Cfc, il controllo economico riduce l'impatto della tassazione

Società estere

L'effetto demoltiplicativo consente di evitare le penalizzazioni del regime

Alessandro Germani

La circolare delle Entrate sulle Cfc in consultazione fino al 6 agosto dedica ampio spazio al requisito del controllo, che a seguito delle modifiche introdotte con la direttiva Atad non è più solo un controllo legale, aggiungendosi anche quello economico. In base al comma 2 dell'articolo 167 del Tuir il controllo del soggetto non residente si verifica in presenza di almeno una delle seguenti condizioni:

- controllo diretto o indiretto ex articolo 2359 del Codice civile, anche tramite società fiduciaria o interposta persona, da parte del soggetto residente
- detenzione diretta o indiretta, mediante una o più società controllate ex articolo 2359 del Codice civile o tramite società fiduciaria o interposta persona, di oltre il 50 per cento della partecipazione agli utili del soggetto non residente.

Questa seconda condizione – relativa al controllo economico – recepisce le raccomandazioni Ocse previste nell'articolo 7 della direttiva.

Il controllo legale si basa sulle classiche nozioni del controllo di diritto, di fatto o contrattuale, il che esclude in linea di principio la casistica del controllo congiunto che è specifico delle joint venture. Vengono richiamati i precedenti delle risoluzioni 326/E/08 e 376/E/07. Laddove l'Agenzia fa riferimento ai cosiddetti vincoli contrattuali potrebbe essere utile un richiamo esplicito ai patti parasociali. Infatti in situazioni apparentemente paritetiche il controllo va visto in base a questi ultimi, che potrebbero nei fatti determinare una situazione in cui uno dei soci prevalga sull'altro. L'analisi va comunque condotta caso per caso.

Ad ogni modo la Cfc resta subordinata alla presenza di una partecipazione agli utili nella società controllata estera. Questo concetto è ora espresso chiaramente dal comma 6 dell'articolo 167 del Tuir, mentre in passato era comunque previsto dall'articolo 3 del Dm del 2001, che richiedeva in ogni caso una partecipazione agli utili, seppur minima.

In ipotesi di controllo "legale" ex articolo 2359 del Codice civile si opera senza ricorrere alla demoltiplicazione della catena societaria. Pertanto se A controlla il 60 per cento di B e il 70 per cento di C, che a loro volta partecipano al 35 per cento ciascuno nella società estera, allora A avrà il 70 per cento dei voti nella Cfc estera.

Vediamo cosa succede, invece, se il requisito del controllo indiretto è integrato con la sola soglia di partecipazione agli utili. Perché in questo caso subentra invece la demoltiplicazione, come chiarito espressamente dalla relazione illustrativa al decreto che ha modificato l'articolo 167 del Tuir. Se A controlla al 60 per cento sia B che C e questi partecipano agli utili del soggetto estero al 40 per cento ciascuno, ma senza possedere voti in assemblea, la demoltiplicazione comporta in capo ad A il 48 per cento (24 + 24) e quindi A non integra il controllo della Cfc.

Per ciò che concerne il controllo "economico" da un punto di vista giuridico diviene difficile "traslare" su ordinamenti esteri la logica di determinati strumenti partecipativi nazionali. Ma qui viene in soccorso un dato di fatto, perché ai fini fiscali ciò che conta è verificare il raggiungimento di più del 50 per cento degli utili della controllata estera, al di là del nomen iuris. In questo la conclusione dell'Agenzia si fa apprezzare per il pragmatismo.

Ciò che deve essere chiaro è che la partecipazione agli utili si deve innestare su una situazione di controllo ex articolo 2359 del Codice civile al piano superiore. Così, se A partecipa agli utili di B e C all'80% ciascuno, e a loro volta B e C partecipano agli utili di Cfc al 40% cadauno, in capo ad A la condizione di controllo della Cfc non è integrata. Perché sebbene con la demoltiplicazione si raggiunga il 64 per cento (32 + 32), ovvero più del 50, tuttavia A non controlla civilisticamente né B né C.

Alla luce dei chiarimenti e degli esempi riportati, la nuova nozione di controllo post Atad appare chiara nei suoi vari risvolti.

© RIPRODUZIONE RISERVATA

LA DEMOLTIPLICAZIONE

L'esempio

- Se il requisito del controllo indiretto è integrato con la sola soglia di partecipazione agli utili, subentra la demoltiplicazione
- Se A controlla al 60 per cento sia B che C e questi partecipano agli utili del soggetto estero al 40 per cento ciascuno, ma senza possedere voti in assemblea, la demoltiplicazione comporta in capo ad A il 48 per cento (24 + 24) e quindi A non integra il controllo della Cfc