

# LA NUOVA DISCIPLINA «CFC»

ANDREA BALLANCIN

Milano, 15 Novembre 2018

# Direttiva ATAD

*Gli Stati possono modulare la disciplina CFC in base a due diversi approcci*

1. *Transactional approach [Art. 7, comma 2, lett. a)]*
2. *Approccio c.d. «antidistoglimento» [Art. 7, comma 2, lett. b)]*

## *Transactional approach* *Art. 7, comma 2, lett. a)*

- Affidamento ad una elencazione definitoria di «redditi passivi», prevedendo l'imputazione di detti soli redditi qualora la società non residente non svolga un'attività economica sostanziale avvalendosi di idonea struttura materiale e personale
- Sono testualmente qualificati quali **redditi passivi**: (i) gli interessi o qualsiasi altro reddito generato da attivi finanziari; (ii) canoni o redditi derivanti dallo sfruttamento di beni immateriali; (iii) dividendi e plusvalenze azionarie; (iv) redditi da leasing finanziario; (v) redditi da beni immobili a meno che lo Stato membro del socio non avrebbe potuto assoggettare ad imposizione siffatti redditi in forza delle Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate con lo Stato terzo; (vi) redditi da attività assicurativa, bancaria e altre attività finanziarie; (vii) redditi da società di mera fatturazione (c.d. *trading*) derivanti da cessioni di beni o prestazioni di servizi infragruppo, senza una significativa contribuzione nella catena del valore da parte della controllata estera

# Direttiva ATAD

## Approccio c.d. «antidistoglimento»

### *Art. 7, comma 2, lett. b)*

- Nozione di reddito derivante da costruzioni non genuine poste in essere essenzialmente allo scopo di ottenere un indebito vantaggio d'imposta
- Una costruzione o una serie di costruzione è considerata «**non genuina**» nella misura in cui il soggetto non residente non possiederebbe i beni ovvero non avrebbe assunto i rischi che generano i redditi conseguiti se non fosse stato controllato dal socio, essendo tali beni o rischi da cui originano i redditi della controllata riferibili alle funzioni svolte dal personale del primo (socio controllante)

**CONTRASTO** all'intermediazione di soggetti non residenti cui sono attribuiti redditi riferibili, per beni e rischi, alle funzioni svolte dal personale dipendente del socio di maggioranza, artificialmente deviati nell'entità estera al fine preminente di ottenere un'indebita attenuazione del prelievo impositivo sullo stesso (soggetto controllante) altrimenti gravante

È altresì suggerita l'adozione di **esclusioni modellate sulla c.d. DE MINIMIS RULE**, intesa a contenere gli incombenti amministrativi insiti nella disciplina, circoscrivendone l'applicazione della disciplina alle fattispecie più rilevanti

- Quanto al primo approccio, gli Stati Membri possono escludere le fattispecie in cui meno di un terzo del reddito conseguito dalla società controllata si qualifichi come passivo nei termini anzidetti. Per imprese finanziarie possibilità di non considerarle CFC qualora i redditi non derivino per oltre un terzo da operazioni con imprese associate.
- Quanto al secondo approccio, lo stesso può avvantaggiarsi di soglie quantitative correlate all'utile civilistico ovvero alla condizione per cui tali utili non eccedano il dieci per cento dei costi operativi assunti al netto di quelli relativi a beni ceduti in Stati diversi da quello di localizzazione

## *Aspetti critici emergenti dalla Direttiva*

- **Improprio utilizzo dell'approccio funzionale tipico della disciplina sui prezzi di trasferimento nella definizione di costruzione non genuina** – pericolosa sovrapposizione tra il regime in esame e quello del *transfer pricing*
- Se certamente l'analisi funzionale può essere di ausilio per individuare un'operazione "patologica", tuttavia ricondurre la cifra della nozione di "abuso" propria della disciplina CFC a tale approccio porterebbe ad una sovrapposizione del regime in esame con quello relativo ai prezzi di trasferimento

# Nuova definizione di controllo

## *Nuova definizione di «controllo»*

### **Art. 167, comma 2**

- La nuova formulazione dell'art. 167 del T.U.I.R. prevede che si considerano soggetti controllati gli enti esteri, per i quali si verifica almeno una delle seguenti condizioni:
  - sono controllati direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciaria o interposta persona, ai sensi dell'art. 2359 c.c., da un soggetto residente
  - oltre il **50% della partecipazione ai loro utili** è detenuto, direttamente o indirettamente, mediante una o più società controllate, ai sensi dell'art. 2359 c.c., o tramite società fiduciaria o interposta persona, da un soggetto residente

NB: Non è stata recepita la regola della «**constructive ownership**», presente nella Direttiva (>25%) volta ad evitare un aggiramento del requisito del controllo

Tuttavia, la nozione di controllo (di fatto) potrebbe garantire la conformità al minimum standard della Direttiva

# Superamento due regimi: «white CFC» e «black CFC»

## Art. 167, comma 4

Soggetti esteri controllati:

- Soggetti a **tassazione effettiva** inferiore alla metà di quella a cui sarebbero stati soggetti qualora residenti
- Conseguono **oltre un terzo dei proventi** da essi realizzati derivanti dalle seguenti categorie:
  1. interessi o qualsiasi altro reddito generato da attivi finanziari;
  2. canoni o qualsiasi altro reddito generato da proprietà intellettuale;
  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. redditi da operazioni di cessione di beni o prestazione di servizi a valore economico aggiunto scarso o nullo 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 residenti



# Superamento due regimi: «white CFC» e «black CFC»

I modelli proposti dalla Direttiva imporrebbero di tassare solo una parte del reddito del soggetto controllato estero

- tassazione dei soli *passive income*, secondo il criterio c.d. *transactional*,
- o tassazione del reddito distolto dalla giurisdizione della società controllante e che va calcolato secondo il principio di libera concorrenza

mentre il **sistema «totalizzante»**, confermato dal Decreto, prevede la tassazione dell'intero reddito della CFC

# Limite del «passive income test»

Differenza rispetto all'attuale regime c.d. «CFC *white*» → *passive income* per oltre il 50% del totale

Nuovo regime → limite viene **ridotto ad un terzo**

NB: Direttiva prevede che ciascuno Stato membro può scegliere di *non* trattare l'entità estera controllata come una CFC qualora *non* oltre un terzo dei redditi ottenuti dall'entità *non* risulti da *passive income* → Direttiva in ogni caso **standard minimo**

# «Proventi» da «passive income»

Conformità del Decreto alla Direttiva con riferimento agli elementi reddituali da considerare per la verifica del «*passive income*»?

Opzione probabilmente adeguata:

- «**proventi**» rappresentano un parametro oggettivo difficilmente contestabile nell'ammontare (lo stesso non potrebbe dirsi per i «**redditi**» netti in quanto sarebbe in tal caso soggettiva l'allocatione dei costi che hanno concorso alla formazione della specifica categoria di *passive income*). Vista la natura dei proventi da *passive income*, i costi ad essi afferenti sarebbero, infatti, principalmente indiretti, ossia allocabili allo specifico provento unicamente in percentuale e mediante l'utilizzo di *driver* di natura soggettiva
- nel modello *transactional* della Direttiva la tassazione deve giocoforza colpire solo i redditi da *passive income*

# «Proventi» da «passive income»

## **Art. 167, comma 4, n. 5** «redditi da attività assicurativa, bancaria e altre attività finanziarie»

- il Decreto non ha recepito la possibilità accordata dalla Direttiva di consentire la disapplicazione del regime CFC per le imprese finanziarie e che tali soggetti possano non essere considerati CFC qualora i redditi di *passive income* elencati in precedenza non derivino per oltre un terzo da operazioni con il contribuente o le sue imprese associate (cfr. par. 2, lett. *b*)

## **Art. 167, comma 4, n. 6** «redditi da operazioni di cessione di beni o prestazione di servizi a valore economico aggiunto scarso o nullo 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 residenti»

- rispetto prima anche:
  - i. attività a basso valore aggiunto
  - ii. «cessione di beni» Cfr. circolare 28 giugno 2011, n. 28/E e art. 7, comma 2, lett. a) della Direttiva

# Il livello di tassazione

## Art. 167, comma 4

Nell'identificazione delle CFC secondo il nuovo regime continua a rilevare **il criterio di tassazione effettiva** in assoluta continuità con quanto previsto dall'attuale regime c.d. *CFC white*.

Il Decreto non fornisce precisazioni con riguardo alla tipologia di imposte che devono essere considerate nella determinazione del livello di tassazione effettiva.

La Direttiva precisa che deve essere fatto riferimento all'imposta sugli utili conseguiti dalla società estera.

La relazione alla bozza di Decreto fa esclusivo riferimento IRES: IRAP?

NB: Circolare 35/E/2016  rilevanza dell'IRAP per la *CFC black list*, no per *CFC white list*

## Art. 167, comma 5

Il nuovo regime prevede un'unica esimente, che risulta integrata qualora il *«soggetto controllato non residente svolge un'attività economica effettiva, mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali»*.

La nuova formulazione dell'esimente sembra consentire un approccio secondo il quale i beni, il personale, gli attivi e i locali devono essere **adeguati** alle attività svolte

Es. *holding* di partecipazioni

**Caso di società con attività mista?** Analisi funzionale per misurare la «coerenza» del reddito sull'intero?

Espunti:

- Il «**radicamento**» nello Stato di insediamento (superato il problema delle società operanti «estero su estero» (es. istituti di credito)?
- La mancata localizzazione del reddito in Stati *black list* (c.d. **seconda esimente**), resa non più necessaria per il criterio della tassazione effettiva
  - ✓ Problema della plurima applicazione della cfc (cfr. risoluzione 235/E del 2007; circolare 7/2013, par. 7.1 e art 8, comma 5, della Direttiva)

## Possibili profili di contrasto con il diritto europeo

- Inversione onere probatorio della sussistenza della esimente
  - ✓ da ultimo: caso Eqiom SAS del 7 settembre 2017, causa C-6/16; caso GS del 14 giugno 2018, causa C-440/17; conclusioni avvocato generale Kokott nei casi pendenti C-115/16, C-116/16, C-117/16, C-118/16 e C-119/16
  - ✓ Denuncia 26 settembre 20148, n. 12 dell'AIDC



## Per concludere

- Al di là delle criticità evidenziate, **giudizio** dell'intervento non può che essere **positivo**
- Per certi aspetti la disciplina appare meno «aggressiva», ma ne esce confermata la natura di *back stop provision*