



Contributo alla consultazione pubblica

Bozza Circolare ATAD n. 1 –

Chiarimenti in tema di Società Controllate Estere (CFC) –
articolo 167 del TUIR

6 agosto 2021



Sommario

1. Premessa	2
2. Osservazioni e contributi alla bozza di circolare	3
1. AMBITO SOGGETTIVO	3
2. IL REQUISITO DEL CONTROLLO	5
3. IL LIVELLO DI TASSAZIONE DEL SOGGETTO CONTROLLATO ESTERO	6
4. I “PASSIVE INCOME”	10
5. DETERMINAZIONE, ATTRIBUZIONE E TASSAZIONE DEL REDDITO DEL SOGGETTO ESTERO CONTROLLATO	12
6. LE OPERAZIONI STRAORDINARIE	16
7. DISTRIBUZIONE DEGLI UTILI	17
8. L’INTERPELLO PROBATORIO	19

1. Premessa

Ringraziamo l’Agenzia delle Entrate per l’opportunità di sottoporre alcune considerazioni in merito alle bozze della circolare e del provvedimento, poste in consultazione lo scorso 5 luglio 2021, sul tema delle cc.dd. “*controlled foreign company*” o “CFC”, come disciplinato dall’art. 167 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (“Testo Unico delle Imposte sui Redditi” o “TUIR”).

Come noto, la normativa CFC nasce con l’obiettivo di contrastare la delocalizzazione all’estero di imprese nazionali ed il differimento della tassazione mediante la produzione di utile da parte di società controllate, localizzate in Paesi a bassa fiscalità.

Tale regime prevede, a certe condizioni, l’imputazione per trasparenza (e quindi a prescindere dalla loro distribuzione sotto forma di utili) in capo al socio controllante italiano dei redditi prodotti da società estere controllate, da loro stabili organizzazioni estere o da stabili organizzazioni all’estero di soggetti residenti (beninteso, a patto che per esse trovi applicazione il regime di “*branch exemption*” di cui all’art. 168-*ter* del TUIR), in proporzione alla quota di partecipazione agli utili, da assoggettare a tassazione separata.

La bozza di circolare analizza la normativa CFC così come risultante dalle modifiche introdotte dal DLGS 29 novembre 2018, n. 142 (“Decreto ATAD”), attuativo della Direttiva UE 2016/1164 (“Direttiva” o “ATAD”). In particolare – tra le varie novità – merita ricordare che la nuova disposizione non distingue più tra CFC c.d. “*black list*” e CFC c.d. “*white list*”, ma prevede un’unica fattispecie, che prescinde dallo Stato di residenza o localizzazione della CFC; la disciplina, infatti, trova applicazione al ricorrere di entrambi i seguenti requisiti:

- a) l’assoggettamento a una tassazione effettiva inferiore alla metà di quella a cui la controllata estera sarebbe stata soggetta qualora residente in Italia; e
- b) la riferibilità di oltre un terzo dei proventi a determinate categorie (c.d. “*passive income*”).

La Direttiva enuclea due approcci diversi al tema CFC:

- approccio “*categorical*”, che prevede l’imputazione al contribuente residente dei redditi (a prescindere dalla loro distribuzione) qualificabili come *passive income*, cioè redditi derivanti da “fonti” (intesi quali beni o attività) facilmente trasferibili in altri Stati o territori;
- approccio “*diversion from parent jurisdiction*”, che prevede l’imputazione al contribuente dei redditi non distribuiti delle entità localizzate in un Paese a fiscalità privilegiata derivanti da costruzioni non genuine; in base a questo approccio, i redditi imputabili al controllante sono limitati agli importi generati dagli attivi e dai rischi

collegati alle funzioni significative del personale svolte nello Stato della società controllante.

L'approccio individuato dal legislatore italiano ha natura "mista": il conseguimento di *passive income* in misura superiore ad un terzo rileva esclusivamente come condizione di "ingresso" al regime; una volta effettuato tale ingresso, l'intero reddito della CFC (e non solo i *passive income*) sono attribuiti per trasparenza al socio italiano.

Gli aspetti che meritano considerazione ulteriore, ad avviso di Confindustria, possono essere così sintetizzati:

- in generale, l'utilità di una maggiore trattazione degli aspetti transitori;
- rapporto tra la disciplina CFC ed il regime di consolidato fiscale;
- coerenza dell'interpretazione adottata in materia di operazioni con parti terze nell'ambito dei c.d. "*passive income*";
- criticità del divieto di compensazione delle perdite della CFC non previamente indicate in dichiarazione;
- rapporti con il precedente orientamento interpretativo in materia di utili distribuiti dalla CFC.

2. Osservazioni e contributi alla bozza di circolare

1. AMBITO SOGGETTIVO

Paragrafi del documento interessati:

2.2 I SOGGETTI CONTROLLANTI NON RESIDENTI

Osservazioni/Contributi:

La disciplina trova applicazione per:

- i soggetti fiscalmente residenti nel territorio dello Stato italiano, indipendentemente dalla forma giuridica assunta (persone fisiche, società semplici, società di persone ed enti equiparati, soggetti IRES di cui alle lett. a), b) e c), dell'art. 73, comma 1, TUIR) e dall'attività svolta;
- le stabili organizzazioni in Italia di soggetti residenti all'estero.

La normativa si applica anche ai soggetti che, nonostante dichiarino di avere la residenza all'estero, siano considerati residenti in Italia a seguito di controlli dell'Amministrazione

finanziaria. A tal fine, rilevano anche le presunzioni di residenza previste dalla legge (cfr. art. 2, comma 2-*bis*, e art. 73, commi 3, 5-*bis*, e 5-*quater*, del TUIR).

Per quanto riguarda le stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti, rilevano le sole partecipazioni in controllate estere facenti parte del patrimonio della stabile organizzazione. Sul punto, la circolare in bozza chiarisce che, anche in assenza di una specifica convenzione contro le doppie imposizioni, occorre fare riferimento al Report OCSE (*Report on the attributions of profits to permanent establishment*, 22 luglio 2010) in cui è stato elaborato il c.d. “*Authorized OECD Approach*” (AOA), secondo cui la stabile organizzazione è considerata come un’entità separata ed indipendente rispetto all’impresa cui essa appartiene.

A tal riguardo, il riferimento al solo Report OCSE e non (quando presenti) ad eventuali disposizioni convenzionali specifiche, nonostante il chiaro intento semplificatorio, potrebbe apparire arbitrario: sebbene l’approccio OCSE sia indubbiamente il più diffuso a livello internazionale, sembrerebbe più corretto considerare prioritariamente le disposizioni contenute nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate tra l’Italia e lo Stato estero di riferimento, quand’anche le stesse dovessero differire dal modello OCSE¹.

Viene chiarito poi che la definizione di “stabile organizzazione” rilevante è quella di cui all’art. 162 TUIR o – come specificato nella bozza di circolare – quella più restrittiva prevista dall’eventuale convenzione applicabile.

Ebbene, il riferimento alla nozione di “stabile organizzazione” prevista dall’art. 162 TUIR comporta che, a questi fini, rilevi anche la definizione prevista dalla lett. f-*bis*) del secondo comma di tale articolo, ai sensi della quale configura “stabile organizzazione” anche “*una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio stesso*”. Pur comprendendo che la circolare in bozza non si focalizzi sull’art. 162 TUIR, potrebbe essere utile approfondire in tale sede l’ipotesi di cui alla citata lett. f-*bis*) ed il suo rapporto con la disciplina CFC (in particolare la sua compatibilità con l’ipotesi di disapplicazione contemplata al comma 5).

Sarebbe, inoltre, utile chiarire meglio il concetto di “definizione più restrittiva” di stabile organizzazione eventualmente prevista a livello convenzionale; a tal proposito riterremmo che tale concetto vada declinato in base ad una lettura *a contrariis* di quanto previsto dall’art. 169 TUIR, secondo cui “*le disposizioni del presente testo unico si applicano, se più favorevoli al contribuente, anche in deroga agli accordi internazionali contro la doppia imposizione*”; laddove tale interpretazione fosse confermata, sarebbe applicabile la nozione

¹ È questo, tra l’altro, l’approccio seguito in relazione alla definizione di stabile organizzazione, di cui *infra*.

di “stabile organizzazione” (“domestica” o “convenzionale”) che risulti più favorevole al soggetto estero, con l’effetto di sottrarla alla disciplina CFC italiana.

Potrebbe essere utile, infine, chiarire se la stabile organizzazione in Italia del soggetto estero sia potenzialmente attratta nell’ambito soggettivo della disciplina in esame indipendentemente dall’eventuale regime di *branch exemption* applicabile nello Stato della casa-madre estera.

2. IL REQUISITO DEL CONTROLLO

Paragrafi del documento interessati:

3 IL REQUISITO DEL CONTROLLO

Osservazioni/Contributi:

La nuova formulazione dell’art. 167 TUIR richiede che il soggetto estero sia controllato dal partecipante italiano, contemplando sia l’ipotesi del controllo “civilistico” che quella del controllo “economico” (si tratta di una novità rispetto alla precedente disciplina); in particolare, deve verificarsi almeno una delle seguenti condizioni alla data della chiusura dell’esercizio del soggetto estero (momento espressamente individuato dalla bozza di circolare in commento):

- il soggetto estero è controllato, direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciaria o interposta persona, ai sensi dell’art. 2359 c.c.², da un soggetto residente (controllo “civilistico”);
- oltre il cinquanta per cento della partecipazione agli utili del soggetto estero è detenuto, direttamente o indirettamente, mediante una o più società controllate ex art. 2359 c.c. o tramite società fiduciaria o per interposta persona, da un soggetto residente (controllo “economico”).

² Come noto, l’art. 2359 c.c. distingue tre ipotesi di controllo in base al grado di influenza esercitato dal soggetto controllante su quello controllato:

- controllo di diritto, che ricorre quando un soggetto dispone della maggioranza dei diritti di voto esercitabili nell’assemblea ordinaria di un altro soggetto;
- controllo di fatto, che consiste nel potere di un soggetto di esercitare un’influenza dominante sull’assemblea ordinaria di un altro soggetto, pur non avendo la maggioranza assoluta dei diritti di voto;
- controllo contrattuale, che si realizza nel caso in cui un soggetto sia in grado di influenzare in modo dominante un’altra società in virtù di vincoli contrattuali tali per cui quest’ultima si consideri dipendente economicamente dalla prima.

Ai fini in esame, non rilevano le ipotesi di controllo congiunto. Inoltre, salvo il caso in cui in capo ad uno dei partecipanti si possa ravvisare l'ipotesi del controllo di fatto, le *joint-venture* non ricadono nell'ambito dell'art. 2359 c.c.

In ogni caso, non si può escludere in modo assoluto l'esistenza di una situazione di controllo (necessariamente del tipo "contrattuale") anche in casi di partecipazione paritetica nella società.

La circolare in bozza chiarisce che il requisito del controllo "civilistico" va verificato senza applicare il meccanismo della demoltiplicazione della catena societaria. Diversamente, per il requisito del controllo "economico" l'eventuale demoltiplicazione della catena societaria è rilevante.

La medesima circolare precisa, poi, che la norma non individua in maniera puntuale il titolo o lo strumento che attribuisce il diritto di partecipazione agli utili nell'ipotesi di controllo "economico" in quanto ciò sarebbe limitativo (sebbene, ne venga comunque fornita una lista a titolo esemplificativo).

Ovviamente, i requisiti del controllo come sopra descritti rilevano anche per le ipotesi di stabili organizzazioni in Italia di soggetti esteri.

Sul punto sarebbe utile precisare se il requisito del controllo si intende non riscontrato laddove il contribuente dimostri che, nonostante il medesimo sia formalmente rispettato, sussistano condizioni che ne impediscono il concreto esercizio (ad esempio, nel caso in cui il soggetto non residente sia sottoposto a forme di amministrazione giudiziale che limitino il potere decisionale degli amministratori ed il diritto alla percezione degli utili del controllante residente).

3. IL LIVELLO DI TASSAZIONE DEL SOGGETTO CONTROLLATO ESTERO

Paragrafi del documento interessati:

4.1.1 Il livello di tassazione effettiva estera

Osservazioni/Contributi:

La bozza di circolare reca significativi chiarimenti sul c.d. ETR test (o *Effective Tax Rate test*), ossia sui criteri per individuare il livello di tassazione effettiva subito all'estero dalla società controllata.

Come detto, la normativa in esame si applica al soggetto controllato estero quando ricorrano contemporaneamente le seguenti condizioni:

- i. la CFC è soggetta a tassazione effettiva inferiore alla metà di quella cui sarebbe stata assoggettata se residente in Italia; e
- ii. realizza proventi che, per più di un terzo del loro valore complessivo, rientrano tra i c.d. *passive income*.

Come noto, circa la condizione *sub (i)*, il legislatore ha abbandonato il precedente approccio che valorizzava il livello nominale di tassazione in relazione ai soggetti c.d. *black list*. Con il recepimento dell'ATAD è stata attribuita, infatti, esclusiva rilevanza al livello di tassazione effettivo subito all'estero (ETR) rispetto a quello virtuale italiano (*Virtual Tax Rate* o VTR), superando la previgente distinzione tra Stati membri (o Stati SEE) e altri Paesi.

Ciò premesso, la bozza di circolare chiarisce che nell'ipotesi in cui la controllata estera aderisca a una forma di tassazione di gruppo, rilevano esclusivamente le imposte riferibili alla controllata stessa, singolarmente considerata (cfr. paragrafo 5.1, lettera c) del Provvedimento).

Si tratta di un riferimento che andrebbe meglio declinato, specie con riferimento a regimi d'imposizione di gruppo, come quello italiano, sulla base dei quali si procede dapprima alla somma algebrica dell'imponibile di ciascun soggetto aderente (determinato con modalità *stand alone*) per applicare in una fase successiva apposite rettifiche di consolidamento (ritenute appannaggio della *fiscal unit* sebbene riferite a presupposti maturati in capo ad uno o più soggetti aderenti).

Salvo il caso del consolidato fiscale estero o di peculiari ipotesi che si possono verificare e che necessitano di una autonoma valutazione, le imposte estere devono trovare evidenza nel bilancio o rendiconto di esercizio della controllata, nella relativa dichiarazione dei redditi presentata alle competenti autorità fiscali, nelle connesse ricevute di versamento, nonché nella documentazione relativa alle eventuali ritenute subite ad opera di sostituti d'imposta o altri soggetti locali. Alle stesse condizioni, rilevano anche le imposte dovute, a titolo definitivo, in giurisdizioni diverse da quelle di localizzazione, sia dalla controllata sia da altri soggetti in relazione al reddito della controllata stessa: il chiarimento della circolare appare corretto in un'ottica sistematica, ancorché la precisazione di cui alla nota 16, relativa alla corretta allocazione delle basi imponibili in Stati differenti, in coerenza alle norme in tema di prezzi di trasferimento, sembrerebbe introdurre un obbligo di verifica del valore *arm's length* di operazioni "estero su estero", rispetto alle quali il contribuente italiano potrebbe incontrare notevoli difficoltà nel reperire le necessarie informazioni.

Andrebbe, quindi, chiarito se, nella determinazione delle imposte estere vadano considerati gli effetti di compensazione tra perdite e redditi in seno al consolidato oppure (ed a quali condizioni) le sole rettifiche di consolidamento.

Ai fini del calcolo della tassazione effettiva estera vanno, inoltre, considerati gli effetti di qualsiasi agevolazione fruita dalla controllata, anche se di carattere temporaneo, ovvero accordata in base ad uno specifico accordo concluso con l'Amministrazione fiscale estera; come visto, la previsione ha portata generale con riferimento a qualsiasi forma di agevolazione. Nell'ipotesi in cui un soggetto residente in Italia (o una stabile organizzazione italiana di un soggetto non residente) controlli una entità estera la quale controlli a sua volta un'altra entità di un terzo Stato (che risulterebbe pertanto controllata indirettamente anche dal soggetto italiano o dalla citata stabile organizzazione), occorre effettuare due *test* separati:

- uno per l'entità estera controllata direttamente dal soggetto italiano (entità estera controllata "di primo livello");
- e un altro per l'entità estera controllata da quest'ultima (entità estera controllata "di secondo livello").

Con riferimento all'ETR, sarebbe, inoltre, utile che la circolare ribadisse il principio già espresso dalla Circolare n. 51/E del 6 ottobre 2010 in materia di perdite fiscali "estere" maturate dalla CFC; in tale occasione, si ricorda, era stato chiarito che *"in sede di prima applicazione della disciplina in esame, per ragioni di semplificazione e omogeneità dei termini di confronto, si ritiene opportuno – sempre ai fini della determinazione dell'effective tax rate estero – non considerare le perdite fiscali "estere" maturate antecedentemente all'entrata in vigore della "nuova" disciplina CFC (c.d. sterilizzazione delle perdite pregresse). A regime, avranno rilevanza quelle maturate dal primo periodo di applicazione della "nuove" disposizioni, cioè per i contribuenti con periodo d'imposta coincidente con l'anno solare, a decorrere dal 2010"*.

Per quanto concerne, invece, il calcolo della tassazione virtuale italiana, si precisa innanzitutto che rileva solo l'IRES. Pertanto, non si tiene conto né di eventuali addizionali dell'IRES, né dell'IRAP. Questo è un chiarimento importante in un'ottica di omogeneità.

Per motivi di semplificazione, le imposte virtuali italiane, però, devono essere sempre assunte al lordo (ossia senza tener conto dello scomputo) di eventuali ipotetici crediti d'imposta (ossia che sarebbero spettati in caso di residenza in Italia) per i redditi prodotti in uno Stato diverso da quello di localizzazione, diversamente da quanto previsto per la determinazione dell'ETR della controllata estera per cui le imposte effettivamente dovute nello Stato di localizzazione rilevano al netto di utilizzi di crediti d'imposta per redditi prodotti

in altri Stati. A tal riguardo, sarebbe preferibile che il computo in diminuzione dei crediti per imposte estere seguisse regole analoghe nel raffronto tra ETR e VTR.

Il calcolo del VTR deve essere eseguito partendo dai dati risultanti dal bilancio di esercizio o del rendiconto della controllata, redatti secondo le regole dello Stato di localizzazione. In particolare, se il bilancio o il rendiconto è redatto in conformità ai principi contabili internazionali, il socio residente è tenuto a determinare il reddito della controllata secondo le disposizioni appositamente previste per i soggetti che adottano i principi IAS.

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.

Si conferma che non rileva l'ACE e non si considerano le disposizioni valevoli per società di comodo, società in perdita sistemica, indici sintetici di affidabilità (ISA), rateizzazione delle plusvalenze.

Di rilievo le precisazioni, sia per l'imposta estera che per quella italiana, sulle variazioni non permanenti della base imponibile.

Si tratta di variazioni che vanno sterilizzate e delle quali, dunque, non si tiene conto, sostanzialmente per ragioni di semplificazione; la circolare e il provvedimento precisano però che la sterilizzazione non opera solo per le variazioni con riversamento certo e predeterminato ma anche nei casi di variazioni con riversamento non certo e non predeterminato quando non abbiano dato luogo ad un rischio di c.d. *deferral*.

Sul punto, il paragrafo 5.1, lettera d), del Provvedimento precisa che *“Sono irrilevanti le variazioni non permanenti della base imponibile, con riversamento certo e predeterminato in base alla legge o per piani di rientro (es. gli ammortamenti). Tale previsione non riguarda il riassorbimento di variazioni che sono state considerate rilevanti ai fini del calcolo del tax rate nei periodi d'imposta precedenti a quello di entrata in vigore del decreto legislativo n. 147 del 2015”*.

Conseguentemente, nel calcolo del livello di tassazione non va considerato l'impatto di eventuali variazioni in aumento o diminuzione della base imponibile estera di natura temporanea, destinate quindi a riassorbirsi negli esercizi successivi. Tale “sterilizzazione”, tuttavia, ha ad oggetto soltanto le variazioni relative a differenze temporali con riversamento certo e predeterminato in base alla legge o per piani di rientro e va operata sia nell'anno di effettuazione della variazione sia nell'anno (o negli anni) del suo successivo riversamento.

La circolare in bozza, coerentemente al provvedimento, chiarisce che, in ogni caso, vanno sterilizzate anche le variazioni temporanee che, seppure prive di riversamento certo e

predeterminato, abbiano dato luogo a una tassazione anticipata di componenti positivi di reddito o a una deduzione posticipata di componenti negativi di reddito rispetto a quanto rilevato in bilancio (effetto c.d. *deferral*). Si ritiene, tuttavia, che in un'ottica di semplificazione quale l'Agenzia delle Entrate sembra perseguire con la bozza di circolare in esame, mal si inserisca un tale adempimento per il contribuente. Difatti, la ricostruzione richiesta per identificare i componenti positivi e negativi che abbiano determinati effetti di *deferral* potrebbe risultare particolarmente gravosa, oltre a generare una situazione di asimmetria, a causa della mancata sterilizzazione delle variazioni temporanee prive di riversamento certo e predeterminato di segno opposto (tassazione posticipata di componenti positivi di reddito o deduzione anticipata di componenti negativi di reddito), con una conseguente riduzione della tassazione effettiva estera.

Tale asimmetria sulle differenze temporanee prive di riversamento certo viene specularmente riproposta anche in relazione alla determinazione dell'imposta virtuale italiana (con un conseguente aumento della stessa) attraverso la sola sterilizzazione delle variazioni generatrici di tassazione posticipata di ricavi o deduzione anticipata di costi.

Le sole ragioni di coerenza logico-sistematica addotte dalla circolare in bozza su tale aspetto non paiono giustificare un'asimmetria doppiamente penalizzante per il contribuente nella determinazione del raffronto tra il livello di tassazione effettiva estera e quello virtuale italiano.

Sarebbe, inoltre, utile prevedere un chiaro regime transitorio in merito alla sterilizzazione delle differenze temporanee già effettuate in precedenti esercizi.

4. I "PASSIVE INCOME"

Paragrafi del documento interessati:

5.1 PROVENTI DERIVANTI DA ATTIVITÀ ASSICURATIVA, BANCARIA E ALTRE ATTIVITÀ

Osservazioni/Contributi:

Singolare appare l'interpretazione adottata sui proventi derivanti da attività finanziarie perché si stravolge l'impianto originario e i proventi da attività finanziarie in senso lato sono ricondotti tra le componenti *passive* (viene meno il precedente distinguo ante ATAD, in forza del quale erano escluse le attività finanziarie svolte nell'interesse di terzi e della clientela).

Sarebbe, poi, opportuno che la circolare confermasse che assumono rilevanza soltanto le plusvalenze e non anche le minusvalenze.

Paragrafi del documento interessati:

5.2 I PROVENTI DERIVANTI DA OPERAZIONI DI COMPRAVENDITA DI BENI E PRESTAZIONI DI SERVIZI INFRAGRUPPO

Osservazioni/Contributi:

Particolari risultano le conclusioni raggiunte dall’Agenzia delle Entrate con riferimento alle operazioni infragruppo a basso valore aggiunto: si statuisce in questo caso che è sufficiente che una delle due operazioni avvenga nei confronti di altri soggetti appartenenti al medesimo gruppo affinché il provento rilevi ai fini del computo dei *passive income*. La caratteristica di valore aggiunto scarso o nullo prevista dalla norma è riferita, chiarisce la circolare, a quanto apportato dalle operazioni realizzate dalla controllata estera, con le proprie risorse, e non al valore economico dei beni o dei servizi forniti, in sé considerati.

La bozza di circolare, dunque, alla luce della *ratio* a fondamento dell’Action 3 BEPS e della formulazione letterale dell’ATAD, volte a garantire il presidio della base imponibile nazionale attraverso il contrasto dei fenomeni di distrazione di redditi a beneficio della CFC, chiarisce che – ai fini del *passive income test* – rilevano anche:

- i proventi dell’entità estera controllata derivanti dalla rivendita a terzi indipendenti di beni acquistati da imprese associate; e
- i proventi dell’entità estera controllata derivanti dalla rivendita a imprese associate di beni dalla stessa acquistati da terzi indipendenti.

Posto che il chiarimento in parola viene reso per le compravendite di beni (e servizi) con valore economico aggiunto scarso o nullo, ci viene segnalato il caso di una recente risposta ad interpello di tenore contrastante con il suddetto chiarimento.

Rispetto al tema specifico sarebbe, pertanto, auspicabile un più compiuto coordinamento.

In particolare, la fattispecie posta all’attenzione dell’Agenzia delle Entrate (Direzione Centrale Grandi Contribuenti – Ufficio Adempimento Collaborativo) nel 2020 riguardava l’esclusione dal calcolo della quota rilevante di 1/3 dei “*passive income*”, delle vendite di beni rientranti nella categoria di cui al numero 6) del comma 4, lett. b), articolo 167 del TUIR,

effettuate a vantaggio di soggetti terzi ma aventi ad oggetto beni precedentemente acquistati all'interno del gruppo.

L'Agenzia delle Entrate ha ricordato, in risposta, che, sulla base della formulazione dell'articolo 167 del TUIR, ai fini dell'applicazione della disciplina CFC ad un'entità controllata estera non è sufficiente che quest'ultima integri il requisito del c.d. *tax rate*, ma è necessario che la stessa soddisfi, congiuntamente, l'ulteriore condizione della realizzazione, in misura superiore a un terzo del totale, di proventi appartenenti alle tipologie elencate nel comma 4, lettera b).

Fra essi l'articolo include i *"6) proventi derivanti da operazioni di compravendita di beni con valore economico aggiunto scarso o nullo, effettuate con 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"*.

Rispetto allo schema di decreto legislativo, la versione definitiva della disposizione ricomprende tra le ipotesi di *passive income* non solo le cessioni ma anche gli acquisti *intercompany*. L'originaria bozza, invece, faceva riferimento ai soli *"redditi da operazioni di cessione di beni o prestazioni di servizi a valore aggiunto scarso o nullo"*.

La modifica, suggerita dalla VI Commissione Finanze della Camera dei Deputati, è coerente con il testo dell'articolo 7, comma 2, della Direttiva che menziona i *"redditi da società di fatturazione che percepiscono redditi da vendite e servizi derivanti da beni e servizi acquistati e venduti a imprese associate"*. La Direttiva, a sua volta, ha tenuto conto di quanto indicato nel Rapporto OCSE – Azione 3, paragrafo 78, sulle c.d. *invoicing companies*, vale a dire società "cartiere".

L'Agenzia ha ritenuto che, ai predetti fini, rilevino solo ed esclusivamente le operazioni che, sia nella fase di acquisto dei beni e servizi, sia nella successiva fase di fornitura, si rivolgono a soggetti appartenenti allo stesso gruppo. Ai fini del *test*, pertanto, secondo il citato interpello, dovrebbero essere considerati al numeratore del rapporto i soli proventi che derivano dalle suddette operazioni, ponendo invece al denominatore i proventi complessivamente realizzati dal soggetto estero.

5. DETERMINAZIONE, ATTRIBUZIONE E TASSAZIONE DEL REDDITO DEL SOGGETTO ESTERO CONTROLLATO

Paragrafi del documento interessati:

7.1 LA DETERMINAZIONE DEL REDDITO ESTERO

Osservazioni/Contributi:

La determinazione del reddito del soggetto estero è disciplinata dalle medesime regole valevoli per i soggetti IRES, ad eccezione delle disposizioni in materia di società di comodo, società in perdita sistematica, indici sintetici di affidabilità (ISA), aiuto alla crescita economica (ACE) e rateizzazione delle plusvalenze (ex art. 86, comma 4, TUIR).

Mutuando disposizioni precedenti, la circolare in bozza chiarisce che i valori fiscali dei beni della CFC per il primo esercizio di applicazione della normativa in esame (2019 in caso di soggetto con esercizio coincidente con l'anno solare) sono pari ai valori indicati nell'ultimo bilancio del soggetto estero. Nel caso di soggetti esteri già sottoposti al regime CFC prima del 2019, i valori fiscali rilevanti saranno quelli già presenti nella dichiarazione dei redditi.

La bozza di circolare, in coerenza con i precedenti documenti di prassi, precisa altresì che il monitoraggio nella dichiarazione del soggetto controllante residente dei valori fiscali dell'attivo e del passivo del soggetto estero può decorrere già dall'acquisizione del controllo del medesimo, anche laddove non fossero integrate le altre condizioni per configurarlo sin da subito come una CFC. Il monitoraggio rileva anche al fine di consentire il riporto in avanti di eventuali perdite (virtuali) del soggetto estero in prospettiva del loro successivo utilizzo in compensazione con il reddito tassato per trasparenza una volta verificatesi le condizioni di cui all'art. 167 TUIR per configurare una CFC.

Il documento, inoltre, in continuità con le precedenti interpretazioni dell'Agenzia delle Entrate, non consente l'utilizzo in compensazione di perdite che non siano state previamente indicate in dichiarazione. Posto che, dal punto di vista sostanziale, appare condivisibile un approccio che impedisca di utilizzare in compensazione eventuali perdite maturate dalla CFC prima dell'acquisto del controllo da parte del soggetto residente, quale condizione prioritaria per l'ingresso nel regime CFC del soggetto estero, non risulta altrettanto condivisibile il divieto di scomputo di perdite non precedentemente indicate in dichiarazione. Nel rispetto del generale principio di imposizione in base alla effettiva capacità contributiva, infatti, si ritiene che la mancata indicazione delle perdite maturate dal soggetto estero in costanza di applicazione del regime CFC e nel periodo in cui sussisteva già il requisito del controllo, non dovrebbe impedire l'utilizzo delle medesime a scomputo del reddito tassato per trasparenza ai sensi dell'art. 167 TUIR.

La bozza di circolare precisa, inoltre, a pag. 89, che ai fini della determinazione del reddito estero e della sua attribuzione per trasparenza, non abbiano rilievo regimi fiscali opzionali o agevolativi.

Si tratta, invero, di una preclusione che non sembra trovare conferma nel tenore letterale della norma del TUIR e che contraddice pronunce di prassi “estensive” delle quali l’Agenzia si è avvalsa in passato (che hanno condotto all’applicazione alle controllate estere, per esempio, della normativa sulle c.d. “società non operative”, benché la norma primaria circoscrivesse l’ambito delle disposizioni applicabili soltanto a quelle contenute nel TUIR).

Sarebbe, invece, coerente, stante l’attrazione nel regime fiscale nazionale alla quale i controllati esteri sono soggetti, consentire anche ad essi di avvalersi delle norme che sempre più di frequente interessano la determinazione del reddito d’impresa, *in primis* quelle sulla rivalutazione o sul riallineamento a fini fiscali, facoltativi ed onerosi.

Paragrafi del documento interessati:

7.3 LA TASSAZIONE SEPARATA E LA SEGREGAZIONE DEI REDDITI E DELLE PERDITE DELLA CFC

Osservazioni/Contributi:

Anche in sede di recepimento della Direttiva si è confermato che i redditi della CFC imputati al socio residente sono tassati in via separata e non è, pertanto, consentito compensare le perdite fiscali del socio residente con il reddito della CFC.

La tassazione avviene separatamente per ciascuna CFC dello stesso socio residente, anche laddove alcune siano ubicate nel medesimo Paese estero.

L’aliquota da applicare sul reddito della CFC è pari all’aliquota media applicata sul reddito del socio residente (senza tenere conto di eventuali addizionali) e non può essere inferiore all’aliquota IRES ordinaria.

Come anticipato, le perdite generate dalla CFC possono essere utilizzate in compensazione dei redditi prodotti dalla medesima CFC negli esercizi successivi, purché tali perdite siano determinate e riportate nella dichiarazione dei redditi del socio residente. L’utilizzo delle perdite avviene secondo le regole dettate dall’art. 84 del TUIR; pertanto, l’utilizzo in compensazione può avvenire nei limiti dell’80 per cento del reddito imponibile dell’esercizio, salvo per le perdite realizzate nei primi tre periodi d’imposta dalla data di costituzione della CFC che sono utilizzabili integralmente. A tal riguardo, non rilevano la data di costituzione del soggetto controllante italiano e la data di applicazione del regime CFC.

Sul punto, potrebbe essere utile inserire una disposizione di chiusura per individuare la data di costituzione del soggetto estero. Ad esempio, si potrebbe prevedere che, laddove non fosse possibile individuare con certezza la data di costituzione del soggetto estero, si potrebbe fare riferimento alla data dell'ultimo degli adempimenti previsti dalla legislazione dello Stato estero per la costituzione.

Paragrafi del documento interessati:

7.4 CREDITO D'IMPOSTA PER REDDITI PRODOTTI ALL'ESTERO

Osservazioni/Contributi:

La bozza di circolare conferma che le imposte pagate all'estero dalla (sola) CFC possono comportare il riconoscimento del credito d'imposta di cui all'art. 165 TUIR. A tal fine rilevano anche le imposte pagate dalla CFC in Stati diversi da quello di localizzazione.

Viene affrontato anche il tema della determinazione del credito per le imposte pagate all'estero nell'ipotesi di controllo indiretto della CFC per il tramite di una società estera intermedia. In particolare, può accadere che la CFC sia già assoggettata ad imposizione in un altro Stato (ad esempio, quello di residenza della società estera intermedia) che applica la propria normativa CFC. In tal caso, in sede di imputazione del reddito della CFC al socio italiano indiretto, non si tiene conto delle imposte già assolte sul reddito della CFC da soggetti controllanti intermedi che abbiano applicato la propria normativa CFC.

Un'ulteriore fattispecie analizzata nella circolare concerne l'ipotesi in cui la stabile organizzazione del socio italiano detenga partecipazioni in una CFC. Laddove la stabile organizzazione assoggettasse ad imposizione i redditi della CFC in base alla legislazione del proprio Paese di localizzazione, le imposte pagate in via definitiva sarebbero accreditabili per il socio residente, a prescindere dalla eventuale opzione per il regime di *branch exemption*.

Un altro esempio riguarda il caso di un'entità estera controllata dal soggetto residente che, a sua volta, abbia una stabile organizzazione considerata CFC in base alla disciplina vigente nello Stato della controllata. Le imposte pagate dalla controllata estera in relazione al reddito della propria stabile organizzazione sono accreditabili anche per il soggetto residente che consideri la stabile organizzazione della propria controllata come una CFC.

In ogni caso, la detrazione ai sensi dell'art. 165 del TUIR è consentita soltanto in relazione alle imposte pagate dal soggetto controllato all'estero in via definitiva e non è ammessa, nel caso di applicazione congiunta di più discipline CFC nei vari Stati, laddove uno di questi riconosca, a sua volta, il credito per le imposte pagate dalla CFC. Tale "chiusura" appare difficilmente conciliabile con il passaggio della circolare a mente del quale *"il tenore letterale del comma 9 dell'articolo 167 del TUIR, in sede di imputazione del reddito della CFC in capo al controllante italiano, non consente di rendere accreditabili anche le imposte assolute sul reddito della CFC dai soggetti controllanti esteri "intermedi" che abbiano a loro volta applicato la tassazione per trasparenza della medesima CFC in base alla propria disciplina"*.

6. LE OPERAZIONI STRAORDINARIE

Paragrafi del documento interessati:

8.1 IL TRASFERIMENTO DI SEDE E I VALORI FISCALI DELLA CFC

Osservazioni/Contributi:

La circolare fornisce anche chiarimenti relativi alle ipotesi di operazioni straordinarie che coinvolgono CFC tassate per trasparenza, includendo il trasferimento di sede, la fusione e la scissione.

Per quanto concerne il trasferimento di sede, sarebbe opportuno venisse fornita qualche precisazione riguardo alle eventuali ricadute fiscali legate al trasferimento in Italia della sede legale di un soggetto estero, assoggettato alla disciplina in commento fino al periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2018 ed in seguito fuoriuscitone in considerazione del fatto che l'attività dallo stesso svolta non consente che si realizzi il presupposto legato al conseguimento per quota rilevante di ricavi o proventi ritenuti *passive* alla luce dei nuovi criteri di cui al vigente co. 4, lett. b).

In particolare, non appare coerente con la ratio dell'art. 166-*bis* TUIR, la sua inapplicabilità alle società non residenti che non si qualificano quali CFC nell'esercizio precedente al loro trasferimento (pur essendole state in esercizi anteriori) in quanto verrebbe altresì meno la cautela di dover garantire una continuità dei valori fiscalmente riconosciuti, essendo presenti ulteriori esercizi in cui non vi è stata rilevanza (neanche per l'imputazione dei redditi al socio residente) dei valori della società estera ai fini delle imposte sui redditi italiane.

Non pare che a tali società si possa riservare, ai fini dell'art. 166-*bis* TUIR, un trattamento diverso da qualsiasi società non residente che trasferisca la propria residenza in Italia.

7. DISTRIBUZIONE DEGLI UTILI

Paragrafi del documento interessati:

10 DISTRIBUZIONE DEGLI UTILI

Osservazioni/Contributi:

La circolare in consultazione si occupa di chiarire taluni aspetti relativi al regime fiscale degli utili della CFC distribuiti al socio residente o localizzato in Italia.

In particolare, l'Agenzia delle Entrate supera le sue precedenti indicazioni, dettate con la circolare n. 51/E del 6 settembre 2010, secondo le quali l'imposizione per trasparenza del reddito della CFC avrebbe esaurito il prelievo fiscale in relazione all'utile realizzato dalla CFC, con la conseguenza che la successiva distribuzione non avrebbe determinato alcuna imposizione ulteriore in capo al socio residente o localizzato in Italia.

Il nuovo orientamento viene giustificato dall'esigenza di aderire al dettato della Direttiva che prevede la possibilità di dedurre dalla base imponibile alla cui determinazione concorrerebbero gli utili distribuiti dalla CFC, gli importi precedentemente oggetto di tassazione per trasparenza in capo al socio italiano.

Detto altrimenti, la bozza di circolare prevede che la distribuzione di utili da parte della CFC continui a non determinare alcuna imposizione in capo al socio residente o localizzato in Italia soltanto fino a concorrenza dell'importo già tassato per trasparenza, mentre l'eccedenza andrebbe assoggettata a tassazione secondo le regole ordinarie.

Quindi, l'applicazione della disciplina CFC determina l'accumulo di un "*basket*" di utili della CFC tassati per trasparenza, all'interno del quale gli utili successivamente distribuiti dalla CFC non dovranno scontare doppia imposizione. L'eventuale eccedenza sconterà l'imposizione ordinaria, cosicché per i soggetti IRES essa passerebbe da un regime di irrilevanza a un regime di rilevanza nella misura del 5%).

Alla luce di quanto specificato, l'Agenzia chiarisce che non è più necessario monitorare le riserve da cui saranno attinti gli utili della CFC. Infatti, a prescindere dalle riserve da cui gli utili sono attinti, fino a concorrenza dell'importo dei redditi già imputati fiscalmente per trasparenza, detti utili non vanno assoggettati ad imposizione in capo al socio. Una volta che il *basket* sarà interamente consumato, troverà applicazione l'ordinaria disciplina di qualificazione dei dividendi da entità estere, a prescindere dalla qualificazione come utili *white* oppure utili *black* dai quali verrebbero attinti.

Infine, l'Agenzia si preoccupa di precisare una sorta di regime transitorio facoltativo per cui il contribuente, laddove per gli utili realizzati dalla CFC in periodi d'imposta precedenti volesse mantenere il regime previgente, potrà farlo ma sarà sua cura e responsabilità mantenere memoria della stratificazione delle riserve (secondo quanto già indicato in precedenti documenti di prassi).

Ad avviso di chi scrive, sorge qualche perplessità in relazione all'ipotesi che l'eccedenza del dividendo riscosso dal soggetto controllato estero (in valore assoluto) rispetto al reddito previamente reso imponibile in Italia per trasparenza debba essere assoggettato ad imposizione secondo le regole ordinarie.

In via generale, si apprezza la logica sottostante per cui l'imposizione in Italia renderebbe di fatto non più "privilegiato" il regime fiscale estero nel quale la controllata opera, promuovendo un elemento di semplificazione della disciplina.

Tuttavia, restano dubbi sulle motivazioni per cui l'Amministrazione ha ritenuto di dover superare le indicazioni di prassi fornite con la circolare n. 51/E del 6 settembre 2010. Nella citata circolare (par. 8.3), infatti, veniva richiamato il "vecchio" articolo 167, comma 7, TUIR ai sensi del quale *"gli utili distribuiti, in qualsiasi forma, dai soggetti non residenti di cui al comma 1 (le società controllate residenti in Paesi o territori black list, n.d.r.) non concorrono alla formazione del reddito dei soggetti residenti fino all'ammontare del reddito assoggettato a tassazione, ai sensi del medesimo comma 1, anche negli esercizi precedenti"*.

Tale disposizione aveva evidentemente la finalità di evitare fenomeni di doppia imposizione su utili distribuiti dalla CFC tratti da redditi già precedentemente tassati per trasparenza in capo al socio italiano. Conseguentemente si riteneva che l'imposizione per trasparenza del reddito della partecipata *black list* esaurisse il prelievo fiscale in relazione al medesimo reddito, *"a prescindere dalla circostanza che, a seguito delle variazioni in aumento ed in diminuzione operate al fine di determinare il reddito imponibile, quest'ultimo [fosse] superiore o inferiore all'utile dell'esercizio distribuito"*.

Il vigente comma 10 dell'articolo 167 TUIR presenta, a nostro avviso, una formulazione analoga al previgente comma 7 prevedendo che *"gli utili distribuiti, in qualsiasi forma, dai soggetti controllati non residenti non concorrono alla formazione del reddito dei soggetti di cui al comma 1 fino a concorrenza dei redditi assoggettati a tassazione ai sensi del comma 8, anche nei periodi d'imposta precedenti"*. Come osservato nella presente bozza di circolare in consultazione, il citato comma 10 si esprime in senso sostanzialmente conforme all'articolo 8, comma 5 della direttiva ATAD.

Alla luce, quindi, di tali analogie, risultano dubbie le nuove indicazioni che, seppur in misura minima per i soggetti IRES, introducono *ex novo* un fenomeno di doppia imposizione. Senza

contare, poi, che la previsione recata dall'art. 8, comma 5 della Direttiva (addotta a giustificazione del *revirement*) appare indissolubilmente legata alla previsione di cui al comma 1 del medesimo articolo [in forza del quale "*i redditi (della controllata estera; n.d.r.) da includere nella base imponibile del contribuente sono calcolati in conformità delle norme della legge sull'imposta societaria dello Stato membro in cui il contribuente è residente ai fini fiscali o è situato. Le perdite dell'entità o della stabile organizzazione non sono incluse nell'imponibile ma possono essere riportate, conformemente al diritto nazionale, e prese in conto nei periodi d'imposta successivi*"], asimmetria di trattamento che il legislatore nazionale non ha inteso assecondare in sede di recepimento.

8. L'INTERPELLO PROBATORIO

Paragrafi del documento interessati:

12.3 LA VALENZA DEI PRECEDENTI PARERI

Osservazioni/Contributi:

In tema di valenza dei precedenti pareri già forniti dall'Agenzia in risposta ad istanze di interpello probatorio, restano validi quelli in cui è stata riconosciuta la disapplicazione in virtù della circostanza esimente di cui alla lettera a) del comma 5 dell'articolo 167 TUIR (versione previgente).

Non possono considerarsi ancora validi, invece, i pareri resi sulla base del solo articolo 167, comma 5, lettera b) del TUIR. A tale ultimo riguardo merita osservare che la bozza di circolare riconosce espressamente la valenza dei precedenti interpelli ex art. 167, c. 8 ter TUIR; più precisamente, la bozza chiarisce che "*la risposta positiva fornita in riscontro a istanze di interpello presentate ai sensi dell'articolo 8-ter, a parità di circostanze, continua ad essere valida ai fini della nuova normativa*". Potrebbe essere utile un maggior approfondimento al fine di fornire esemplificazioni, utili ai contribuenti, dei casi in cui la citata parità di circostanze possa dirsi sussistente.