Il regime CFC

Alessandro Savorana

19 ottobre 2023

- Art. 167 TUIR
- Direttiva ATAD 2016/1164 del 12 luglio 2016, artt. 7 e 8
- Decreto Legislativo 29 novembre 2018 n.142
- Provvedimento Agenzia Entrate 376652 del 27 dicembre 2021
- Circolare Agenzia Entrate n. 18/E del 27 dicembre 2021
- Denunce Commissione AIDC: marzo 2016 – settembre 2018

L’art. 167 del T.U.I.R.), è stato riscritto in attuazione del recepimento della Direttiva (UE) 2016/1164 del 12 luglio 2016 (ATAD 1).

In sostanza il reddito della CFC estera, modificato in relazione all'applicazione delle norme sul reddito d’impresa domestiche, viene tassato per trasparenza in capo ai soci controllanti residenti al ricorrere di determinate condizioni.

La disciplina viene applicata nei confronti di società controllate direttamente o indirettamente, ovvero laddove soggetto abbia il diritto di ricevere oltre il 50 per cento degli utili, indipendentemente dalla residenza in Stati UE/SEE o extra-UE delle legal entity.

Si tratta di una norma anti-elusiva, sostanzialmente di chiusura del sistema: se non posso attrarre la residenza della società (esterovestizione), ne tasso comunque il reddito qualora il ***tax rate*** effettivo sia inferiore del 50% rispetto a quello cui sarebbe stata soggetta qualora residente in Italia. Anticipo che secondo le intenzioni dell’attuale Governo, la disciplina potrebbe subire modifiche nell’ambito della riforma fiscale.

Ambito soggettivo (1° comma):

- Persone fisiche
- Società di persone
- Società di capitali
- Enti commerciali e non
- Trust, commerciali e non
- Organismi di investimento collettivo del risparmio
- Società e gli Enti di ogni tipo, compresi i trust, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato **relativamente alle loro stabili organizzazione italiane che controllano soggetti non residenti** (estensione).

Requisiti per la sussistenza del controllo (commi 2 e 3):

Si considerano soggetti controllati non residenti le imprese, le società e gli enti non residenti nel territorio dello Stato, per i quali si verifica almeno una delle seguenti condizioni:

a) sono controllati direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciaria o interposta persona, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, da parte di un soggetto di cui al comma 1;

b) oltre il 50 per cento della partecipazione ai loro utili è detenuto, direttamente o indirettamente, mediante una o più società controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile o tramite società fiduciaria o interposta persona, da un soggetto residente (nuovo).

2359 c.c. *Società controllate e società collegate.*

Sono considerate società controllate:

- *1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;*
- *2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;*
- *3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.*
- *Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta; non si computano i voti spettanti per conto di terzi.*
- *Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa.*

Demoltiplicazione

- 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**.

	A controlla	
B al 60%		C al 70%
35% →	D	← 35%

- Ciò significa 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).

Demoltiplicazione

Diversamente laddove il requisito del controllo indiretto sia integrato in ragione della sola soglia di partecipazione agli utili occorre tenere conto della demoltiplicazione prodotta dalla catena societaria partecipativa:

	A controlla	
B al 60%		C al 60%
Part. Utili 40%	D	40% Part. Utili

Se il soggetto A controlla ex art. 2359 c.c. al 60 per cento, con corrispondente partecipazione agli utili, sia B sia C, e a loro volta questi ultimi partecipano entrambi agli utili del soggetto estero CFC in misura pari al 40 per cento (senza possedere voti esercitabili nell'assemblea di quest'ultimo), il requisito del controllo della CFC non è verificato in capo ad A (indirettamente A partecipa al 48 per cento degli utili di CFC).

Requisiti per la sussistenza del controllo (commi 2 e 3):

Il nuovo 3° comma, in forza della Direttiva (art. 7, c 1), estende le fattispecie di soggetti controllati non residenti:

a) **alle stabili organizzazioni all'estero dei soggetti controllati esteri**;
b) **alle stabili organizzazioni all'estero di soggetti residenti che abbiano optato per il regime di cui all'articolo 168-ter.**

L'applicazione della normativa CFC è stata estesa anche alle stabili organizzazioni all'estero di soggetti controllati non residenti, nel caso in cui i relativi utili **non siano soggetti a imposta** o **siano esenti da imposta** nello Stato membro del soggetto controllato non residente.

Quanto alle stabili organizzazioni all'estero di soggetti residenti che abbiano optato per il regime di *branch exemption*, la novità è meramente formale, dal momento che la fattispecie è già attualmente soggetta alla medesima disciplina per effetto dell'art. 168-*ter*, T.U.I.R. nonché dell'art. 8 del relativo Provvedimento attuativo del Direttore dell'Agenzia delle entrate, Prot. n. 2017/165138, del 28 agosto 2017.

Condizioni (comma 4)

La disciplina CFC si applica se i soggetti controllati non residenti integrano **congiuntamente** le seguenti condizioni (comma 4):

a) sono assoggettati a tassazione effettiva inferiore alla metà di quella a cui sarebbero stati soggetti qualora residenti in Italia;

b) **oltre un <u>terzo</u> dei <u>proventi</u> da essi realizzati rientra in una o più delle categorie specificatamente indicate dalla norma** (nuovo)

Testo previgente art. 167 (limitato comma 8-bis)	Nuovo art. 167
1) Proventi dalla gestione, detenzione o dall'investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie	1) Interessi o qualsiasi altro reddito generato da attivi finanziari
2) Proventi dalla cessione o dalla concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria o artistica	2) Canoni o qualsiasi altro reddito generato da proprietà intellettuale
3) Proventi dalla prestazione di servizi nei confronti di soggetti che direttamente o indirettamente controllano la società o l'ente non residente, ne sono controllati o sono controllati dalla stessa società che controlla la società o l'ente non residente, ivi compresi i servizi finanziari.	3) Dividendi e redditi derivanti dalla cessione di partecipazioni
	4) Redditi da leasing finanziario
	5) Redditi da attività assicurativa, bancaria e altre attività finanziarie
	6) Proventi derivanti da operazioni di compravendita di beni con valore economico aggiunto scarso o nullo, effettuate con soggetti facenti parte di uno stesso Gruppo
	7) Proventi derivanti da prestazioni di servizi, con valore economico aggiunto scarso o nullo, effettuate a favore di soggetti facenti parte di uno stesso Gruppo. Ai fini dell'individuazione dei servizi con valore economico aggiunto scarso o nullo si tiene conto delle indicazioni contenute nel decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi del comma 7 dell'articolo 110

Condizioni (comma 4)

- L'applicazione del regime CFC ora è generalizzato e ricomprende qualsiasi soggetto controllato indipendentemente se residente:
  - in Stati UE o in Stati contraenti l'accordo SEE (indipendentemente dall'esistenza di un accordo per lo scambio di informazioni),
  - in Stati white list
  - in Stati black list
- Sono soppresse:
  - la differenziazione tra livello nominale e livello di tassazione effettivo: assume rilevanza solo la tassazione effettiva cui è stato assoggettato il soggetto controllato nello Stato estero;
  - le esimenti di cui al previgente 5° comma in ordine: *i)* allo svolgimento di una attività industriale effettiva nel mercato dello Stato o territorio di insediamento, *ii)* l'effetto (intento) di de-localizzazione del reddito in Stati a fiscalità privilegiata, sostituite da quella nuova (unica) prevista al novellato 5° comma. Il legislatore comunitario (punto 12, secondo periodo, dei considerando) punta a concentrare la disciplina sulle CFC ai casi in cui la società controllata estera **non svolga un'attività economica sostanziale**.
- Rimane invariata la previsione della tassazione effettiva inferiore al 50% rispetto a quella domestica, mentre si fissa la soglia al 33,33% dei proventi complessivi, implementati da ulteriori fattispecie, (nel precedente comma 8-bis era al 50%).

Condizioni (comma 4)

- La Direttiva all'art. 7 prevede due opzioni:
  - a) approccio transactional (o per categorie di reddito)
  - b) approccio jurisdictional (imputazione dei redditi della controllata che si trova in un Paese a fiscalità privilegiata)
- L'approccio *transactional (lett. a dell'art. 7)* prevede che siano imputati al contribuente residente esclusivamente i redditi non distribuiti della CFC rientranti nelle categorie previste alla lettera a) dell'art. 7
- L'approccio *jurisdictional (lett. b dell'art. 7)* prevede che siano imputati al contribuente residente i redditi non distribuiti dell'entità o i redditi della stabile organizzazione derivanti da costruzioni non genuine che sono state poste in essere essenzialmente allo scopo di ottenere un vantaggio fiscale.
- L'Italia ha adottato una soluzione **ibrida** – giustificata in forza della deroga contenuta nell'art. 3 della Direttiva – che consiste, verificate le due condizioni, **nella tassazione per trasparenza dell'intero reddito della controllata.**

Il contrasto normativo

- La Commissione incompatibilità norme AIDC, nell'integrazione alla denuncia CFC del settembre 2018, ha segnalato che la soluzione *ibrida* che il legislatore stava adottando non era conforme alla Direttiva. La Direttiva 2016/1164 limita, al paragrafo 2, lettera a) dell'art.7, l'inclusione nella base imponibile **dei soli redditi non distribuiti** derivanti dalle fattispecie specificatamente individuate **e non di tutti i redditi**.
- Secondo AIDC il calcolo ai fini del **test CFC** è dato da un confronto tra l'ammontare dei redditi ritratti dalle specifiche categorie e l'ammontare di tutti gli altri redditi della controllata non residente. **La Direttiva non si riferisce ai proventi/ricavi**, oltre al fatto che al para 3 dell'art.7, la direttiva specifica che lo SM può scegliere di non trattare come CFC una controllata estera :
  - se non oltre un terzo dei redditi rientra nelle categorie di cui al paragrafo 2, lettera a);
  - di non trattare le imprese finanziarie come CFC se non oltre un terzo dei redditi appartenenti alle categorie di cui al paragrafo 2, lettera a), deriva da operazioni con il contribuente o le sue imprese associate.
- Solo quando **i redditi** derivanti dalle specifiche fattispecie sono superiori di oltre un terzo rispetto ai redditi totali, si verifica la condizione.

Il contrasto normativo

- Quanto sopra è tanto più aderente al dettato della Direttiva, in base al seguente esempio. Si ipotizzi una controllata estera che a fine anno abbia conseguito *revenue* per € 1.000, di cui € 400 provenienti da operazioni indicate dal punto *i)* al punto *vi)* della lettera a) dell'art.7. Ora se il reddito (income) ante imposte di € 200 è costituito per il 75% da redditi "diversi" dai *passive income*, la condizione di cui all'art. 7, paragrafo 2, lett. a) non si avvera. Naturalmente, la CFC *rule* potrà tornare applicabile qualora, viceversa, il reddito di € 200 anti imposte sia costituito per oltre un terzo da *passive income* (cioè, ad esempio, € 68 su € 200), ma solo questa quota del reddito (es. € 68) dovrà essere inclusa nell'imponibile (e, beninteso, se la legal entity non svolga un'attività economica effettiva).
- Sicuramente l'applicazione della norma sarebbe più complessa, ma conforme al dettato della Direttiva. In definitiva, prima della Direttiva 2016/1164 ogni Stato poteva adottare liberamente proprie regole di contrasto alle CFC. Oggi, invece, esiste un testo comunitario codificato e armonizzato e non sono possibili **attuazioni tecniche** difformi nemmeno in forza dell'art. 3 della 2016/1164/UE.

Tassazione effettiva.

- Confronto tra *tax rate* “effettivo” estero con *tax rate* “virtuale” interno - quest’ultimo calcolato procedendo alla rideterminazione del reddito in base alle disposizioni fiscali interne applicate all’**utile *ante* imposte** risultante dal bilancio della controllata, confronto che riguarda, sul fronte della tassazione virtuale interna, **solo l’imposta sul reddito delle società - IRES** (relazione illustrativa al D.Lgs. 142/2018 e Circolare n. 18/E).
- Imposte estere rilevanti:

➢ si fa riferimento, qualora esistente, ad una Convenzione per evitare le doppie imposizioni vigente con lo Stato di volta in volta interessato, tenendo conto anche delle eventuali imposte di natura identica o analoga intervenute in sostituzione di quelle menzionate espressamente nella medesima Convenzione.

➢ nell’ipotesi di Confederazione di Stati, nel computo della tassazione effettiva estera si considerano, oltre che le imposte federali, anche le imposte sul reddito proprie di ciascuno Stato federato e delle amministrazioni locali, anche se non espressamente incluse nell’eventuale Convenzione contro le doppie imposizioni.

Tassazione effettiva.

- Imposte estere rilevanti:
- per le imposte prelevate sui redditi della controllata a titolo definitivo in Stati diversi da quello di residenza o localizzazione, si farà riferimento alle imposte sul reddito individuate nelle Convenzioni per evitare le doppie imposizioni stipulate dall'Italia con detti altri Stati nonché quelle di natura identica o analoga che siano intervenute successivamente in aggiunta o in sostituzione di quelle individuate nella medesima Convenzione;
- in assenza di una Convenzione per evitare le doppie imposizioni, la verifica sulla natura del tributo estero assolto nello Stato di residenza o localizzazione della entità estera (o in un altro Stato diverso da questo) va effettuata alla stregua dei principi e delle nozioni evincibili dal nostro ordinamento tributario;
- al di là di casi particolari (come ad esempio maggiori imposte dovute a seguito di accertamenti), le imposte assumono rilievo indipendentemente dalla loro puntuale rilevazione nel bilancio della controllata estera, anche se assolte dopo la chiusura del bilancio medesimo (ma comunque prima della scadenza del termine di presentazione della dichiarazione dei redditi da parte del soggetto controllante italiano).

Tassazione effettiva.

- Per quanto concerne le SO all'estero di soggetti controllati, il confronto relativo alla tassazione effettiva opererà differentemente:
  - **a)** se i redditi della stabile organizzazione sono esentati da imposizione nello Stato di residenza del soggetto controllato non residente, si dovranno effettuare due test, uno per il soggetto controllato non residente e uno per la sua branch;
  - **b)** se i redditi della stabile organizzazione del soggetto controllato non residente non sono esentati da imposizione nello Stato del soggetto controllato non residente, si dovrà effettuare un unico test considerando congiuntamente i redditi e le imposte assolte (**somma**) dalla stabile organizzazione e dal soggetto controllato non residente (al netto del credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero riferibili alla stabile organizzazione).

Proventi

- Preliminarmente va osservato che il comma 11, ultimo periodo, prevede che il soggetto controllante italiano, qualora ritenga di **non dover applicare il regime CFC**, **segnali nella dichiarazione dei redditi** la detenzione di partecipazioni in soggetti controllati non residenti, al ricorrere delle condizioni previste al comma 4, lettere a) e b) (sanzione 10% con un minino da € 1.000 fino ad un massimo di € 50.000) Appare quindi importante la verifica del superamento della soglia dei proventi.
- Innanzitutto, le attività **finanziarie** e **assicurative** diventano oggetto di una generalizzata inclusione nell'ambito di applicazione della nuova disciplina CFC, anche qualora riguardino rapporti con soggetti terzi. Non è stata, pertanto, adottata l'opzione prevista dalla direttiva di non trattare le imprese finanziarie come controllate estere se non oltre un terzo dei redditi di tali soggetti siano costituiti da proventi derivanti "*da operazioni con il contribuente o le sue imprese associate*".
- Alcuni dubbi rivestono le categorie relative ai proventi derivanti da operazioni di compravendita di beni o prestazioni di servizi intragruppo, **con valore economico aggiunto scarso o nullo**.

Compravendita di beni e prestazione di servizi con valore economico aggiunto scarso o nullo

- La Direttiva (art. 7, para 2, n. vi) fa riferimento alle «società di fatturazione» *che percepiscono redditi da vendite e servizi derivanti da beni e servizi* ***acquistati da e venduti a*** *imprese associate, e aggiungono un valore economico scarso o nullo.*

- **Beni**

  Con riferimento all'attività di compravendita, i proventi da prendere in considerazione ai fini del computo dovevano essere solo quelli relativi a **operazioni interne al gruppo,** cioè quelle che il soggetto controllato estero ritrae dalla vendita a parti "correlate" di beni acquistati da società anch'esse appartenenti al gruppo, escludendo:

  - i proventi conseguiti nella vendita a soggetti terzi di beni precedentemente acquistati in seno al gruppo;
  - i proventi realizzati nella cessione a società del gruppo di beni forniti/acquistati da società non "consociate".

Servizi

Riferimento specifico della norma alle indicazioni contenute nelle linee guida di cui al DM 14 maggio 2018 (art.7), adottate considerato:

- il Rapporto finale sulle azioni 8, 9 e 10 del Progetto OCSE/G20;
- le linee guida OCSE approvate dal Consiglio OCSE in data 10 luglio 2017

Le linee guida OCSE «Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations» dedicano una sezione alla disciplina dei servizi infragruppo a basso valore aggiunto (D, sezioni 7.45-47-49) e forniscono per gli stessi un approccio semplificato ed alternativo rispetto all'uso di accordi sulla ripartizione dei costi. (*capitolo VII delle Linee guida OCSE di fatto recepisce i contenuti indicati nell'Action 10 Beps*.)

Queste identificano quali servizi infragruppo a basso valore aggiunto quelli che:

- hanno natura di supporto;
- non sono parte dell'attività principale del gruppo;
- non richiedono l'uso di beni immateriali unici e di valore o non portano alla creazione degli stessi;
- non comportano l'assunzione o il controllo di un rischio sostanziale o significativo da parte del fornitore del servizio.

Servizi

Per cui, salvo le specifiche fattispecie previste dalla Direttiva ATAD e recepite nel 4° comma dell'art. 167 lett. b), anche queste operazioni **non dovevano essere classificati come servizi infragruppo a basso valore aggiunto** (e dunque esclusi nel computo della soglia dei proventi) :

- i servizi di ricerca e sviluppo,
- i servizi relativi alle attività di lavorazione o produzione,
- le attività di marketing o distribuzione ,
- i servizi di gestione della direzione aziendale.

La posizione dell'Agenzia va controcorrente rispetto al dettato della direttiva (contrasto) e stabilisce:

Beni: ai fini del *test* rilevano sia i proventi dell'entità estera controllata derivanti dalla rivendita a terzi indipendenti di beni acquistati da imprese associate, sia quelli derivanti dalla rivendita a imprese associate di beni dalla stessa acquistati da terzi indipendenti e ovviamente rilevano anche le operazioni di compravendita che l'entità estera realizza sia dal lato passivo che dal lato attivo con controparti del medesimo gruppo di appartenenza;

Servizi: Vale quanto detto per i beni;

Servizi non a basso valore aggiunto: la circolare non prende posizione, ma la linea di pensiero è quella ad attrarre nell'ambito della CFC rule quelle società le cui operazioni sono rivolte al gruppo nella fase attiva e/o nella fase passiva potendo tali operazioni essere sintomatiche dell'esistenza di rischi di trasferimento di base imponibile nazionale a favore di giurisdizioni che prevedono livelli di tassazione significativamente inferiori.

L'Esimente (5° comma)

Il regime CFC non si applica se il soggetto controllante **dimostra** che il soggetto controllato non residente **svolge un'attività economica effettiva, mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali**. E' consentito al contribuente presentare interpello ai sensi dell'articolo 11, comma 1, lettera b), della legge 27 luglio 2000, n. 212. (interpello probatorio).

La norma va letta in corrispondenza con quanto previsto dal comma 11, secondo il quale l'Agenzia delle Entrate, prima di procedere all'emissione dell'avviso di accertamento, deve notificare al soggetto controllante un apposito avviso con il quale **viene concessa al medesimo la possibilità di fornire**, nel termine di novanta giorni, **le prove** per la disapplicazione delle disposizioni del presente articolo in base al comma 5. **Qualora l'Agenzia delle Entrate non ritenga idonee le prove addotte** dovrà darne specifica motivazione nell'avviso di accertamento.

L'Esimente (5° comma)

- E' consentito al contribuente presentare interpello ai sensi dell'articolo 11, comma 1, lettera b), della legge 27 luglio 2000, n. 212 (interpello probatorio).
- La disposizione ricalca quella della Direttiva, utilizzando il sinonimo «effettiva» in luogo di «sostanziale».
- L'indicazione è in linea con le sentenze della CGUE, in specie con riferimento al caso C-196/04 (Cadbury Schweppes , 12 settembre 2006) e successive evoluzioni.
- Attenzione perché l'indagine non verte sulla mera conta di tavoli, computer, utenze e numero di persone, ma bensì:
  - **sull'esercizio di un'attività sostanziale,**
  - **presso una sede di direzione reale,**
  - **sorretta da una struttura adeguata,**
  - **e riconoscibile dai terzi,**

  e in tal senso va interpretata.
- Nella stessa sentenza Cadbury, ribadita nelle successive, la Corte perviene a questo indirizzo dopo una serie di precisi passaggi.

L'Esimente (5° comma)

- La nozione di stabilimento di cui alle disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento implica l'esercizio effettivo di un'attività economica per una durata di tempo indeterminata, mercé l'insediamento in pianta stabile in un altro Stato membro. Essa presuppone, pertanto, un insediamento effettivo della società interessata nello Stato membro ospite e l'esercizio quivi di un'attività economica reale (punto 55).
- La constatazione deve poggiare su elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi, relativi, in particolare, al livello di presenza fisica della SEC in termini di locali, di personale e di attrezzature (punto 67).
- Se la verifica dei detti elementi portasse a constatare che la società corrisponde a un'installazione fittizia che non esercita alcuna attività economica effettiva sul territorio dello Stato membro di stabilimento, questa società dovrebbe essere ritenuta costruzione di puro artificio. Potrebbe essere questo il caso, in particolare, di una società «fantasma» o «schermo» (punto 68 e sentenza 2 maggio 2006, causa C-341/04, Eurofood IFSC, punti 34 e 35).

L'esimente (5° comma).

Non è necessario che la società abbia una struttura faraonica, specie con riferimento alla cd. «strutture leggere», ma che:

- eserciti un'attività economica in modo abituale e riconoscibile dai terzi (in tema di Holding passive si veda anche Corte di cassazione sentenze nn. 27112, 27113, 27115 e 27116 del 21 settembre 2018), presso una sede di direzione effettiva;
- sia dotata di un pur minima struttura operativa. La "presenza fisica" della società in termini di locali, di personale e di attrezzature, non può essere disconosciuta anche se quest'ultima ricorre a servizi o a prestazioni di terzi in outsourcing. Nessuna rilevanza, poi, può avere il fatto che la società dia in outsourcing a terzi o a altre società del gruppo alcuni servizi neppure per sminuire l'esistenza di un'autonoma organizzazione locale (Cassazione, ordinanza 25 maggio 2009, n. 12078).

In merito alle cd «strutture leggere», si veda anche la Sentenza del 20 dicembre 2017, Deister Holding e Juhler Holding (C-504/16 e C-613/16, punto 73) e le conclusioni dell'avv. J. Kokott del 1° marzo 2018 sul caso C-115/16, N Luxembourg 1, (punti 66 e 67).

L'esimente (5° comma).

Una ripartizione un po' peculiare dei costi (costi di locazione e di personale esigui a fronte di costi di consulenza elevati) può essere dovuta alla circostanza che per la gestione di pochi assets sono necessari pochi uffici e pochi dipendenti.

Secondo l'orientamento della Corte UE, la circostanza che l'attività consista unicamente nell'amministrazione di beni economici e che i redditi derivino esclusivamente da tale amministrazione non implica l'esistenza di una costruzione puramente artificiosa, priva di qualsiasi effettività economica.

Alla luce della circostanza che particolarmente le società che svolgono attività di gestione patrimoniale esercitano (possono esercitare) di per sé poche attività, tale criterio dovrebbe essere subordinato a requisiti poco rigorosi.

Qualora sussista effettivamente una valida costituzione, la società sia effettivamente raggiungibile presso la propria sede e disponga in loco delle corrispondenti risorse materiali e personali al fine di realizzare i propri obiettivi …….. non si può parlare di una costruzione priva di qualsiasi effettività economica.

Il contrasto normativo

La Commissione incompatibilità norme AIDC, nell'integrazione alla denuncia CFC del settembre 2018, ha evidenziato che la nuova normativa che si andava delineando, così come quella precedente, **contrasta con il diritto comunitario**, per violazione del principio di proporzionalità, in quanto strutturalmente si risolve (come nella precedente versione), **in una presunzione legale predeterminata di elusione fiscale di portata generale** che impone al contribuente **l'inversione dell'onere della prova**, a prescindere da un'effettiva elusione, lasciando ampia discrezionalità di giudizio dell'autorità amministrativa e, quindi, senza che l'amministrazione finanziaria sia tenuta a fornire il benché minimo principio di prova di frode e di abuso.

La lettura combinata del 5° e 11° comma (primo periodo), depongono in tal senso.

La Direttiva (UE) 2016/1164 non introduce uno specifico obbligo di dimostrazione posto solo in capo al contribuente per la disapplicazione del regime CFC (e nemmeno all'art. 6 a proposito della norma generale antiabuso).

Il contrasto normativo

- Recenti sentenze della CGUE hanno «riaffermato» e precisato che una norma domestica che sistematicamente impone al soggetto passivo l'onere di provare **l'esistenza di motivi non fiscali**, senza che l'amministrazione sia tenuta a fornire le prove dell'elusione fiscale, si fonda su una presunzione generale di realizzazione di un abuso, ed eccede quanto necessario a evitare le elusioni fiscali (violazione del principio di proporzionalità).
- In tal guisa anche la nuova normativa, eccede quanto necessario a combattere le elusioni fiscali atteso che, in definitiva, impone ai contribuenti l'onere della prova dell'inesistenza dell'elusione.
- Stante il costante orientamento interpretativo della Corte di Giustizia, spetta dunque all'amministrazione finanziaria **dimostrare**, in base a circostanze e fatti pertinenti, che lo scopo principale o uno degli scopi principali è quello di eludere l'obbligo tributario per conseguire un vantaggio fiscale; il contribuente potrà superare l'eccezione e dimostrando l'esistenza di motivi diversi da quelli meramente fiscali a giustificazione della scelta fatta, fermo restando che la struttura utilizzata può avere anche una spiegazione diversa dal semplice conseguimento del vantaggio fiscale.

Il contrasto normativo

- Nel caso Eqiom SAS del 7 settembre 2017, causa C-6/16, la Corte ha sancito che *«Per verificare se un'operazione persegue un obiettivo di frode e di abuso, le autorità nazionali competenti non possono limitarsi ad applicare criteri generali predeterminati, ma devono procedere, caso per caso, a un esame complessivo dell'operazione interessata. L'introduzione di un provvedimento fiscale di portata generale che escluda automaticamente talune categorie di contribuenti dall'agevolazione fiscale, senza che l'amministrazione finanziaria sia tenuta a fornire il benché minimo principio di prova o di indizio di frode e abuso, eccederebbe quanto necessario per evitare le frodi e gli abusi»* (punto 32)
- Nell cause riunite C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16 (punto142) e C-116/16 e C-117/16, tutte del 26 febbraio 2019 (punto 117), la Corte ha affermato che «*Per contro, nel caso in cui l'amministrazione finanziaria dello Stato membro d'origine intendesse, per un motivo attinente all'esistenza di una pratica abusiva, negare l'esenzione (prevista all'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2003/49 e all'articolo 5 della direttiva 90/435) ad una società che abbia versato (interessi e dividendi) ad una società stabilita in un altro Stato membro, spetterà alla medesima dimostrare la sussistenza di elementi costitutivi di una pratica di tal genere, tenendo conto di tutti gli elementi pertinenti, in particolare del fatto che la società destinataria degli interessi versati non ne sia la beneficiaria effettiva*».

Il contrasto normativo

- Ricordo, solo incidentalmente, che nel caso ***Commissione – Spagna*** (Sentenza 9 luglio 2009, causa C-397/07), la Corte ha sancito che i provvedimenti antiabuso degli SM "*non possono essere fondati su di un sospetto generale di frodi. Essi possono essere adottati solo caso per caso, per evitare costruzioni di puro artificio, prive di effettività economica e finalizzate a eludere l'imposta normalmente dovuta. Ovviamente in tali casi l'onere della prova della natura fraudolenta o artificiosa dell'operazione di cui trattasi grava sulle autorità nazionali competenti.*"

La correzione auspicata

- L'art. 167 del T.U.I.R., fin dalla sua introduzione (2009), ha finalità di **norma antielusione**, volta (giustamente) a contrastare pratiche di pianificazione fiscale in virtù delle quali ingenti utili siano trasferiti o allocati a società controllate residenti fiscalmente in Stati a tassazione nulla o ridotta. Società controllate la cui struttura operativa è pressoché insistente o comunque non riconoscibile da parte dei terzi. Si tratta in sostanza di costruzioni giuridiche prive di sostanza economica, volte ad aggirare l'obbligo fiscale, con fine di essenziale di conseguire un (indebito) vantaggio fiscale.
- Nel nostro ordinamento esiste una disposizione in linea con i precetti enunciati dalla Corte di Giustizia. Si tratta dell'art. 10-bis della Legge della Legge 27 luglio 2000, n. 212 (Statuto del contribuente), il quale dispone:

La correzione auspicata

- al 6° comma: «*Senza pregiudizio dell'ulteriore azione accertatrice nei termini stabiliti per i singoli tributi, l'abuso del diritto è accertato con apposito atto,* ***preceduto, a pena di nullità,*** *dalla notifica al contribuente di una richiesta di chiarimenti da fornire entro il termine di sessanta giorni,* ***in cui sono indicati i motivi*** *per i quali si ritiene configurabile un abuso del diritto*».
- all'8° comma: «Fermo quanto disposto per i singoli tributi, l'atto impositivo è specificamente motivato, a pena di nullità, in relazione alla condotta abusiva, alle norme o ai principi elusi, agli indebiti vantaggi fiscali realizzati, **nonché ai chiarimenti forniti dal contribuente** nel termine di cui al comma 6.»
- al 9° comma: «*L'amministrazione finanziaria ha l'onere di dimostrare la sussistenza della condotta abusiva, non rilevabile d'ufficio, in relazione agli elementi di cui ai commi 1 e 2. Il contribuente ha l'onere di dimostrare l'esistenza delle ragioni extrafiscali di cui al comma 3.*»

Un rinvio generalizzato all'applicazione dell'art.10-bis anche per il regime di CFC, con eliminazione della parola «dimostra» al 5° comma e del primo periodo del comma 11, sancirebbe la soppressione dell'inversione dell'onere della prova e, quindi, di ogni norma presuntiva di carattere generale, come censurata dalla Corte di Giustizia, tendo conto che in materia di «ibridi» è, seppur indirettamente, espressamente richiamata.

In tema di interpello.

- L'interpello probatorio (ex art. 11 co. 1 lett. b) della L. 212/2000) ha natura di **accertamento preventivo** e **non è consentito al contribuente d'impugnare la risposta dell'amministrazione finanziaria ove negativa** (D.Lgs. 156/2015 art. 6, comma 1).
- Questa negata procedura di sindacato giurisdizionale dell'interpello, secondo la Commissione incompatibilità norme AIDC, è lesiva del diritto a un **ricorso effettivo** ex art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione.
- Nel caso **Euro Park Service** (Sentenza 8 marzo 2017, causa C-14/16), la Corte ha precisato che, *"una decisione dell'amministrazione finanziaria che nega ……il beneficio di un'agevolazione fiscale …….. deve sempre essere motivata, affinché egli possa verificare la fondatezza delle motivazioni che hanno condotto tale amministrazione a non riconoscergli l'agevolazione prevista …….. e, eventualmente, far valere il proprio diritto dinanzi ai giudici competenti*» (punto 45).

La determinazione del reddito

I redditi del soggetto controllato non residente sono determinati a seconda delle sue caratteristiche, in base alle disposizioni valevoli ai fini dell'imposta sul reddito delle società per i soggetti di cui all'articolo 73, **fatta eccezione (quindi senza applicazione)** delle disposizioni **:**

- sulle società di comodo;
- sulle società in perdita sistemica;
- in materia di attività di accertamento nei riguardi dei contribuenti obbligati alla tenuta delle scritture contabili;
- in tema di aiuto alla crescita economica (ACE);
- sulla rateizzazione delle plusvalenze ex art. 86, comma 4, del TUIR.

Dall'imposta determinata sono ammesse in detrazione, con le modalità e nei limiti di cui all'articolo 165, le imposte sui redditi pagate all'estero a titolo definitivo dal soggetto non residente.

Dividendi

Conformemente alla Direttiva:

- gli utili distribuiti, in qualsiasi forma, dai soggetti controllati non residenti non concorrono alla formazione del reddito fino a concorrenza dei redditi assoggettati a tassazione;
- le imposte pagate all'estero sugli utili distribuiti, sono ammesse in detrazione, con le modalità e nei limiti di cui all'articolo 165, fino a concorrenza dell'imposta determinata sul reddito da CFC, diminuita del credito d'imposta eventualmente fruito.

Dividendi in caso di esimente 5° comma.

- ✓ se controllata localizzata in UE o Stati SEE, sempre IRES su 5% per PG e 26% per PF.
- ✓ se società localizzata in **Stati Extra-UE**:

a) per PF tax 26% ex art. 47-bis, 2°comma lett. b), se dimostra, fin dal primo periodo di possesso, che non consegua l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori a regime fiscale privilegiato; credito d'imposta se dimostra che il soggetto non residente svolge un'attività economica effettiva, mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali, ex art. 47-bis, 2°comma lett. a);

b) per PG tax IRES 5% con dimostrazione delle condizione ex art. 47-bis, 2°comma lett. b). Diversamente esenzione del 50% se dimostra che il soggetto non residente svolge un'attività economica effettiva e credito d'imposta.

Diversamente i dividendi sono tassati integralmente.

Dividendi - Riserve pregresse

Art.1 comma 1007 della L. 205/2017, **non si considerano** provenienti da società residenti o localizzate in Stati o territori a regime fiscale privilegiato:

- gli utili percepiti a partire dal 2015 e maturati in periodi d'imposta **precedenti** nei quali la partecipata era residente o localizzata in Stati o territori **non inclusi** nella black list di cui al DM 21/11/2001;
- gli utili maturati dal 2015 in poi in Stati o territori non a regime privilegiato e, in seguito, percepiti in periodi d'imposta in cui risultino integrate le condizioni per considerare a fiscalità privilegiata lo Stato o territorio estero.

Ai fini del comma 1007 (comma 1008 della L. 205/2017), gli utili distribuiti dal soggetto non residente si presumono prioritariamente formati con quelli da considerare non provenienti da Stati o territori a regime fiscale privilegiato.

In sostanza, non sono soggetti a tassazione integrale gli utili prodotti (maturati) in un esercizio in cui, con la legislazione **all'epoca vigente**, la società partecipata non era considerata a fiscalità privilegiata anche se, al momento della distribuzione, tale società risulta considerata residente in un Paese con fiscalità di vantaggio.

Dividendi - Riserve pregresse

- Situazione opposta: utili considerati derivanti da un regime privilegiato nell'anno di maturazione, in base alle disposizioni allora vigenti, e non lo siano più, al momento della distribuzione, in base alle nuove disposizioni.
- Nel corso di Telefisco 2019, l'Agenzia delle Entrate ha precisato che quanto stabilito dalla L. 205/2017 riguarda solo l'ipotesi in cui l'impresa estera non sia considerata privilegiata **all'epoca di formazione dell'utile** e lo sia divenuta al momento della distribuzione dell'utile.
- Per cui, allo stato, la distribuzione di riserve formatesi in periodi di fiscalità di vantaggio, anche se corrisposte in un periodo in cui non lo sia più, scontano la tassazione integrale salvo esimenti.

Plusvalenze

- L'articolo 8 della Direttiva 2016/1164, al paragrafo 6, prevede che se *"il contribuente cede la sua partecipazione nell'entità o le attività svolte dalla stabile organizzazione, e una qualsiasi parte dei proventi derivante dalla cessione è stata precedentemente inclusa nella base imponibile a norma dell'articolo 7, tale importo è dedotto dalla base imponibile in sede di calcolo dell'importo dell'imposta dovuta su tali proventi, al fine di evitare una doppia imposizione."*
- L'art. 167 non disciplina il regime delle plusvalenze (previsto dall'art. 8 della Direttiva), attualmente codificato nell'articolo 3, comma 5 del Dm. 429 del 2001. In breve, il costo (fiscale) delle partecipazioni è aumentato dei redditi imputati ai sensi del comma 1, e diminuito, fino a concorrenza di tali redditi, degli utili distribuiti.

Plusvalenze

- Se la partecipata è residente in uno Stato UE o SEE, per le PG ricorre il regime PEX, beninteso se rispettate le condizioni. Per le PF tassazione al 26%.
- Se la partecipata è residente in uno **Stato Extra-UE**:

a) per le PF tassazione integrale, salvo dimostrazione della sussistenza della condizione di cui al comma 2, lettera b),dell'art. 47-bis ; in caso di sussistenza della condizione di cui al comma 2, lettera b),dell'art. 47-bis, credito d'imposta.

b) per PG tassazione integrale ovvero regime PEX (art. 87) se dimostra, la sussistenza della condizione di cui al comma 2, lettera b),dell'art. 47-bis. La condizione deve sussistere, ininterrottamente, sin dal primo periodo di possesso; tuttavia, per i rapporti detenuti da più di cinque periodi di imposta e oggetto di realizzo con controparti non appartenenti allo stesso gruppo del dante causa, è sufficiente che tale condizione sussista, ininterrottamente, per i cinque periodi d'imposta anteriori al realizzo stesso.

Bozza dello schema del D.Lgs. Internazionalizzazione.

Al comma 4, la lettera a) è sostituita dalla seguente:

"a) **sono assoggettati a tassazione effettiva inferiore al 15 per cento**. La tassazione effettiva dei soggetti controllati non residenti è pari al rapporto tra la somma delle imposte correnti dovute e delle imposte anticipate e differite iscritte nel proprio bilancio d'esercizio e l'utile ante imposte dell'esercizio risultante dal predetto bilancio. A tal fine, il bilancio d'esercizio dei soggetti controllati non residenti **deve essere oggetto di revisione e certificazione** da parte di operatori professionali a ciò autorizzati nello Stato estero di localizzazione dei soggetti controllati non residenti, i cui esiti sono utilizzati dal revisore del soggetto controllante ai fini del giudizio sul bilancio annuale o consolidato. **Se la condizione di cui al periodo precedente non è verificata**, i soggetti controllanti devono verificare che i soggetti controllati non residenti siano assoggettati ad una tassazione effettiva inferiore alla metà di quella a cui sarebbero stati soggetti qualora residenti in Italia, determinata secondo le modalità stabilite con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate;"

Bozza dello schema del D.Lgs. Internazionalizzazione.

Dopo il comma 4 sono inseriti i seguenti:

- «4-bis. Ai fini del calcolo di cui al comma 4, lettera a) rileva anche l'imposta minima nazionale equivalente (***QDMTT -*** Qualified Domestic Minimum Top-up Tax), definita nell'allegato A del decreto di recepimento della direttiva (UE) 2022/2523 del Consiglio, del 14 dicembre 2022, dovuta dal soggetto controllato non residente. Ai fini del precedente periodo, l'imposta minima nazionale equivalente dovuta nel Paese di localizzazione del soggetto controllato non residente, individuato ai sensi dell'articolo 12 del decreto di recepimento della direttiva (UE) 2022/2523 del Consiglio, del 14 dicembre 2022, rileva in misura corrispondente all'imposta minima nazionale equivalente moltiplicata per il rapporto tra il profitto eccedente relativo al soggetto controllato non residente e la somma di tutti i profitti eccedenti relativi alle imprese ed entità del gruppo soggette all'imposta minima nazionale equivalente calcolata in maniera unitaria con il soggetto controllato non residente.»

- «4-ter. In alternativa a quanto previsto al comma 4, lettera a), i soggetti controllanti di cui al comma 1, con riferimento ai soggetti controllati non residenti di cui ai commi 2 e 3, **possono corrispondere**, nel rispetto degli articoli 7 e 8 della direttiva (UE) 2016/1164 del Consiglio del 12 luglio 2016, **un'imposta sostitutiva delle imposte sui redditi pari al 15 per cento dell'utile contabile netto dell'esercizio calcolato senza tenere in considerazione le imposte che hanno concorso a determinare detto valore, la svalutazione di attivi e gli accantonamenti a fondi rischi**. Permanendo il requisito del controllo, l'opzione per l'imposta sostitutiva ha durata per tre esercizi del soggetto controllante ed è irrevocabile. Al termine del triennio l'opzione si intende tacitamente rinnovata per il successivo triennio a meno che non sia revocata, secondo le modalità e i termini previsti per la comunicazione dell'opzione. La disposizione di cui al periodo precedente si applica al termine di ciascun triennio. Con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate sono stabilite le modalità di comunicazione dell'esercizio e revoca dell'opzione. Nel caso di esercizio dell'opzione, essa è effettuata per tutti i soggetti controllati non residenti come definiti ai commi 2 e 3 e che integrano le condizioni di cui al comma 4, lettera b).

- «4-quater. Le disposizioni di cui al comma 4-ter si applicano a condizione che i bilanci di esercizio siano oggetto di revisione e certificazione da parte di operatori professionali a ciò autorizzati nello Stato estero di localizzazione dei soggetti controllati non residenti, i cui esiti sono utilizzati dal revisore del soggetto controllante ai fini del giudizio sul bilancio annuale o consolidato.»

In sintesi:

Se il bilancio è certificato, si applica un *ETR* test (*Effective Tax Rate*) semplificato pari al rapporto tra l'importo risultante dal bilancio d'esercizio delle imposte correnti dovute, anticipate e differite, e l'utile ante imposte.

Imposte correnti, differite e anticipate

Utile prima delle imposte

L'inclusione delle imposte anticipate e differite consente di superare la disposizione che prevede l'irrilevanza delle variazioni temporanee della base imponibile ai fini del calcolo della tassazione effettiva estera.

Il *rate* però non deve essere inferiore al 15%, in coerenza con il livello minimo di imposizione previsto dalla *global minimum tax.*

Viene mantenuto il previgente regime per i soggetti che non soddisfano le condizioni relative alla certificazione del bilancio.

L’introduzione del nuovo comma 4-bis all’articolo 167 del TUR è finalizzata a coordinare le disposizioni di cui all’articolo 167 del TUIR in materia di società estere controllate con le disposizioni del Pillar Two. La disposizione prevede che, ai fini della verifica del requisito della effettiva tassazione nello Stato della controllata estera, deve essere comunque presa in considerazione anche la ***Qualified Domestic Minimum Top-up Tax*** assolta dalla CFC estera.

Infine viene introdotta una semplificazione che s’impernia su un sistema opzionale alternativo con la finalità di evitare la complessità dei conteggi in relazione al calcolo del livello di imposizione effettiva. Sempre se il bianco è certificato, Si paga un'imposta sostitutiva pari al ***15 per cento*** sull’utile contabile prima delle imposte rettificato (quindi senza tenere conto) da eventuali svalutazioni e degli accantonamenti a fondi rischi.

L'opzione per l’imposta sostitutiva ha durata per tre esercizi ed è irrevocabile. Al termine del triennio l'opzione si intende tacitamente rinnovata per il successivo triennio a meno che non sia revocata. L’opzione va però esercitata per tutte le controllate CFC (*all in*).

CFC (sentenze di riferimento)

- CGUE 17 luglio 1997, C-28/95, **Leur Bloem**
- CGUE 2 maggio 2006, C-341/04, **Eurofood IFSC Ltd**
- CGUE 12 settembre 2006, C-196/04, **Cadbury Schweppes**
- CGUE 28 giugno 2007, C-73/06, **Planzer**
- CGUE 11 ottobre 2007, C-451/05, **Elisa**
- CGUE 9 luglio 2009, causa C-397/07**, Commissione – Spagna**
- CGUE 20.10.2011, causa C-396/09, **Interedil**
- CGUE 5 luglio 2012, C-318/10, **Siat**
- CGUE 3 luglio 2014, C-129/13 e C-130/13, **Kamino**
- CGUE 8 marzo 2017, C-14/16, **Euro Park Service**
- CGUE 7 settembre 2017 - C-6/16, **Eqiom SAS**
- CGUE 20 dicembre 2017, C-504/16 e C-613/16, **Deister Holding AG** e **Juhler Holding A/S**
- CGUE 26 febbraio 2019 , C-116/16 e C-117/16 **T Danmark** e **Y Denmark Aps**
- CGUE 26 febbraio 2019 , C-115/16, C 118/16, C 119/16, C 299/16, **N Luxembourg 1, X Denmark A/S** , **C Danmark I**, **Z Denmark ApS**

GRAZIE PER L’ATTENZIONE