.

⁵ Da ultimo, Cassazione n. 17849 del 2021.

- della mancanza del requisito di “beneficiario effettivo” del percettore non residente di un reddito di fonte italiana⁶

Il rischio è che questi diversi strumenti d’accertamento, vengano utilizzati congiuntamente e senza correttivi idonei ad evitare forme di repressione eccessive e idonee a minare il principio della certezza del diritto. Ad esempio, se venisse accertato che la società estera controllata non è la beneficiaria effettiva di un reddito di fonte italiana, sarebbe iniquo includere tale reddito nella base imponibile del reddito soggetto a tassazione separata per trasparenza. Se l’entità estera venisse considerata una società estera controllata ai fini dell’accertato del reddito dei soci di controllo, sarebbe iniquo considerarla interposta o esterovestita nei confronti degli altri soci. Inoltre, non sarebbe indifferente trattare un’entità estera come “esterovestita” o come CFC, perché nel primo caso, avendo la società omesso di presentare la dichiarazione dei redditi in Italia non beneficerebbe del tax credit per i propri redditi di fonte estera, mentre nel secondo le imposte estere sarebbero conteggiate ai fini del tax rate test e comunque sarebbe accreditabili dalle imposte dovute in Italia sulla tassazione separata. Un accertamento basato sull’interposizione comporterà, di norma il mancato riconoscimento dei costi sostenuti dall’entità estera che invece, sarebbero riconosciuti in un accertamento basato sulla disciplina CFC.

Per questi motivi, non si dovrebbe ritenere che l’Agenzia delle entrate possa decidere discrezionalmente quale strumento di accertamento utilizzare (e questo orientamento traspare, anche se molto indirettamente, dalle considerazioni dell’Agenzia con riferimento al caso di attività “passive” svolte congiuntamente ad altre attività⁷) in caso di assenza di una struttura organizzativa adeguata; la scelta dell’uno o degli altri metodi di accertamento dovrebbe essere adeguatamente motivata.

Tematica: circostanza esimente

Paragrafo della circolare: 6 - I fenomeni di *swamping*

Osservazioni: Con riferimento alla prova della sussistenza degli elementi in base ai quali si può dimostrare l’esercizio di un’attività economica effettiva, la Bozza di circolare afferma che il livello di presenza degli elementi qui di rilievo deve essere valutato in ragione della natura dell’attività e delle funzioni svolte dall’entità estera: in particolare, con riferimento all’ipotesi in cui l’entità controllata estera svolga sia attività c.d. “*passive*” (ovviamente sopra la soglia di 1/3 del fatturato) sia altre attività, il documento invita gli Uffici a svolgere particolari controlli al fine di appurare se vi siano stati fenomeni di cd. “*swamping*”.

Tanto premesso, andrebbe chiarito se ad avviso dell’Agenzia delle Entrate, ove si appurasse, entro siffatte realtà miste, l’inesistenza di personale, attrezzature, attivi e locali dediti al comparto “*passive*”, l’esimente

⁶ Cfr. le cosiddette “sentenze danesi” cosiddette “sentenzi danesi” riguardanti gli istituti del beneficiario effettivo e della clausola antiabuso nell’ambito dei dividendi (cause riunite C-116/16 e C-117/16 del 26 febbraio 2019) e degli interessi e royalties (C-115/16, C-118/16; C-119/16 e C-299/16).

⁷ V. successivo par. 2.4.

non possa comunque considerarsi integrata in presenza di un livello quantomeno prevalente di proventi da attività “*active*”, questi ultimi realizzati con il supporto di un’adeguata struttura. Questo in ragione del fatto che un giudizio negativo porterebbe ad un’imputazione per trasparenza in Italia dell’intero reddito della CFC, in antitesi agli obiettivi in linea di principio perseguiti.

Tematica: determinazione del reddito del soggetto non residente da tassare in capo alla società controllante

Paragrafo della circolare: 7.1 - La determinazione del reddito estero

Osservazioni: sulla base del disposto del comma 7 dell’art. 167 del T.U.I.R., il reddito del soggetto controllato non residente deve essere determinato in base alle disposizioni nazionali vevoli ai fini IRES fatta eccezione per talune norme espressamente richiamate dal legislatore. Sul punto, al fine di dirimere qualsivoglia sorta di dubbio, sebbene si possa desumere dalla collocazione delle anzidette eccezioni, sarebbe auspicabile che venisse esplicitamente statuito che il contenuto del citato comma 7 deve intendersi come un rinvio generalizzato alle regole di determinazione dell’IRES e prescinde, pertanto, dalla loro collocazione all’interno del T.U.I.R. o in altre leggi e provvedimenti. Sul punto, sarebbe inoltre opportuno specificare che ai fini della determinazione del reddito della CFC trovano applicazione anche le disposizioni contenute nell’art. 169 del T.U.I.R., per le quali le disposizioni convenzionali prevalgono sulle norme domestiche qualora più favorevoli al contribuente italiano.

Tematica: determinazione e attribuzione del reddito della cfc – perdite riportabili

Paragrafo della circolare: 7.1 - Il trattamento delle perdite pregresse

Osservazioni: La Bozza di circolare chiarisce, ancor meglio rispetto al passato, l’esito delle perdite di periodi di imposta pregressi, nonché la possibilità di compilare il quadro FC del modello Redditi al solo fine di “monitoraggio” delle perdite pregresse, ancorché non risultino integrate le condizioni per ritenere la controllata estera una CFC.

Tale possibilità è consentita nella modulistica ministeriale (cfr. modello e istruzioni DR Redditi SC 2021) barrando l’apposita casella “perdite virtuali” che però, attualmente, risulta prevista unicamente nel caso in cui la controllata non soddisfi la condizione “*di cui alla lett. a del comma 4*” e pertanto l’ETR test.

Stante i chiarimenti di portata estensiva della Bozza di circolare, sarebbe forse opportuno integrare le istruzioni ministeriali prevedendo la possibilità di compilare tale prospetto anche in caso di – momentaneo – non superamento della soglia di passive income, magari per situazioni contingenti del singolo periodo di imposta, ma che si prevede vengano (di nuovo) superate in futuro, con l’interesse quindi a memorizzare e riportare le perdite della CFC.

Tematica: determinazione del reddito della CFC – Utilizzo delle perdite

Paragrafo della circolare: 7.3 - La tassazione separata e la segregazione dei redditi e delle perdite della CFC

Osservazioni: La Bozza di circolare conferma l'indirizzo espresso in precedenti documenti interpretativi (Cfr. Circolare 26/05/2011 n. 23/E), secondo cui il contribuente che intenda utilizzare le perdite della CFC, è tenuto a compilare, negli esercizi in cui queste emergono, il quadro FC così da tenerne memoria in sede di successiva tassazione per trasparenza. Tuttavia, questa interpretazione non sembra trovare conforto nella formulazione della norma (né sembra si possa evincere dal testo della direttiva cui la norma interna intendeva dare attuazione). Considerato che la portata antielusiva della disciplina CFC e la finalità di contrasto alla delocalizzazione dei redditi in regimi fiscali privilegiati, risultano adeguatamente presidiate dal principio di segregazione in base al quale *le perdite della CFC possono essere utilizzate nei periodi d'imposta successivi ma solo in diminuzione dei redditi prodotti dalla medesima controllata (o stabile organizzazione) estera che li ha generati* cui deve far da corollario il divieto di utilizzo in compensazione di perdite generate in periodi d'imposta in cui il regime di tassazione per trasparenza non abbia trovato applicazione. Al contrario, impedire lo scomputo di perdite realizzate in costanza dei requisiti per l'applicazione della norma CFC sul solo presupposto che non siano state correttamente indicate nel quadro FC della dichiarazione, appare come un eccesso di formalismo suscettibile di innescare sostanziali fenomeni di doppia imposizione che nulla hanno a che fare con le finalità della disciplina. Si ritiene che l'emanazione di un nuovo documento interpretativo possa rappresentare l'occasione propizia per eliminare uno squilibrio nell'applicazione della normativa.

Tematica: operazioni straordinarie

Paragrafo della circolare: 8 - Disciplina dell'exit tax rispetto alla CFC

Osservazioni: In relazione alle fattispecie riconducibili ad operazioni straordinarie, sarebbe opportuno, che venisse fornita una guida per la gestione dell'eventuale exit tax pagata nello Stato di provenienza della CFC la cui residenza sia trasferita in Italia oppure sia incorporata, in neutralità, in società italiana. Ai fini del *tax credit* per i redditi prodotti all'estero, sorgerebbe una eccedenza di imposta estere riportabile, ma essendo venuto meno il regime CFC, non si verificherebbe più il fenomeno inverso (eccedenza di imposta italiana) nell'ambito della disciplina CFC, ma solo (al momento del realizzo delle plusvalenze latenti) nell'ambito del regime ordinario. È auspicabile, quindi che sia consentito, attraverso un apposito raccordo extracontabile, di procedere in questo senso.

Andrebbe, con l'occasione, affrontato anche il caso degli eredi di una persona fisica che abbia detenuto una partecipazione in una entità estera controllata in regime CFC. Anche in questo caso si dovrebbe ritenere che il decesso della persona fisica comporti una successione in continuità del regime in capo agli eredi, dato che la società estera non viene liquidata per effetto del decesso, né i suoi beni vengono assegnati agli eredi, ma semplicemente gli eredi ne diventano soci. Pertanto, gli eredi dovrebbero

mantenere il costo storico dei beni della società avere il diritto di utilizzare, nell'ambito della tassazione separata per trasparenza, le eventuali perdite riportate dal de cuius. Conseguentemente, la posizione del *de cuius* dovrebbe trasferirsi in continuità sugli eredi che acquisiscano il controllo della società stessa, si con riferimento ai valori fiscali dei beni, sia con riferimento al rimpporto delle perdite e delle eccedenze di interessi passivi.

Tematica: operazioni straordinarie

Paragrafo della circolare: 8 - I conferimenti e gli scambi di partecipazioni

Osservazioni: La Bozza di circolare tratta organicamente il tema delle operazioni straordinarie, fugando numerosi dubbi applicativi della disposizione di legge e contribuendo a rendere simmetrico e bilanciato il trattamento delle operazioni straordinarie effettuate dalla CFC. Oltre a quanto segnalato con l'osservazione precedente, l'emanazione del testo definitivo del documento di prassi potrebbe rappresentare l'occasione per fornire chiarimenti anche sulle operazioni di conferimento e scambio di partecipazioni di controllo e "di collegamento" di cui agli art. 175 e 177 TUIR. Tali operazioni potrebbero risultare rilevanti sia se effettuate dalla CFC in qualità di conferente, sia se effettuate dai soci della CFC e quindi quando quest'ultima riceva le partecipazioni in qualità di conferitaria, in tema di valori fiscalmente riconosciuti e, vieppiù, in caso sia qualificata come *partnership* nello stato estero. Se lo stato estero adottasse regimi di parziale neutralità o di "realizzo controllato" come quelli vigenti in Italia, sarebbe opportuno omogeneizzare le fattispecie ovvero, alternativamente, stabilirne a priori la loro irrilevanza, sia ai fini dell'ETR test sia dell'imputazione del reddito della CFC per trasparenza.

Tematica: operazioni straordinarie

Paragrafo della circolare: Par. 8.2, Sub ii) - Fusione fra due entità non CFC

Osservazioni: In caso di fusione fra due entità estere controllate non CFC, non si determinano di norma effetti sulla controllante residente, essendo l'operazione fiscalmente neutrale.

Ciò premesso, con riferimento alla fusione, il documento declina le condizioni al verificarsi delle quali l'operazione possa essere considerata realizzativa e gli effetti nel caso di coinvolgimento di due entità entrambe CFC, una CFC e una non CFC e due entità non CFC

In particolare, la Bozza di circolare riporta il caso in cui la fusione estera fra due imprese non CFC possa mancare di uno dei due requisiti indicati nella Risoluzione 470/E del 2008, e quindi: i) non produca effetti giuridici analoghi a quelli che la fusione produce nell'ordinamento italiano, e/o ii) riguardi entità che hanno una forma giuridica diversa da quelle previste dall'ordinamento italiano. In questo caso, secondo la posizione espressa nella circolare la fusione perderebbe i requisiti di neutralità in Italia e sarebbe perciò considerata "*ai fini italiani realizzativa*".

Stante questa circostanza, secondo la Circolare, l'assenza di imposizione nello Stato estero causerebbe la mancata verifica dell'ETR Test, e quindi si innescherebbe in capo alla controllata estera che si estingue per via della fusione locale il presupposto CFC.

La soluzione proposta, così come viene espressa nel testo della Circolare, non è a nostro avviso del tutto condivisibile.

Dapprima, dovrebbe comunque richiamarsi la sussistenza, in ogni caso, ai fini della eventuale qualificazione CFC del soggetto estero, anche del secondo presupposto (rif. lett. b, co. 4, art. 167 del Tuir). Inoltre, il fatto che la fusione avvenga fra soggetti non CFC, e che la società superstite (incorporante) non presenti i presupposti per la qualificazione CFC, si ritiene debba rappresentare di per sé un elemento già in grado di rimuovere l'inesco della disciplina in questione nel caso di specie. Infine, dal punto di vista tecnico, una simile soluzione potrebbe produrre fenomeni di doppia imposizione se non viene adeguatamente coordinata con la disciplina dello Stato di residenza delle entità partecipanti alla fusione.

Infine, l'esempio non sembra prendere in considerazione la possibilità che la tassazione della società "liquidata" possa essere influenzata anche da altre circostanze diverse dal realizzo delle plusvalenze sui beni trasferiti per effetto della fusione (banalmente perché la sua ordinaria attività produce in ogni caso redditi in misura sufficiente per rendere congrua la tassazione). Sul punto sarebbe auspicabile un chiarimento perché l'esempio proposto potrebbe ingenerare il dubbio che in caso di fusione la norma sia applicabile anche quando non si realizzano tutte le condizioni ordinariamente richieste.

Tematica: controllata estera CFC – Dividendi di provenienza *white* e *black*

Paragrafo della circolare: 10 – Distribuzione degli utili

Osservazioni: Secondo l'esempio formulato dalla Bozza di circolare in cui *un soggetto IRES non LAS/IFRS adopter ("A") detenga il 100% di una controllata estera ("CFC") e quest'ultima, soggetta ad imposte locali pari allo 0%, realizzi in un dato anno un utile pari a 200, formato da 180 dividendi white e 20 dividendi black, l'applicazione della disciplina CFC determina la tassazione per trasparenza in capo ad A del reddito della CFC per un ammontare pari a 29, dato dal 100% dei dividendi black (20) e dal 5% dei dividendi white (9=180x5%), con una imposta IRES dovuta pari a 6,69 (24% di 29). L'esempio prosegue ipotizzando la distribuzione da parte della CFC, in un periodo d'imposta successivo a quello in cui è avvenuta la tassazione per trasparenza, dello stesso utile di 200, che dovrebbe determinare, sempre nell'interpretazione della Bozza, la tassazione nel limite del 5% dell'eccedenza di quanto già assoggettato a tassazione, cioè di un imponibile pari a 171. Incidentalmente si osserva che l'esempio proposto non sembra coerente con quanto viene affermato solo poche righe prima nello stesso documento, quando si dice che *nell'ipotesi in cui la quota dell'utile della CFC di un dato anno riferibile al soggetto partecipante risulti superiore (per effetto di variazioni in diminuzione) rispetto al corrispondente reddito imputato per trasparenza, l'eccedenza sconterà l'imposizione ordinaria riguardante i dividendi cosiddetti "white" (e.g., nella misura del 26% nel caso in cui il partecipante sia persona fisica, ovvero mediante l'applicazione**

dell'aliquota IRES sulla quota imponibile del 5% del dividendo stesso, sussistendo le condizioni di cui all'art. 89 del TUIR). La soluzione che prospetta l'esempio non sembra tenere conto che, in realtà, l'importo assoggettato a tassazione per trasparenza e il dividendo successivamente percepito dal socio residente coincidono: non solo l'importo di 20 relativo ai dividendi di provenienza *black* è stato integralmente assoggettato a tassazione, ma anche la restante quota di dividendi di provenienza *white* ha scontato la tassazione congrua che avrebbe subito ordinariamente. Quindi, l'ulteriore tassazione della presunta eccedenza produce esclusivamente un improprio effetto di doppia imposizione che non trova giustificazione nella normativa domestica e neppure risponde alle finalità che la direttiva intende perseguire.

Tematica: controllata estera CFC – Dividendi di provenienza *white* e *black*

Paragrafo della circolare: 10 – Distribuzione degli utili

Osservazioni: Il comma 10 dell'articolo 167 stabilisce anche che *«le imposte pagate all'estero sugli utili che non concorrono alla formazione del reddito ai sensi del primo periodo sono ammesse in detrazione, con le modalità e nei limiti di cui all'articolo 165, fino a concorrenza dell'imposta determinata ai sensi del comma 8, diminuita degli importi ammessi in detrazione ai sensi del comma 9»*.

Per ciò che attiene alla detrazione dall'imposta dovuta in Italia, essa è riconosciuta al soggetto partecipante residente (o alla stabile organizzazione italiana) anche in relazione alle eventuali imposte subite al momento della distribuzione del dividendo che non concorre alla determinazione del suo reddito complessivo.

Andrebbe chiarito il coordinamento della norma con l'interpretazione secondo cui la parte di utili che non è stata tassata per trasparenza è tassata ordinariamente. La corrispondente quota di ritenuta estera, dovrebbe essere accreditabile con le ordinarie regole dell'articolo 165, e quindi, nel caso di dividendo soggetto ad imposta sostitutiva del 26% non dovrebbe essere scomputabile, mentre nel caso di dividendo che concorre a formare il reddito, dovrebbe applicarsi l'ultimo l'articolo 165, comma 10.

Potrebbe essere utile sapere se sia corretto il seguente esempio di calcolo.

Esempio: Socio persona fisica residente non imprenditore

	Regime previgente		Regime vigente	
Periodo d'imposta N₀				
Utile lordo della CFC		1.000		1.000
Imposte pagate all'estero dalla CFC ⁽¹⁾		-100		-100
Utile netto della CFC		900		900
Quadro FC				
Utile netto della CFC		900		900
Variazioni in aumento		200		200
Variazioni in diminuzione		-400		-400
Reddito soggetto a tassazione separata		700		700
(A) Tassazione separata (aliquota media >24%) ⁽²⁾	25,14%	-176		-176
(B) Credito d'imposta sui redditi (art. 167, co. 9, Tuir) ⁽³⁾		100		100
Imposta netta		-76		-76
Periodo d'imposta N₁				
Utile netto distribuito (non concorre a formare il reddito)		900		900
Ritenuta estera sull'utile	10%	-90		-90
Ammontare che non concorre a formare il reddito		900		700
Ammontare che concorre a formare il reddito		0		200
Imposta sostitutiva	26%			-52
(C) Ritenuta estera sull'utile soggetto a tassazione separata		-90		-70
Credito per imposte estere sugli utili (art. 167, co 10, Tuir) ⁽³⁾		76		70

⁽¹⁾ a titolo definitivo prima della presentazione della dichiarazione dei redditi per l'anno N₀

⁽²⁾ scomputato nel quadro RM

⁽³⁾ minore fra C e (A - B), scomputato nel quadro RN

Totale imposte pagate all'estero e in Italia

	Regime previgente			Regime vigente		
	All'estero	In Italia	Totale	All'estero	In Italia	Totale
Nel periodo N ₀ sui redditi della CFC	100	176	276	100	176	276
Nel periodo N ₁ sugli utili distribuiti	90	-76	14	90	-18	72
	190	100	290	190	158	348

Tematica: distribuzione di utili eccedenti il reddito imputato per trasparenza

Paragrafo della circolare: 10- Disciplina degli utili eccedenti

Osservazioni: Secondo quanto riportato nel par. 10 della Bozza di circolare in merito all'attuale regime CFC, viene chiarito che (fermo restando quanto già rappresentato nelle osservazioni precedenti):

- la distribuzione di utili da parte della CFC non determina alcuna imposizione in capo al socio residente o localizzato in Italia;
- soltanto fino a concorrenza dell'importo già tassato per trasparenza, mentre l'eccedenza deve essere assoggettata a tassazione secondo le regole ordinarie dei dividendi.

In sostanza, quindi, i dividendi distribuiti dalla CFC non sono assoggettati ad imposizione nei limiti dell'importo già tassato per trasparenza in Italia, mentre l'eventuale eccedenza applica il regime ordinario dei dividendi percepiti da soggetti residenti nel territorio dello Stato.

L'attuale documento di prassi supera quanto precedentemente affermato nella circ. Agenzia delle Entrate 6.10.2010 n. 51 (§ 8.3) per la quale *“se gli utili distribuiti dalla CFC originano da un reddito precedentemente tassato per trasparenza in capo al socio italiano, gli stessi non vanno nuovamente tassati in capo al medesimo soggetto. Ciò a prescindere dalla circostanza che, a seguito delle variazioni in aumento ed in diminuzione operate al fine di determinare il reddito imponibile, quest'ultimo sia superiore o inferiore all'utile dell'esercizio distribuito”* (in senso conforme si veda anche circ. Agenzia delle Entrate 26.5.2011 n. 23 (§ 7.5).

Sul punto, si ritiene utile che l'Agenzia delle Entrate precisi che restano salvi i comportamenti posti in essere dai contribuenti prima dell'emanazione della circolare in commento.

Tematica: gli obblighi dichiarativi in materia di CFC

Paragrafo della circolare: 11.2 - Adempimenti dichiarativi e relative sanzioni

Osservazioni: In relazione al mancato rispetto degli obblighi segnaletici in dichiarazione, andrebbe chiarito se la sanzione di cui all'art. 8 co. 3-quater del D. Lgs. 471/97 (i.e. 10% del reddito imputabile *“anche solo teoricamente”*, con un minimo di euro 1.000 ed un massimo di euro 50.000) assuma, quale base di commisurazione, il risultato di esercizio della controllata CFC (pag. 127) anche ove non sia dimostrata la circostanza esimente.