



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA

**DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICHE ED AZIENDALI
"M.FANNO"**

**DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO, INTERNAZIONALE E
COMUNITARIO**

**CORSO DI LAUREA MAGISTRALE
IN ECONOMIA E DIRITTO**

TESI DI LAUREA

**"CONTROLLED FOREIGN COMPANIES:
PROFILI STRUTTURALI, EVOLUTIVI E DI COMPATIBILITÀ
RISPETTO AL DIRITTO UE E CONVENZIONALE"**

RELATORE:

CH.MO PROF. Marcello Poggioli

LAUREANDA: Chiara Garola

MATRICOLA N. 1109513

ANNO ACCADEMICO 2016 –2017

Il candidato dichiara che il presente lavoro è originale e non è già stato sottoposto, in tutto o in parte, per il conseguimento di un titolo accademico in altre Università italiane o straniere.

Il candidato dichiara altresì che tutti i materiali utilizzati durante la preparazione dell'elaborato sono stati indicati nel testo e nella sezione "Riferimenti bibliografici" e che le eventuali citazioni testuali sono individuabili attraverso l'esplicito richiamo alla pubblicazione originale.

Firma dello studente

Alla mia famiglia

Ringraziamenti

Un lungo percorso di studi è giunto al termine e non posso non ringraziare tutte le persone che, in un modo o nell'altro, mi hanno supportato e sopportato in questi anni.

Ringrazio innanzitutto il mio relatore, il Professor Marcello Poggioli, per avermi seguita in quest'ultima tappa e dato la possibilità di approfondire una tematica molto interessante.

Un ringraziamento speciale va senz'altro ai miei genitori e a tutta la mia famiglia per avermi accompagnato sino a questo ambito traguardo; a mia mamma e mio papà per il sostegno nei momenti difficili e per le opportunità sempre concesse; a mio fratello che ogni giorno mi regala un sorriso e a cui faccio un grande in bocca al lupo per la carriera universitaria appena iniziata; ai miei nonni, anche a quelli che non ci sono più.

Un grazie a Luca e a tutti gli amici che mi sono stati vicini e che hanno saputo ascoltarmi e confortarmi in questo periodo; in particolare a Silvia e Chiara che se non ci fossero dovrei inventarle; ad Alessia che, anche se lontana, non ha mai smesso di essere un'amica su cui poter sempre contare.

Un ultimo ringraziamento, infine, va a tutte le persone speciali che ho conosciuto nel corso di questo cammino; a Mohamed, Sanzida, Isabella e Lorenzo per avermi accompagnato durante i primi tre anni di Università; ai "Maestri" Marco e Simone per aver condiviso con me risate e giornate di studio e per aver sopportato la mia ansia prima di ogni esame.

Indice

Introduzione	1
---------------------------	----------

Capitolo Primo

CFC legislation: genesi della disciplina italiana e successive evoluzioni	5
--	----------

1.1. Premessa	5
1.2. L'introduzione della CFC legislation nell'ordinamento italiano: il nuovo regime di imputazione dei redditi delle partecipate estere localizzate in Stati o territori a "regime fiscale privilegiato".....	6
1.3. La riforma relativa alla tassazione delle società: l' ampliamento dell'ambito applicativo della disciplina CFC alle società estere collegate ai sensi dell'articolo 168 del TUIR.	18
1.4. La legge finanziaria 2008: un ulteriore mutamento nell'ambito di applicazione del regime CFC. L'introduzione dell'articolo 168-bis e i nuovi criteri di identificazione dei Paesi a fiscalità privilegiata.	24

Capitolo Secondo

Disposizioni vigenti in materia di controllate estere e profili critici	41
--	-----------

2.1. Premessa	41
2.2. I presupposti applicativi della disciplina	42
2.2.1 <i>Il presupposto oggettivo: il controllo</i>	43
2.2.2 <i>Il presupposto soggettivo: i soggetti residenti coinvolti nella disciplina e i soggetti controllati esteri</i>	48
2.3 L'individuazione degli Stati o territori a fiscalità privilegiata.....	52
2.3.1. <i>L'articolo 167, comma 4: dalle liste al livello di tassazione nominale</i>	52
2.3.2. <i>I regimi fiscali "speciali" privilegiati</i>	56
2.4. Le circostanze esimenti.....	58
2.4.1. <i>La dimostrazione della prima circostanza esimente: il comma 5 lettera a) e il limite contenuto al comma 5-bis</i>	59
2.4.2. <i>La dimostrazione della seconda circostanza esimente</i>	69
2.5. La disciplina di cui all'articolo 8-bis: l'estensione della disciplina CFC ai Paesi a fiscalità non privilegiata.....	72

2.6. La determinazione, l'imputazione e la tassazione dei redditi conseguiti dalla controllata estera.....	81
2.7. Aspetti procedurali: l'interpello facoltativo e il nuovo obbligo di segnalazione in dichiarazione.	89
2.8. La disciplina della tassazione degli utili provenienti da regimi fiscali privilegiati.....	100

Capitolo Terzo

CFC, diritto dell'Unione Europea e Convenzioni contro la doppia imposizione..... 109

3.1. Premessa.....	109
3.2. CFC e principi comunitari.....	109
3.3. CFC, Progetto BEPS e Anti-Tax Avoidance Directive.....	129
3.4. CFC e Convenzioni contro la doppia imposizione.....	143

Conclusioni 151

Bibliografia 163

Introduzione

In un contesto economico ormai globalizzato, caratterizzato da forti connessioni e interdipendenze tra i mercati, le opportunità offerte ai soggetti vocati all'internazionalizzazione non possono che dirsi più numerose rispetto al passato. Ed infatti, complici l'apertura delle frontiere, l'integrazione dei sistemi finanziari, l'evoluzione delle tecnologie informatiche nonché la progressiva dematerializzazione della ricchezza, sempre minori sono gli ostacoli che si trova a fronteggiare chi intenda effettuare investimenti diretti all'estero.

Favorite dalle condizioni dello scenario attuale, molte sono ad oggi le imprese che, alla ricerca di maggior competitività e crescita nel mercato globale, intraprendono o potenziano processi di espansione oltre confine, localizzando le proprie attività o le proprie risorse in Stati o territori diversi da quello di origine. Quale sia la strategia prescelta a tal fine, essa, per risultare efficace, non può chiaramente prescindere dalla valutazione di differenti variabili, quali, a titolo di esempio, le peculiarità del contesto politico, economico e culturale della nazione potenzialmente ospitante, la disponibilità di risorse in loco, le prospettive di sviluppo nonché la struttura del sistema normativo e tributario locale. Del resto, indubbio è come assuma un ruolo determinante nelle scelte di delocalizzazione dell'attività anche la componente fiscale dacchè idonea, incidendo sui risultati d'esercizio, a influire sulla redditività e, conseguentemente sulla competitività degli operatori economici. In tal senso, quindi, ogni percorso di internazionalizzazione non può che essere subordinato anche all'esame del carico fiscale che lo stesso comporta.

Partendo da questa considerazione, è innegabile, quindi, come, nell'ottica di effettuare e gestire i propri investimenti all'estero, ogni impresa o gruppo d'impresе debba assegnare importanza decisiva anche alle attività di pianificazione fiscale internazionale. Esse, infatti, come noto, permettono di individuare, mediante una comparazione tra i diversi sistemi tributari vigenti, la miglior soluzione operativa dal punto di vista impositivo. Obiettivo ultimo di tali attività è, cioè, date le necessità di natura strategica e imprenditoriale di ciascun soggetto economico, il raggiungimento di un livello di tassazione ottimale, concretizzato per tramite di un'articolazione dell'attività tale da consentire lo sfruttamento lecito, a proprio vantaggio, delle interconnessioni e delle asimmetrie esistenti tra i vari ordinamenti nazionali. Sebbene, quindi, la pianificazione fiscale sia uno strumento idoneo a conseguire un legittimo risparmio d'imposta, non c'è dubbio che la stessa possa sconfinare in sofisticate strategie elusive. Ed infatti, avvalendosi di strumenti rispettosi delle normative fiscali ma artificiosi,

ben potrebbero le imprese, approfittando dell'elevata mobilità dei capitali che caratterizza lo scenario attuale, trasferire agevolmente la ricchezza prodotta in Stati a fiscalità particolarmente vantaggiosa, al solo ed unico scopo di ottenere un indebito abbattimento del carico fiscale complessivo sulla stessa.

Tali pratiche, lungi dal rappresentare soluzioni economicamente apprezzabili, comportano, da un lato, l'alterazione dei meccanismi di leale concorrenza tra le imprese, e dall'altro, l'emersione di pregiudizi per gli Stati, costretti a subire l'erosione della propria base imponibile e, conseguentemente, la perdita di gettito da destinare alla spesa pubblica.

Al fine di limitare il danno arrecato all'economia nazionale, sono adottate da molti ordinamenti misure unilaterali volte a salvaguardare, nei limiti del possibile, le proprie prerogative impositive, evitando il sorgere di fenomeni erosivi attuati sfruttando illegittimamente i differenziali di incidenza fiscali esistenti nelle diverse giurisdizioni.

Uno dei principali strumenti a disposizione dei legislatori per contrastare i fenomeni suddetti è certamente la *CFC legislation*. Adottata da molti Paesi e valorizzata sia in ambito europeo che internazionale, la disciplina in questione mira a contrastare la delocalizzazione fittizia di redditi da parte di un soggetto residente in uno Stato a fiscalità ordinaria attuata per tramite di strutture prive di sostanza economica da lui controllate e ubicate in Stati o territori caratterizzati da un livello di imposizione nullo o particolarmente limitato (definite appunto *Controlled Foreign Companies*). A tal fine, essa si avvale di un regime d'imputazione del reddito conseguito dal soggetto controllato al controllante. Tale reddito, una volta attratto nella giurisdizione del socio, è assoggettato ad imposizione in capo ad esso a prescindere dall'effettiva distribuzione degli utili da parte della partecipata. Trattasi, quindi, di una normativa che, perforando lo schermo societario estero e superando così la soggettività giuridico-tributaria dello stesso, permette di annullare, scoraggiando così la messa in atto di pratiche a questo rivolte, l'indebito vantaggio d'imposta realizzato dal controllante attraverso la localizzazione artificiosa all'estero di attività sostanzialmente inesistenti al solo fine di ottenere un abbattimento del carico impositivo sul reddito complessivo generato.

Anche l'Italia, seppur con un certo ritardo rispetto ad altri ordinamenti, ha provveduto a delineare le proprie regole in materia di tassazione delle società controllate estere.

Introdotta con l'adozione della legge 21 novembre 2000, n. 342, la *CFC legislation* prevista dal nostro ordinamento all'articolo 167 T.U.I.R. è fondata, parimenti a quella di molti altri Stati, su un meccanismo di tassazione per trasparenza del reddito conseguito dalla controllata estera. Integrati i presupposti applicativi, elevati a indicatori di sussistenza di potenziali pratiche abusive, il reddito del soggetto controllato è, cioè, attribuito, salva la capacità di

dimostrare le esimenti specificatamente previste, al controllante italiano e tassato in capo ad esso indipendentemente dalla distribuzione dei dividendi.

Oggetto del presente lavoro sarà proprio la disciplina in parola così come formulata dal nostro legislatore.

In particolare, nel primo capitolo si procederà ad illustrare la dinamica evolutiva della stessa, dalla sua emersione legislativa sino alle modifiche da ultimo apportate.

Dalla sua introduzione ad oggi la *CFC legislation* nazionale è stata, infatti, oggetto di numerosi e rilevanti interventi che, da un lato, hanno considerevolmente ampliato l'ambito applicativo del regime, dall'altro, hanno inciso sui caratteri procedimentali dello stesso.

Ed infatti, primariamente estesa alle società meramente collegate a seguito dell'approvazione del Decreto legislativo 344/2003, l'operatività della normativa ha dipoi investito, oltre alle partecipate localizzate in Stati o territori a fiscalità privilegiata, anche i soggetti esteri ubicati in Paesi a regime fiscale ordinario titolari per lo più di redditi passivi e assoggettati a un livello di tassazione effettiva non considerato sufficientemente congruo. Contestualmente all'evoluzione da ultimo richiamata, avvenuta in forza delle previsioni di cui al Decreto Legislativo 1 luglio 2009 n.78, il legislatore ha provveduto altresì ad inasprire ulteriormente la disciplina in parola per tramite di una drastica restrizione della possibilità di accesso alle cause esimenti per le società residenti o localizzate in Stati o territori a regime fiscale privilegiato.

Il percorso evolutivo della disciplina CFC prevista dal nostro ordinamento trova la sua conclusione con l'emanazione della Legge di stabilità per il 2015, del Decreto legislativo 14 settembre 2015 n. 147 (decreto per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese) e della legge di stabilità per il 2016. Mentre la prima si è essenzialmente limitata ad incidere, come la precedente Legge di Stabilità 2008, sulle modalità di individuazione dei regimi fiscali privilegiati, i successivi due sono intervenuti direttamente sull'assetto normativo sino ad allora delineato nel tentativo di rendere la disciplina nazionale stessa maggiormente aderente alle "best practices" internazionali e meno complessa dal punto di vista attuativo. In tale ottica, si è proceduto alla soppressione del regime in precedenza riservato alle società collegate, all'eliminazione dell'obbligatorietà dell'interpello, alla modifica delle modalità di determinazione del reddito conseguito dalla società partecipata nonché all'introduzione di una definizione mobile, fondata su un criterio fisso ad univoco, di regime fiscale privilegiato.

Il secondo capitolo, invece, sarà dedicato all'analisi degli aspetti qualificanti, così come attualmente vigenti, della normativa nazionale, ponendo attenzione, relativamente a ciascuno di essi, alle modifiche apportate nel corso degli anni, già precedentemente evidenziate, nonché agli eventuali profili di criticità emergenti. Nello specifico verranno approfonditi i presupposti

applicativi, soggettivi e oggettivi, i nuovi criteri di individuazione degli Stati o territori a regime fiscale privilegiato, le circostanze esimenti, il regime di cui all'articolo 8-bis riservato alle controllate localizzate in Stati a fiscalità ordinaria, la determinazione dei redditi e l'imputazione per trasparenza degli stessi al socio residente nonché il nuovo interpello facoltativo e gli adempimenti ad esso connessi. Spazio sarà da ultimo dato anche alla disciplina, cui la normativa CFC è strettamente connessa, degli utili provenienti da Stati o territori a fiscalità privilegiata, anch'essa rimasta incisa dalla nuova modalità di definizione degli stessi.

Una volta inquadrata la disciplina, nell'ottica di individuarne le possibili dinamiche evolutive future, nel terzo ed ultimo capitolo, infine, essa sarà valutata, *in primis*, con riferimento a due delle libertà fondamentali tutelate dall'ordinamento dell'Unione Europea: la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali. Prevedendo un regime impositivo derogatorio rispetto agli ordinari criteri di tassazione, ben potrebbe, infatti, la stessa ostacolare o, comunque rendere meno attrattivo l'esercizio delle suddette libertà. Accertata l'esistenza di una restrizione, si procederà poi a verificare se quest'ultima possa dirsi o meno giustificata per ragioni imperative di interesse generale, e, laddove una giustificazione sia rinvenuta, se la normativa nazionale sia o meno conforme al principio di proporzionalità e, quindi, compatibile con le previsioni del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

Il lavoro proseguirà, poi, con un'analisi circa la conformità della disciplina CFC italiana con le disposizioni da ultimo introdotte dalla c.d. *Anti Tax Avoidance Directive*. Adottata dal Consiglio dell'Unione Europea il 12 luglio 2016 in risposta all'esigenza di garantire maggiore uniformità tra i sistemi fiscali degli Stati membri, di adottare un approccio più deciso e coerente contro gli abusi in materia di imposta sulle società nonché di agevolare l'attuazione delle indicazioni sviluppate in seno all'OCSE, la Direttiva in parola dovrà essere recepita entro il 31 dicembre 2018, con possibili conseguenze sulla normativa interna in caso di necessità di adattamento.

Da ultimo, si procederà ad effettuare qualche osservazione in merito al rapporto tra la normativa stessa e le Convenzioni contro le doppie imposizioni. Si cercheranno di presentare, in particolare, le differenti posizioni in punto di compatibilità e incompatibilità tra le stesse, evidenziando come la questione ad oggi non abbia ancora trovato una soluzione condivisa.

Capitolo Primo

CFC legislation: genesi della disciplina italiana e successive evoluzioni.

SOMMARIO: **1.1.** Premessa - **1.2.** L'introduzione della CFC legislation nell'ordinamento italiano: il nuovo regime di imputazione dei redditi delle partecipate estere localizzate in Stati o territori a "regime fiscale privilegiato" - **1.3.** La riforma relativa alla tassazione delle società: l' ampliamento dell'ambito applicativo della disciplina CFC alle società estere collegate ai sensi dell'articolo 168 del TUIR - **1.4.** La legge finanziaria 2008: un ulteriore mutamento nell'ambito di applicazione del regime CFC. L'introduzione dell'articolo 168-bis e i nuovi criteri di identificazione dei Paesi a fiscalità privilegiata- **1.5.** L'estensione della disciplina CFC alle società controllate residenti in Paesi a fiscalità ordinaria e la restrizione delle possibilità di accesso alle cause esimenti: le modifiche introdotte dal decreto legge 78/2009 - **1.6.** Gli interventi normativi apportati dalla Legge di stabilità 2015 - **1.7.** L'approdo all'attuale assetto normativo: le novità introdotte dal Decreto Legislativo 147/2015 (Decreto Internazionalizzazione) e dalla Legge di stabilità 2016

1.1. Premessa

Così come molti paesi europei ed extra-europei¹, anche l'Italia, a seguito delle raccomandazioni formulate in sede OCSE², ha provveduto a delineare nuove regole in materia di tassazione delle società controllate estere localizzate in Paesi a fiscalità privilegiata

¹ La disciplina CFC è stata introdotta per la prima volta nel 1962 negli Stati Uniti. Con l'entrata in vigore delle *Subpart F Rules (section 951 dell' Internal Revenue Code)*, risultato di un percorso evolutivo della normativa iniziato nel 1913, l'ordinamento statunitense si è dotato di misure ad hoc finalizzate a contrastare fenomeni di differimento dell'imposizione sui redditi di società estere controllate in Paesi a fiscalità privilegiata.

Negli anni successivi, sull'esempio del modello statunitense, la maggior parte dei paesi industrializzati, ha elaborato specifiche misure volte a fronteggiare l'erosione delle basi imponibili nazionali conseguita mediante la delocalizzazione da parte dei contribuenti residenti di attività o redditi in giurisdizioni caratterizzate da un basso, se non inesistente, livello di imposizione fiscale.

In ambito europeo l'adozione di disposizioni volte al contrasto di pratiche elusive di questo tipo ha avuto luogo dapprima in Germania nel 1972 e successivamente in altri Paesi caratterizzati da economie vocate all'internazionalizzazione tra i quali si annoverano anche Francia, Inghilterra e Spagna che hanno introdotto una *Cfc Legislation* rispettivamente nel 1980, nel 1984 e nel 1995.

² Nel 1998 l'Organismo per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (d'ora in poi OCSE), nel tentativo di promuovere la cooperazione nella lotta contro le pratiche di concorrenza fiscale dannosa, ha presentato un Rapporto rivolto agli Stati membri, *Harmful Tax Competition: an emerging global issue*, contenente 19 raccomandazioni in merito alle stesse. Le indicazioni espresse in sede OCSE miravano in particolare, da un lato, ad evitare che l'applicazione delle norme convenzionali potesse in qualche modo favorire fenomeni di concorrenza fiscale dannosa, dall'altro, ad accrescere l'efficacia delle normative interne. Con riferimento a queste ultime si raccomandava, *inter alia*, l'adozione di regole inerenti alle società controllate estere o, se già presenti nell'ordinamento, l'applicazione delle stesse in termini idonei a circoscrivere la concorrenza fiscale dannosa.

In merito VALENTE P., 1999, *Concorrenza fiscale "dannosa": il rapporto provvisorio del Gruppo di lavoro "Codice di condotta" e le raccomandazioni OCSE*, in *Il Fisco* n. 23; ANDREOLI F., 1999, *Il rapporto OCSE sulla concorrenza fiscale dannosa*, in *Rivista Diritto Tributario* n.4.

introducendo nel proprio ordinamento la *Controlled Foreign Companies legislation* con l'adozione della legge 21 novembre 2000, n. 342.

La disciplina in questione, fondata su un regime di tassazione per trasparenza in capo al socio residente in Italia del reddito conseguito dalla controllata estera, è stata formulata dal legislatore al fine di contrastare “*pratiche elusive attuate mediante partecipazione in società con sedi in Paesi a fiscalità privilegiata*”³ e, in particolare, osteggiare situazioni di tipo abusivo consistenti nella delocalizzazione fittizia di imponibile in Stati o territori dotati di regimi fiscali sensibilmente più vantaggiosi di quello domestico per tramite di società estere non effettivamente operative ma qualificate quali meri centri d'imputazione di un reddito in realtà ascrivibile al contribuente italiano.

Nel corso degli anni, dalla sua introduzione ad oggi, le disposizioni inerenti al regime delle controllate estere sono state oggetto di rilevanti modifiche normative che, da un lato, ne hanno progressivamente ampliato l'ambito applicativo⁴, dall'altro, hanno inciso sugli aspetti procedurali delle stesse.

Tali interventi, ripercuotendosi sui connotati strutturali e sulla sua operatività, hanno contribuito a rendere certamente più stringente ed efficace la disciplina, enfatizzandone così la finalità antielusiva, ma al contempo a generare situazioni di incertezza applicativa e criticità in parte non ancora risolte dal legislatore.

1.2. L'introduzione della CFC legislation nell'ordinamento italiano: il nuovo regime di imputazione dei redditi delle partecipate estere localizzate in Stati o territori a “regime fiscale privilegiato”.

La disciplina relativa alla tassazione delle società controllate estere è stata introdotta nell'ordinamento italiano, come già sottolineato, con l'adozione della legge 21 novembre 2000 n. 342. La suddetta legge, entrata in vigore decorsi i termini ordinari il 10 dicembre 2000, fu il risultato di un lungo *iter* legislativo, intrapreso nel 1999 con la presentazione di due disegni di legge⁵ e conclusosi con l'inserimento nel corpo del D.P.R 22 dicembre 1986 n. 917 (T.U.I.R) del nuovo articolo 127-bis, rubricato “*disposizioni in materia di imprese estere*”

³ Circolare 16 novembre 2000, n. 207/E del Ministero delle Finanze.

⁴ L'estensione dell'ambito applicativo della disciplina CFC si è concretizzata inizialmente con l'introduzione, prevista dal Decreto Legislativo 12 dicembre 2003 n. 344, di una nuova disposizione all'art. 168 del D.P.R 917/86 (TUIR) riferita alle società estere collegate, successivamente abolita dal Decreto Legislativo 14 settembre 2015 n. 147 (cd. *Decreto Internazionalizzazione*).

Un ulteriore intervento in questo senso è avvenuto con il Decreto Legge 3 agosto 2009 n. 102, con il quale l'applicazione del regime CFC è stata estesa anche alle controllate estere residenti in Paesi diversi rispetto a quelli riconosciuti come Paesi a fiscalità privilegiata al ricorrere di determinate circostanze.

⁵ D.d.l. 4185 e D.d.l. 4336 approvato dal Consiglio dei Ministri il 15 novembre 1999.

partecipate”, ad opera del cd. *collegato ordinamentale fiscale* alla legge Finanziaria per l’anno 2000.

Secondo quanto previsto dalle nuove disposizioni in esso contenute, i redditi conseguiti dalla società estera partecipata erano imputati, a prescindere dal momento della distribuzione dei relativi dividendi, direttamente al soggetto residente in Italia, in proporzione alla sua quota di partecipazione agli utili, qualora fosse individuato un rapporto di controllo diretto o indiretto tra lo stesso e l’impresa estera ubicata in Stati con regime fiscale privilegiato.

Le motivazioni che avevano indotto il legislatore a muoversi in questo senso sono rinvenibili nelle stesse Relazioni di accompagnamento ai due disegni di legge presentati nonché nella Circolare interministeriale n. 207/E del 2000.

Secondo quanto si legge nei suddetti documenti, la codificazione di una normativa volta a contrastare l’utilizzo strumentale di società controllate estere era ispirata da due ragioni e, vale a dire, da una parte dall’esistenza in quasi tutti gli ordinamenti a fiscalità avanzata (*in primis* i Paesi nella Comunità Europea) di regole di questo tipo e, dall’altra, dalla volontà di recepire le raccomandazioni promosse dall’OCSE⁶ e dall’Unione Europea⁷.

Si legge inoltre nella Circolare già menzionata che il meccanismo del regime predisposto per le controllate estere, “*è finalizzato ad attrarre a tassazione in Italia, Paese di residenza del soggetto controllante, i redditi prodotti dal soggetto estero partecipato che sia localizzato in Paese a regime fiscale privilegiato*” rendendo la suddetta tassazione indipendente “*dalla volontà del soggetto controllante che, invece, in passato poteva spesso “ottimizzare”, in relazione alla propria situazione fiscale, il momento della delibera e della effettiva distribuzione degli utili*”. Sino all’entrata in vigore della disciplina CFC, i suddetti redditi infatti “*erano assoggettati ad imposizione in Italia solo nel momento in cui confluivano nel reddito della controllante in qualità di dividendi effettivamente distribuiti*”. In base alla normativa vigente quindi il soggetto residente, ben potendo definire il momento di distribuzione degli utili da parte del soggetto controllato in virtù del rapporto di controllo, aveva la possibilità di evitarne la tassazione in Italia, decidendo di non distribuirli ed accumulandoli presso lo stesso.

Prevedendo un meccanismo di imputazione al soggetto controllante del reddito conseguito dalla controllata estera, la normativa in esame sembrava quindi, in prima analisi, voler rispondere alla necessità di contrastare la delocalizzazione delle imprese nazionali posta in

⁶ OECD, 1998, *Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue*, Parigi

⁷ L’Unione Europea ha intrapreso una politica di contrasto alla concorrenza fiscale dannosa tramite il cd. “Codice di Condotta” in materia di tassazione delle imprese. Cfr. *Conclusioni del Consiglio ECOFIN del 1° dicembre 1997 in materia di politica fiscale - Risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti di governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, del 1 dicembre 1997, su un codice di condotta in materia di tassazione delle imprese - Tassazione del risparmio* in G.U.C.E. 6 gennaio 1998-C2.

essere allo scopo di realizzare effetti di differimento nella tassazione degli utili da partecipazione (cd. tax deferral)⁸. Questa interpretazione tuttavia non era stata, e non è tuttora, esente da critiche.

A chi infatti sosteneva che la normativa CFC italiana fosse finalizzata esclusivamente a contrastare pratiche di tax deferral, si contrapponevano posizioni differenti che evidenziavano invece come il regime previsto dal legislatore fosse volto a osteggiare pratiche abusive consistenti nella localizzazione, da parte del contribuente residente, di redditi in Paesi a fiscalità privilegiata, avvalendosi di strutture prive di reale consistenza economica presso le quali i suddetti redditi potevano essere trattenuti (non distribuendo i dividendi) scontando imposte molto contenute o nulle. Accogliendo l'ipotesi da ultimo esposta, la disciplina CFC si connoterebbe quindi come un insieme di disposizioni antielusive volte ad evitare la distrazione di redditi, facenti sostanzialmente capo al soggetto residente ma fittiziamente allocati a un soggetto estero, al solo scopo di beneficiare di un livello d'imposizione particolarmente vantaggioso e di sottrarsi così all'imposizione ordinaria dello Stato di residenza⁹.

⁸ In questo senso STEVANATO D., 2000, *Controlled foreign companies: concetto di controllo e imputazione del reddito*, in Rivista di Diritto Tributario fasc. 7-8, pag. 779; MASSIMIANO A., 2011, *Dividendi distribuiti nell'ambito della disciplina CFC*, in MAISTO G. (a cura di), *La tassazione dei dividendi intersocietari: temi attuali di diritto tributario italiano, dell'Unione Europea e delle convenzioni internazionali*, Giuffrè Editore, Milano.

⁹ In questo senso, INGRAO G., 2010, *D.I. anticrisi e "stretta" sulla normativa cfc: contrasto agli abusi fiscali o miopia del legislatore?*, in Rassegna Tributaria n.1, pag. 87. In merito alla ratio della disciplina in esame, l'autore infatti sottolinea che, nonostante in prima approssimazione la finalità delle disposizioni CFC possa essere rinvenuta nel contrasto al differimento dell'imposizione attuato rinviando la distribuzione dei dividendi nel tempo (tax deferral), le motivazioni che ispirano il regime d'imputazione "per trasparenza" del reddito al socio controllante vanno invece ricercate nella volontà di contrastare situazioni di tipo abusivo, in cui le società partecipate estere, ubicate in paradisi fiscali, non svolgono un'attività effettiva, ma vengono costituite allo scopo di delocalizzare i redditi facenti capo sostanzialmente a soggetti residenti in uno Stato a regime fiscale ordinario.

In caso contrario, e quindi se si ammettesse che la ratio della disciplina fosse esclusivamente quella di ostacolare pratiche di tax deferral, mal si concilierebbe con essa la disposizione secondo la quale è possibile disapplicare il regime di imputazione per "trasparenza" qualora il contribuente dimostri che la controllata estera svolge un'attività effettiva nello Stato di insediamento. Il fatto che il legislatore preveda una causa esimente di questo tipo infatti, dimostra come l'attenzione sia focalizzata non tanto sulla possibilità di differimento della tassazione, che altrimenti sarebbe colpita in ogni caso a prescindere dall'effettività delle attività poste in essere, quanto piuttosto su quella di produzione di reddito tramite attività dirottate sulla controllata al solo scopo di ottenere vantaggi fiscali. Si veda anche sul punto CORDEIRO GUERRA R., 2000, *Riflessioni critiche e spunti sistematici sulla introducenda disciplina delle controlled foreign companies (art. 127-bis del Tuir)*, in Rassegna Tributaria n.5. In particolare, l'autore, nel cercare di delineare la ratio sottesa alla normativa in esame, evidenzia due possibilità: da una parte che la disciplina CFC voglia contrastare le politiche di tax deferral, dall'altra che l'obiettivo ultimo della stessa sia quello di "colpire redditi solo "apparentemente" prodotti fuori dai confini, ma in realtà generati attraverso un'attività che continua ad avere il proprio centro direttivo e/o operativo nel (o comunque primarie connessioni col) territorio dello Stato" e quindi di "recuperare a tassazione un reddito di fonte interna, formalmente estero vestito" attraverso la tassazione dei dividendi non distribuiti.

Con riferimento alla prima ipotesi individuata l'autore sottolinea che qualora si prediligesse questa soluzione si rischierebbe di incorrere in problematiche attinenti da un lato alla costituzionalità della disciplina (possibile incompatibilità con l'articolo 53 Cost.) e dall'altro all' "inquadramento in termini analoghi di simili condotte attuate nel contesto domestico (non distribuzione di utili accumulati da una società italiana all'azionista di

Ad ogni modo, quali che fossero le motivazioni sottese all'introduzione di una CFC legislation nell'ordinamento nazionale, il legislatore, ispirandosi alla normativa francese contenuta all' articolo 209b del *Code General des Impost*, aveva forgiato la disciplina italiana optando per il cd. *jurisdictional approach*. Sulla base di questo modello, alternativo al cd. *transactional approach*¹⁰¹¹, il reddito conseguito dalla società estera controllata e localizzata in *territori-obiectivo*¹² era interamente imputato in capo al socio residente in Italia indipendentemente dalle fonti di provenienza dello stesso. In altre parole, secondo tale approccio, il presupposto per l'attribuzione diretta ai soci controllanti dell'intero reddito (in proporzione alla quota di partecipazione) prevista dalla normativa CFC era, salva la presenza di determinate condizioni che consentivano la disapplicazione della stessa, la localizzazione della partecipata in Paesi riconosciuti dall'ordinamento, in base a determinati parametri, come Stati o territori a fiscalità privilegiata. Non rilevava quindi in alcun modo la natura del reddito stesso il quale era imputato al socio residente prescindendo dalla sua fonte e quindi dal fatto che esso fosse riconducibile o meno alla fattispecie del *passive income*.

Il regime di imputazione del reddito previsto dalle nuove disposizioni in materia di società controllate estere, così come sommariamente delineato, e la conseguente tassazione in Italia in capo al soggetto residente erano subordinati alla sussistenza di un presupposto soggettivo e di un requisito oggettivo.

Con riferimento al profilo soggettivo, per il combinato disposto dai commi 1 e 2 dell'articolo 127-bis, destinatari delle disposizioni in esso contenute erano le persone fisiche nonché le

maggioranza residente)". Per questo motivo e valutando la portata dell'esimente che esclude l'applicabilità della disciplina se l'attività svolta nel territorio a fiscalità privilegiata è un'attività effettiva, l'autore conclude abbracciando la seconda possibilità prospettata in base alla quale la normativa CFC, introdotta al fine di contrastare "ipotesi di produzione di reddito tramite attività (ancorché industriali o commerciali) non radicate in loco, e dunque fittiziamente dirottate sulla controllata", è da qualificarsi come norma antievasiva (come quelle volte a contrastare fenomeni di interposizione fittizia) ed anche antielusiva qualora intercetti anche comportamenti abusivi legati all'area dell'interposizione reale. Sulla stessa linea cfr. CAPOLUPO S., 2003, *Le modifiche alla normativa controlled foreign companies*, in Il Fisco n. 47-parte 1, pag. 7322.

¹⁰ Sulla base di questo approccio la tassazione del reddito della società partecipata nello Stato in cui il socio risiede è subordinata alla natura del reddito medesimo: i singoli redditi conseguiti dalla società controllata estera sono attribuiti al socio residente in considerazione della natura degli stessi. Focalizzandosi quindi sulla tipologia di reddito prodotto dalla controllata, gli ordinamenti che hanno definito la propria disciplina CFC optando per questo approccio, applicano la stessa prescindendo generalmente dalla localizzazione dell'ente partecipato e dalla definizione di Stato a fiscalità privilegiata e rivolgendo l'attenzione esclusivamente sul livello di imposizione che colpisce i redditi realizzati dall'impresa estera ricompresi in categorie individuate come suscettibili di imputazione per trasparenza. In questo senso GARUFI S.(a cura di), 2008, *Controlled Foreign Companies legislation: analisi comparata negli stati comunitari*, Scuola di Alta Formazione dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Milano, Quaderno n. 18/2008.

¹¹ Invero i due modelli suddetti potrebbero combinarsi tra loro. In altre parole, la normativa CFC potrebbe applicarsi alle società estere domiciliate in paradisi fiscali ma limitatamente a determinate tipologie di reddito.

¹² BALLANCIN A., 2016, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, CEDAM, pag. 281

società e gli enti di cui agli articoli 5 e 87 comma 1, lettera a),b) e c) del TUIR residenti in Italia.

La disciplina italiana si caratterizzava quindi per un ampio ambito soggettivo che ricomprendeva oltre alle persone fisiche, le società di persone residenti e gli altri enti di cui all' articolo 5 (società in nome collettivo, società in accomandita semplice, società di fatto, società di armamento, società semplici), le società di capitali, le società cooperative, gli enti pubblici e privati, esercenti o meno attività commerciale, nonché le associazioni non riconosciute e i consorzi. Esclusi dal raggio d'azione delle nuove norme restavano quindi, per il mancato richiamo anche alla lettera d) dell'articolo 87, comma 1, i soggetti non residenti tra i quali si ricomprendevano anche le stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti¹³.

Quanto ai soggetti partecipati esteri invece, sempre il comma 1 dell'articolo 127-bis prevedeva che ai soggetti partecipanti su elencati, fosse imputato il reddito conseguito all'estero da ogni impresa, società ed altro ente residente o localizzato in Stati o territori a regime fiscale privilegiato¹⁴ nonché da soggetti non residenti operanti per il tramite di stabili organizzazioni ivi localizzate.

L'individuazione dei regimi considerati quali privilegiati ai fini dell'applicazione della disciplina in parola era delegata, secondo quanto disposto dal comma 4, ad un decreto ministeriale, al quale era affidato il compito di definire gli Stati o i territori a fiscalità privilegiata in ragione del livello di tassazione sensibilmente inferiore¹⁵, della mancanza di un adeguato scambio di informazioni¹⁶ ovvero di criteri equivalenti^{17 18}.

¹³ La motivazione sottesa alla suddetta esclusione risiedeva, probabilmente, nel fatto che, qualora la disciplina fosse stata indirizzata anche alle stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti, si sarebbe potuto manifestare un contrasto tra normative CFC (quella italiana e quella del Paese della "casa madre" della stabile organizzazione) che avrebbero contemporaneamente tassato il reddito della CFC in capo al medesimo soggetto. In questo senso CAPOLUPO S., 2002, *Presupposti soggettivi della normativa sulle controlled foreign companies*, in Il Fisco n.7-parte 1, pag. 917.

¹⁴ Il riferimento alla "localizzazione", introdotto nel corso dei lavori parlamentari, si era rivelato necessario al fine di ricondurre nell'ambito applicativo della disciplina CFC tutte le fattispecie nelle quali il soggetto estero poteva beneficiare del regime fiscale privilegiato previsto dalla legislazione locale. Si legge infatti nella relazione al disegno di legge n. 4336 della VI commissione Finanze e Tesoro del Senato che i soggetti esteri sono stati individuati "in relazione al fatto che essi godano oggettivamente di regimi fiscali privilegiati, quale che sia il collegamento territoriale che determini tale situazione di godimento; collegamento che potrebbe, infatti, essere dato non solo dalla residenza ma anche dal domicilio, dalla costituzione del soggetto estero secondo la legge dello Stato che accorda il regime fiscale privilegiato, ed altro. In questo senso, è stato introdotto accanto al concetto di residenza anche quello di «localizzazione» in Stati o territori con regime fiscale privilegiato".

¹⁵ Il primo criterio definito dal legislatore italiano sembrava riprendere la terminologia adottata nel Codice di condotta in cui testualmente si legge che "vanno considerate potenzialmente dannose e pertanto coperte dal presente Codice le misure fiscali che determinano un livello di imposizione effettivo nettamente inferiore, ivi compresa l'imposizione di entità zero, ai livelli generalmente applicati nello Stato membro interessato". È stato tuttavia evidenziato che proprio il fatto di avere adottato una formula lessicale analoga a quella appena citata, contenuta non in un atto normativo bensì in un impegno politico di collaborazione tra gli Stati membri dell'Unione, non è altro che una prova a conferma della eccessiva indeterminatezza della nuova definizione

A tali fini era stato emanato l'apposito D.M. 21 novembre 2001, contenente un'elencazione tassativa, cd. *black list*, dei paradisi fiscali individuati sulla base dei criteri su evidenziati. Strutturato su tre livelli, il citato provvedimento ministeriale prevedeva altrettanti articoli di cui il primo recava l'indicazione degli Stati e territori ritenuti in ogni caso a regime fiscale privilegiato, il secondo individuava i Paesi destinatari del nuovo regime per tutte le tipologie di società salve alcune specifiche eccezioni e il terzo, infine, elencava i Paesi e territori per il quale le disposizioni di cui all'articolo 127-bis operavano limitatamente con riferimento a determinate tipologie di soggetti o attività.

Come già sottolineato, ai fini dell'applicazione della disciplina CFC era richiesta, oltre all'integrazione dei requisiti soggettivi di cui sopra, anche la sussistenza di un presupposto

legislativa italiana. Cfr. CORDEIRO GUERRA R., 2000, *La nuova definizione di "regime fiscale privilegiato" nell'ambito della disciplina in tema di controlled foreign companies e di componenti negative derivanti da operazioni con imprese estere*, in *Rassegna Tributaria* n.6.

Sul punto si precisa inoltre che il livello di tassazione sensibilmente inferiore non era stato quantificato a livello normativo. Non era infatti stato introdotto dal legislatore alcun riferimento alla soglia rilevante ai fini della qualificazione del regime fiscale privilegiato. A tale lacuna ha posto rimedio la Camera dei Deputati che, con l'ordine del giorno del 4 ottobre 2000, ha impegnato il Governo "in sede di prima applicazione della nuova disciplina, a definire in via transitoria, quale livello di tassazione sensibilmente inferiore, quello che in media si discosti di almeno il 30 per cento dal livello di tassazione medio applicato in Italia".

Il Ministero delle Finanze, nella Circolare 207/E del 2000, ha inoltre precisato che "una tassazione sensibilmente inferiore è riscontrabile non solo con riferimento al livello delle aliquote delle imposte (...), ma anche alle caratteristiche strutturali dei tributi, la cui applicazione comporti, di fatto, una tassazione inferiore in capo al contribuente". La qualifica di Stato o territorio a regime fiscale privilegiato poteva quindi dipendere anche, ad esempio, dalla presenza nell'ordinamento estero di regole generali di formazione della base imponibile notevolmente difformi rispetto a quelle italiane in applicazione delle quali la tassazione risultava di fatto sensibilmente inferiore.

¹⁶ La formula adottata dal legislatore si avvicinava ad uno dei criteri elaborati dall'OCSE nel rapporto *Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue*, in cui si faceva riferimento alla carenza di un effettivo scambio di informazioni quale ulteriore caratteristica tipica dei paradisi fiscali. Con riferimento al significato dell'espressione "mancanza di un adeguato scambio di informazioni" la dottrina ha rilevato come l'utilizzo di una così generica locuzione, più incerta rispetto a quelle presenti in altre disposizioni dell'ordinamento, fosse, non essendo esplicito il richiamo all'esistenza di trattati contro la doppia imposizione, finalizzato ad includere nella lista anche Paesi con i quali era vigente un accordo in materia, ma che tuttavia, presentassero nella loro normativa interna delle restrizioni allo scambio di informazioni. Cfr. CORDEIRO GUERRA R., 2000, *La nuova definizione di "regime fiscale privilegiato" nell'ambito della disciplina in tema di controlled foreign companies e di componenti negative derivanti da operazioni con imprese estere*, in *Rassegna Tributaria* n.6.

¹⁷ Il riferimento ai criteri equivalenti, nonostante sia stata riconosciuta la sua derivazione da quanto espresso in sede OCSE in tema di concorrenza fiscale dannosa, ha sollevato dubbi sulla compatibilità della disposizione in esame con l'articolo 23 della Costituzione. Il dettato normativo sembrerebbe infatti concedere all'Amministrazione Finanziaria la possibilità di delineare criteri aggiuntivi rispetto a quelli previsti dal legislatore investendola quindi di una eccessiva discrezionalità e violando così la riserva di legge.

¹⁸ Discusso è stato se i criteri così stabiliti dal legislatore per l'individuazione dei regimi fiscali privilegiati fossero da considerarsi tra loro alternativi o cumulativi. Da una prima lettura della formula adottata parrebbe avvalorata l'ipotesi secondo cui il livello di tassazione sensibilmente inferiore e la mancanza di un adeguato scambio di informazioni, separati da una virgola, siano entrambi necessari, mentre il riferimento ai criteri equivalenti, introdotto da "ovvero", sia alternativo ad essi. Tuttavia l'analisi del dettato normativo alla luce della *ratio* della disciplina portava al contrario a ritenere che il requisito della tassazione inferiore, in quanto cardine sul quale si fonda la presunzione di comportamento elusivo/evasivo, deve senz'altro sussistere mentre gli altri criteri non possono che valutarsi come aggiuntivi e non alternativi ad esso. Cfr. CORDEIRO GUERRA R., 2000, *La nuova definizione di "regime fiscale privilegiato" nell'ambito della disciplina in tema di controlled foreign companies e di componenti negative derivanti da operazioni con imprese estere*, in *Rassegna Tributaria* n.6.

oggettivo identificato nel rapporto di controllo tra il soggetto residente in Italia e il soggetto residente in un Paese *black list*. Per il combinato disposto dei commi 1 e 3 dell'articolo 127-bis infatti, l'assoggettamento al regime previsto dalla novella normativa era subordinato alla circostanza che il soggetto residente detenesse *“direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona”* il controllo, definito ai sensi dell'articolo 2359 del Codice Civile, dell'ente estero ubicato in un paradiso fiscale così come individuato dal D.M. 21 novembre 2001.

Il rinvio operato all'articolo 2359, richiamato anche dall'articolo 1, comma 3¹⁹ del decreto attuativo²⁰, permetteva di ricomprendere, ai fini dell'integrazione del presupposto applicativo, tanto il controllo di diritto, sia diretto che indiretto, quanto quello di fatto od anche contrattuale²¹.

Inoltre, come chiarito dal D.M. 21 novembre 2001, n.429, per la verifica della sussistenza del controllo rilevava la situazione esistente alla data di chiusura dell'esercizio del soggetto estero controllato e non anche il periodo di detenzione della partecipazione. Ai fini dell'applicazione della disciplina non era pertanto previsto, a differenza di quanto disposto in altri ordinamenti²², un intervallo di tempo minimo di possesso della partecipazione.

Nella stessa sede era stato inoltre precisato che *“per i comportamenti posti in essere allo scopo del frazionamento del controllo o della perdita temporanea dello stesso ovvero della riduzione dei redditi imputabili, si applicano le disposizioni degli articoli 37, terzo comma, e 37-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600”* e che *“per le persone fisiche si tiene conto anche dei voti spettanti ai familiari di cui all'articolo 5, comma 5, del testo unico delle imposte sui redditi”*.

Le disposizioni di cui sopra, oltre a chiarire degli aspetti problematici attinenti alla verifica del requisito del controllo, rispondevano alla necessità di ostacolare comportamenti strumentali

¹⁹ *“Ai fini della verifica della sussistenza del controllo di cui al comma 1, si applicano, anche nei confronti dei soggetti diversi dalle società commerciali, i criteri indicati nell'art. 2359, primo e secondo comma, del codice civile”*.

²⁰ D.M. 21 novembre 2001, n.429.

²¹ In merito al requisito del controllo, si segnala che il testo originariamente proposto faceva riferimento al possesso di una partecipazione, diretta o indiretta, del venticinque per cento del soggetto estero e comunque ad una partecipazione di valore almeno pari a 15 miliardi di lire. La formula così presentata è stata, nel corso dei lavori parlamentari, completamente sostituita dal riferimento alla sussistenza del controllo quale unico presupposto oggettivo di applicazione della disciplina. Così facendo, oltre a rendere la fattispecie disciplinata dal regime in esame più affine a quella di un'impresa residente operante direttamente all'estero tramite una sua stabile organizzazione, si intese individuare un legame tra soggetto residente ed ente estero che consentisse di definire il primo quale effettivo dominus dei risultati dell'attività svolta nonché permettesse di attenuare i problemi di ordine pratico concernenti il reperimento delle informazioni necessarie per la determinazione del reddito imputabile alla controllante. In questo senso BALLANCIN A., 2016, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, CEDAM, pag. 282.

²² Il modello francese, ad esempio, prevedeva l'applicazione della disciplina in esame solo qualora il soggetto residente detenesse la partecipazione per almeno 183 giorni.

alla disapplicazione della disciplina per assenza di presupposto e, in particolare, la frammentazione puramente formale delle quote di controllo.

Verificata la sussistenza dei presupposti rilevanti ai fini dell'applicazione della disciplina di cui all'articolo 127-bis, il reddito conseguito dalla controllata estera era rideterminato, ai sensi del comma 6, e successivamente imputato al socio residente controllante in proporzione alla quota di partecipazione diretta o indiretta agli utili, indipendentemente dalla distribuzione degli stessi.

Con riferimento alla rideterminazione del reddito era previsto che essa avvenisse secondo le disposizioni di cui al Titolo V, Capo VI, con esclusione delle disposizioni agevolative relative alla rateizzazione delle plusvalenze da realizzo e agli ammortamenti anticipati²³, nonché secondo le disposizioni contenute agli articoli 96, 96-bis, 103, 103-bis, relativi rispettivamente al trattamento dei dividendi esteri e comunitari, al meccanismo di riporto delle perdite, alle imprese di assicurazione e agli enti creditizi e finanziari.

La formulazione della norma, prevista al fine di rendere la base imponibile del soggetto estero uniforme rispetto a quella del soggetto residente in Italia, sollevò sin da subito non pochi dubbi con riferimento, in particolare, alle difficoltà operative derivanti dall'applicazione di regole nazionali ai risultati economici di realtà assoggettate a principi fiscali differenti e spesso non comparabili con quelli italiani.

I chiarimenti necessari e auspicati furono resi dal regolamento attuativo il quale, intervenendo sul punto, stabilì che, ai fini della determinazione del reddito, *“il bilancio ovvero altro documento riepilogativo della contabilità di esercizio redatti secondo le norme dello Stato o territorio in cui risiede o è localizzata l'impresa, la società o l'ente non residente” era da considerarsi “parte integrante del prospetto”* allegato alla dichiarazione dei redditi e che i valori risultanti dal bilancio dell'esercizio precedente a quello in cui era applicata la disciplina CFC erano riconosciuti ai fini delle imposte sui redditi a condizione che fossero conformi o dichiarati congrui a quelli derivanti dall'applicazione dei criteri contabili adottati nei precedenti esercizi. In tal senso, quindi, la controllante italiana poteva assumere quale base di partenza l'utile risultante dai bilanci della controllata, apportando successivamente le variazioni in aumento e in diminuzione previste per il reddito d'impresa dall'ordinamento nazionale, senza procedere così alla ricostruzione del conto economico e dello stato patrimoniale della società estera in conformità ai dettami civilistici.

²³ L'espressa esclusione dei regimi di cui agli articoli 54, comma 4 e 67, comma 3, sembrava connessa alla volontà del legislatore di non concedere a soggetti economici esteri la possibilità di avvalersi di disposizioni agevolative. Nella stessa ottica pareva allo stesso modo doversi leggere il mancato inserimento di richiami alla disciplina dell'imposta sostitutiva sulle operazioni straordinarie di cui al decreto legislativo n. 358 del 1997. In merito CIRCOLARE ASSONIME n. 65 del 18 dicembre 2000 e PEZZUTO G., 2001, *Il nuovo regime in materia di cfc (controlled foreign companies)*, in *Il Fisco* n. 5.

Il reddito così determinato era, come già evidenziato, imputato, a decorrere dalla chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto partecipato e indipendentemente dall'erogazione dei dividendi, al soggetto controllante residente in Italia in proporzione alla partecipazione detenuta direttamente o indirettamente, derogando in questo modo al criterio d'imposizione ordinario legato alla previa distribuzione degli utili prodotti dai soggetti non residenti²⁴. In caso di partecipazione indiretta per il tramite di soggetti residenti o di stabili organizzazioni nel territorio dello Stato di soggetti non residenti, l'articolo 1, comma 3 del D.M. 429/2001 chiariva poi che i redditi fossero ad essi imputati, in proporzione alle rispettive quote di partecipazione, confermando quindi la regola dell'imputazione dei suddetti redditi al primo soggetto residente individuato risalendo nella catena partecipativa (il più "vicino" quindi alla controllata non residente).

Conseguentemente all'imputazione del reddito rideterminato, ai sensi dell'articolo 127-bis, comma 6, esso era assoggettato a tassazione separata *"con l'aliquota media di tassazione del reddito complessivo netto e comunque non inferiore al 27 per cento"*. La previsione del suddetto regime di separatezza era stata rinvenuta nella volontà del legislatore di evitare commistioni tra i redditi del soggetto residente in Italia e quelli della controllata estera, al fine da un lato di scongiurare una detassazione²⁵ di quest'ultimo e dall'altro di impedire di compensare eventuali perdite della controllante con i redditi della società non residente (e viceversa). In questo senso quindi, eventuali perdite generate dalla controllata potevano essere utilizzate solo in compensazione, ai sensi dell'art. 103 TUIR, di utili da essa stessa prodotti nei successivi periodi di imposta con riguardo agli ordinari limiti previsti.

Il regime riservato alle controllate estere era poi completato da previsioni volte ad evitare il sorgere di fenomeni di doppia imposizione nonché da ipotesi di disapplicazione della disciplina sopra tratteggiata.

Tra le prime rientrava innanzitutto il riconoscimento di un credito per le imposte assolte all'estero sul reddito prodotto dalla controllata. Ai sensi del comma 6 dell'articolo 127- bis e dell'articolo 3, comma 3 del decreto attuativo, erano infatti ammesse in detrazione, dall'imposta calcolata sui redditi della società estera ai sensi dello stesso comma, le imposte pagate all'estero, in via definitiva, sugli stessi redditi, secondo quanto previsto dall'articolo 15

²⁴ BIZIOLI G., 2008, *Profili ricostruttivi in tema di compatibilità della disciplina cfc e della disciplina sulla presunzione di residenza in Italia con l'ordinamento comunitario*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla Riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Giuffrè, Milano.

²⁵ Sul punto INGRAO G., 2008, *La riforma dell'IRES e la legislazione sulle Controlled Foreign Companies*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Giuffrè, Milano, p. 268 il quale evidenzia che la tassazione separata con aliquota comunque non inferiore al 27% risponde alla necessità di evitare che il livello di imposizione sia inferiore alla suddetta soglia a causa dell'esiguità dei redditi assoggettati a tassazione ordinaria, con riferimento alle persone fisiche, o dell'applicazione di aliquote agevolate al reddito del soggetto controllante.

del TUIR. Sempre perseguendo il medesimo fine il legislatore aveva inoltre disposto, al comma 7, che *“gli utili distribuiti, in qualsiasi forma, dai soggetti non residenti, non concorrono alla formazione del reddito dei soggetti residenti fino all'ammontare del reddito assoggettato a tassazione anche negli esercizi precedenti”*. In altre parole, per evitare che i dividendi fossero tassati in capo al soggetto controllante sia al momento dell'effettiva distribuzione sia al momento dell'imputazione, si era optato per una soluzione in base alla quale gli utili distribuiti erano considerati fiscalmente irrilevanti sino all'ammontare del reddito già tassato per trasparenza e conseguentemente assoggettati a tassazione solo sull'eccedenza.

Con riferimento invece alle ipotesi di disapplicazione del regime di cui all'articolo 127-bis, il legislatore aveva espressamente previsto due circostanze esimenti al ricorrere delle quali i soggetti residenti erano esclusi dall'ambito applicativo della disciplina in esame.

Operando in linea con la ratio della normativa, esse infatti permettevano al soggetto controllante di evitare, pur ricorrendone i presupposti oggettivi e soggettivi, la tassazione per trasparenza del reddito prodotto dall'impresa controllata, e quindi di inibire la presunzione legale di percezione del reddito, al verificarsi di alcune circostanze che il legislatore considerava sufficienti a giustificare il fine non elusivo della localizzazione del soggetto controllato nel Paese a regime fiscale privilegiato²⁶.

Nello specifico il legislatore aveva disposto, al comma 5, che la normativa potesse essere disapplicata dimostrando, in sede di interpello preventivo all'Amministrazione Finanziaria, alternativamente due condizioni di esclusione.

La prima esimente prevista consentiva al soggetto residente di disapplicare la disciplina CFC dando prova che il soggetto estero svolgeva un'effettiva attività industriale o commerciale²⁷,

²⁶ VALENTE P., 2001, *Presunzioni nel diritto tributario internazionale e controlled foreign companies (CFC)*, in Il Fisco n. 25.

²⁷ L'espressione *“effettiva attività industriale e commerciale”* aveva, sin dalla sua prima apparizione e nelle more del decreto attuativo, sollevato dubbi sul suo significato. In merito LUPI R., 2000, *Principi generali in tema di C.F.C. e radicamento territoriale delle imprese*, in Rassegna Tributaria n. 6, il quale evidenziava come il riferimento all'attività commerciale adottato dal legislatore potesse essere interpretato in due sensi, uno estensivo ricomprendendo tutte le attività così come definite dall'articolo 2195 del codice civile, ed uno più restrittivo, escludendo quindi dall'esimente in parola le attività assicurative e i servizi finanziari. Osservando che sarebbe stata però *“penalizzante, per le società di servizi “immateriali”, come quelle bancarie o assicurative, una pregiudiziale inapplicabilità dell'esimente”*, l'autore concludeva prediligendo la soluzione secondo cui l'espressione *“attività commerciale o industriale effettiva”* dovesse essere riferita a qualsiasi attività radicata al territorio e qualificata come tale in base ad esempio all'esistenza di impianti industriali, attrezzature tecniche o di una clientela *“locale”*. Sul punto, a chiarimento della portata della norma, è intervenuto il decreto attuativo disponendo che *“ai fini della risposta positiva (all'interpello) rileva in particolare, nei riguardi del soggetto controllante autore dell'interpello, il fatto che l'impresa, la società o l'ente non residente svolge effettivamente un'attività commerciale, ai sensi dell'articolo 2195 del codice civile”* e precisando altresì che il principale mezzo di prova utile alla dimostrazione della circostanza esimente fosse la presenza di una *“struttura organizzativa idonea allo svolgimento della citata attività oppure alla sua autonoma preparazione e conclusione”*.

come sua principale attività, nello Stato o nel territorio nel quale aveva sede²⁸. Scopo di questa previsione era certamente quello di evitare l'applicazione del regime di tassazione per trasparenza ai soggetti che avessero optato per la delocalizzazione dell'attività in funzione di ragioni prettamente economiche e non quindi al solo scopo di ottenere un abbattimento del carico fiscale per il tramite di costruzioni artificiali ubicate in Paesi a fiscalità privilegiata.

Quanto alla seconda fattispecie di esclusione era stabilito che la disposizione di cui all'articolo 127-bis non si applicasse qualora fosse dimostrato che dalle partecipazioni non conseguisse “ *l'effetto di localizzare redditi in Stati o territori in cui sono sottoposti a regimi fiscali privilegiati di cui al comma 4*” . Stando al dettato normativo, la finalità della seconda esimente poteva quindi individuarsi nella volontà del legislatore di escludere l'applicabilità della disciplina nei casi in cui il soggetto residente fosse stato in grado di dimostrare di aver subito comunque una tassazione congrua all'estero e quindi di non aver localizzato il reddito nello Stato a fiscalità privilegiata al solo scopo di ridurre artificialmente il carico impositivo. In questo senso quindi, il regime d'imputazione per trasparenza non avrebbe dovuto operare in tutti i casi nei quali il reddito prodotto dalla controllata estera avesse subito una tassazione equiparabile a quella italiana o comunque a quella di un ordinamento a fiscalità ordinaria.

Sul punto, a chiarimento della previsione legislativa, intervenne il decreto attuativo stabilendo che l'esimente in esame poteva essere invocata se i redditi conseguiti dai soggetti controllati esteri fossero stati “ *prodotti in misura non inferiore al 75 per cento in altri Stati o territori diversi da quelli di cui all'articolo 127-bis, comma 4, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, ed ivi sottoposti integralmente a tassazione ordinaria*” o, con riferimento alla stabile organizzazione ubicata in un paradiso fiscale, qualora i redditi da essa prodotti fossero risultati “ *sottoposti integralmente a tassazione ordinaria nello Stato o territorio in cui ha sede l'impresa, la società o l'ente partecipato*”. Le due fattispecie identificate, in relazione alle quali l'intento di localizzare i redditi in un Paese a bassa fiscalità allo scopo di ottenere un risparmio d'imposta

²⁸ Nella formulazione originaria della norma, l'esimente in esame prevedeva che la disciplina di cui all'articolo 127-bis non fosse applicata qualora la società controllata svolgesse principalmente un'attività industriale o commerciale effettiva nel mercato in cui aveva sede. Il riferimento al mercato fu espunto poi nel corso dei lavori parlamentari, ottenendo anche il parere favorevole della dottrina (si veda LUPI R., 2000, *Principi generali in tema di C.F.C. e radicamento territoriale delle imprese*, in Rassegna Tributaria n. 6), e sostituito con la locuzione “Stato o territorio”. Conseguentemente alle modifiche apportate, il soggetto residente aveva la possibilità di evitare l'applicazione del regime di tassazione per trasparenza dimostrando l'esistenza di un effettivo radicamento nel territorio dello Stato estero e non anche quindi il collegamento con il mercato d'insediamento, riconosciuto qualora la società estera avesse le proprie fonti di approvvigionamento o i propri sbocchi commerciali nel territorio in cui aveva sede. In questo senso ASSONIME, Circolare 65 del 2000 nella quale, a seguito dell'eliminazione del riferimento al “mercato locale”, era evidenziato che ai fini della disapplicazione della disciplina dovesse essere dimostrato che “ *l'impresa estera, per apparato organizzativo e investimenti effettuati, svolge effettivamente una attività commerciale o industriale nello Stato in cui è localizzata, anche se gli sbocchi commerciali di tale attività trascendono, in ipotesi, la sfera locale*”.

non poteva dirsi configurato, non erano tuttavia esaustive, avendo infatti il contribuente la possibilità di dimostrare con altri mezzi che sui redditi prodotti all'estero era stato scontato un prelievo fiscale non agevolato²⁹.

Al fine di verificare l'esistenza delle condizioni di cui sopra, necessarie per l'esclusione dall'applicazione della normativa CFC, il legislatore aveva previsto, come già sottolineato, l'esercizio obbligatorio³⁰ e preventivo del diritto di interpello ai sensi dell' art. 11 della L. 27 luglio 2000, n. 212 recante lo Statuto dei diritti del contribuente³¹. Il soggetto residente in Italia era pertanto tenuto a inoltrare apposita istanza di interpello all'Amministrazione Finanziaria prima di presentare la dichiarazione dei redditi relativa al periodo d'imposta per il quale intendesse disapplicare l'art. 127-bis, allegando idonea documentazione volta a dimostrare il ricorrere di almeno una delle circostanze esimenti.

La disciplina così tracciata, introdotta come già evidenziato con l'adozione della legge 21 novembre 2000 n. 342, divenne efficace, e quindi effettivamente operativa, dal periodo d'imposta successivo a quello in corso alla data di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del decreto attuativo e del provvedimento di individuazione dei regimi di Stati o territori a fiscalità privilegiata, entrambi approvati in data 21 novembre e entrati in vigore il 23 novembre 2001.

²⁹ INGRAO G., 2008, *La riforma dell'IRES e la legislazione sulle Controlled Foreign Companies*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Giuffrè, Milano, p. 265, nota 33.

³⁰ Il carattere preventivo e obbligatorio dell'interpello avevano sin da subito sollevato critiche da parte della dottrina con particolare riferimento al sovvertimento della funzione dell'istituto da diritto in onere e alle problematiche attinenti all'eventualità che l'Amministrazione Finanziaria potesse precludere, in caso di mancata presentazione dell'istanza o di risposta sfavorevole, la possibilità di provare la sussistenza delle esimenti per la disapplicazione della disciplina in parola, anche in fase di un successivo accertamento o contenzioso. Sul punto si veda *infra*, rinviando sin d'ora, tra gli altri, a LUPI R., 2000, *Principi generali in tema di C.F.C. e radicamento territoriale delle imprese*, in *Rassegna Tributaria* n. 6; GIOVANNINI A., 2002, *L'interpello preventivo all'Agenzia delle entrate (C.F.C. e Statuto dei diritti del contribuente)*, in *Rassegna tributaria* n. 2, p. 449 ss.; BRUZZONE M., 2002, *L'interpello per le "CFC"*, in *Corriere Tributario* n. 2, pag. 113 ss.; PISTOLESI F., 2011, *Impugnazione della risposta negativa all'istanza di interpello: condizioni ed effetti*, in *Rivista di Diritto Tributario*, fasc.78, pag. 365;

³¹ Al riguardo l'Agenzia delle Entrate, con Circolare n. 18/E del 12 febbraio 2002, aveva evidenziato l'esistenza di una sostanziale differenza tra l'interpello previsto per la disapplicazione della normativa CFC e l'interpello ordinario disciplinato all'articolo 11 della legge 27 luglio 2000, n. 212. Era stato sottolineato infatti che *"mentre quest'ultimo è lo strumento a disposizione del contribuente per conoscere l'interpretazione dell'Agenzia delle entrate circa la portata e l'ambito applicativo della norma tributaria, l'interpello per la disapplicazione delle disposizioni dell'articolo 127bis del TUIR permette al soggetto residente di dimostrare, relativamente a ciascuna controllata estera e prima di presentare la dichiarazione dei redditi, la sussistenza dei presupposti per la disapplicazione della normativa sulle imprese estere partecipate"*. Sulle differenze tra interpello ordinario e interpello CFC si veda anche NUZZOLO A., 2003, *La disciplina cfc tra attività di controllo dell'amministrazione finanziaria e disapplicazione: alcuni spunti di riflessione anche alla luce del progetto di riforma della tassazione delle società*, in *Il Fisco* n. 32-parte 1; BRUZZONE M., 2002, *L'interpello per le "CFC"*, in *Corriere Tributario* n. 2, pag. 113 ss.; LA ROSA S., 2011, *L'interpello obbligatorio*, in *Rivista di diritto tributario*, fasc.78, pag. 711 ss.

1.3. La riforma relativa alla tassazione delle società: l' ampliamento dell'ambito applicativo della disciplina CFC alle società estere collegate ai sensi dell'articolo 168 del TUIR.

Dall'entrata in vigore della *CFC legislation* nell'ordinamento italiano, avvenuta con decorrenza dal periodo d'imposta 2002, non tardarono ad arrivare le prime modifiche alla normativa. A distanza infatti di un paio d'anni dall'emersione della disciplina, che si presentava quindi ancora in fase di assestamento, il legislatore aveva previsto, in sede di legge delega n. 80 del 7 aprile 2003, la riformulazione di alcuni aspetti legati alla tassazione delle società controllate estere di cui all'articolo 127-bis, al fine, in particolare, di estenderne l'ambito applicativo anche alle società estere collegate residenti in Stati o territori a regime fiscale privilegiato³².

Con l'approvazione del Decreto legislativo 344/2003, in attuazione della delega contenuta all'articolo 4, comma 1, lettera o), fu quindi definita la nuova disciplina in materia di imprese partecipate estere, contenuta agli articoli 167 e 168 del riformato TUIR.

Nello specifico, l'articolo 167 recepì, senza alcuna modificazione, il testo del previgente articolo 127-bis, mentre l'articolo 168 estese, ampliandone così considerevolmente l'ambito applicativo, il regime di imputazione previsto per le controllate anche alle fattispecie in cui fosse rilevato non già il controllo bensì un mero collegamento tra la società residente in Italia e la partecipata ubicata in un paradiso fiscale.

La novella disciplina in materia di imprese estere collegate, divenuta operativa solo dal periodo d'imposta 2006 in seguito alla pubblicazione del decreto attuativo D.M. 7 agosto 2006, n. 268, si presentava pressoché analoga a quella relativa alle società controllate, discostandosene solo con riferimento al presupposto oggettivo di applicazione e ai criteri di determinazione del reddito individuati rispettivamente al comma 1 e al comma 2 del già più volte citato articolo 168 T.U.I.R.

Nello specifico, il comma 1 del novello articolo prevedeva che le disposizioni in materia di controllate estere si applicassero anche nel caso in cui il soggetto, persona fisica o soggetto di cui agli articoli 5 e 73, comma 1, lettere a), b) e c) T.U.I.R. anche non titolare di redditi d'impresa, residente in Italia detenesse *“direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona, una partecipazione non inferiore al 20 per*

³² L'art. 4, comma 1, lettera o) della Legge n. 80 del 7 aprile 2003 contenente la delega al Governo per la riforma del sistema fiscale statale prevedeva infatti la *“riformulazione dell'art. 127 bis, t.u.i.r. (...), concernente l'imputazione ai soci residenti del reddito prodotto da società estere controllate residenti in paesi a regime fiscale privilegiato al fine di estenderne l'ambito di applicazione anche alle società estere collegate residenti negli stessi paesi. In assenza del requisito del controllo invece della determinazione dell'imponibile secondo le norme nazionali, sarà prevista l'imputazione del maggiore tra l'utile di bilancio prima delle imposte ed utile forfetariamente determinato sulla base di coefficienti di rendimento differenziati per le categorie di beni che compongono l'attivo patrimoniale”*.

cento agli utili di un'impresa, di una società o di altro ente, residente o localizzato in Stati o territori con regime fiscale privilegiato". La percentuale di cui sopra era poi ridotta al 10 per cento qualora la società partecipata fosse quotata in borsa³³. Contrariamente a quanto disposto dall'articolo 167 T.U.I.R., il secondo periodo del comma 1 escludeva poi esplicitamente, in presenza di un rapporto di collegamento, l'applicazione della disciplina nel caso di partecipazioni detenute in soggetti non residenti in Stati o territori a fiscalità privilegiata, "relativamente ai redditi derivanti da loro stabili organizzazioni assoggettati a regimi fiscali privilegiati"³⁴.

In merito si ritiene opportuno osservare che la disposizione di cui sopra, a differenza di quanto previsto dall'articolo 167, non presentava alcun esplicito rinvio al codice civile e conseguentemente alla nozione civilistica di collegamento. Ai sensi dell'articolo 2359 cc., infatti, erano da considerarsi collegate le società sulle quali, in virtù di una partecipazione minoritaria, un'altra società era in grado di esercitare un'influenza notevole, ma non dominante, sulla stessa. La suddetta influenza si presumeva qualora la società partecipante avesse la possibilità di esercitare nell'assemblea ordinaria almeno un quinto dei voti ovvero un decimo in caso di società quotate in borsa. Discostandosi dalla nozione codicistica³⁵, ed invero anche dall'originaria impostazione adottata dal legislatore, l'articolo 168 T.U.I.R. identificava invece il collegamento con riferimento esclusivo al superamento di una soglia percentuale rilevante di partecipazione, diretta o indiretta³⁶, agli utili, prescindendo quindi dal

³³ Il decreto attuativo aveva altresì precisato che, con riferimento alla verifica del superamento delle soglie di partecipazioni agli utili previste dalla norma, "si tiene conto della eventuale demoltiplicazione prodotta dalla catena partecipativa" e, per le persone fisiche, delle partecipazioni detenute dal coniuge, dai parenti entro il terzo grado e dagli affini entro il secondo grado.

³⁴ L'esclusione delle stabili organizzazioni rispondeva alla volontà di sgravare il soggetto residente in Italia dall'onere di operare una distinzione fra gli utili della stabile organizzazione soggetti ad imputazione e gli utili esclusi nonché di ridurre le difficoltà connesse all'ottenimento delle informazioni necessarie a reperire i dati di operatività della *branch*, considerato il rapporto di mero collegamento esistente tra il contribuente italiano e la società di cui era parte la stessa. BALLANCIN A., 2016, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, CEDAM.

³⁵ Il mancato riferimento, nell'ambito della disciplina di cui all'articolo 168, al criterio civilistico di collegamento e l'utilizzo invece di un riferimento puntuale ad una partecipazione minima agli utili poteva probabilmente giustificarsi con la volontà del legislatore di semplificare l'individuazione del rapporto intercorrente tra la società residente in Italia e la società localizzata in uno Stato o territorio a regime fiscale privilegiato e, quindi, facilitare il riconoscimento dei casi di applicazione della disciplina CFC. In questo senso MIELE L., 2006, *L'estensione alle società collegate della disciplina cfc*, in *Corriere Tributario* n. 47, pag. 3752.

³⁶ Si sottolinea che il concetto di collegamento individuato dal legislatore fiscale si discostava, con riferimento alle partecipazioni indirette, dalla nozione civilistica di cui all'articolo 2359 comma 3 per cui erano invece rilevanti esclusivamente le fattispecie di collegamento diretto. La previsione di cui sopra inoltre sollevò non pochi dubbi con riferimento in particolare all'individuazione del soggetto cui imputare il reddito nei casi in cui vi fossero dei soggetti interposti residenti Italia e alla possibile integrazione del presupposto qualora la partecipazione agli utili superasse le soglie fissate dalla legge ancorché la società intermedia non risultasse controllata. Sul punto MIELE L., 2006, *L'estensione alle società collegate della disciplina cfc*, in *Corriere Tributario* n. 47, pag. 3752; TOMASSINI A., 2006, *Attuate le «regole cfc» per le imprese estere collegate*, in *Corriere tributario* n. 44, pag. 3493.

fatto che il soggetto partecipante potesse effettivamente godere di un anche minimo potere di gestione della società attuato mediante l'esercizio del diritto di voto.

Allo scostamento su evidenziato si ricollegavano inevitabilmente anche conseguenze in merito alla dimostrazione della prova contraria. Mentre infatti sul piano civilistico, essendo l'influenza presunta, il socio poteva ricorrere a qualsiasi mezzo per dar prova dell'inesistenza del collegamento, dal punto di vista fiscale ai sensi dell'articolo 168 T.U.I.R., ferma restando la natura relativa della presunzione, la prova contraria rimaneva vincolata alle disposizioni contenute all'articolo 167³⁷ T.U.I.R, e quindi alle cause esimenti previste dal comma 5 e all'obbligo di interpello ad esse connesso. Al soggetto residente in Italia pertanto, stando alla formulazione della norma, non era concessa la possibilità di dimostrare in alcun modo che la partecipazione nella società estera fosse inidonea ad assicurare l'influenza sulla gestione della stessa nonché ad influire sulla destinazione del reddito prodotto nel Paese a fiscalità privilegiata. La disciplina di cui all'articolo 167 T.U.I.R. era quindi automaticamente applicata al superamento delle percentuali di partecipazioni agli utili di cui all'articolo 168, indipendentemente dal fatto che queste permettessero o meno al socio di esercitare un qualsiasi tipo di influenza sulla partecipata.

La peculiare nozione di collegamento individuata dal legislatore tributario e le conseguenze derivanti dall'applicazione della stessa non erano chiaramente state esenti da critiche³⁸ da parte della dottrina sin dalla prima apparizione della disciplina. Era stato infatti rilevato che, mentre in ipotesi di controllo il soggetto residente in Italia aveva la possibilità di indirizzare le strategie fiscali della società estera partecipata esercitando un'influenza dominante sulla stessa, in caso di collegamento, così come definito dall'articolo 168, la suddetta possibilità veniva meno rendendo quindi ingiustificabile³⁹ l'applicazione del regime di imputazione diretta al soggetto collegato. In altre parole, l'ampliamento dell'ambito applicativo della disciplina di cui all'articolo 167, non appariva coerente con la ratio ad essa sottesa, sia che si individuasse quest'ultima nel contrasto al differimento della tassazione degli utili, sia che si abbracciasse la tesi secondo cui la tassazione per trasparenza fosse stata prevista per

³⁷ CAPOLUPO S., 2003, *Le modifiche alla normativa controlled foreign companies*, in Il Fisco n. 47 parte-1

³⁸ Si vedano al riguardo STEVANATO D., 2002, *La delega fiscale e la CFC Legislation*, in il fisco n. 18, pag. 2730; CONSIGLIO P., NUZZOLO A., 2004, *Le novità del decreto Ires in materia di rapporti internazionali e la nuova disciplina sulle CFC collegate*, in Il Fisco n. 14; MIELE L., 2006, *L'estensione alle società collegate della disciplina cfc*, in Corriere Tributario n. 47, pag. 3752.

³⁹ Era stato altresì rilevato che l'estensione del regime previsto per i soggetti controllati alle società collegate potesse far emergere anche problemi in merito alla legittimità costituzionale della norma in riferimento al principio di capacità contributiva dal momento che la tassazione in capo al socio residente avveniva anche qualora quest'ultimo non fosse nelle condizioni, stante la partecipazione di minoranza, di interferire nelle decisioni riguardanti la destinazione degli utili e rischiando così di non vedersi attribuiti mai. Così GAFFURI A.M., 2014, *La disciplina delle CFC*, in DRAGONETTI A., PIACENTINI V. e SFONDRINI A., (a cura di), *Manuale di fiscalità internazionale*, VI edizione, IPSOA

osteggiare pratiche abusive di localizzazione fittizia dei redditi in paradisi fiscali. Invero in assenza di controllo o comunque di un' influenza notevole sulla società partecipata, il soggetto residente difficilmente sarebbe stato nelle condizioni di indirizzare le decisioni dell'impresa in merito alla disposizione del reddito e conseguentemente di attuare quei comportamenti che la disciplina CFC si proponeva di contrastare, fossero esse politiche di tax deferral o di delocalizzazione artificiosa di imponibile.

Ulteriori perplessità erano state poi sollevate con riferimento alle modalità di determinazione del reddito imponibile che si presentavano sostanzialmente differenti rispetto a quelle individuate in merito alle società controllate. Mentre infatti la disciplina di cui all'articolo 167 T.U.I.R. prevedeva la ricostruzione dell'imponibile secondo le regole domestiche, l'articolo 168 T.U.I.R. contemplava un nuovo criterio di determinazione dello stesso basato sull'utile di bilancio o su un utile forfetariamente e induttivamente determinato mediante coefficienti di rendimento applicati ad alcuni beni rientranti nell' attivo del bilancio medesimo⁴⁰.

Nello specifico, il reddito prodotto dalle imprese estere collegate attribuibile ai soggetti residenti, in proporzione alle rispettive quote, era determinato assumendo il maggiore fra l'utile prima delle imposte esposto nel conto economico e il risultato derivante dall'applicazione, a determinati elementi dell'attivo, dei coefficienti presuntivi di redditività individuati dal comma 3 del medesimo articolo 168 nonché dall'articolo 2, comma 2, del decreto attuativo⁴¹.

Orbene, se indubbio era il tentativo del legislatore di semplificare operativamente l'applicazione della disciplina per quei soci che, non detenendo il controllo, avrebbero riscontrato consistenti difficoltà nell'accedere alle informazioni e ai dati necessari per ricostruire il reddito della partecipata secondo i principi domestici, i criteri così definiti prestavano comunque il fianco a una serie di problematiche non di poco conto. Era stato rilevato⁴² innanzitutto come il riferimento all'utile di bilancio della società estera, sempre richiamato per ragioni di semplificazione posto che permetteva di omettere le rettifiche di natura fiscale previste nel nostro ordinamento, rischiasse di preludere a manovre di aggiramento della disciplina. Invero, affidandosi ad un utile ricavato da una contabilità

⁴⁰ Cfr. TESAURO F., 2003, *Aspetti internazionali della riforma fiscale*, in *Fiscalità Internazionale* n. 5, pag. 427 ss.

⁴¹ In merito era stato evidenziato come il meccanismo previsto dal legislatore con riferimento alla determinazione induttiva del reddito non fosse dissimile da quello previsto dalla normativa sulle società di comodo. Ai fini della sua applicazione pertanto si poteva fare riferimento alle interpretazioni fornite in merito a tale disciplina in quanto applicabili anche alla disposizione in esame. Cfr. VASAPOLLI G. e VASAPOLLI A., 2004, *L'estensione delle «CFC rules» alle società collegate*, in *Corriere Tributario* n. 19, pag. 1547. Nello specifico comunque, per la determinazione forfetaria del reddito si applicavano i seguenti coefficienti: 1% sul valore delle azioni e delle obbligazioni (anche immobilizzate), aumentato del valore dei crediti; 4% sul valore dei beni immobili, delle navi e degli aeromobili; 15% per cento sul valore delle altre immobilizzazioni (anche in leasing).

⁴² STEVANATO D., 2002, *La delega fiscale e la CFC legislation*, in *Il Fisco* n. 18

presumibilmente divergente anche in misura rilevante da quella prevista nel nostro ordinamento o risultante persino del tutto assente, si rischiava di incorrere in facili erosioni della base imponibile legate soprattutto ai criteri di determinazione di talune componenti negative del reddito quali gli accantonamenti, le perdite su cambi e la svalutazione dei crediti⁴³.

Per quanto atteneva invece alla determinazione induttiva del reddito, al quale, si ricorda, occorreva far riferimento nei casi in cui dalla sua applicazione si ottenesse un risultato maggiore rispetto all'utile indicato in bilancio dalla collegata estera, si evidenziava invece la possibilità di incorrere, attribuendo al socio residente un imponibile presuntivamente definito, nel rischio di attrarre a tassazione in Italia un reddito effettivamente non prodotto ma calcolato sulla base di taluni coefficienti applicati ai valori di determinati beni dell'attivo patrimoniale che, in aggiunta, avrebbero potuto non essere attendibili stante le divergenze riscontrabili tra le regole di contabilizzazione italiane e quelle dello Stato estero⁴⁴.

Al fine di ovviare parzialmente a queste problematiche, il decreto attuativo aveva previsto che l'utile di bilancio e la congruità dei valori degli elementi dell'attivo, dovessero essere attestati da uno o più soggetti iscritti nel registro dei revisori contabili. Questa previsione, non peraltro contemplata all'articolo 168, sollevava diverse difficoltà operative connesse in particolar modo al reperimento delle informazioni necessarie per la redazione della situazione economica e patrimoniale nell'ipotesi di mancanza di un bilancio ufficiale⁴⁵. In aggiunta, anche assumendo che tali informazioni potessero essere recuperate, il socio avrebbe potuto imbattersi nella resistenza dello stesso revisore chiamato ad assumersi la responsabilità di certificare la congruità dei valori dichiarati quando questi non risultassero neppure da un bilancio redatto e regolarmente approvato dall'assemblea della collegata estera⁴⁶.

Ad ogni modo, una volta determinato il reddito della partecipata così come sopra descritto, esso era imputato al socio residente e assoggettato a tassazione separata nel periodo

⁴³ Cfr. CAPOLUPO S., 2003, *Le modifiche alla normativa controlled foreign companies*, in *Il Fisco* n. 47 parte-1

⁴⁴ Per un commento positivo in merito alla determinazione in via presuntiva del reddito BONARELLI P., 2006, *Regime cfc per le collegate estere: pubblicato il decreto attuativo*, in *Fiscalità Internazionale* n.6

⁴⁵ Il decreto attuativo infatti prevedeva che il reddito imputabile al socio fosse da individuarsi nel maggiore fra il "reddito risultante dalla somma dei componenti positivi presuntivamente ritraibili dagli elementi dell'attivo patrimoniale del soggetto non residente" e l'utile ante imposte risultante dal bilancio redatto dal soggetto non residente "anche in assenza di un obbligo di legge". La previsione di cui sopra aveva peraltro sollevato dubbi con riferimento alle sue modalità applicative. Invero ci si chiedeva se il soggetto residente fosse gravato dall'obbligo di redazione di una situazione economica e patrimoniale anche se non legalmente prevista dallo Stato di residenza della partecipata e, in caso di risposta affermativa, se quest' onere dovesse essere adempiuto facendo ricorso alle regole di redazione del bilancio domestiche o dello Stato estero. Cfr. DOMINICI R., 2006, *Partecipazioni di collegamento in imprese site in paradisi fiscali*, in *Corriere Tributario* n. 23, pag. 1845 ss.

⁴⁶ In questo senso BONARELLI P., 2006, *Regime cfc per le collegate estere: pubblicato il decreto attuativo*, in *Fiscalità Internazionale* n.6; TOMASSINI A., 2006, *Attuate le «regole cfc» per le imprese estere collegate*, in *Corriere Tributario* n. 44.

d'imposta in corso alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione dell'impresa, società o ente non residente, con l'aliquota media di tassazione del reddito complessivo netto, comunque non inferiore al 27 per cento.

Così come previsto per le ipotesi di controllo di cui all'articolo 167 T.U.I.R., le imposte sui redditi pagate all'estero a titolo definitivo dal soggetto non residente erano ammesse in detrazione, proporzionalmente alla quota di partecipazione agli utili, dall'imposta così determinata e gli utili distribuiti dal soggetto non residente non concorrevano a formare il reddito complessivo del soggetto partecipante residente per la quota già assoggettata a tassazione.

In caso di partecipazione all'utile per il tramite di soggetti non residenti, le disposizioni di cui sopra si applicavano agli utili distribuiti dal soggetto non residente direttamente partecipato i quali si presumevano prioritariamente formati con quelli conseguiti dalla società ubicata nel paradiso fiscale che risultassero precedentemente posti in distribuzione.

Le imposte pagate all'estero a titolo definitivo dal soggetto partecipante riferibili agli utili che non concorrevano, come sopra esposto, alla formazione del reddito costituivano credito d'imposta nei limiti delle imposte complessivamente applicate a titolo di tassazione separata ridotte delle somme ammesse in detrazione⁴⁷.

Come si evince da quanto su esposto, il regime di imputazione e tassazione del reddito previsto per le società collegate, riproduceva fedelmente la disciplina di cui all'articolo 167 T.U.I.R..

Lo stesso poteva essere rilevato anche con riferimento alle circostanze esimenti e alla previsione dell'obbligo di interpello ai fini della disapplicazione del regime stesso. Secondo quanto previsto dall'articolo 5 D.M. 268/2006 infatti il socio residente, che intendesse evitare l'imputazione diretta del reddito prodotto dalla partecipata estera, era tenuto a presentare all'Amministrazione Finanziaria apposita istanza, provando alternativamente l'esercizio di un'attività industriale o commerciale da parte della società collegata nello Stato o nel territorio con regime fiscale privilegiato nel quale aveva sede ovvero la circostanza che i redditi conseguiti dal soggetto non residente fossero prodotti in misura non inferiore al 75% in altri Stati o territori non individuati come paradisi fiscali e lì sottoposti integralmente a tassazione ordinaria. Invero è stato rilevato come la possibilità di disapplicare la disciplina ricorrendo alla prima circostanza esimente fosse di fatto, nelle ipotesi di collegamento, preclusa al contribuente considerata la difficoltà per lo stesso di recuperare le informazioni e

⁴⁷ Cfr. Articolo 3 D.M. 268/2006.

la documentazione necessarie a dimostrare lo svolgimento di un'attività effettiva nel territorio d'insediamento⁴⁸.

Le problematiche sin d'ora evidenziate, alle quali si aggiungevano il disallineamento con le convenzioni internazionali⁴⁹ e i possibili profili di incompatibilità con i principi comunitari⁵⁰, avevano, sin dall'introduzione della disciplina, sollevato non poche perplessità relativamente al fatto che il legislatore in sede di riforma, non solo non si era preoccupato di risolvere i dubbi esistenti relativamente all'impianto normativo introdotto dalla legge 342/2000, ma ne aveva addirittura acuito le criticità prevedendone l'estensione dell'ambito applicativo. Ciò considerato e tenuto conto della mancanza di una simile previsione in altri ordinamenti, si erano sin da subito avanzate richieste in merito alla soppressione del regime di trasparenza relativo alle imprese estere collegate, ritenuto altresì non necessario dal punto di vista sistematico e, come già sottolineato, problematico dal punto di vista applicativo.

1.4. La legge finanziaria 2008: un ulteriore mutamento nell'ambito di applicazione del regime CFC. L'introduzione dell'articolo 168-bis e i nuovi criteri di identificazione dei Paesi a fiscalità privilegiata.

Con l'approvazione della Legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Legge finanziaria 2008), la normativa di cui agli articoli 167 e 168 del TUIR non subì alcuno degli interventi auspicati al fine di ridurre le incertezze e le difficoltà operative evidenziate. Invero la Commissione Biasco, nella relazione finale alle audizioni, aveva rilevato diversi profili di criticità della disciplina proponendo altresì delle soluzioni, non accolte tuttavia dal legislatore.

In particolare, in tale sede, si era rilevata, con riferimento al regime CFC, la necessità di circoscrivere l'area di incertezza del contribuente in merito all'applicazione della disciplina, individuando a priori una casistica di esimenti, nonché di alleggerire gli adempimenti ad essa connessi in caso di limitata incidenza reddituale della partecipazione. Si era inoltre suggerito di escludere dal regime gli investimenti di importo inferiore ad una soglia prestabilita e infine,

⁴⁸ Cfr. BALLANCIN A., 2016, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, CEDAM, pag. 295.

⁴⁹ Cfr. INGRAO G., 2008, *La riforma dell'IRES e la legislazione sulle Controlled Foreign Companies*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Giuffrè, Milano, pag. 277 ss. il quale evidenzia che nel corso delle audizioni tenute dalla Commissione Biasco è stato rilevato come la disciplina relativa alle imprese collegate fosse stata introdotta in mancanza di esigenze sistematiche, generasse evidenti difficoltà operative in capo agli investitori residenti stante l'obiettivo difficoltà di attingere ai dati di bilancio e non si allineasse alle convenzioni internazionali in quanto avrebbe attratto a tassazione in Italia i redditi di imprese non "sottoposte all'influenza di un dominus residente nel nostro Stato".

⁵⁰ In merito BIZIOLI G., 2008, *Profili ricostruttivi in tema di compatibilità della disciplina cfc e della disciplina sulla presunzione di residenza in Italia con l'ordinamento comunitario*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Giuffrè, Milano, pag. 223 ss.

nell'ipotesi di partecipazione indiretta per tramite di un soggetto residente anch'esso in Italia, di applicare la norma antielusiva alla società in posizione intermedia.

Nonostante il mancato recepimento dei suggerimenti proposti e l'assenza di interventi normativi diretti sulla disciplina, la Legge Finanziaria per il 2008 aveva comunque inciso significativamente sulla stessa sovvertendo, ai sensi dell'articolo 1, commi 83-90, i criteri relativi all'individuazione degli Stati o dei territori a regime fiscale privilegiato⁵¹ e conseguentemente modificando l'ambito di applicazione della normativa in parola.

Nello specifico, si era previsto che il metodo della cd. *black list*, che presentava un'elencazione tassativa dei regimi fiscali privilegiati, fosse abolito e quindi sostituito da un criterio, per così dire "rovesciato", basato sull'individuazione degli Stati o territori a fiscalità privilegiata tramite esclusione da una lista, la c.d. *white list*, contenente, al contrario di quella vigente, l'elencazione dei Paesi considerati "virtuosi" sulla base di determinati parametri.

Il passaggio da un sistema all'altro avrebbe dovuto concretizzarsi, in seguito alla soppressione del comma 4 dell'articolo 167 e all'introduzione del nuovo articolo 168-bis, mai di fatto attuato, con l'emanazione di un decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze, ai sensi del comma 2 del già citato articolo 168-bis, al quale era affidato il compito di individuare gli Stati o i territori "*che consentono un adeguato scambio di informazioni e nei quali il livello di tassazione non è sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia*"⁵² e nei

⁵¹ Le ragioni ispiratrici della modifica avvenuta in merito all'identificazione dei regimi fiscali privilegiati andrebbero ricercate nella volontà, esplicitata dal legislatore, di adeguarsi alle mutate politiche di contrasto ai paradisi fiscali promosse in particolare in sede OCSE. Si legge infatti nella Relazione illustrativa al disegno di legge finanziaria che "*in considerazione dell'evoluzione normativa che è avvenuta negli ultimi tempi e degli orientamenti determinatasi in sede internazionale (...) si è ritenuto di riformulare le norme antielusive italiane*". Invero si era anche sostenuto che le modifiche legislative introdotte dalla Legge 244/2007 relativamente ai criteri di individuazione dei paradisi fiscali sembrerebbero essere ispirate dalle osservazioni sollevate dalla Commissione Biasco in merito alle problematiche connesse al metodo della lista negativa. Pur riconoscendo infatti la coerenza della *black list* con le direttive dell'OCSE e pur condividendo la scelta del legislatore in ragione della certezza dei rapporti tributari con essa raggiungibile, la Commissione aveva rilevato come tale soluzione fosse gravata dall'onere di un monitoraggio costante e di rapidi aggiornamenti dei regimi impositivi privilegiati. Così MAISTO G., 2008, *Il metodo delle liste positive (white list) e negative (black list) ai fini dell'imposizione nei rapporti con Stati aventi regime fiscale privilegiato*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Giuffrè, Milano, pag. 299.

⁵² Era stato messo in luce come la formulazione prevista dal legislatore non fosse dissimile da quella già presente all'articolo 167 comma 4 salvo per il mancato riferimento agli "*altri criteri equivalenti*". I criteri individuati riproponevano pertanto i medesimi dubbi interpretativi e le medesime criticità evidenziate in precedenza, in particolare in relazione all'indeterminatezza nella definizione del livello d'imposizione sensibilmente inferiore e conseguentemente all'eccessiva discrezione concessa all'Amministrazione Finanziaria nell'attività di individuazione degli Stati o territori aventi regime fiscale privilegiato. Sul punto MAISTO G., 2008, *Il metodo delle liste positive (white list) e negative (black list) ai fini dell'imposizione nei rapporti con Stati aventi regime fiscale privilegiato*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Giuffrè, Milano, pag. 311.

confronti dei quali non avrebbero in ogni caso trovato applicazione le disposizioni antielusive in materia di imprese estere controllate e collegate⁵³.

Nelle more della pubblicazione del suddetto decreto, al quale era subordinata l'efficacia della modifica normativa di cui sopra⁵⁴, il legislatore aveva previsto che continuassero ad applicarsi le disposizioni vigenti al 31 dicembre 2007, mantenendo così ferma di fatto la validità dell'impianto normativo incardinato sulla *black list* di cui al D.M. 21 novembre 2001.

Era stato inoltre disposto, al fine di garantire un passaggio neutrale dalle previgenti disposizioni al nuovo metodo d'individuazione degli Stati o territori a fiscalità privilegiata, un regime transitorio ai sensi del quale per un periodo di cinque anni dalla pubblicazione del decreto in parola sarebbero stati annoverati tra i Paesi non considerati quali paradisi fiscali tutti gli Stati o i territori esclusi dalle *black list* vigenti nonché gli Stati o territori di cui all'articolo 2, limitatamente ai soggetti ivi indicati, e all'articolo 3, ad eccezione dei soggetti ivi indicati, del D.M. 21 novembre 2001. Decorso tale periodo, in assenza della stipula di un accordo che assicurasse un adeguato scambio di informazioni, i territori provvisoriamente inseriti nella *white list* in forza della disposizione transitoria, ne sarebbero stati esclusi con la conseguente applicabilità del regime CFC alle fattispecie aventi un collegamento con detti Stati o territori.

Considerata quindi l'efficacia differita, in quanto subordinata alla pubblicazione della *white list*, nonché il periodo transitorio previsto dal legislatore, i tempi di attuazione del nuovo regime non potevano che ipotizzarsi significativi, con la conseguenza che la normativa antielusiva interna in materia di paradisi fiscali sarebbe rimasta ancora immutata e ancorata alla *black list* per un periodo non di certo trascurabile.

1.5. L'estensione della disciplina CFC alle società controllate residenti in Paesi a fiscalità ordinaria e la restrizione delle possibilità di accesso alle cause esimenti: le modifiche introdotte dal decreto legge 78/2009.

L'approvazione del Decreto Legislativo 1 luglio 2009 n.78, convertito con Legge 3 agosto 2009 n. 102, è da considerarsi senza dubbio un evento decisivo nel processo evolutivo della disciplina italiana in materia di imprese estere controllate e collegate.

⁵³ L'articolo 168-bis, invero, prevedeva l'adozione di due distinte *white list* caratterizzate da diversi criteri di redazione. La prima, disciplinata dal comma 1 e indirizzata a talune fattispecie ivi specificate, era fondata unicamente sulla presenza di un adeguato scambio di informazioni mentre la seconda, disposta dal comma 2, era basata sul doppio parametro dell'adeguato scambio di informazioni e del livello d'imposizione non sensibilmente inferiore rispetto a quello domestico.

⁵⁴ Era previsto infatti, ai sensi dell'articolo 1, comma 89 della Legge 244/2007, che il nuovo regime fosse applicato dal periodo d'imposta successivo a quello di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del decreto di cui all'articolo 168-bis.

L'articolo 13 del suddetto decreto infatti apportò, recependo le intese raggiunte in sede OCSE, rilevanti modifiche all'impianto normativo vigente al fine di inasprire la lotta ai paradisi fiscali e conseguentemente di rafforzare l'operatività del regime CFC con cui si intendeva rendere più difficoltoso lo spostamento dei redditi verso stati e i territori a bassa fiscalità per tramite di società e di altre entità collettive puramente artificiose⁵⁵.

Per raggiungere gli obiettivi prefissati il legislatore era intervenuto incisivamente sulla definizione dei confini di applicabilità della disciplina in questione prevedendo, da un lato, una drastica restrizione della possibilità di accesso alle cause esimenti per le società residenti o localizzate in Stati o territori a regime fiscale privilegiato, dall'altro l'estensione del regime di cui all'articolo 167 T.U.I.R. anche alle controllate estere localizzate in Paesi a fiscalità ordinaria che fossero titolari per lo più di redditi passivi e assoggettate a un livello di tassazione effettiva non considerato sufficientemente congruo.

Con riferimento al primo aspetto, due furono sostanzialmente le modifiche introdotte: una più penetrante dimostrazione in merito al radicamento della società partecipata nel Paese estero e la preclusione, ai fini della disapplicazione del regime, all'accesso alla prima circostanza esimente in presenza di determinate condizioni.

Nello specifico, mentre infatti precedentemente all'intervento normativo in parola era previsto che la disciplina CFC non avrebbe trovato applicazione, ai sensi dell'articolo 167, comma 5, lettera a), qualora il soggetto residente avesse dimostrato lo svolgimento, in via principale, di un'effettiva attività industriale o commerciale "*nello Stato o territorio nel quale ha sede*" dando prova dell'esistenza *in loco* di una struttura organizzativa adeguata, la nuova formulazione della norma imponeva di dimostrare che l'esercizio della suddetta attività si sviluppasse "*nel mercato dello Stato o territorio di insediamento*". Si aggiungeva poi che, con riferimento alle attività bancarie, finanziarie e assicurative, la condizione era da considerarsi soddisfatta qualora la maggior parte delle fonti, degli impieghi o dei ricavi traessero la loro origine nello Stato o nel territorio d'insediamento.

Mancando una definizione chiara ed univoca dell'espressione utilizzata dal legislatore molti furono gli interrogativi sollevati in merito al significato e alla portata della stessa. Invero da una prima lettura della disposizione, così come novellata dal decreto legislativo 78/2009, avrebbero potuto essere ricavate differenti interpretazioni. Il riferimento al mercato infatti avrebbe potuto essere inteso, da una parte, quale mero rafforzamento dell'esimente già prevista⁵⁶, dall'altra, quale espressione della volontà del legislatore di subordinare la

⁵⁵ Cfr. GAFFURI A.M., 2012, *Le nuove norme sulle CFC e la libertà di scelta dell'imprenditore riguardo al luogo di svolgimento dell'attività economica*, in *Atti della giornata di Studi in onore di Gaspare Falsitta*, Padova.

⁵⁶ In merito ASSONIME, Note e Studi 15/2009, *Commenti in relazione all'articolo 13 del D.L. 1° luglio 2009, n.78*, pag.13 la quale sottolinea come la modifica apportata avesse "*inteso enucleare quanto nella precedente*

disapplicazione del regime CFC alla dimostrazione dello svolgimento di un'attività da parte della società partecipata volta alla collocazione dei beni o servizi nel territorio d'insediamento.

In questo contesto, si era inserito l'intervento dell'Agenzia delle Entrate la quale, con la Circolare 51/E del 6 ottobre 2010, aveva esposto la propria posizione in merito, peraltro fortemente criticata⁵⁷, evidenziando che il richiamo al mercato era da intendersi "*come collegamento al mercato di sbocco o al mercato di approvvigionamento*". Il contribuente, in forza di questa interpretazione particolarmente restrittiva della norma, era pertanto tenuto, ai fini dell'esclusione dalla disciplina, a dare prova dell'integrazione economica della controllata nel tessuto socio-imprenditoriale dell'area geografica⁵⁸ di localizzazione, dovendosi qui ricondurre il mercato di sbocco o di approvvigionamento suddetto⁵⁹.

A restringere ulteriormente la possibilità di accesso all'esimente in parola contribuì inoltre l'introduzione nell'impianto dell'articolo 167 T.U.I.R. del nuovo comma 5-bis ai sensi del quale la dimostrazione dell'esercizio effettivo dell'attività industriale e commerciale, con ricorso al comma 5, lettera a), ai fini della disapplicazione del regime CFC, era preclusa qualora la società partecipata estera svolgesse determinate tipologie di attività o, meglio, percepisse prevalentemente determinate forme di reddito.

formulazione veniva lasciato in ombra e, cioè, che per fruire dell'esimente, occorre dimostrare non solo che la controllata estera svolga un'attività effettiva ma anche che essa sia dotata di una struttura organizzativa autonoma "radicata" nello Stato o territorio di insediamento, capace di svolgere le attività che ne concretizzano l'oggetto sociale", svolgendo in tal senso esclusivamente una funzione rafforzativa della disposizione precedentemente in vigore.

⁵⁷ Si veda MARINO G., 2011, *La nozione di mercato nella disciplina CFC: verso una probatio diabolica?*, in Rivista di Diritto Tributario fasc. 12, pag. 1113 ss. il quale evidenzia come l'interpretazione dell'Agenzia presentasse diverse criticità legate in particolare alla poca chiarezza e alla restrittività della stessa. L'autore sottolinea infatti che un'interpretazione troppo restrittiva della disposizione in parola "*mal si concilia con le logiche che caratterizzano l'economia attuale*" globalizzata, in quanto causa di "*una forte penalizzazione per tutte quelle aziende multinazionali italiane che si insediano all'estero per acquisire una nuova fetta di mercato e non per sfruttare eventuali fenomeni di arbitraggio fiscale*". Sul punto anche INGRAO G., 2010, *D.I. anticrisi e "stretta" sulla normativa CFC: contrasto agli abusi fiscali o miopia del legislatore?*, in Rassegna Tributaria n. 1, il quale sostiene che "*se è vero che nell'economia attuale le prospettive di mercato sono evidentemente globalizzate, richiedere, per beneficiare dell'esimente, la destinazione dei beni oggetto dell'attività di produzione o di commercio nel territorio di insediamento vuol significare disconoscere in modo palese le dinamiche aziendali dei tempi attuali. Discriminare il regime delle società estere sulla base del mercato di allocazione dei beni e servizi prodotti è in ogni caso non proporzionale agli obbiettivi antiabuso che, come più volte evidenziato, la normativa CFC intende perseguire*".

⁵⁸ L'Agenzia delle Entrate aveva evidenziato che nella definizione di mercato, che non necessariamente coincideva con i confini geografici dello Stato d'insediamento, doveva ricomprendersi tutta l'area geografica circostante e ad esso legata "*da particolari nessi economici, politici, geografici o strategici*".

⁵⁹ BALLANCIN A., 2016, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, CEDAM, pag. 299. Invero l'Agenzia aveva altresì precisato che in caso di mancanza del collegamento con il mercato dello Stato d'insediamento, così come definito nella Circolare 51/E, il contribuente avrebbe ugualmente potuto accedere all'esimente in virtù di altri elementi tra i quali la dimostrazione dell'esistenza di valide "*ragioni economiche – imprenditoriali che hanno portato l'impresa residente a investire nello Stato o territorio a fiscalità privilegiata*".

Nello specifico il legislatore inibiva l'operatività della prima esimente nelle ipotesi in cui “*i proventi della società o altro ente non residente provengono per più del 50% dalla gestione, dalla detenzione o dall'investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie, dalla cessione o dalla concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria o artistica, nonché dalla prestazione di servizi*” infragruppo.

Sembrava così introdursi, alla luce della previsione di cui sopra, una presunzione di tipo assoluto di non genuinità della struttura estera, in presenza di redditi perlopiù passivi o prodotti per tramite di operazioni fra società appartenenti al medesimo gruppo, la quale avrebbe inevitabilmente condotto all'impossibilità di dimostrare in altro modo l'effettività dell'attività svolta al superamento della soglia individuata dalla legge come indicativa di una situazione abusiva.

Al fine di evitare di incorrere in una quasi certa censura europea della disciplina, posto che essa nei termini di cui sopra avrebbe leso il principio espresso in sede comunitaria secondo il quale ove fosse presunta una costruzione artificiosa il contribuente doveva ugualmente essere posto nelle condizioni di fornire una prova contraria, l'Agenzia delle Entrate, sempre nella già citata Circolare 51/E, aveva prontamente chiarito che “*i limiti introdotti dal comma 5-bis in esame vanno visti quali soglie al superamento delle quali si presume – salvo prova contraria – che la partecipata estera sia una società senza impresa*”⁶⁰. In tal senso quindi, pur riconoscendo la necessità, esplicitata dal legislatore, di rafforzare il contrasto alla delocalizzazione dei redditi di tipo passivo, l'Amministrazione Finanziaria aveva conferito alla disposizione natura di presunzione relativa⁶¹, accordando al soggetto residente la possibilità di fornire prova, seppur rafforzata⁶² della genuinità della struttura societaria estera. Il quadro degli interventi apportati in occasione della riforma del 2009 alla disciplina sulle imprese estere controllate e collegate era poi chiuso dall'estensione del regime di tassazione per trasparenza, e quindi dell'ambito applicativo della normativa in parola, alle società estere localizzate in Paesi non a fiscalità privilegiata (comprese le società residenti in Stati membri dell'Unione europea) in presenza di determinate condizioni. Ai sensi del nuovo articolo 167, comma 8-bis infatti, assoggettate al regime CFC erano ora anche le controllate⁶³ ubicate in

⁶⁰ La definizione di società senza impresa è offerta dalla stessa Circolare nella quale si legge che con la suddetta espressione sono da intendersi le “*società formalmente autonome, che sostanzialmente svolgono attività di sfruttamento passivo di asset in grado di per sé, ovvero per le loro caratteristiche intrinseche, di produrre reddito*”.

⁶¹ BALLANCIN A., 2016, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, CEDAM, pag. 300.

⁶² L'Agenzia delle Entrate precisava infatti che, in sede di interpello, oltre alla verifica dell'effettività sostanziale della struttura estera e del radicamento nel mercato dello Stato o del territorio di riferimento, sarebbe stata necessaria, ai fini della disapplicazione del regime, anche la prova dell'assenza di intenti o effetti elusivi finalizzati alla distrazione di utili dall'Italia verso Paesi o territori a fiscalità privilegiata.

⁶³ Dalla nuova disciplina erano esplicitamente escluse le società collegate secondo quanto previsto dalla lettera d), comma 1, articolo 13 del decreto 78/2009.

Stati non compresi nella *black list* qualora esse, congiuntamente, beneficiassero, in prevalenza, di redditi passivi o derivanti dallo svolgimento di servizi in favore di società del gruppo⁶⁴ e scontassero un' imposizione effettiva estera inferiore a più della metà di quella prevista in Italia. Al fine di stabilire l'applicabilità o meno della disciplina il soggetto residente era quindi gravato da una doppia verifica. Sulla base di quanto disposto dalla norma infatti, era necessario, da un lato, individuare l'ammontare dei proventi passivi o derivanti da operazioni infragruppo al fine di accertare il superamento o meno della soglia del 50% sul totale dei proventi conseguiti individuata come rilevante dal legislatore, dall'altro, confrontare l'effettivo carico impositivo subito all'estero e quello che invece sarebbe stato scontato qualora la società partecipata fosse stata residente in Italia.

Al verificarsi dei presupposti di cui sopra, il legislatore aveva comunque previsto la possibilità per il contribuente di disapplicare la disciplina in parola ricorrendo a una specifica esimente introdotta all'articolo 167, comma 8-ter in base al quale "*le disposizioni del comma 8-bis non si applicano se il soggetto residente dimostra - in sede di interpello preventivo - che l'insediamento all'estero non rappresenta una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale*"⁶⁵.

Orbene, nonostante il nuovo disposto normativo rappresentasse la modifica più rilevante e innovativa apportata dal decreto 78/2009, di certo esso era stato anche quello che maggiormente aveva sollevato perplessità, con riferimento, in particolare, alla sua compatibilità con il diritto comunitario⁶⁶, nonché dubbi interpretativi legati per lo più ai criteri d'individuazione del livello effettivo di tassazione e alla portata dell'esimente così come formulata in sede legislativa. Sul punto era prontamente intervenuta l'Agenzia delle Entrate offrendo in merito la propria interpretazione al nuovo innesto normativo e chiarendone, seppur non in modo completamente soddisfacente⁶⁷, gli aspetti applicativi e interpretativi più controversi sopra individuati. Invero, l'Amministrazione Finanziaria, da un lato, si era preoccupata di fornire precisazioni pressoché complete sulle modalità di confronto tra il livello impositivo estero e quello "virtuale" domestico e sul loro rispettivo calcolo, dall'altro si era espressa in merito al significato attribuibile alla previsione di cui al comma 8-ter e agli

⁶⁴ La formulazione adottata per l'individuazione dei redditi passivi era non dissimile da quella contenuta al nuovo comma 5-bis.

⁶⁵ La formula ricalca la terminologia adottata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza Cadbury-Schweppes del 12 settembre 2006 in cui si evidenziava che, con riferimento alla compatibilità tra diritto comunitario e normative CFC, "*una misura nazionale che restringe la libertà di stabilimento è ammessa solo se concerne specificamente le costruzioni di puro artificio finalizzate a sottrarre l'impresa alla legislazione dello Stato membro interessato*".

⁶⁶ In merito alle problematiche relative alla possibile incompatibilità della disciplina nazionale con il diritto comunitario si veda *infra*.

⁶⁷ Cfr. ROLLE G., 2010, *Circolare n. 51/E del 6 ottobre 2010 - La CFC non-black list: i presupposti di applicazione*, in *Il Fisco* n. 41 - parte 1.

aspetti procedurali ad esso connessi. In adesione agli orientamenti comunitari, si chiariva infatti che la formula “*volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale*” rappresentasse una mera specificazione del concetto di “*costruzione di puro artificio*” e che l’artificiosità della suddetta costruzione andasse valutata caso per caso, in sede di interpello obbligatorio, sulla base di elementi oggettivi e verificabili tra i quali indici predefiniti individuati facendo riferimento alla Risoluzione del Consiglio dell’Unione Europea sul coordinamento delle norme sulle società estere controllate e sulla sottocapitalizzazione nell’Unione Europea.

Ad ogni modo, considerati tutti gli interventi sopra richiamati apportati dalla riforma, non si può non concordare sul fatto che l’emanazione del decreto legislativo in parola avesse finito per stravolgere l’impianto normativo sino ad allora vigente, investendo altresì la natura stessa della disciplina e la *ratio* ad essa sottesa. Invero la CFC legislation italiana, da sempre improntata sul cd. *jurisdictional approach*, presentava ora anche i caratteri tipici del *transactional approach*, configurandosi in tal modo come un modello ibrido, fondato da un lato sull’individuazione degli Stati o territori considerati rilevanti ai fini dell’applicazione della disciplina e dall’altro sulla rilevanza dei redditi passivi così come definiti ai sensi dell’articolo 167 commi 5-bis e 8-bis.

La nuova coesistenza dei due modelli, conseguente alle disposizioni del decreto, e quindi la nuova attenzione riservata ai *passive income*, non si era tuttavia concretizzata in una completa rivisitazione dell’approccio adottato originariamente dal legislatore posto che la disciplina italiana, nonostante le modifiche, continuava a plasmarsi sul cd. *entity approach*.

Invero, una volta accertata la prevalenza dei redditi passivi in capo alla controllata estera, il soggetto controllante residente in Italia non era tassato per trasparenza esclusivamente con riguardo a questi ultimi ma, al contrario, era assoggettato al regime d’imputazione diretta per tutto il reddito globalmente prodotto dalla partecipata come se quest’ultima si sostanziasse in un’entità *tout court* utilizzata per ottenere indebiti vantaggi fiscali⁶⁸.

In questa prospettiva quindi, le modifiche introdotte dalla riforma sembravano in qualche modo disattendere la *ratio* della disciplina stessa che, si ricorda, era stata originariamente individuata nel contrasto a pratiche fiscali abusive poste in essere per tramite di strutture artificiali, e quindi non effettivamente attive, ubicate in paradisi fiscali e costituite al solo scopo di delocalizzare fittiziamente i redditi. Ed infatti, la focalizzazione sulla produzione di redditi passivi, considerata dal legislatore quale condizione idonea ad elevare il rischio di abuso, e la conseguente attrazione nel campo applicativo della disciplina di fattispecie connotate da una prevalenza degli stessi, conducevano ad assoggettare erroneamente al regime CFC, salva comunque la prova contraria, anche realtà non costituite per scopi elusivi,

⁶⁸ Si veda GARUFI S., 2010, *La nuova disciplina delle CFC*, in *Rassegna Tributaria* n. 3, pag. 619 ss.

allontanando così le disposizioni in materia di imprese estere controllate dalla loro originaria funzione anti-abuso.

In altre parole, posto che il conseguimento, anche prevalente, di passive income non poteva di per sé essere individuato automaticamente quale sintomo di una situazione abusiva, la norma, incentrando la sua operatività anche su questa tipologia di proventi, e nello specifico limitando l'accesso all'esimente di cui al comma 5 ovvero riconducendo la fattispecie nel proprio ambito di applicazione ai sensi del comma 8-bis, rischiava di coinvolgere anche imprese che, pur beneficiando di redditi per lo più passivi, svolgessero un'effettiva attività del territorio d'insediamento.

Alla stessa conclusione si poteva pervenire poi prendendo in considerazione le modifiche introdotte al comma 5, lettera a) le quali, intercettando il radicamento nel territorio d'insediamento al verificarsi di un collegamento tra l'attività svolta dalla partecipata e il mercato di approvvigionamento ovvero di sbocco dello Stato di localizzazione, precludevano il ricorso alla circostanza esimente in parola nelle ipotesi in cui la società estera, pur presentando una forte integrazione nel Paese in cui era ubicata ed essendo quindi effettivamente operativa, non si rivolgesse direttamente al mercato dello stesso e quindi, ad esempio, producesse nello Stato ospitante ma esportasse all'estero ovvero sviluppasse servizi nel territorio di insediamento riservati però a una clientela fuori dai confini del medesimo⁶⁹.

Alla luce di quanto su osservato e quindi delle maggiori difficoltà riscontrabili in sede di disapplicazione del regime CFC anche da parte di entità non qualificabili come strutture prive di sostanza economica, la disciplina italiana appariva ora, anche sulla base delle interpretazioni fornite dall'Agenzia, fin troppo stringente e conseguentemente potenzialmente idonea, disincentivando gli investimenti transfrontalieri, a penalizzare la competitività delle imprese nazionali in un'economia ormai globalizzata.

1.6. Gli interventi normativi apportati dalla Legge di stabilità 2015.

Nelle more della riforma, attesa dal 2008, relativa ai criteri di individuazione degli Stati o territori aventi regime fiscale privilegiato, che, ricordiamo, aveva previsto la sostituzione della *black list* con un sistema imperniato, al contrario, su una *white list* di cui all'articolo 168-bis, il legislatore, era nuovamente intervenuto sulla disciplina in esame, apportando un'ulteriore modifica alla definizione dei regimi fiscali privilegiati considerati rilevanti ai fini dell'applicazione della normativa in materia di imprese estere controllate e collegate.

⁶⁹ Cfr. MARINO G., 2011, *La nozione di mercato nella disciplina CFC: verso una probatio diabolica?*, in Rivista di Diritto Tributario fasc. 12, pag. 1113 ss.

In base a quanto stabilito dal nuovo comma 4 dell'articolo 167 infatti, così come modificato in seguito all'approvazione della Legge 23 dicembre 2014 n. 190 (Legge di stabilità per il 2015), si consideravano “*privilegiati i regimi fiscali di Stati o territori individuati, con decreti del Ministro delle finanze da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale, in ragione del livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia, della mancanza di un adeguato scambio di informazioni ovvero di altri criteri equivalenti. Si considera livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia un livello di tassazione inferiore al 50 per cento di quello applicato in Italia. Si considerano in ogni caso privilegiati i regimi fiscali speciali che consentono un livello di tassazione inferiore al 50 per cento di quello applicato in Italia, ancorché previsti da Stati o territori che applicano un regime generale di imposizione non inferiore al 50 per cento di quello applicato in Italia*”.

Come si evince dal testo normativo, le novità introdotte dalla Finanziaria per il 2015 erano sostanzialmente due: la quantificazione a livello normativo⁷⁰ del *livello di tassazione sensibilmente inferiore* e il riferimento, precedentemente assente, ai *regimi fiscali speciali*.

In merito al primo aspetto è evidente come tale intervento non potesse che essere accolto con favore dalla dottrina e dai soggetti destinatari della disciplina. Invero, grazie alla specificazione per via legislativa della soglia, pari alla metà del livello impositivo nazionale, considerata rilevante ai fini dell'attuazione del regime di tassazione per trasparenza, da un lato si garantiva una maggior chiarezza con riferimento ai confini applicativi della norma, dall'altro si rendeva meno stringente il criterio d'individuazione degli Stati a fiscalità privilegiata⁷¹ con conseguente riduzione delle fattispecie potenzialmente rientranti nell'ambito della *CFC legislation*. Stante l'innalzamento della percentuale minima di scostamento dal livello di tassazione italiano, dal 30% al 50%, ai fini dell'individuazione del presupposto territoriale del regime CFC, si sarebbero infatti dovuti escludere, mediante un'opportuna modifica all'elenco *black list*, tutti i Paesi, precedentemente considerati a fiscalità privilegiata ed ora non più tali sulla base dei nuovi parametri normativi in quanto caratterizzati da un livello impositivo compreso fra il 70% e il 50% di quello previsto dal nostro ordinamento.

Per quanto concerne invece l'introduzione del riferimento ai regimi fiscali speciali, a mente del nuovo comma 4, si era previsto che fossero da considerarsi in ogni caso privilegiati anche i suddetti regimi che consentissero di ottenere un livello di tassazione inferiore alla metà di

⁷⁰ Si ricorda al riguardo che il “*livello di tassazione sensibilmente inferiore*” era stato definito, nella misura del 30% rispetto a quello applicato in Italia, nell'ordine del giorno della Camera dei Deputati del 4 ottobre 2000 e mai recepito in sede legislativa.

⁷¹ Cfr. ROLLE G., 2015, *Legge di stabilità: quali prospettive per CFC e costi "black list"?*, in *Corriere Tributario* n. 5, pag. 342.

quello italiano anche se previsti da Stati o territori a fiscalità ordinaria, individuati in un elenco privo di carattere tassativo fornito con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle Entrate. In tal senso quindi, il soggetto residente, a prescindere che la partecipata operasse o meno in un Paese *black list*, era tenuto a verificare se la società controllata o collegata fosse assoggettata, in virtù di leggi ad hoc o disposizioni specifiche, a un regime fiscale speciale così come precedentemente definito.

La previsione normativa di cui sopra aveva sin da subito sollevato qualche perplessità in merito, in particolare, alla potenziale sovrapposibilità di un regime speciale con le liste già esistenti e con la disciplina di cui al comma 8-bis dell'articolo 167⁷² nonché alla non tassatività dell'elenco previsto per l'individuazione di detti regimi che avrebbe comportato notevoli difficoltà operative, sia per il contribuente che per l'Amministrazione Finanziaria, connesse all'incertezza sull'applicabilità del regime CFC nell'ipotesi in cui la fattispecie concreta non rientrasse tra le casistiche previste nell'elenco stesso.

Ad ogni modo, a fornire maggior chiarezza e a completamento della novella disciplina, applicabile a decorrere dal 1° gennaio 2015 e con effetti dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2014, era intervenuto il D.M. 30 marzo 2015, con cui da un lato si era disposta l'abrogazione dell'articolo 3 del D.M. 21 novembre 2001 contenente l'elenco degli Stati o territori inclusi nella *black list* limitatamente per determinati soggetti e attività e, dall'altro, si era proceduto all'aggiornamento della *black list* stessa attraverso la rimozione di tre Paesi (Filippine, Malesia e Singapore).

1.7. L'approdo all'attuale assetto normativo: le novità introdotte dal Decreto Legislativo 147/2015 (Decreto Internazionalizzazione) e dalla Legge di stabilità 2016.

Il percorso evolutivo sin qui delineato della disciplina CFC prevista dal nostro ordinamento trova la sua conclusione con l'emanazione del Decreto legislativo 14 settembre 2015 n. 17 (decreto per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese) e della legge di stabilità per il 2016.

⁷² Sul punto ROLLE G., 2015, *Legge di stabilità: quali prospettive per CFC e costi "black list"?*, in *Corriere Tributario* n. 5, pag. 344 ss. il quale sottolinea da un lato che il legislatore si era già preoccupato di includere nell'ambito applicativo della disciplina CFC gli Stati o territori a fiscalità ordinaria che tuttavia prevedessero regimi fiscali di favore nei confronti di determinati soggetti, attività o aree geografiche, in base a quanto previsto dall'articolo 3 del D.M. 21 novembre 2001, e dall'altro che la modifica introdotta dalla Legge di stabilità avrebbe potuto generare sovrapposizioni tra la disciplina *black list* e quella *white list* di cui all'articolo 167, comma 8-bis.

Invero se un soggetto controllato svolgeva attività geograficamente mobili ed era assoggettato a una tassazione inferiore alla metà di quella italiana esso risultava già attratto nell'ambito applicativo della disciplina CFC ai sensi del già citato comma 8-bis ma allo stesso tempo rispondeva ai requisiti richiesti per l'applicazione della normativa riservata ai soggetti *black list*.

In forza degli interventi apportati, il regime previsto per le imprese estere controllate e collegate è stato oggetto di rilevanti modifiche che, ritoccando da un lato l'ambito di applicazione della disciplina e intervenendo dall'altro sugli aspetti procedurali ad essa connessi, hanno permesso, nonostante alcune criticità ancora evidenti, di rendere la disciplina nazionale stessa maggiormente aderente alle "best practices" internazionali e meno complessa dal punto di vista attuativo⁷³.

Invero, sebbene l'intento esplicitato dal legislatore fosse quello di rendere il Paese maggiormente attrattivo e competitivo promuovendo l'internazionalizzazione delle imprese attraverso una riduzione dei vincoli e degli oneri connessi alle operazioni transfrontaliere nonché alla creazione un quadro normativo più certo e trasparente per gli investitori⁷⁴, non si può non rilevare come la riforma apportata all'assetto normativo vigente abbia altresì contribuito ad assicurare una maggiore conformità ai principi espressi in sede europea ed extraeuropea nonché a ridurre, da un lato, le distorsioni generate dal frenetico susseguirsi di interventi legislativi e, dall'altro, gli evidenziati profili di incostituzionalità della disciplina.

Ciò detto, essendo le modifiche apportate particolarmente numerose, appare opportuno procedere con ordine nel tratteggiarle nei loro elementi essenziali⁷⁵.

Muovendo dalle novità innestate nell'impianto normativo in seguito all'approvazione del decreto crescita e internazionalizzazione, si evidenzia innanzitutto come esse abbiano profondamente inciso sia sugli aspetti sostanziali che procedurali della disciplina, investendo in particolare l'ambito applicativo della stessa, i criteri di determinazione del reddito della partecipata e le modalità volte ad ottenere la disapplicazione del regime.

La modifica accolta certamente con maggior favore attiene alla soppressione del regime in precedenza riservato alle società collegate di cui all'art. 168 del T.U.I.R., da sempre fortemente criticato in ambito dottrinale, non solo perché costituente un *unicum* nel panorama internazionale ma anche in considerazione delle storture da esso generate. Invero, a mente del fatto che la disposizione in parola prevedeva l'imputazione del reddito prodotto dalla collegata in capo al soggetto residente nelle ipotesi in cui quest'ultimo detenesse una partecipazione agli utili non inferiore al 10% o al 20% a seconda che l'ente estero fosse o meno quotato, essa mal si conciliava con il fondamento giustificativo del regime posto che, discostandosi dal presupposto del controllo e prescindendo altresì dalla presenza di un'influenza notevole, attraeva nel campo applicativo del regime CFC fattispecie non

⁷³ Cfr. MIELE L. e RAMAGNOLI V., 2015, "CFC rules" più aderenti alle "best practices" internazionali, in *Corriere Tributario* n. 38

⁷⁴ Cfr. Relazione illustrativa allo schema di Decreto Legislativo recante misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese in attuazione dell'articolo 12 della legge 11 marzo 2014, n. 23.

⁷⁵ In merito agli aspetti rilevanti e alle criticità connesse alle disposizioni di nuova introduzione si rimanda al capitolo II.

qualificate da un effettivo potere di gestione e conseguentemente di scelta in merito alla delocalizzazione o alla distribuzione del reddito. In altre parole, a mente del fatto che le decisioni relative alla disposizione del reddito sono imputabili solo alla maggioranza, l'applicazione della disciplina in parola a soci privi di potere di ingerenza sulla partecipata appariva ingiustificabile dal momento che essi, detenendo un'influenza potenzialmente anche nulla, non avrebbero in alcun modo avuto la possibilità di porre in essere quelle pratiche abusive che il legislatore si proponeva di contrastare. Aggiungendo a ciò anche le problematiche connesse al reperimento delle informazioni e della documentazione idonea alla dimostrazione delle esimenti, la difficoltà di ottenere la prescritta attestazione di congruità dei dati di un bilancio redatto secondo regole e principi contabili dello stato estero nonché le criticità emerse con riferimento alle peculiari modalità di determinazione del reddito, indubbio era che la norma in questione dovesse essere oggetto di abrogazione, puntualmente avvenuta in tale sede con effetti a decorrere dal periodo d'imposta in corso alla data di entrata in vigore del decreto e quindi dal 2015. A completamento della sopra esposta modifica è stato altresì previsto uno specifico regime transitorio al fine di gestire il passaggio alla nuova disciplina senza incorrere in duplicazioni di prelievo o salti d'imposta.

Altra modifica di grande impatto per la disciplina di cui all'articolo 167 T.U.I.R. è certamente quella inerente la revisione della procedura d'interpello, originariamente obbligatoria ed ora sostituita con la facoltà per il contribuente di richiedere preventivamente un parere all'Amministrazione Finanziaria ai fini della disapplicazione del regime. Nell'ottica di semplificazione ispiratrice del decreto, il legislatore ha, così facendo, alleggerito, da un lato il carico dell'Agenzia delle Entrate chiamata a fronteggiare ora un numero certamente inferiore di istanze disapplicative, dall'altro, gli oneri procedurali posti in capo al contribuente. A quest'ultimo infatti, a seguito della nuova previsione normativa, è concessa la possibilità di scegliere il momento in cui attivarsi al fine di ottenere la disapplicazione della disciplina, potendo optare per la dimostrazione delle esimenti in via preventiva mediante presentazione dell'interpello, al quale l'Amministrazione è tenuta a rispondere con parere peraltro non vincolante, ovvero in via successiva, in sede controllo⁷⁶. Viene così recepito in via legislativa un ormai consolidato orientamento della stessa Agenzia delle Entrate la quale, rettificando le posizioni assunte in passato, ha riconosciuto la facoltà per il contribuente di *“dimostrare anche successivamente la sussistenza delle condizioni che legittimano l'accesso al regime*

⁷⁶ Cfr. SCIFONI G., 2015, Modifiche alla disciplina CFC: lo sforzo di semplificazione procede tra luci e ombre, in Corriere Tributario n. 30, pag. 2305 ss.

derogatorio”⁷⁷ non pregiudicando così la possibilità di ottenere la disapplicazione della disciplina, nei casi di mancata presentazione dell’istanza o di risposta negativa alla stessa, anche in sede contenziosa o di accertamento.

In quest’ultima ipotesi, a tutela delle ragioni del contribuente, il legislatore ha poi esplicitamente previsto, mediante l’inserimento del nuovo comma 8-quarter, un contraddittorio preventivo con l’Amministrazione Finanziaria da effettuarsi nei novanta giorni precedenti all’emissione dell’avviso, nel corso dei quali il soggetto che non abbia presentato istanza di interpello o non si sia adeguato alla risposta negativa fornita dall’Agenzia è chiamato a trasmettere le prove circa la sussistenza dei requisiti esimenti. Qualora queste siano considerate non idonee a dimostrare le condizioni richieste ai fini della disapplicazione del regime, l’Amministrazione Finanziaria è tenuta a darne motivazione nel successivo avviso di accertamento.

Posta quindi l’eliminazione dell’obbligatorietà dell’interpello, che permetteva di monitorare in via preventiva situazioni normativamente definite quali potenzialmente abusive, si è proceduto ad introdurre, al fine di preservare il potere accertativo in capo all’Amministrazione Finanziaria⁷⁸, un nuovo obbligo di segnalazione in dichiarazione dei redditi relativamente alla detenzione di partecipazioni in società localizzate in territori *black list* ovvero *non black list* al ricorrere di talune condizioni. Più specificatamente il suddetto onere informativo sussiste in capo al contribuente nei casi in cui egli, pur essendo in grado di dimostrare la sussistenza delle cause esimenti, non abbia presentato istanza di interpello ovvero l’abbia presentata ma abbia ricevuto risposta negativa. Con particolare riferimento invece alle controllate localizzate in Stati a fiscalità ordinaria è disposto che il richiamato obbligo operi solo qualora ricorrano congiuntamente le condizioni di cui all’articolo 167, comma 8-bis.

In ipotesi di mancato o incompleto adempimento delle previsioni di cui sopra, il soggetto controllante è sottoposto ad un nuovo regime sanzionatorio particolarmente gravoso consistente nell’applicazione di una sanzione pari al 10%, e comunque non inferiore a 1.000€ e non superiore a 50.000€, del reddito prodotto dalla controllata e imputabile anche solo teoricamente al socio residente.

Investite dagli interventi apportati dal decreto sono state anche le modalità di determinazione del reddito conseguito dalla società partecipata e assoggettato ad imputazione diretta in capo al soggetto residente.

⁷⁷ Circolare dell’Agenzia delle Entrate n. 51/E, *Disciplina relativa alle Controlled Foreign Companies (CFC) - Dividendi provenienti e costi sostenuti con Stati o territori a fiscalità privilegiata – Chiarimenti*, del 6 ottobre 2010 pag. 38.

⁷⁸ MIELE L. e RAMAGNOLI V., 2015, *“CFC rules” più aderenti alle “best practices” internazionali*, in *Corriere Tributario* n. 38, pag. 3873 ss.

Invero, precedentemente all'entrata in vigore del provvedimento in parola, l'articolo 167, comma 6 prevedeva che il reddito imponibile del soggetto estero controllato fosse rideterminato secondo le disposizioni del titolo I, capo VI nonché degli articoli 84, 111 e 112 del T.U.I.R. con espressa esclusione della previsione di cui all'articolo 86, comma 4 in materia di imponibilità frazionata delle plusvalenze. Ora invece, in seguito alle modifiche intervenute, la puntuale indicazione delle norme applicabili, è sostituita, al fine garantire una maggiore equivalenza tra la base imponibile del reddito estero e quella del reddito prodotto in Italia⁷⁹, da un più generico richiamo alle disposizioni che, trovando o meno collocazione nel T.U.I.R., sono poste a presidio del computo del reddito d'impresa⁸⁰.

Seppur già molteplici e rilevanti le modifiche sin qui evidenziate, ulteriori sono le novità previste dal legislatore il quale, oltre ad aver affidato ad un provvedimento del direttore dell'Agenzia delle Entrate l'indicazione dei criteri per determinare con modalità semplificate l'effettivo livello di tassazione di cui al comma 8-bis, è nuovamente intervenuto anche sulle regole d'individuazione degli Stati o territori a regime fiscale privilegiato, già interessate da una non lontana modifica operata dalla Legge di stabilità per il 2015.

Invero, abrogando l'articolo 168-bis che prevedeva l'emanazione di una white list ed eliminando conseguentemente ogni riferimento a tale articolo nell'ambito della disciplina CFC, si è optato per un definitivo abbandono del percorso che, intrapreso nel 2007, avrebbe dovuto condurre ad un'inversione dei criteri di individuazione dei regimi fiscali di favore per tramite di un passaggio da una *black list* ad un sistema fondato sull'esclusione da una lista positiva elencante gli Stati collaborativi a fiscalità ordinaria.

Dal periodo d'imposta 2015 la definizione degli Stati o dei territori a regime fiscale privilegiato è tornata quindi ad essere affidata all'articolo 167, comma 4, così come ridefinito dalla modifica normativa precedentemente richiamata.

Il ritorno definitivo al sistema della lista negativa, motivato dalle difficoltà riscontrate nell'emanazione della lista elencante gli Stati "virtuosi" ai fini dell'applicazione della disciplina CFC⁸¹, non ha tuttavia avuto lunga vita, essendo stata tale impostazione completamente revisionata dalla successiva Legge di stabilità 2016.

⁷⁹ Cfr. Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese, in attuazione dell'articolo 12 della legge 11 marzo 2014, n.23

⁸⁰ Cfr. MIELE L. e RAMAGNOLI V., 2015, "CFC rules" più aderenti alle "best practices" internazionali, in Corriere Tributario n. 38.

⁸¹ Si legge infatti nella Relazione illustrativa al decreto che l'abrogazione dell'articolo 168-bis si è resa necessaria "dal momento che lo stesso si è rivelato di difficile attuazione soprattutto con riferimento all'emanazione di una lista, prevista dal comma 2 dello stesso articolo, di Stati o territori che consentono un adeguato scambio d'informazioni e nei quali il livello di tassazione non è sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia". E' aggiunto inoltre che i criteri originariamente indicati al fine della redazione della lista positiva "non appaiono coerenti con il sistema che viene delineato dalle disposizioni introdotte con il presente

Ed infatti, l'articolo 1, comma 142 del suddetto testo normativo, sancendo il definitivo abbandono del metodo delle liste e sopprimendo il richiamo, da sempre cardine della disciplina, all'adeguato scambio d'informazioni⁸², ha definito quale unico parametro, necessario all'individuazione dei regimi fiscali privilegiati, un livello nominale di tassazione dello Stato estero⁸³ che, anche con riferimento ai regimi speciali, risulti inferiore al 50% rispetto a quello applicabile in Italia⁸⁴.

Si introduce così pertanto una definizione mobile⁸⁵, fondata su un criterio fisso ad univoco, di regime fiscale privilegiato che, combinata con la rinuncia alle liste, da un lato, permette certamente di ottenere un più rapido adeguamento dell'ambito di applicazione territoriale della norma alle dinamiche evolutive dei sistemi fiscali nazionali⁸⁶, dall'altro, pone in capo al contribuente l'onere di individuare caso per caso, monitorando costantemente gli ordinamenti tributari esteri, gli Stati o territori a regime fiscale di favore, con evidenti conseguenze in termini di incertezza sull'applicabilità o meno della disciplina.

Le modifiche su esposte si riflettono inevitabilmente, oltre che sull'operatività dell'articolo 167, anche sulla disciplina, strettamente connessa al regime CFC, relativa alla tassazione dei dividendi distribuiti da società controllate assoggettate a regimi fiscali privilegiati, peraltro revisionata anch'essa dalle disposizioni contenute nel decreto 147/2015 al fine di correggere l'effetto distorsivo determinato, in caso di disapplicazione della disciplina CFC in forza della prima esimente, dal mancato riconoscimento al socio controllante di un credito per le imposte assolate all'estero. Invero, posto che, sulla base della normativa previgente, il soggetto residente che avesse disapplicato il regime d'imputazione per trasparenza ricorrendo all'esimente di cui all'articolo 167, comma 5, lettera a), era assoggettato a un carico impositivo più oneroso di quello che avrebbe subito nel caso di applicazione del regime in parola, il legislatore ha correttamente riconosciuto al soggetto residente in Italia, nell'ipotesi richiamata, un credito d'imposta sugli utili percepiti e sulle plusvalenze realizzate, riducendo

testo normativo che, tra l'altro, prevedono l'emanazione di liste di Paesi a fiscalità privilegiata sulla base di nuovi criteri".

⁸² La soppressione del criterio fondato sullo scambio d'informazioni pare accordarsi con i nuovi orientamenti espressi in sede OCSE e in particolare con le indicazioni contenute nell'Action 3 del progetto BEPS. Cfr. OECD, 2015, *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3-2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

⁸³ Per il combinato disposto con l'articolo 167, comma 1, sono espressamente esclusi dal novero dei regimi fiscali privilegiati di cui al comma 4 gli Stati o i territori appartenenti all'Unione Europea ovvero aderenti allo Spazio Economico Europeo con cui l'Italia abbia stipulato un accordo sull'effettivo scambio di informazioni, per i quali rimane comunque applicabile la disciplina di cui al comma 8-bis.

⁸⁴ Così come modificato l'articolo 167, comma 4, infatti dispone che "I regimi fiscali, anche speciali, di Stati o territori si considerano privilegiati laddove il livello nominale di tassazione risulti inferiore al 50 per cento di quello applicabile in Italia"

⁸⁵ BALLANCIN A., 2016, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, CEDAM, pag. 310.

⁸⁶ Cfr. ROLLE G., 2016, *Effetti su CFC, dividendi esteri e plusvalenze della nuova nozione di "regimi fiscali privilegiati"*, in *Il Fisco* n. 9

così un'ulteriore distonia presente nell'ordinamento direttamente connessa alla disciplina nazionale in materia di imprese estere collegate.

Come si può facilmente evincere da quanto su esposto, la disciplina CFC prevista dall'ordinamento italiano è stata oggetto, negli ultimi due anni, di numerosi e rilevanti interventi che, nel loro complesso, hanno contribuito ad allineare maggiormente la normativa interna agli standard comunitari e internazionali e a ridurre le criticità evidenziate soprattutto in ambito dottrinale.

Invero, il legislatore nazionale, oltre ad aver espunto le problematiche derivanti dall'estensione del regime alle imprese estere collegate abrogando l'articolo 168 T.U.I.R e ad aver rimosso le difficoltà connesse all'obbligatorietà della procedura di interpello preventivo, sembra aver recepito i nuovi orientamenti, espressi in sede OCSE e concretizzati nel progetto BEPS, in materia di contrasto ai paradisi fiscali e ai fenomeni di erosione di base imponibile. Nonostante l'apprezzabile tentativo di adeguamento alle raccomandazioni provenienti dagli organismi internazionali e di semplificazione della disciplina in parola, non si può non rilevare come permangano tuttavia nell'assetto normativo, delineato in seguito alle ultime modifiche apportate, elementi critici evidenti quale, primo fra tutti, il riferimento al mercato dello Stato o territorio d'insediamento al comma 5, lettera a) dell'articolo 167, fortemente criticato in dottrina e mai abbandonato dalla riforma del 2009 ad oggi nonostante le richieste avanzate anche dal mondo delle imprese vocate ai mercati internazionali.

Capitolo Secondo

Disposizioni vigenti in materia di controllate estere e profili critici

SOMMARIO: **2.1.** Premessa - **2.2.** I presupposti applicativi della disciplina - **2.2.1** Il presupposto oggettivo: il controllo - **2.2.2** Il presupposto soggettivo: i soggetti residenti coinvolti nella disciplina e i soggetti controllati esteri. - **2.3** L'individuazione dei regimi fiscali privilegiati: dalle liste al livello di tassazione nominale - **2.3.3.** I regimi fiscali "speciali" privilegiati. - **2.4.** Le circostanze esimenti - **2.4.1.** La dimostrazione della prima circostanza esimente: il comma 5 lettera a) e il limite contenuto al comma 5-bis. - **2.4.2.** La dimostrazione della seconda circostanza esimente. - **2.5.** La disciplina di cui all'articolo 8-bis: l'estensione della disciplina CFC ai Paesi a fiscalità non privilegiata - **2.6.** La determinazione, l'imputazione e la tassazione dei redditi conseguiti dalla controllata estera. - **2.7.** Aspetti procedurali: l'interpello facoltativo e il nuovo obbligo di segnalazione in dichiarazione - **2.8.** La disciplina della tassazione degli utili provenienti da regimi fiscali.

2.1. Premessa

Si è già evidenziato come la disciplina italiana in materia di imprese estere controllate, introdotta, si ricorda, al fine di osteggiare fenomeni elusivi posti in essere per tramite di strutture prive di effettiva sostanza economica⁸⁷, sia stata oggetto della sua emersione

⁸⁷ Si ricorda che la normativa CFC può essere inserita nel novero delle disposizioni orientate a osteggiare condotte di stampo elusivo connotate da un abbattimento del carico impositivo lecito ma contrario rispetto all'intenzione e allo spirito della legge. Ed infatti, come precedentemente sottolineato, la disciplina in esame, prevedendo un meccanismo di tassazione per trasparenza, si prefigge lo scopo di contrastare pratiche abusive che si sostanziano essenzialmente nella distrazione di imponibile all'estero per tramite di realtà che, lungi dal rappresentare l'espressione di un effettivo interesse economico e imprenditoriale, si qualificano quali meri centri di imputazione di un reddito altrimenti ascrivibile al soggetto controllante residente in Italia. Trattasi, quindi, di strutture artificiose, prive di un'effettiva consistenza economica, poste in essere essenzialmente allo scopo di ottenere indebiti vantaggi fiscali sottraendosi all'imposizione ordinaria dello Stato di residenza del soggetto controllante.

È evidente a questo punto come, sotto il profilo della soggettività, la normativa in parola sia fortemente legata all'alveo dell'interposizione e, come tale, in prima analisi, assimilabile a quella prevista dall'articolo 37 del D.P.R. n. 600/1973 in base al quale "*in sede di rettifica o di accertamento d'ufficio sono imputati al contribuente i redditi di cui appaiono titolari altri soggetti quando sia dimostrato, anche sulla base di presunzioni gravi, precise e concordanti, che egli ne è l'effettivo possessore per interposta persona*". Ciò che tuttavia preme sottolineare è che, nonostante l'apparenza, le due disposizioni presentano una differenza sostanziale. Ed infatti, mentre alla disposizione da ultimo richiamata la dottrina maggioritaria attribuisce rilevanza limitatamente alle ipotesi di interposizione fittizia, la disciplina CFC si estende anche verso i profili dell'interposizione reale, coinvolgendo altresì fattispecie caratterizzate da un effettivo rapporto partecipativo tra il soggetto residente ed estero nonché da imputazioni di ricchezza effettivamente volute e non invece occultate agli occhi dell'Amministrazione Finanziaria.

Sul punto CORDEIRO GUERRA R., 2000, *Riflessioni critiche e spunti sistematici sulla introducenda disciplina delle controlled foreign companies (art. 127-bis del Tuir)*, in *Rassegna Tributaria* n. 5; STEVANATO D., 2000, *Controlled foreign companies: concetto di controllo e imputazione del reddito*, in *Rivista di Diritto Tributario* n. 6, pag. 777 ss. secondo il quale "*l'idea posta a fondamento della normativa sulle Cfc, non sembra riconducibile alla volontà di regolare fenomeni di interposizione fittizia, anche perché sarebbe a tal fine risultata sufficiente la*

legislativa ad oggi di numerose e altresì rilevanti modifiche che hanno inciso da un lato sull'ambito applicativo della stessa e dall'altro sugli aspetti procedurali alla medesima connessi.

Da ultimo, la Legge di stabilità per il 2015, il Decreto internazionalizzazione e la Legge di stabilità 2016 sono intervenuti sull'articolo 167 T.U.I.R., innovandone considerevolmente l'assetto normativo.

Ed infatti, per effetto dei menzionati atti legislativi, nuove disposizioni sono previste relativamente ai criteri d'individuazione degli Stati o territori a fiscalità privilegiata, alla procedura dell'interpello, nonché agli obblighi dichiarativi e alle eventuali sanzioni ad essi strettamente legate.

Appare dunque opportuno, alla luce delle modifiche apportate nel corso degli ultimi anni, soffermarsi sui tratti caratterizzanti della normativa prevista dall'ordinamento nazionale, al fine di chiarirne la portata applicativa e di evidenziarne gli eventuali profili di criticità emergenti.

2.2. I presupposti applicativi della disciplina

Come in precedenza sottolineato, l'applicazione della disciplina CFC è subordinata, sin dalla sua emersione legislativa, alla sussistenza di taluni requisiti.

Secondo quanto disposto dall'articolo 167 T.U.I.R infatti, il regime d'imputazione del reddito previsto dalla normativa in parola diviene operativo qualora tra il soggetto residente in Italia, individuato ai sensi del comma 2, e il soggetto residente o localizzato all'estero sussista un rapporto di controllo perfezionato in via diretta o indiretta "*anche tramite società fiduciarie o per interposta persona*".

Ciò che pertanto rileva ai fini della disciplina CFC nazionale è non solo la qualifica del contribuente italiano destinatario della stessa bensì anche l'esistenza di un legame che garantisca di individuare nel soggetto residente il *dominus* dell'attività svolta dalla partecipata e che, conseguentemente, giustifichi l'imposizione diretta in capo al socio del reddito conseguito dal soggetto estero residente o localizzato in uno Stato o territorio a regime fiscale privilegiato, così come definito ai sensi del comma 4, ovvero in uno Stato a fiscalità ordinaria al ricorrere delle condizioni di cui al comma 8-bis.

norma procedimentale di cui al comma 3 dell'art. 37 cit. La società controllata estera non è un "soggetto interposto fittiziamente", o quantomeno questo non è l'assunto da cui muove la normativa in esame".

2.2.1 Il presupposto oggettivo: il controllo

Come già anticipato, l'applicazione della disciplina CFC è subordinata, ai sensi dell'articolo 167, comma 1 T.U.I.R., all'integrazione di un rapporto di controllo, sia esso detenuto direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona, tra l'ente partecipato estero e il soggetto residente in Italia.

Le motivazioni sottese alla scelta operata dal legislatore possono essere facilmente rinvenute altresì alla luce della ratio sottesa al regime in parola, sia che si individui quest'ultima nel contrasto al differimento della tassazione degli utili, sia che si abbracci la tesi secondo cui la tassazione per trasparenza sia volta ad osteggiare pratiche abusive di localizzazione fittizia dei redditi in paradisi fiscali. Invero, a mente del fatto che la disciplina elaborata in materia di imprese estere controllate prevede l'imposizione diretta in capo al socio residente del risultato conseguito dalla partecipata, l'applicazione della stessa, posta la deroga agli ordinari criteri di tassazione, appare giustificabile solo con riferimento a quelle fattispecie nelle quali il soggetto residente, presentandosi effettivamente quale dominus dell'attività svolta dal partecipato estero, si trovi nella condizione di disporre del reddito da quest'ultimo conseguito e quindi di porre in essere pratiche abusive volte all'ottenimento di indebiti vantaggi fiscali. In altre parole, il regime di imputazione del reddito conseguito dalla partecipata estera in capo al socio italiano previsto dalla normativa CFC può trovare legittimazione esclusivamente nelle ipotesi in cui sia integrata una situazione di possesso del risultato prodotto dal soggetto estero tale per cui il soggetto residente, stante il potere di indirizzare le decisioni dell'impresa in merito alla disposizione del reddito, è in grado di attuare quei comportamenti che la disciplina CFC si propone di contrastare, siano esse politiche di tax deferral o di delocalizzazione artificiosa di imponibile in paradisi fiscali. Ciò detto quindi, al fine di non tradire il fondamento giustificativo del regime, il legislatore ha stabilito normativamente che la disciplina in parola debba trovare applicazione solo con riferimento a quelle situazioni in cui il potere di ingerenza del socio residente è tale da permettere allo stesso di incidere, al fine di ottenere un indebito risparmio d'imposta, sulla destinazione del reddito prodotto e, quindi, a quelle situazioni caratterizzate appunto dalla presenza di un legame partecipativo declinabile in un rapporto di controllo.

Quanto alla nozione di controllo prescelta, l'articolo 167, comma 3 T.U.I.R. precisa che *“ai fini della determinazione del limite del controllo di cui al comma 1, si applica l'articolo 2359 del codice civile, in materia di società controllate e società collegate”*, in tal modo ricomprendendo, oltre alla fattispecie del controllo di diritto diretto e indiretto, riconosciuto qualora una società disponga della maggioranza dei voti esercitabile in sede di assemblea ordinaria (art. 2359, comma 1, n. 1), anche l'ipotesi del controllo di fatto, integrato qualora

una società eserciti un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria dell'altra società in funzione dei voti ad essa spettanti (art. 2359, co. 1, n. 2), ovvero in forza di vincoli contrattuali (art. 2359, co. 1, n.3)⁸⁸.

Giova ricordare peraltro che, nonostante il rinvio a questi ultimi casi consenta l'applicazione della disciplina anche in relazione a partecipazioni minoritarie che comunque detengano un potere decisorio nella società estera, imprescindibile resta ai fini dell'imputazione per trasparenza dei redditi la sussistenza in capo al socio residente di una, seppur minima, partecipazione agli utili della controllata. Invero, in mancanza di un diritto di partecipare alla distribuzione degli stessi, anche in presenza della condizione per cui il soggetto residente sia in grado di esercitare un'influenza dominante sulla società estera, venendo meno l'unico driver che permette di determinare la percentuale di reddito della società controllata estera da attrarre a tassazione in capo alla società controllante residente⁸⁹, la disciplina in parola è di fatto inibita.

Opportuni chiarimenti merita inoltre la previsione relativa al controllo indiretto che, si ricorda, può essere detenuto dal soggetto residente *“anche tramite società fiduciarie o per interposta persona”*. Orbene, nonostante gli iniziali dubbi avanzati circa la portata della norma⁹⁰, è da ritenere ormai consolidato l'orientamento secondo il quale il controllo tramite società fiduciarie e per interposta persona non rappresenti una elencazione tassativa bensì un'esemplificazione delle ipotesi integrative del presupposto oggettivo previsto dall'articolo 167 T.U.I.R., ben potendo quindi ricomprendersi tra le stesse, nella prospettiva della verifica del superamento della soglia richiesta, anche il controllo indiretto detenuto per il tramite di altre società⁹¹ o di altri soggetti rispetto ai quali il socio residente si trovi in una posizione

⁸⁸ In dottrina c'era chi considerava preferibile espungere dall'ambito di operatività dell'articolo 167 le ipotesi di controllo di fatto in virtù di particolari vincoli contrattuali poiché, essendo la norma incentrata tutta sull'imputazione al socio pro quota dei redditi della controllata non residente, la stessa presupponeva l'esistenza di un rapporto associativo e di una partecipazione azionaria tra il socio residente e la società estera che il solo vincolo contrattuale non poteva assicurare. Cfr. STEVANATO D., 2000, *Controlled foreign companies: concetto di controllo e imputazione del reddito*, in Rivista di Diritto Tributario fasc. 7-8, pag. 777 ss.

⁸⁹ Cfr. MIELE L., BONTEMPO F., SUR A., FABI T. (a cura di), *Bilancio e Reddito d'Impresa 2017*, II edizione, IPSOA, pag. 1514.

⁹⁰ Non appariva chiaro, infatti, se la partecipazione detenuta *“tramite società fiduciarie o per interposta persona”*, esaurisse i possibili significati dell'espressione controllo detenuto indirettamente o se il controllo indiretto potesse realizzarsi anche in fattispecie diverse da quelle della partecipazione detenuta fiduciarmente o attraverso un soggetto interposto. Cfr. ARDITO F., 2009, Art. 167 (Disposizioni in materia di imprese estere controllate), in TINELLI G. (a cura di), 2009, Commentario al testo unico delle imposte sui redditi, CEDAM, pag. 1432. Sul punto anche STEVANATO D., 2000, *Controlled foreign companies: concetto di controllo e imputazione del reddito*, in Rivista di Diritto Tributario fasc. 7-8, pag. 777 ss.

⁹¹ In merito STEVANATO D., 2000, *Controlled foreign companies: concetto di controllo e imputazione del reddito*, in Rivista di Diritto Tributario fasc. 7-8, pag. 777 ss. il quale rileva due argomenti a favore di questa interpretazione. Il primo è legato al tenore letterale della norma e precisamente sull'introduzione successiva mediante emendamento del termine *“anche”* che sembrerebbe voler ricomprendere ipotesi di controllo indiretto diverse da quelle che si realizzano tramite strutture fiduciarie o soggetti interposti. Il secondo argomento si fonda invece sull'estensione della disciplina CFC alle *“partecipazioni in soggetti non residenti*

dominante⁹². Ai fini dell'applicazione della disciplina di cui all'articolo 167 T.U.I.R. pertanto, assumono rilevanza, anche se non per espressa previsione normativa, le cd. catene partecipative, e cioè le strutture societarie di gruppo formate, oltreché dalla controllante residente in Italia e dal soggetto estero attratto nell'ambito della disciplina in parola, anche da uno o più soggetti intermedi, tra cui sono annoverabili anche le società, residenti in Italia o all'estero diversi dalle società fiduciarie o dai soggetti interposti richiamati dalla norma.

Ciò detto, preme sottolineare che al fine di determinare l'esistenza di un rapporto di controllo indiretto per tramite di uno o più soggetti intermedi, non sembrerebbe potersi tenere conto degli effetti demoltiplicativi derivanti dalle relazioni esistenti all'interno della catena partecipativa. Invero, non essendo operato alcun richiamo al suddetto effetto nell'articolo 167 T.U.I.R. e nemmeno nel decreto attuativo 429/2001, parrebbe doversi propendere per la tesi secondo cui, ai fini dell'individuazione di una situazione di controllo indiretto, si debba prendere in considerazione l'intera partecipazione della controllante nella controllata intermedia e quella di quest'ultima nella società o ente assoggettabile alla norma in parola⁹³. In tal senso quindi, l'applicazione della disciplina CFC sarebbe subordinata alla rilevazione del requisito del controllo ad ogni livello della catena partecipativa.

Diversa dall'ipotesi del controllo indiretto, ma ugualmente foriera di incertezze applicative, è quella del cd. controllo congiunto, integrato allorché due o più soggetti, sommando le loro prerogative come se fossero un'unica entità, sulla base di accordi intercorrenti tra essi, si trovino in una condizione tale da poter incidere, operando appunto congiuntamente per il tramite di un sindacato di voto, sulle decisioni assembleari. Invero, pur ammettendo tale fattispecie inclusa nel novero delle forme di controllo rilevanti ai fini della disciplina in esame, è stato rilevato come debba intendersi escluso che la qualità di controllante possa

relativamente ai redditi derivanti da loro stabili organizzazioni assoggettati ai predetti regimi fiscali privilegiati". Tale circostanza, secondo l'autore, denota la necessità di estendere, conformemente alla ratio antielusiva che permea l'intero provvedimento, la portata della disciplina anche nei casi in cui il controllo del soggetto localizzato nel territorio a fiscalità privilegiata sia detenuto per il tramite di un'altra società. Sulla stessa linea INGRAO G., 2008, *La riforma dell'IRES e la legislazione sulle Controlled Foreign Companies*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Giuffrè, Milano, pag. 266, nota 38. *Contra* MAISTO G., 2000, *Il regime di imputazione dei redditi delle imprese estere partecipate (cd. Controlled foreign companies)*, in *Rivista di Diritto Tributario*, IV, 50 il quale invece, pur non escludendo completamente una diversa lettura della norma, vede nella norma così formulata l'intento di delimitare le forme di partecipazione indiretta a quelle sole poste in essere utilizzando società fiduciarie od altri rapporti giuridici atti a configurare una interposizione, reale o fittizia, di persona.

⁹² Sul punto GAFFURI A.M., 2014, *La disciplina delle CFC*, in DRAGONETTI A., PIACENTINI V. e SFONDRINI A., (a cura di), *Manuale di fiscalità internazionale*, VI edizione, IPSOA, pag. 1567 il quale precisa altresì che ai fini dell'applicazione dell'articolo 167 T.U.I.R. mentre è condizione imprescindibile il controllo del soggetto italiano sul soggetto intermedio, non risulta sempre necessaria "l'instaurazione di un rapporto di supremazia tra quest'ultimo e il soggetto residente nel paradiso fiscale" in quanto "anche una partecipazione quantitativamente modesta nell'impresa localizzata nello stato a bassa fiscalità (...) può essere bastevole, in certe condizioni, a determinare un controllo indiretto da parte della capogruppo residente in Italia".

⁹³ Così GAFFURI A.M., 2014, *La disciplina delle CFC*, in DRAGONETTI A., PIACENTINI V. e SFONDRINI A., (a cura di), *Manuale di fiscalità internazionale*, VI edizione, IPSOA, pag. 1567.

essere riconosciuta a tutti i soci facenti parte del sindacato di voto e come, al contrario, debba propendersi per una soluzione che accordi la suddetta qualità al solo azionista titolare di una posizione dominante all'interno del sindacato stesso⁹⁴.

Vale altresì evidenziare che il controllo congiunto suddetto non è mai riconosciuto in caso di accordo sull'esercizio del voto tra due soggetti entrambi detentori di una partecipazione del 50% nella società⁹⁵. Ciò nonostante il requisito del controllo potrebbe essere in tali casi ugualmente soddisfatto rendendo conseguentemente applicabile la disciplina CFC. Invero, secondo l'interpretazione della stessa Agenzia delle Entrate, nonostante la nozione di controllo delineata dall'articolo 2359 del Codice Civile "*presupponga necessariamente l'esistenza di una situazione in cui un unico soggetto ha la capacità di influire in modo determinante sulle scelte operate da un altro soggetto*", essa "*non esclude in termini assoluti la possibilità che anche in presenza di una partecipazione paritetica alla società (50 per cento ciascuno) sia individuabile una situazione di controllo da parte di uno dei due soci. Infatti, l'ampiezza del concetto di controllo prevista dall'articolo 2359 del cod. civ. richiede necessariamente un'analisi approfondita del complesso dei rapporti intercorrenti tra i soggetti coinvolti al fine di verificare se uno di essi eserciti sull'altro un'influenza dominante in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa*"⁹⁶. In altri termini, benchè non sia esclusa a priori l'integrazione del controllo in ipotesi di partecipazioni paritetiche e sia quindi potenzialmente assoggettabile al regime in parola la rispettiva controllata, risulta comunque imprescindibile a tali fini la rilevazione, effettuata mediante un'analisi volta a verificare i poteri riservati ai soggetti partecipanti al capitale sociale dell'impresa estera, dell'influenza dominante di uno dei due soci anche in forza di vincoli contrattuali, dal momento che, si ricorda, il controllo rilevante ai fini della disciplina CFC sussiste quando il soggetto italiano, in virtù della partecipazione detenuta nel capitale sociale della controllata, ossia di altri rapporti di tipo contrattuale, è in grado di incidere nelle scelte operative, gestionali e strategiche che investono l'impresa estera⁹⁷. Sulla base delle considerazioni sin qui esposte, l'Agenzia delle Entrate, nella stessa sede, si è espressa con particolare riferimento all'ipotesi di una joint venture paritetica, escludendo la possibilità che una fattispecie di questo tipo possa rientrare nel novero delle forme di controllo rilevanti ai fini dell'applicazione della disciplina CFC. Invero, posto che normalmente lo schema contrattuale previsto dalla stessa si

⁹⁴ Sul punto STEVANATO D., 2000, *Controlled foreign companies: concetto di controllo e imputazione del reddito*, in Rivista di Diritto Tributario fasc. 7-8, pag. 777 ss.

⁹⁵ Cfr. BALLANCIN A., 2016, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, CEDAM, pag. 320.

⁹⁶ Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 326/E del 30 luglio 2008.

⁹⁷ Cfr. BARGAGLI M., 2017, *La rilevanza del controllo congiunto ai fini della CFC rule*, EC news-Fiscaltà Internazionale del 24 marzo.

fonda su un'eguale partecipazione dei soci alle decisioni di rilievo della società nonché la ripartizione paritetica della composizione degli organi di governo della stessa, in tali situazioni non sembrerebbe in alcun modo ravvisabile quell'influenza dominante di un soggetto partecipante⁹⁸ tale da integrare la nozione civilistica di controllo e conseguentemente giustificare l'attrazione della fattispecie nel regime previsto dall'articolo 167 T.U.I.R.

Orbene, chiarite le ipotesi in cui risulta verificato il presupposto oggettivo richiesto dalla norma, appare opportuno soffermarsi su altri importanti aspetti ad esso connessi, primo fra tutti il momento rilevante ai fini della verifica della sussistenza dello stesso. Secondo quanto previsto dall'articolo 1, comma 3 del decreto attuativo, il requisito del controllo deve essere determinato con riferimento, similmente alla gran parte degli ordinamenti dotati di una *CFC legislation*, alla data di chiusura dell'esercizio o del periodo di gestione del soggetto estero controllato⁹⁹, non rilevando quindi in alcun modo il periodo di possesso della partecipazione nello stesso¹⁰⁰.

Ad ogni modo, posta l'importanza rivestita dall'individuazione della situazione di controllo al termine dell'esercizio della partecipata ai fini dell'applicazione della disciplina in parola, il decreto attuativo della stessa ha precisato che *“per i comportamenti posti in essere allo scopo del frazionamento del controllo o della perdita temporanea dello stesso ovvero della riduzione dei redditi imputabili, si applicano le disposizioni degli articoli 37, terzo comma, e 37-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600”* e che *“per le*

⁹⁸ È stato altresì rilevato che una struttura societaria di questo tipo e cioè caratterizzata da un eguale peso attribuito ai partecipanti, è volta proprio ad evitare che uno dei due soci possa condizionare autonomamente le scelte della partecipata. Cfr. BALLANCIN A., 2016, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, CEDAM, pag. 321, nota 73.

⁹⁹ Laddove la data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione non sia desumibile né dallo statuto della partecipata né dalle disposizioni generali del Paese estero, la Circolare n. 18 del 12 febbraio 2002 dell'Agenzia ha chiarito che *“ si dovrà fare riferimento alla data di chiusura dell'esercizio fiscale del soggetto residente controllante”*

¹⁰⁰ Sul punto STEVANATO D., 2000, *Controlled foreign companies: concetto di controllo e imputazione del reddito*, in *Rivista di Diritto Tributario* fasc. 7-8, pag. 777 ss. il quale evidenziava come il riferire la "detenzione del controllo" ad un momento puntuale presentasse comunque alcune controindicazioni tra le quali *“il possibile innesco di prassi di stampo elusivo, principalmente cessioni (e successivi riacquisti) di quote di partecipazioni a cavallo d'anno, in modo da far venire meno, proprio alla chiusura del periodo di imposta, il requisito del controllo societario in capo al socio intenzionato ad evitare l'applicazione della normativa sulle Cfc”* e il problema legato alla determinazione di *“quanta parte dell'utile di esercizio della partecipata estera debba essere imputata al socio controllante residente, nell'eventualità che la detenzione di una partecipazione di controllo non si sia protratta per l'intero periodo di imposta”*. L'autore rimarcava inoltre che anche altri commentatori (Cfr. Simoni A., *La determinazione del reddito della controllata estera e gli effetti sul reddito d'impresa del socio residente*, Relazione al Convegno sulle Cfc organizzato da Paradigma a Milano il 30 e 31 maggio 2000), ritenendo inadeguato assumere quale unica data rilevante ai fini dell'integrazione del controllo quella dell'ultimo giorno dell'esercizio della controllata estera, avevano auspicato la previsione di una durata minima della detenzione dello stesso ai fini della soddisfazione del requisito oggettivo della norma.

persone fisiche si tiene conto anche dei voti spettanti ai familiari di cui all'articolo 5, comma 5, del testo unico delle imposte sui redditi"¹⁰¹.

Le disposizioni di cui sopra, oltre a chiarire degli aspetti problematici attinenti alla verifica del requisito del controllo, rispondono altresì alla necessità di ostacolare comportamenti strumentali alla disapplicazione della disciplina per assenza di presupposto e, in particolare, la frammentazione puramente formale delle quote di controllo nonché i fenomeni elusivi realizzati per ottenere la perdita temporanea del dello stesso, quali, ad esempio, le operazioni infrannuali di cessione e riacquisto di partecipazioni tali da far sì che, al momento rilevante del termine del periodo d'imposta, il requisito del controllo non venga integrato e, conseguentemente, non trovi applicazione la disciplina CFC¹⁰².

2.2.2 Il presupposto soggettivo: i soggetti residenti coinvolti nella disciplina e i soggetti controllati esteri.

Quanto ai presupposti soggettivi, il secondo comma dell'articolo 167 T.U.I.R. individua quali destinatari della disciplina in parola i contribuenti, residenti¹⁰³ nel territorio dello Stato, qualificati quali persone fisiche, anche non imprenditori, ovvero quali soggetti di cui agli articoli 5 e 73, comma 1, lettere a), b) e c). Ai sensi dei suddetti articoli rientrano quindi potenzialmente nell'ambito applicativo della disciplina le società di persone ed i soggetti ad essi equiparati, le società di capitali, le società cooperative e di mutua assicurazione, gli enti pubblici e privati che hanno o meno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività

¹⁰¹ Tale ultima previsione è stata oggetto di critiche in ambito dottrinale in quanto volta ad introdurre una discutibile presunzione di controllo societario esercitato attraverso i voti spettanti ai familiari. Cfr. STEVANATO D., 2002, *Il controllo delle «CFC» ed i diritti di voto spettanti ai familiari*, in *Corriere Tributario* n. 16, pag. 1419 ss. il quale riconosce diverse criticità legate alla scelta operata, tra le quali l'eccessiva debolezza dell'elemento legato al rapporto di parentela "per postulare che l'estrinsecazione del diritto di voto si svolga indefettibilmente, all'interno dei nuclei familiari, secondo un disegno unitario ed in base alle direttive impartite da un unico soggetto cui, a questo punto, attribuire la qualità di «controllante»". Con riferimento a quest'ultimo inoltre l'Autore, escludendo la possibilità che il controllo possa essere ascritto al familiare titolare della partecipazione di entità più significativa o a tutti i familiari secondo lo schema del controllo congiunto, evidenzia le difficoltà connesse alla sua individuazione dal momento che il rapporto di familiarità tra le persone si svolge su un piano di reciprocità.

¹⁰² Cfr. MIELE L., BONTEMPO F., SURA A., FABI T. (a cura di), *Bilancio e Reddito d'Impresa 2017*, II edizione, IPSOA, pag. 1517.

¹⁰³ Si ricorda che la nozione di residenza rilevante ai fini della disciplina in parola è quella contenuta nel T.U.I.R. (Cfr. MIELE L., ROLLE G. e RUSSO V., 2011, *Società estere: regime delle CFC ed esteroinvestizione*, Milano, IPSOA, pag. 94). Con riferimento alle persone fisiche quindi si considerano residenti in Italia i soggetti che per la maggior parte del periodo d'imposta alternativamente siano iscritti nelle anagrafi della popolazione residente, abbiano nel territorio dello Stato il domicilio, definito ai sensi dell'articolo 43, comma 1 del Codice Civile, ovvero abbiano nello stesso la residenza, individuata ai sensi del comma 2 del medesimo articolo. Sulla residenza fiscale delle persone fisiche PROCOPIO M., 2016, *L'individuazione della residenza fiscale: un problema ancora aperto*, in *Diritto e Pratica Tributaria* n. 2, pag. 560 ss. Per quanto concerne invece i soggetti diversi dalle persone fisiche, sono da qualificarsi quali residenti, le società e gli enti che per la maggior parte del periodo d'imposta abbiano la sede legale, la sede amministrativa o l'oggetto principale nel territorio dello Stato. Sul tema MELIS G., 2009, *La residenza fiscale delle società*, in *Giur. It.* n. 11.

commerciali. Posto il mancato richiamo alla lettera d) del citato comma 1, articolo 73, restano esclusi dal regime previsto dalla normativa CFC le società e gli enti di ogni tipo, compresi i trust, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato, tra i quali possono quindi annoverarsi le stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti. L'esclusione da ultimo evidenziata trova probabilmente motivazione nel fatto che, qualora si fosse ammessa l'applicabilità della disciplina alle stabili organizzazioni di soggetti non residenti ubicate nel territorio dello Stato, si sarebbe potuto incorrere in un potenziale contrasto tra normative CFC (quella italiana e quella del Paese della "casa madre" della stabile organizzazione) con conseguente doppia imposizione del reddito in capo al medesimo soggetto¹⁰⁴.

Per quanto attiene invece i soggetti partecipati esteri il legislatore, nel tratteggiare i confini della disciplina, riconduce nell'ambito applicativo della stessa ogni impresa, società o altro ente residente o localizzato in uno Stato o territorio a fiscalità privilegiata nonché residente o localizzato in uno Stato diverso da quelli individuati ai sensi dell'articolo 167, comma 4, T.U.I.R. qualora ricorrano le condizioni previste dal comma 8-bis. Per espressa previsione normativa, ai sensi del comma 1, sono inoltre attratte nel regime in parola *“le partecipazioni di controllo in soggetti non residenti relativamente ai redditi derivanti da loro stabili organizzazioni”* assoggettati a un regime fiscale privilegiato così come definito dallo stesso comma 4.

Come si evince da quanto su esposto, la definizione legislativa dei soggetti controllati rientranti nel campo applicativo della norma si presenta particolarmente ampia, tale da potersi altresì ricomprendere soggetti anche diversi dalle società in senso stretto.

Invero, nonostante il riferimento all'impresa appaia in prima analisi ridondante, posto il richiamo effettuato alle società, la formula utilizzata dal legislatore sembra comunque idonea ad attrarre nell'operatività della norma soggetti diversamente qualificabili rispetto alle stesse ma ugualmente esercitanti attività imprenditoriale all'estero. In altre parole l'espressione “impresa” affiancata a quella di “società” sembra essenzialmente volta ad estendere la disciplina in parola a tutti i soggetti, a prescindere dalla relativa forma giuridica, che possano esercitare tale attività fuori dai confini nazionali, tra cui sono quindi da ricomprendersi anche le imprese individuali estere rispetto alle quali il soggetto italiano sia legato da un contratto di

¹⁰⁴ In questo senso CAPOLUPO S., 2002, *Presupposti soggettivi della normativa sulle Controlled Foreign Companies*, in *Il Fisco* n. 7-parte 1, pag. 917 ss. il quale evidenzia altresì come il contrasto non sia comunque affatto risolto qualora la *“CFC sia controllata da un soggetto residente, a sua volta controllato da soggetto residente in uno Stato con normativa CFC”*.

associazione in partecipazione e sia in grado di esercitare una qualche forma di influenza rilevante sulle stesse¹⁰⁵.

Al fine di ampliare ulteriormente lo spettro dei soggetti partecipati esteri destinatari del regime CFC in accordo con le generali finalità antielusive della disciplina in parola, il legislatore, introducendo il riferimento ad ogni "altro ente", individua inoltre una categoria residuale, a chiusura delle ipotesi di applicabilità della norma, nella quale sono da ricomprendersi tutte le forme giuridiche estere, anche se già tassate per trasparenza nello Stato di residenza o localizzazione, non qualificabili come società o impresa¹⁰⁶.

Ciò che preme a questo punto precisare è che, nonostante il tenore letterale dell'articolo 167 T.U.I.R. possa in prima analisi suggerire diversamente, il soggetto estero controllato, sia esso un ente commerciale o non commerciale, deve necessariamente qualificarsi come precettore di un reddito di natura imprenditoriale. Invero, posto che la norma, non fornendo una precisazione in merito, sembrerebbe sancire l'irrilevanza, ai fini dell'applicazione della disciplina in esame, della tipologia di reddito ascrivibile all'ente estero, parrebbe ad una prima lettura della stessa evincersi la possibilità di attrarre nel campo del regime CFC anche un qualsiasi ente produttore di redditi diversi da quello d'impresa.

Se si accettasse l'interpretazione su esposta, tuttavia, mal si concilierebbe con essa la previsione di cui all'articolo 167, comma 6, T.U.I.R. ai sensi del quale, si ricorda, il reddito imputabile al soggetto residente in Italia è sottoposto a rideterminazione secondo le regole stabilite dallo stesso T.U.I.R. per il reddito d'impresa. Ed infatti, qualora si ammettesse l'applicabilità della disciplina in parola ad enti non coinvolti nello svolgimento di alcuna attività commerciale, si procederebbe a quantificare, osservando i precetti stabiliti per i proventi d'impresa, redditi in realtà diversamente qualificabili, con la conseguenza di originare un mescolamento di principi valutativi di difficile attuazione pratica e inaccettabile incoerenza sistematica¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Cfr. MIELE L.,ROLLE G. e RUSSO V., 2011, *Società estere: regime delle CFC ed esteroinvestizione*, Milano, IPSOA, pag. 105. Sul punto anche CIRCOLARE ASSONIME n. 65 del 18 dicembre 2000 nella quale è sottolineato che "il riferimento della norma alle imprese diverse dalle società e dagli enti lascia intendere che fra i soggetti destinatari del regime in esame dovrebbero ricomprendersi anche le imprese individuali" essendo probabilmente la previsione volta a "comprendere nella disciplina in esame anche ipotesi di interposizione non fittizia, caratterizzate comunque da un effettivo rapporto partecipativo del soggetto residente in Italia e da una sua posizione di "dominio" della attività economica dislocata nel paradiso fiscale: si pensi, ad esempio, a ipotesi di associazione in partecipazione nelle quali l'apporto, del soggetto residente in Italia assuma particolare rilievo".

¹⁰⁶ Cfr. Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 23/E, *Ulteriori chiarimenti in materia di Controlled Foreign Companies (CFC) - Risposte a quesiti*, del 26 maggio 2011

¹⁰⁷ Così GAFFURI A.M., 2014, *La disciplina delle CFC*, in DRAGONETTI A., PIACENTINI V. e SFONDRINI A., (a cura di), *Manuale di fiscalità internazionale*, VI edizione, IPSOA, pag. 1563, il quale evidenzia come l'interpretazione su esposta sia contraddetta, oltre che dal richiamato articolo 167, comma 6, T.U.I.R, anche dalla rubrica dello stesso articolo e dalla disciplina contenuta nel D.M. 429/2001 dal quale si evince chiaramente che "l'utile tassabile in Italia per trasparenza è solo quello derivante dal compimento di operazioni di indole commerciale".

Ulteriore problematica attinente alla nozione di ente introdotta nella norma dal legislatore, riguarda la possibilità di sottoporre al regime di cui all'articolo 167 T.U.I.R gli enti non commerciali che, pur ponendo in essere operazioni di natura imprenditoriale, si dedicano principalmente ad attività diverse dalla stessa. Invero, è stato rilevato come l'inclusione di questi soggetti nell'ambito applicativo della disciplina condurrebbe inevitabilmente ad una inaccettabile disparità di trattamento tra i soci degli enti commerciali e quelli degli enti non commerciali posto che a questi ultimi, non esercitando in via principale attività d'impresa, sarebbe precluso l'accesso all'esimente di cui all'articolo 167, comma 5, lettera a), T.U.I.R.

Al fine di ovviare alla criticità su esposta due potrebbero essere le soluzioni: l'introduzione di una previsione volta a consentire ai soci degli enti non commerciali di dimostrare la genuinità delle operazioni commerciali poste in essere nonostante la marginale rilevanza delle stesse o l'esclusione espressa degli enti in parola dal novero dei soggetti esteri partecipati rientranti nel campo applicativo della norma.

Di diverso avviso rispetto a quest'ultima ipotesi pare invece l'Agenzia delle Entrate la quale, esprimendosi nella Circolare 35/E del 2016, afferma che, non essendo l'esercizio di un'attività d'impresa prerequisito oggettivo necessario per annoverare la struttura estera tra quelle suscettibili di soggiacere alla disciplina CFC, *“anche società ed enti non commerciali esteri sono assoggettati alla suddetta disciplina”*.

Nonostante il carattere omnicomprensivo della nozione di ente, dovrebbero comunque dirsi esclusi dall'ambito applicativo della norma gli enti no profit, in relazione ai quali difficilmente può configurarsi la disponibilità dei risultati dell'attività svolta¹⁰⁸, nonché le entità estere che, per loro caratteristiche operative, sono partecipate da una pluralità di investitori non collegati tra loro, seguono politiche d'investimento determinate da criteri e regolamenti sottoposti al controllo delle autorità di vigilanza ovvero sono gestite da soggetti che svolgono professionalmente tale attività in autonomia rispetto ai partecipanti stessi¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Cfr. BALLANCIN A., 2016, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, CEDAM, pag. 324, il quale altresì sottolinea come ancor meno giustificabile apparirebbe l'inclusione nell'ambito applicativo della disciplina degli enti in parola qualora fosse ad essi preclusa l'eterodestinazione degli utili conseguiti anche in caso di scioglimento o liquidazione. In una siffatta situazione infatti, venendo meno la possibilità per il soggetto residente di incidere sulla destinazione degli utili prodotti dall'ente, viene a mancare il requisito primo per l'applicazione della disciplina in parola.

¹⁰⁹ Così la Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 23/E, *Ulteriori chiarimenti in materia di Controlled Foreign Companies (CFC) - Risposte a quesiti*, del 26 maggio 2011 pag.5 nella quale si specifica che detti requisiti sono soddisfatti dai *“fondi cd. armonizzati, amministrati secondo le disposizioni previste dalle direttive 85/611/CEE e 2009/65/CE, nonché da quegli organismi d'investimento collettivo del risparmio (OICR), che pur non essendo conformi alle predette direttive, sono stabiliti in Stati Membri dell'Unione europea o in Stati aderenti all'Accordo sullo spazio economico europeo e comunque ivi assoggettati a forme di vigilanza”*. Esclusi dal novero dei soggetti di cui sopra restano quindi gli organismi d'investimento collettivo del risparmio localizzati in uno Stato o territorio *black list*.

2.3 L'individuazione degli Stati o territori a fiscalità privilegiata

2.3.1. L'articolo 167, comma 4: dalle liste al livello di tassazione nominale

Dall'introduzione della disciplina in materia di imprese estere collegate, avvenuta, si ricorda, con l'adozione della legge 21 novembre 2000, n. 342, numerosi sono stati gli interventi apportati in merito ai criteri d'individuazione degli Stati o territori a regime fiscale privilegiato.

Invero, secondo quanto previsto dall'originaria formulazione della norma, l'identificazione dei Paesi a fiscalità di vantaggio era espressamente demandata ad un decreto del Ministro delle Finanze, al quale era affidato dal legislatore il compito di definire un elenco tassativo degli Stati o i territori a fiscalità privilegiata in ragione del livello di tassazione sensibilmente inferiore rispetto a quello applicato in Italia, della mancanza di un adeguato scambio d'informazioni nonché di altri criteri equivalenti. Recependo le indicazioni fornite in sede legislativa si era provveduto all'emanazione della cd. black list, contenuta nel D.M. 21 novembre 2001, la quale, pur dovendo essere abolita e sostituita da un meccanismo fondato su di una *white list* in seguito alla novella disciplina apportata dalla Legge 24 dicembre 2007, n. 244¹¹⁰, aveva mantenuto la sua efficacia sino all'anno d'imposta 2015.

Invero, con l'emanazione della Legge di stabilità per il 2015, nelle more della pubblicazione del decreto contenente la *white list* e prendendo atto delle difficoltà connesse alla redazione della stessa, il legislatore era nuovamente intervenuto sui criteri d'individuazione degli Stati o territori a regime fiscale privilegiato. Novellando il comma 4 dell'articolo 167 T.U.I.R. infatti, si era stabilito che, ai fini di cui sopra, per "*livello di tassazione sensibilmente inferiore*" dovesse intendersi un livello impositivo inferiore al 50% di quello applicato in Italia e che fossero da considerarsi in ogni caso privilegiati i regimi fiscali speciali, indicati in un elenco non tassativo da un provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate, "*che consentono un livello di tassazione inferiore al 50% di quello applicato in Italia*" ancorché previsti da Stati a fiscalità ordinaria.

Alla luce dei nuovi parametri normativi, posta la necessità di adeguare la lista di cui al D.M. 21 novembre 2001, erano stati emanati, in attuazione della modifica di cui sopra, il D.M. 30

¹¹⁰ Invero, si ricorda, con l'approvazione della Legge finanziaria per il 2008, il sistema incardinato sulla lista negativa avrebbe dovuto essere sostituito da un meccanismo, per così dire "rovesciato", basato sull'individuazione degli Stati o territori a fiscalità privilegiata tramite esclusione da una lista, la c.d. white list, contenente, al contrario di quella vigente, l'elencazione dei Paesi considerati "virtuosi" in base alla presenza di un adeguato scambio d'informazioni e di un livello di tassazione sensibilmente inferiore rispetto a quello applicato in Italia. Non avendo tuttavia mai trovato attuazione l'impostazione di cui sopra per effetto della mancata emanazione del decreto contenente la white list di cui all'articolo 168-bis, hanno continuato, sino alle modifiche introdotte dalla Legge di stabilità per il 2015, ad applicarsi, per espressa previsione legislativa, le disposizioni vigenti al 31 dicembre 2007.

marzo 2015, che aveva rimosso dall'articolo 1 della previgente *black list* Filippine, Malesia e Singapore nonché abrogato l'articolo 3 della stessa, e il D.M. 18 novembre 2015, per mezzo del quale era stata espunta dal novero dei paradisi fiscali anche Hong Kong.

In questo contesto, particolarmente incerto stante gli interventi da ultimo apportati, si sono inserite le modifiche introdotte dapprima dal Decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 147, che, abrogando l'articolo 168-bis, ha sancito il definitivo abbandono del sistema imperniato sulla *white list*, e dipoi dalla Legge di stabilità per il 2016. Ed infatti, in seguito all'approvazione della Legge 28 dicembre 2015, n. 208, le modalità relative all'individuazione dei Paesi a fiscalità privilegiata sono nuovamente state oggetto di revisione¹¹¹.

Abbandonando definitivamente il metodo incentrato sulle liste, siano esse positive o negative, il legislatore ha infatti stabilito, intervenendo sull'articolo 167, comma 4, T.U.I.R., che “*i regimi fiscali, anche speciali, di Stati o territori si considerano privilegiati (a decorrere dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2015) laddove il livello nominale di tassazione risulti inferiore al 50 per cento di quello applicabile in Italia*” .

Eliminato quindi ogni riferimento all'emanazione di provvedimenti amministrativi volti all'individuazione dei regimi fiscali privilegiati¹¹² nonché al criterio dello scambio d'informazioni e agli altri criteri equivalenti, il riconoscimento dei regimi fiscali di vantaggio rilevanti ai fini dell'applicazione della normativa CFC è ora affidato a un parametro univoco quale il livello di tassazione nominale, inferiore al 50% di quello italiano, applicato nello Stato estero¹¹³.

¹¹¹ Il repentino susseguirsi di modifiche alle modalità d'individuazione dei regimi fiscali privilegiati aveva sollevato non pochi dubbi, in particolare con riferimento alla disciplina applicabile nell'anno d'imposta 2015 posto il duplice intervento sulla *black list* di cui al D.M. 21 novembre 2001 operato dal D.M. 30 marzo 2015 e dal D.M. 18 novembre 2015. A far chiarezza sul punto è provvidenzialmente intervenuta la Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 35/E la quale ha precisato che le controllate con esercizio coincidente con l'anno solare residenti uno Stato o territorio espunto in corso d'anno dal D.M. 21 novembre 2001 sono escluse dalla disciplina CFC per l'intero periodo d'imposta 2015, essendo il termine a decorrere dal quale si rende applicabile la stessa il momento di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto partecipato. Resta salva comunque la possibilità che le stesse rientrino nell'ambito applicativo della disciplina stessa per effetto dell'operatività di regimi speciali o del comma 8-bis. Nel caso in cui le controllate di cui sopra avessero invece esercizio con chiusura antecedente all'emanazione dei decreti ministeriali su indicati ai fini dell'applicazione del regime in parola si dovrebbe fare riferimento alla *black list* vigente al momento della chiusura dell'esercizio.

¹¹² La formulazione precedente della norma prevedeva infatti che l'individuazione degli Stati o territori a regime fiscale privilegiato fossero affidata ad un decreto ministeriale mentre l'elenco non tassativo dei regimi fiscali speciali considerati in ogni caso privilegiati doveva essere fornito con Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate.

¹¹³ Per il combinato disposto con l'articolo 167, comma 1, sono da considerarsi in ogni caso esclusi dal novero degli Stati o territori a fiscalità privilegiata “*quelli appartenenti all'Unione europea ovvero aderenti allo Spazio economico europeo con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni*” per i quali risulta comunque applicabile la disciplina CFC ai sensi del comma 8-bis. Al riguardo la Circolare 35/E del 2016 chiarisce che tra Paesi aderenti allo Spazio economico Europeo di cui sopra sia da ricomprendersi, oltre a Islanda e Norvegia, anche il Liechtenstein con il quale l'Unione Europea ha sottoscritto

Nonostante siano evidenti le ragioni di semplificazione sottese all'introduzione di un siffatto tipo di criterio, che permette, consentendo un rinvio mobile al livello impositivo del Paese estero, di individuare in via per così dire automatica il presupposto territoriale rilevante ai fini della disciplina in parola, non si può nascondere come essa, d'altro canto, sollevi non poche perplessità dal punto di vista applicativo.

Ed infatti, il venir meno di una lista tassativa elencante gli Stati o territori a fiscalità privilegiata se da un lato indubbiamente agevola l'Amministrazione Finanziaria, non più ora chiamata a mantenere aggiornato il D.M. 21 novembre 2001, e permette un più rapido adeguamento dell'ambito di applicazione della norma all'evoluzione degli ordinamenti fiscali esteri, dall'altro penalizza il contribuente investendolo di un nuovo gravoso onere. Egli infatti, al fine di stabilire se la controllata estera sia o meno residente in un paradiso fiscale, è ora tenuto, non potendo più fare affidamento su di una *black list*, a monitorare costantemente i regimi fiscali a cui è assoggettata la partecipata e ad effettuare, *case by case*, un confronto tra il livello impositivo nominale subito nello Stato estero e quello che invece è applicato nel suo Stato di residenza.

Nonostante l'Agenzia abbia tentato di sminuire le difficoltà che questa impostazione comporta per il soggetto controllante evidenziando che “*in quanto dominus dell'investimento è in grado di avere piena conoscenza dell'aliquota nominale del Paese di localizzazione della controllata*” e che “*al fine di individuare in maniera agevole i regimi fiscali privilegiati, è possibile consultare le aliquote nominali vigenti sui siti internet istituzionali dei vari ordinamenti esteri oppure nella banca dati dell'OCSE*”, è innegabile come in realtà la costante mappatura fiscale dello Stato estero non sia così agevole come si intende far credere, posto che esso potrebbe anche prevedere, al fine di incoraggiare le iniziative imprenditoriali, incentivi, franchigie ovvero diverse aliquote di tassazione nonché differenti imposte locali per ciascuna delle proprie Regioni o circoscrizioni dotate di autonomia impositiva¹¹⁴. Se a ciò si aggiunge poi il fatto che non sia così scontata la dimestichezza del socio italiano, soprattutto nel caso in cui sia una persona fisica non esercente attività d'impresa, con i siti internet istituzionali delle Amministrazioni finanziarie dei vari Stati esteri o con le banche dati

nel 2015 un accordo sullo scambio d'informazioni fondato sulla base del *Common Reporting Standard* e sull'articolo 26 del Modello di Convenzione Ocse contro le doppie imposizioni.

¹¹⁴ Cfr. BELOTTI R. e QUARANTINI S., 2016, *Disciplina CFC a geometria variabile*, in *Il Fisco* n. 25, pag.2462 ss.

Problematico dal punto di vista applicativo potrebbe inoltre essere il caso in cui lo Stato estero preveda una tassazione progressiva a scaglioni. In tale ipotesi l'Agenzia delle Entrate ha precisato che si debba procedere, al fine di individuare il livello d'imposizione nominale, al calcolo della media aritmetica ponderata delle aliquote vigenti nell'ordinamento estero. Per la ponderazione è altresì individuato un parametro reddituale convenzionale pari a 1 milione di Euro.

dell'OCSE, della Banca mondiale o di altre istituzioni internazionali¹¹⁵, la situazione non può che dirsi ancora più problematica.

Ad ogni modo, al fine di risolvere quantomeno i dubbi sorti relativamente al calcolo del “livello nominale di tassazione” e al significato attribuibile all’espressione stessa, mai precedentemente utilizzata dal legislatore e conseguentemente mai prima sottoposta ad analisi interpretativa, l’Agenzia delle Entrate ha fornito le proprie indicazioni, necessarie ed auspiccate, nella Circolare 35/E del 2016.

Invero, si è evidenziato che, per effettuare il confronto richiesto dalla norma tra i livelli di tassazione nominali, debbono prendersi in considerazione, dal lato estero le imposte sui redditi applicate nell’ordinamento di localizzazione individuate con riferimento alla Convenzione contro le doppie imposizioni vigente, se esistente¹¹⁶, mentre dal lato italiano, l’aliquota IRES, senza considerare eventuali addizionali, e l’aliquota IRAP ordinaria.

Orbene, chiarito che il confronto debba effettuarsi con riferimento alle aliquote nominali “ordinarie”¹¹⁷, perplessità permangono comunque in merito all’individuazione delle imposte rilevanti a tal fine, con particolare riferimento all’inclusione dell’IRAP tra le stesse.

Se è pur vero infatti che l’imposta regionale sulle attività produttive era stata considerata ai fini della stesura della black list di cui al D.M. 21 novembre 2001, peraltro abrogato, ai cui criteri di redazione l’Amministrazione ha ammesso di essersi allineata, non si può non rilevare come l’impostazione adottata appaia in netta controtendenza rispetto ad altri, anche recenti, documenti di prassi. Ed infatti, la stessa Agenzia delle Entrate sia nella Circolare 51/E del 2010 sia nel Provvedimento del 16 settembre 2016, esprimendosi in merito al calcolo del *tax rate* effettivo previsto dall’articolo 167, comma 8-bis, esclude espressamente l’imposta in parola dal novero delle imposte rilevanti per il confronto tra i livelli di tassazione estero e domestico, giustificando tale orientamento “*in considerazione della collocazione della CFC rule nel T.U.I.R.*” nel quale appunto la disciplina dell’IRAP non è contemplata. Posta l’assenza di sostanziali differenze testuali tra il comma 4 e le disposizioni di cui al comma 8-bis, alla quale si aggiungono le criticità rilevate sotto il profilo dell’analisi teleologica della norma¹¹⁸ nonché le difficoltà legate all’individuazione di imposte estere assimilabili

¹¹⁵ Cfr. SCIFONI G., 2016, *L’Agenzia interviene sul restyling delle regole per l’individuazione degli Stati a fiscalità privilegiata*, in *Corriere Tributario* n. 38, pag. 2919.

¹¹⁶ Si precisa inoltre nella stessa sede che a tali fini rilevano anche le “*eventuali imposte di natura identica o analoga intervenute in sostituzione di quelle menzionate espressamente nella medesima Convenzione*”.

¹¹⁷ Attualmente le aliquote ordinarie corrispondono al 24% per l’IRES e al 3,9% per l’IRAP.

¹¹⁸ Cfr. ARGINELLI P. e SILVANI C., 2016, *Cfr, le anomalie dell'Irap nel calcolo del tax rate*, in *Il Quotidiano del Fisco* del 05/10/2016 i quali sottolineano che, l’inclusione dell’IRAP non appare giustificabile “*posto che la disciplina CFC almeno in origine trova il suo fondamento nell’esigenza di contrastare fenomeni di tax deferral dei redditi prodotti all’estero, fenomeno che assai difficilmente può interessare l’IRAP, stante la natura eminentemente territoriale del tributo, e la tendenziale irrilevanza dei dividendi di fonte estera ai fini della determinazione della base imponibile IRAP*”

all'IRAP¹¹⁹, sarebbe quindi apparsa più coerente e meno onerosa per il contribuente l'esclusione della stessa anche al fine della determinazione del livello d'imposizione nominale italiano¹²⁰.

2.3.3. I regimi fiscali “speciali” privilegiati.

A mente del novellato articolo 167, comma 4, T.U.I.R., rilevanza assumono, con riferimento all'individuazione del presupposto territoriale della disciplina in materia di società estere controllate, anche i regimi fiscali speciali i quali, seppur previsti da Stati a fiscalità ordinaria, consentono alla controllata estera di scontare una tassazione particolarmente vantaggiosa rispetto a quella prevista in Italia.

Il riferimento a tali regimi tuttavia, in seguito alle sostanziali modifiche apportate dalla Legge di stabilità 2016 e all'eliminazione della previsione che affidava al Direttore dell'Agenzia delle Entrate il compito di elencarli, seppur non tassativamente, in un proprio Provvedimento, ha sollevato non pochi dubbi con riferimento all'individuazione degli stessi.

In merito, sebbene il dettato letterale del già citato comma 4 sembri parificare il trattamento dei regimi speciali a quello riservato agli ordinari, suggerendo che i primi siano semplicemente un sottoinsieme della più generale categoria dei regimi fiscali privilegiati e come tali individuabili mediante il già esaminato confronto tra il livello d'imposizione estero e domestico, l'Agenzia delle Entrate, discostandosi dall'evidenza normativa, effettua una netta distinzione relativamente agli stessi.

Ed infatti, l'Amministrazione Finanziaria, stante quanto espresso nella già citata Circolare 35/E del 2016, pare attribuire ai regimi fiscali speciali rilevanza propria rispetto al generale criterio individuato per l'identificazione degli Stati o territori a fiscalità privilegiata di cui al comma 4¹²¹, essendo gli stessi considerati quale ipotesi aggiuntiva, rispetto a quella in cui il

¹¹⁹ Cfr. BAGNOLI N., 2016, *Stati a regime fiscale privilegiato: dalle black list al nominal tax rate*, in Rivista di Diritto Tributario supplemento online, la quale evidenzia che affermare la rilevanza dell'IRAP nel caso in esame richiederebbe, per esigenze di omogeneità del confronto, di prendere in considerazione ai fini del calcolo del livello nominale d'imposizione estero anche le imposte astrattamente assimilabili all'imposta regionale sulle attività produttive, con un aggravio non indifferente nell'applicazione della disciplina legato all'individuazione delle stesse.

¹²⁰ A favore della rilevanza dell'IRAP ai fini del confronto tra il livello nominale d'imposizione estero e domestico si potrebbero considerare solo due argomentazioni: l'inclusione della stessa tra le imposte sul reddito che formano oggetto delle Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia e la progressiva convergenza della base imponibile di IRAP e IRES legata da un lato alla graduale inclusione nella base imponibile IRAP del costo del personale e dall'altro ai possibili effetti ai fini IRAP connessi all'eliminazione delle voci straordinarie di conto economico. Cfr. ARGINELLI P. e SILVANI C., 2016, *L'individuazione dei regimi fiscali privilegiati ai fini dell'applicazione della disciplina CFC*, in Rivista di Diritto Tributario, supplemento online. In accordo con l'inclusione dell'IRAP ai fini del computo del livello di tassazione necessario per il confronto CROATTO M. e ARIEMME V., 2016, *Identificazione dei paesi a fiscalità privilegiata, CFC rule e obblighi dichiarativi*, in Il Fisco n. 34, pag. 3263.

¹²¹ Cfr. DE CAPITANI G. e DAL COL M., 2017, *Le nuove CFC: questioni aperte alla luce della recente evoluzione normativa e amministrativa*, in Fiscalità e Commercio Internazionale n. 2, pag. 18 ss. i quali sottolineano come

livello nominale di tassazione nell'ordinamento estero sia inferiore a più della metà di quello italiano, per l'applicazione della disciplina in parola¹²².

Ad ogni modo, stante sempre l'interpretazione fornita in tale sede, al fine di qualificare un regime di questo tipo come privilegiato è necessario che lo stesso presenti congiuntamente due requisiti: deve potersi applicare *“alla generalità dei contribuenti che integrano i requisiti soggettivi o oggettivi richiesti dalla norma istitutiva del regime”* nonché determinare un'agevolazione fiscale strutturale attraverso la riduzione delle aliquote d'imposta applicabili, ovvero la previsione di esenzioni o altre riduzioni della base imponibile idonee, pur non incidendo direttamente sull'aliquota, a ridurre sostanzialmente il prelievo nominale all'estero¹²³.

Posto comunque anche in questo caso l'onere in capo al contribuente di procedere autonomamente all'inquadramento del regime tra quelli da considerarsi privilegiati alla luce delle considerazioni sopra esposte, l'Agenzia fornisce, a chiarimento del dettato letterale, un elenco esemplificativo dei regimi che possono essere inclusi tra quelli considerati quali privilegiati ai fini della disciplina in parola. Nello specifico sono in esso ricompresi i regimi che *“che concedono una riduzione di aliquota rispetto a particolari settori o aree territoriali (zone franche o free zone), ovvero in relazione a determinate attività (come quelle finanziarie, agricole, turistiche) o destinate a particolari categorie di soggetti (ad esempio, le micro imprese o le piccole medie imprese), oppure per un determinato arco temporale (come, talvolta, avviene nella fase di avvio dell'attività), o fino al conseguimento di una soglia minima di reddito imponibile, ovvero ancora quelli che garantiscano la detassazione dei*

l'interpretazione dell'Agenzia abbia di fatto contribuito ad allontanare dal parametro della tassazione nominale i regimi fiscali speciali divenuti quindi criterio autonomo nell'individuazione dell'ambito di applicazione della disciplina.

¹²² Si legge infatti nella Circolare che *“in sostanza, con le modifiche apportate dalla legge di stabilità 2016, a partire dal 1° gennaio 2016 si considerano privilegiati: a) i regimi in cui “il livello nominale di tassazione risulti inferiore al 50 per cento di quello applicabile in Italia”; b) i regimi “speciali”*”.

¹²³ Criticabile appare l'interpretazione estensiva del concetto di “livello nominale di tassazione” operata dall'Amministrazione Finanziaria che considera come speciali anche i regimi di favore nei quali l'imposizione ridotta non dipende formalmente dall'aliquota nominale. Invero, il riferimento ai regimi che *“pur non incidendo direttamente sull'aliquota, prevedono esenzioni o altre riduzioni della base imponibile idonee a ridurre sostanzialmente il prelievo nominale”* introduce un criterio d'individuazione dei regimi privilegiati non previsto in via normativa, posto che la disposizione di cui all'articolo 167, comma 4 aggancia l'individuazione dei paradisi fiscali al solo tax rate nominale, e nemmeno allineato con la *ratio* di semplificazione ad essa sottesa. Cfr. ARGINELLI P. e SILVANI C., 2016, *L'individuazione dei regimi fiscali privilegiati ai fini dell'applicazione della disciplina CFC*, in Rivista di Diritto Tributario, supplemento online. In merito è stato inoltre rilevato come l'individuazione di un siffatto parametro abbia altresì sollevato dubbi circa la reale intenzione dell'Amministrazione. Invero dietro all'inciso *“o altre riduzioni della base imponibile idonee a ridurre sostanzialmente il prelievo nominale”* potrebbe, secondo parte della tax community, nascondersi la volontà dell'Agenzia di rendere necessaria, al fine di scongiurare l'applicabilità della disciplina CFC, una verifica approfondita del livello di tassazione effettiva a cui società controllata è assoggettata. Sul punto e contrariamente a questa ipotesi si vedano DE CAPITANI G. e DAL COL M., 2017, *Le nuove CFC: questioni aperte alla luce della recente evoluzione normativa e amministrativa*, in Fiscalità e Commercio Internazionale n. 2.

redditi derivanti da attività svolte all'estero" e analogamente *"i regimi fiscali che prevedono deduzioni nozionali che, seppur incidendo formalmente sulla base imponibile, si traducono in una riduzione dell'aliquota sul reddito prodotto dalla CFC"*. Sono altresì da parificarsi ai regimi su elencati quelli che comportano abbattimenti dell'aliquota nominale o deduzioni dall'imponibile in forza di accordi conclusi tra il soggetto estero e l'Amministrazione Finanziaria locale o provvedimenti emessi dalla stessa¹²⁴.

2.4. Le circostanze esimenti

Verificata la sussistenza dei presupposti rilevanti ai fini dell'applicazione della disciplina di cui all'articolo 167 T.U.I.R, il reddito conseguito dalla controllata estera è rideterminato e successivamente imputato al socio residente controllante, in proporzione alla quota di partecipazione diretta o indiretta agli utili e indipendentemente dalla distribuzione degli stessi, salva la dimostrazione delle esimenti previste espressamente dal legislatore.

Invero, coerentemente con la finalità antielusiva della disciplina in parola, sin dall'introduzione della stessa, al ricorrere di talune circostanze normativamente individuate e considerate idonee a provare la mancanza di intenti abusivi legati alla struttura estera controllata, al soggetto residente è riconosciuta la possibilità di disapplicare il regime di tassazione per trasparenza dei redditi prodotti dalla partecipata e, quindi, di sottrarsi, inibendo la presunzione legale di percezione del reddito, all'operatività della disciplina CFC, pur ricorrendone i presupposti soggettivi e oggettivi.

L'importanza rivestita dalle condizioni esimenti è, pertanto, più che evidente. Se da un lato infatti esse permettono di delineare più chiaramente i confini applicativi della disciplina in parola, dall'altro rispondono alla necessità di evitare, conformemente a quanto espresso anche in ambito europeo, l'applicazione della stessa a fattispecie che, lungi dall'essere volte all'indebito conseguimento di un vantaggio fiscale, si configurino quali espressioni di un effettivo e genuino esercizio della libertà di stabilimento.

Ciò detto, appare opportuno sin d'ora evidenziare che l'articolo 167 T.U.I.R prevede distinte circostanze esimenti per i diversi ambiti di applicazione della disciplina CFC.

Ed infatti, da un lato, il comma 5 del medesimo articolo contempla le due ipotesi alternative alla dimostrazione delle quali, salva la possibile operatività del successivo comma 5-bis, è subordinata la disapplicazione del regime previsto per le fattispecie di cui al comma 1 e,

¹²⁴ La Circolare precisa inoltre che in caso di fruizione parziale del regime speciale, al fine di verificare l'applicazione della disciplina CFC, è opportuno adottare un criterio di prevalenza che valorizzi l'attività prevalente in termini di ricavi ordinari. Qualora questa sia assoggettata al regime speciale, l'intero reddito è da considerarsi sottoposto a trattamento fiscale di favore, trovando quindi applicazione la norma antielusiva in parola.

quindi, per le partecipazioni in società od enti residenti o localizzati in paradisi fiscali così come definiti dal comma 4, dall'altro, il comma 8-ter contiene la singola esimente, di cui ci si occuperà più avanti, predisposta con riferimento ai soli casi rientranti nella disciplina di cui al comma 8-bis.

2.4.1. La dimostrazione della prima circostanza esimente: il comma 5 lettera a) e il limite contenuto al comma 5-bis.

Precedentemente alle modifiche introdotte dal decreto 78/2009, l'articolo 167, comma 5, lettera a) consentiva di disapplicare la disciplina CFC qualora il soggetto controllante avesse dimostrato, in sede di interpello, lo svolgimento, da parte della controllata residente o localizzata in uno Stato o territorio a fiscalità privilegiata, di *“un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività, nello Stato o nel territorio nel quale ha sede”*¹²⁵. Nonostante il dato letterale della norma evidenziasse come l'obiettivo perseguito dal legislatore fosse chiaramente quello di evitare l'attrazione nel regime di tassazione per trasparenza di quei soggetti che avessero optato per la delocalizzazione dell'attività in funzione di ragioni prettamente economiche e non, quindi, al solo scopo di ottenere un abbattimento del carico fiscale per il tramite di costruzioni artificiali ubicate in Paesi a fiscalità privilegiata, dubbi erano ugualmente sorti¹²⁶, sin dalla prima apparizione dell'esimente, con riferimento all'effettiva portata della stessa dal momento che non risultava evidente quale fosse il significato attribuibile all'espressione *“attività industriale o commerciale”*¹²⁷ presente nella disposizione.

Sul punto, a chiarimento della previsione normativa, era prontamente intervenuto il Ministero dell'economia e delle finanze che, all' art. 5, comma 3, del D.M. del 21 novembre 2001, n.

¹²⁵ Si ricorda che nella formulazione originaria della norma, l'esimente in esame prevedeva che la disciplina di cui all'articolo 127-bis non fosse applicata qualora la società controllata svolgesse principalmente un'attività industriale o commerciale effettiva nel mercato in cui aveva sede. Il riferimento al mercato fu espunto poi nel corso dei lavori parlamentari, ottenendo anche il parere favorevole della dottrina (si veda LUPI R., 2000, *Principi generali in tema di C.F.C. e radicamento territoriale delle imprese*, in Rassegna Tributaria n. 6), e sostituito con la locuzione “Stato o territorio”.

¹²⁶ Si veda LUPI R., 2000, *Principi generali in tema di C.F.C. e radicamento territoriale delle imprese*, in Rassegna Tributaria n. 6; MARONGIU G., 2001, *Imprese estere partecipate: prime riflessioni sulle circostanze escludenti l'imputazione dei redditi ai soggetti controllanti*, in Diritto e Pratica Tributaria n.1;

¹²⁷ L'espressione *“effettiva attività industriale e commerciale”* aveva, sin dalla sua prima apparizione e nelle more del decreto attuativo, sollevato dubbi sul suo significato. In merito LUPI R., 2000, *Principi generali in tema di C.F.C. e radicamento territoriale delle imprese*, in Rassegna Tributaria n. 6, il quale evidenziava come il riferimento all'attività commerciale adottato dal legislatore potesse essere interpretato in due sensi, uno estensivo ricomprendendo tutte le attività così come definite dall'articolo 2195 del codice civile, ed uno più restrittivo, escludendo quindi dall'esimente in parola le attività assicurative e i servizi finanziari. Osservando che sarebbe stata però *“penalizzante, per le società di servizi "immateriali", come quelle bancarie o assicurative, una pregiudiziale inapplicabilità dell'esimente”*, l'autore concludeva prediligendo la soluzione secondo cui l'espressione *“attività commerciale o industriale effettiva”* dovesse essere riferita a qualsiasi attività radicata al territorio e qualificata come tale in base ad esempio all'esistenza di impianti industriali, attrezzature tecniche o di una clientela “locale”.

429, aveva precisato come, al fine di ottenere l'esclusione dall'ambito applicativo della disciplina in esame, il soggetto non residente dovesse svolgere "*effettivamente un'attività commerciale, ai sensi dell' articolo 2195 del codice civile*"¹²⁸, *come sua principale attività nello Stato o nel territorio con regime fiscale privilegiato nel quale ha sede, con una struttura organizzativa idonea allo svolgimento della citata attività oppure alla sua autonoma preparazione e conclusione*". In altri termini quindi, la disapplicazione della normativa CFC era consentita qualora il soggetto controllante fosse stato nelle condizioni di provare che la partecipata estera, avvalendosi della propria struttura organizzata (locali, dipendenti, beni strumentali, ecc.), svolgesse effettivamente un'attività, di cui all'articolo 2195 del Codice Civile, nello Stato di localizzazione attraverso un insediamento territoriale autosufficiente¹²⁹, risultando altresì ininfluenza la circostanza che i beni e servizi forniti da quest'ultimo fossero destinati o meno al solo mercato locale ovvero all'esportazione.

Ciò detto, per effetto del già richiamato decreto 78/2009, la disposizione in parola è stata oggetto di rilevanti modifiche, le quali, non si può negare, hanno contribuito a rendere più stringente l'intera disciplina in materia di imprese estere controllate introducendo, da un lato, una più penetrante dimostrazione circa il radicamento della società partecipata nel Paese estero e, dall'altro, la preclusione, ai fini della disapplicazione del regime CFC, all'accesso alla prima circostanza esimente in presenza di determinate condizioni.

Con riferimento al primo aspetto, l'articolo 13, comma 1, lettera a) del menzionato atto legislativo, novellando il comma 5, lettera a) dell'articolo 167 T.U.I.R., ha provveduto infatti a sostituire il previgente riferimento allo Stato o territorio d'insediamento con una nuova formulazione della norma che impone di dimostrare l'esercizio in via principale da parte della controllata estera di un'attività effettiva "*nel mercato dello Stato o territorio di insediamento*". Per le attività bancarie, finanziarie e assicurative, detta condizione, per espressa previsione del legislatore, si considera soddisfatta qualora la maggior parte di fonti, impieghi e ricavi trovi origine nello Stato di stabilimento¹³⁰.

¹²⁸ L'espresso rinvio presente nell' art. 5 del D.M. n. 429/2001 alle attività di cui all' art. 2195 del codice civile consentiva di estendere la suddetta causa esimente a tutte le attività definite come "commerciali" dallo stesso legislatore, quali pertanto un'attività industriale diretta alla produzione di beni o servizi, un'attività di intermediazione nella circolazione dei beni, un'attività di trasporto per terra, per acqua o per aria, un'attività bancaria e assicurativa nonché altre attività ausiliari alle precedenti.

¹²⁹ Cfr. BERTORELLO G., 2004, *La disciplina CFC: principi generali e nuove prospettive di applicazione*, in Rassegna Tributaria n. 3.

¹³⁰ Non era inizialmente chiaro se al di fuori della circostanza espressamente richiamata - ovvero quando l'origine prevalente di fonti, impieghi o ricavi non è situata nel territorio di insediamento - un'impresa bancaria, finanziaria o assicurativa potesse egualmente dimostrare lo svolgimento di un'attività effettiva nello Stato estero. Sul punto è intervenuta la Circolare 51/E del 2010 specificando che la condizione richiesta dal comma 5, lettera a) si considera soddisfatta qualora la maggior parte di fonti e impieghi tragga origine nello Stato o territorio d'insediamento, restando altresì intesa la possibilità di dimostrare ugualmente l'esimente sulla base di altri elementi. In sostanza, la disposizione avrebbe come obiettivo quello di facilitare la prova che il

Orbene, alla luce del disposto normativo di cui sopra, numerosi erano, e sono tuttora, i dubbi avanzati circa il significato attribuibile all'espressione "*nel mercato dello Stato o territorio di insediamento*", rispetto alla quale il legislatore non si è preoccupato di fornire una propria chiara ed inequivocabile definizione¹³¹. Invero da una prima lettura della disposizione, così come novellata dal decreto legislativo 78/2009, potrebbero essere ricavate differenti interpretazioni, posto che il riferimento al mercato potrebbe infatti essere inteso, da una parte, quale mero rafforzamento dell'esimente già prevista in precedenza¹³², dall'altra, quale espressione della volontà del legislatore di subordinare la disapplicazione del regime CFC alla dimostrazione dello svolgimento di un'attività da parte della società partecipata volta alla collocazione dei beni o servizi nel territorio d'insediamento.

È innegabile peraltro il fatto che un'interpretazione del tipo da ultimo richiamato, rischi di risultare troppo restrittiva e, conseguentemente, di condurre inevitabilmente a poco apprezzabili conseguenze. Ed infatti, stando al solo dato letterale della disposizione, la prima esimente sembrerebbe non richiamabile, ai fini della disapplicazione del regime in parola, da quei soggetti che, pur presentando una effettiva organizzazione autonoma e pur esercitando una effettiva attività di impresa nello Stato estero, non si rivolgano in prevalenza al mercato locale dello stesso o non trovino in esso le proprie fonti di approvvigionamento. Ciò significa che, se avvalorata l'ipotesi di cui sopra, rischierebbero di essere ricondotte nella disciplina anche fattispecie che, nonostante non presentino legami con il mercato del Paese d'insediamento, sono ugualmente radicate in quest'ultimo e, lungi dal sostanzarsi quali costruzioni artificiose volte all'ottenimento di indebiti risparmi d'imposta, sono espressione di un interesse economico effettivo. È evidente a questo punto che una siffatta interpretazione, se accolta, si porrebbe in netto contrasto con gli obiettivi ultimi della disciplina stessa. Ed infatti, se è vero che il regime CFC mira a contrastare situazioni di tipo abusivo poste in essere per tramite di strutture estere allo scopo di delocalizzare fittiziamente i redditi in Stati a bassa fiscalità e quindi di sottrarsi all'imposizione ordinaria dello Stato di residenza, mal si concilierebbe con esso una previsione tale da rendere possibile l'applicazione della tassazione

contribuente è tenuto a fornire, non già quello di restringere ad un'unica ipotesi le dimostrazioni considerate valide ai fini della verifica dello svolgimento di un'attività effettiva nello Stato di localizzazione da parte di un'impresa bancaria, finanziaria o assicurativa. Cfr. BONARELLI P., 2014, *XVI Controlled Foreign Companies: profili critici*, in VALENTE P. (a cura di), 2014, *Elusione fiscale internazionale*, IPSOA, pag. 1425.

¹³¹ Invero, nella nota di lettura n. 48/2009 del Senato, al punto in cui si descrivono le modifiche apportate alla disciplina in parola, è stabilito solo che "*la condizione richiesta alla partecipata estera per la disapplicazione della normativa CFC è quella dell'effettivo radicamento economico del soggetto estero nel territorio di insediamento, mediante attività che abbiano sbocco nel mercato di riferimento*".

¹³² Questo è quanto sosteneva ASSONIME in Note e Studi 15/2009. In accordo con tale interpretazione anche MARINO G., *La presuntuosa disciplina CFC e le incongruenze delle sue esimenti (contributo aggiornato al 13 ottobre 2009)*, in BEGHIN M., MOSCHETTI F., SCHIAVOLIN R., TOSI L. e ZIZZO G. (a cura di), *Atti della giornata di Studi in onore di Gaspare Falsitta*, CEDAM, pag. 588.

per trasparenza anche a realtà economicamente apprezzabili ed idonee ad integrare il requisito del radicamento nel Paese estero, pur non indirizzando i beni o i servizi prodotti dall'effettiva attività svolta al solo mercato locale. Il riferimento al mercato di approvvigionamento o di sbocco, in conclusione, non dovrebbe essere considerato di per sé condizione imprescindibile per la dimostrazione dell'esimente in parola posto il rischio, se diversamente inteso, di tradire, come già evidenziato, la ratio sottesa alla disciplina stessa. In altri termini, coerentemente con le finalità della norma, dovrebbe essere concessa al soggetto residente, intenzionato a disapplicare il regime di trasparenza, la possibilità di invocare l'esimente di cui al comma 5, lettera a) ogniqualvolta sia ravvisabile semplicemente una effettiva connessione con il territorio di insediamento alla luce della esistenza di una struttura organizzativa idonea e dell'esercizio in loco dell'attività di impresa, prescindendo quindi dal mercato al quale i beni o i servizi da essa prodotti sono destinati.

Nonostante le argomentazioni di cui sopra, l'Amministrazione Finanziaria pare essersi orientata diversamente.

Invero, la Circolare 51/E del 2010, confermando peraltro quanto già espresso precedentemente dall'Agenzia¹³³, precisa che *“per la dimostrazione della prima esimente il socio residente nel territorio dello Stato deve provare il radicamento della propria partecipata nel Paese o territorio estero di insediamento, oltre ovviamente alla disponibilità in loco da parte della stessa di una struttura organizzativa idonea allo svolgimento dell'attività commerciale dichiarata, dotata peraltro di autonomia gestionale”*. Secondo l'impostazione adottata quindi, la presenza di una struttura organizzativa nello Stato di localizzazione, non sarebbe più, a differenza di quanto accadeva prima delle modifiche introdotte, elemento sufficiente a provare il radicamento e, quindi, la genuinità della struttura controllata, posto che essa *“dimostra unicamente la presenza fisica della partecipata nel territorio ospitante e non anche che quest'ultima svolge effettivamente in loco un'attività industriale o commerciale”*. Sulla base delle suddette considerazioni ed altresì richiamando ingiustificatamente le posizioni espresse nel merito dalla giurisprudenza comunitaria¹³⁴,

¹³³ Prima dell'entrata in vigore delle modifiche apportate dal decreto 78/2009, in maniera a dir poco irrituale, l'Agenzia delle Entrate si era già espressa nel merito con taluni interventi interpretativi "precursori". Inizialmente con Risoluzione n. 427/E del 10 novembre 2008, riguardante il caso di una partecipata svizzera operante "estero su estero" in veste di intermediario commerciale e dotata in loco di un'apprezzabile struttura organizzativa, l'Agenzia aveva negato l'accesso all'esimente in quanto il radicamento al territorio doveva, secondo la tesi avanzata in tale sede, presupporre necessariamente elementi ulteriori rispetto alla "mera disponibilità in loco di una struttura organizzativa". Tale orientamento era stato poi confermato nelle successive risoluzioni 100/E, 128/E e 165/E del 2009. Sul punto LO PRESTI VENTURA E. e MONTUORI N., 2009, *Le delocalizzazioni di comodo. Inasprimento della disciplina CFC e opportunità dello scudo fiscale-ter*, in Il Fisco n. 40 - parte 1, pag. 6609 ss.

¹³⁴ Invero, l'Agenzia delle Entrate, citando la sentenza Cadbury Schweppes della Corte di Giustizia, opera un collegamento diretto tra il concetto di radicamento e di mercato di approvvigionamento o di sbocco che, oltre

l'Amministrazione, propendendo per un'interpretazione particolarmente restrittiva dell'esimente, delinea una nozione di radicamento incentrata su un collegamento rilevante al mercato di sbocco o al mercato di approvvigionamento, puntualizzando altresì che *“la circostanza che la CFC non si rivolge al mercato locale né in fase di approvvigionamento, né in fase di distribuzione, costituisce un indizio del mancato esercizio da parte della stessa di un'effettiva attività commerciale nel territorio di insediamento”*.

Orbene, alla luce dei chiarimenti forniti dall'Agenzia in questi termini, non si può non rilevare come la posizione assunta dalla stessa sia a dir poco discutibile.

Invero, oltre a discostarsi irragionevolmente dalla volontà del legislatore, che, si ricorda, nella nota di lettura n. 48/2009 del Senato aveva fatto riferimento esclusivamente al mercato di sbocco, l'interpretazione offerta dall'Amministrazione appare altresì carente dal punto di vista della chiarezza nonché poco in linea con quelle che sono le dinamiche insite nell'economia attuale¹³⁵.

Ed infatti, se da un lato risultano assenti specificazioni circa il significato attribuibile ai concetti di mercato di sbocco e di approvvigionamento¹³⁶ richiamati dalla Circolare, dall'altro, l'orientamento espresso in tale sede sembra collidere con le esigenze delle imprese vocate ai mercati internazionali, le quali, in ragione di un contesto economico sempre più

a non essere necessariamente esistente, nemmeno può essere considerato in linea con le conclusioni raggiunte in sede europea. Ed infatti, la Corte di Giustizia, lungi dal richiamare il concetto di mercato, essendo lo stesso *“in una visione europeista (...) non più utilizzabile dal momento che cozzerebbe con l'idea stessa di libera concorrenza e con la ratio delle libertà fondamentali, fondate proprio sull'abbattimento dei limiti nazionali e sul concetto di equipollenza dei sistemi giuridici ed economici degli Stati membri”* (Cfr. MARINO G., *La presuntuosa disciplina CFC e le incongruenze delle sue esimenti (contributo aggiornato al 13 ottobre 2009)*, in BEGHIN M., MOSCHETTI F., SCHIAVOLIN R., TOSI L. e ZIZZO G. (a cura di), *Atti della giornata di Studi in onore di Gaspare Falsitta*, CEDAM, pag. 578) attribuisce al radicamento e, quindi, al legame economico e sociale con il Paese estero ben altro significato. A titolo esemplificativo, potrebbero infatti essere considerati elementi a prova dello stesso il possesso di beni collocati nel Paese, organizzati e strumentali all'esercizio della propria attività o il ricorso alla collaborazione diretta o indiretta di personale residente e appartenente al Paese estero, i quali senza dubbio sono espressione della volontà dell'impresa di, usando le parole della Corte, *“partecipare in maniera stabile e continuativa alla vita economica di uno Stato (...) e di trarne vantaggio”* Si veda sul punto GHISELLI F., 2014, *XVII Controlled Foreign Companies: Aspetti applicativi*, in VALENTE P. (a cura di), 2014, *Elusione fiscale internazionale*, IPSOA, pag. 1471.

¹³⁵ INGRAO G., 2010, D.l. anticrisi e "stretta" sulla normativa CFC: contrasto agli abusi fiscali o miopia del legislatore?, in *Rassegna Tributaria* n. 1, il quale sostiene che *“se è vero che nell'economia attuale le prospettive di mercato sono evidentemente globalizzate, richiedere, per beneficiare dell'esimente, la destinazione dei beni oggetto dell'attività di produzione o di commercio nel territorio di insediamento vuol significare disconoscere in modo palese le dinamiche aziendali dei tempi attuali. Discriminare il regime delle società estere sulla base del mercato di allocazione dei beni e servizi prodotti è in ogni caso non proporzionale agli obiettivi antiabuso che, come più volte evidenziato, la normativa CFC intende perseguire”*

¹³⁶ Sul punto MARINO G., *La presuntuosa disciplina CFC e le incongruenze delle sue esimenti (contributo aggiornato al 13 ottobre 2009)*, in BEGHIN M., MOSCHETTI F., SCHIAVOLIN R., TOSI L. e ZIZZO G. (a cura di), *Atti della giornata di Studi in onore di Gaspare Falsitta*, CEDAM, il quale si chiede se il riferimento al mercato di sbocco debba intendersi nel senso che la *“produzione sia svolta in loco o che le merci siano importate o acquistate in loco o che i servizi resi abbiano come mercato di sbocco lo stesso Stato o territorio di insediamento”* e se per il richiamo invece al mercato di approvvigionamento *“la disapplicazione della disciplina CFC, alla luce della Circolare, dovrebbe transitare per la prova che i fattori produttivi utilizzati per realizzare beni o fornire servizi, siano stati attinti, in via preponderante, dallo Stato di insediamento della società estera”*.

globalizzato, decidono di insediarsi all'estero esclusivamente per acquisire una nuova fetta di mercato e non anche per sfruttare eventuali fenomeni di arbitraggio fiscale¹³⁷. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, ciò che in particolare preme sottolineare è che il fatto di aver ricondotto la dimostrazione dell'esimente in parola alla connessione con il mercato locale dello Stato di insediamento, non solo penalizza la competitività delle società in prevalenza *export oriented* che, espandendosi all'estero per finalità prettamente imprenditoriali e non solo per motivi fiscali, vengono così condizionate nella loro attività, ma rischia anche di disincentivare tutti gli investimenti transfrontalieri in forza delle evidenti difficoltà legate alla prova necessaria per scongiurare la tassazione in Italia dei redditi prodotti all'estero.

Il problema non sembra peraltro risolto alla luce delle precisazioni stante la quale non è escluso, essendo il collegamento al mercato di sbocco o di approvvigionamento del Paese di localizzazione della partecipata un mero "indizio", che la sussistenza del radicamento possa essere riconosciuta anche in presenza di elementi diversi, tra i quali, in primis, le "ragioni economiche-imprenditoriali che hanno portato l'impresa residente a investire nello Stato o territorio a fiscalità privilegiata". Ed infatti, posto che la valutazione circa la rilevanza dei suddetti elementi ai fini della dimostrazione dell'esimente in parola è comunque affidata all'Amministrazione, ben potrebbe quest'ultima, in forza della discrezionalità ad essa riconosciuta, non accogliere o non condividere le logiche imprenditoriali addotte dal contribuente, il quale si troverebbe quindi nella condizione di aver prodotto dei riscontri probatori pressochè inutili sostenendone i relativi oneri invano.

Unica nota positiva rinvenibile con riferimento alle posizioni espresse dall'Amministrazione sembrerebbe dunque a questo punto la previsione, peraltro auspicata in dottrina¹³⁸, secondo cui "il mercato dello stato o territorio di insediamento" non coincide necessariamente con i confini geografici del Paese o territorio in cui la partecipata ha sede: in determinate fattispecie, infatti, la valutazione del "mercato" rilevante della CFC va necessariamente estesa all'area geografica circostante, legata allo Stato di insediamento da particolari nessi economici, politici, geografici o strategici (c.d. area di influenza della CFC)".

Ciò non toglie, ad ogni modo, che, nonostante l'apprezzabile tentativo di rendere meno stringente l'operatività della disciplina conferendo alla nozione di mercato una, seppur minima, più ampia portata, l'esimente in parola, così come restrittivamente interpretata, sia indubbiamente espressione di un vero e proprio stravolgimento della normativa CFC, che, rischiando di colpire, come si è detto, anche realtà produttive dotate di effettiva sostanza economica e totalmente prive di intenti abusivi, appare ora fondata su giustificazioni inedite e

¹³⁷ Cfr. MARINO G., 2011, La nozione di mercato nella disciplina CFC: verso una probatio diabolica?, in Rivista di Diritto Tributario fasc. 12, pag. 1113 ss.

¹³⁸ Cfr. GARUFI S., 2010, La nuova disciplina delle CFC, in Rassegna Tributaria n. 3, pag. 619 ss.

dalla non chiara compatibilità con i principi di fondo della tassazione societaria in un contesto internazionale¹³⁹.

A rendere ancor più problematica l'invocazione dell'esimente di cui all'articolo 167 comma 5, lettera a), che come già più volte sottolineato subordina ora la disapplicazione del regime in parola ad una più penetrante dimostrazione del radicamento della controllata, il più volte richiamato decreto legislativo 78/2009 ha altresì introdotto nell'impianto normativo della disciplina una preclusione espressa all'accesso all'esimente in parola in presenza di determinate condizioni legate alla fonte di reddito conseguito dalla controllata estera.

Invero, ai sensi del comma 5-bis, *“la previsione di cui alla lettera a) del comma 5 non si applica qualora i proventi della società o altro ente non residente provengono per più del 50% dalla gestione, dalla detenzione o dall'investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie, dalla cessione o dalla concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria o artistica, nonché' 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”*.

Ad una prima lettura del dato testuale, il legislatore sembrerebbe aver così introdotto una presunzione di tipo assoluto di “non commercialità” e, quindi, di non genuinità della struttura estera in presenza di redditi perlopiù passivi od anche prodotti per tramite di operazioni fra società appartenenti al medesimo gruppo¹⁴⁰. In altre parole, la norma sembrerebbe avvalorare l'ipotesi tale per cui, essendo le suddette attività, per la particolarità del loro oggetto, facilmente esercitabili in ogni luogo e quindi anche in uno Stato a fiscalità ordinaria, la scelta di stabilire la sede della controllata in un Paese caratterizzato da un livello d'imposizione favorevole risponderebbe, nei casi su indicati, innegabilmente a sole ragioni di risparmio fiscale che, pertanto, mai potrebbero integrare il requisito del radicamento richiesto dalla disciplina al fine di superare la presunzione di non effettività dell'attività svolta.

Una siffatta interpretazione tuttavia solleverebbe non poche criticità.

Ed infatti, escludendo in radice la possibilità per il soggetto residente di avvalersi della prima esimente e impedendo quindi allo stesso di dimostrare l'esercizio di un' effettiva attività d'impresa nel mercato dello Stato d'insediamento seppur in presenza di redditi passivi o derivanti da operazioni infragruppo, si procederebbe, sancendo a priori la fittizietà della

¹³⁹ Cfr. STEVANATO D., 2009, *Lo strumento tributario contro la delocalizzazione produttiva: decreto anticrisi e modifiche alle cfc*, in Dialoghi Tributarî n. 4.

¹⁴⁰ ASSONIME al riguardo rileva in Note e Studi 15/2009 come non sia facilmente coordinabile con la ratio di tale disposizione, che sembrerebbe volta a colpire le attività di mero godimento, prive di contenuto imprenditoriale, l'inclusione delle società che prestano servizi a favore di altre società del gruppo e che sono dotate di una sostanza economica effettiva, di una struttura e di un'organizzazione reale.

fattispecie in esame, ad attrarre nel campo del regime CFC, salva sempre la dimostrazione della seconda esimente, anche realtà non qualificabili come strutture artificiali volte ad ottenere un abbattimento del carico impositivo¹⁴¹. Procedendo in questo senso quindi, si rischierebbe di tradire ancora una volta il fondamento giustificativo della disciplina in parola, che si ricorda, non mira a contrastare la delocalizzazione del reddito in se, ma piuttosto le pratiche abusive poste in essere per tramite della stessa.

A ciò si aggiunga poi il fatto che un orientamento di questo tipo mal si concilierebbe, oltre che con la ratio sottesa alla normativa di cui all'articolo 167 T.U.I.R. e con i precetti costituzionali¹⁴², anche con il principio espresso dalla Commissione europea stando al quale ove sia presunta una costruzione artificiosa il contribuente deve ugualmente essere posto nelle condizioni di fornire una prova contraria. Invero, nel caso in cui l'accesso all'esimente in parola fosse a priori precluso a fronte di una prevalenza di redditi di tipo passivo o derivanti da operazioni con società del gruppo, si arriverebbe a penalizzare ingiustificatamente tutte le strutture che, pur conseguendo proventi di questa natura in uno Stato a fiscalità privilegiata, sono realmente operative, dando origine, conseguentemente, a una condizione tale da eliminare la libertà di scelta riguardo al luogo d'insediamento dell'attività commerciale e, quindi, tale da ledere la libertà di stabilimento sancita e tutelata dal Trattato¹⁴³.

Orbene, consapevole probabilmente delle problematiche su evidenziate, l'Amministrazione Finanziaria, in merito alla previsione di cui al comma 5-bis, ha optato per un'interpretazione meno aderente al dato letterale della norma in parola, lasciando, per così dire, anche in questi casi aperta la strada della disapplicazione della normativa CFC sulla base della prima

¹⁴¹ Si pensi ad esempio alle c.d. holdings "dinamiche" che, oltre a detenere le partecipazioni, intervengono nella gestione delle società partecipate, svolgendo loro dei servizi, quali amministrazione, contabilità, pubblicità e marketing, che necessitano di una minima organizzazione interna e un minimo radicamento territoriale ovvero alle le società finanziarie che acquisiscono le provviste nel territorio di riferimento, in quanto i tassi praticati sono al di sotto di quelli fissati nel Paese di residenza della società madre, e poi li erogano alle società del gruppo secondo le esigenze. Così INGRAO G., 2010, *D.l. anticrisi e "stretta" sulla normativa CFC: contrasto agli abusi fiscali o miopia del legislatore?*, in *Rassegna Tributaria* n. 1.

¹⁴² In merito GAFFURI A.M., 2012, , *Le nuove norme sulle cfc e la libertà di scelta dell'imprenditore riguardo al luogo di svolgimento dell'attività economica*. (contributo aggiornato al 10 dicembre 2009), in BEGHIN M., MOSCHETTI F., SCHIAVOLIN R., TOSI L. e ZIZZO G. (a cura di) , *Atti della giornata di Studi in onore di Gaspare Falsitta*, CEDAM, pag. 563 ss. il quale evidenzia due aspetti in particolare contrari all'articolo 53 della Costituzione e, segnatamente, la lesione del principio della capacità contributiva e la situazione discriminatoria generata allorché non sia ammesso il ricorso all'esimente in esame in certe ipotesi, nonostante la presenza nel territorio dello Stato a bassa fiscalità di un'effettiva entità produttiva, e sia permesso invece in altre, anch'esse caratterizzate dall'esistenza di una concreta struttura aziendale.

¹⁴³ Sul punto A.M. GAFFURI, 2012, , *Le nuove norme sulle cfc e la libertà di scelta dell'imprenditore riguardo al luogo di svolgimento dell'attività economica*. (contributo aggiornato al 10 dicembre 2009), in BEGHIN M., MOSCHETTI F., SCHIAVOLIN R., TOSI L. e ZIZZO G. (a cura di) , *Atti della giornata di Studi in onore di Gaspare Falsitta*, CEDAM, pag. 564; BALLANCIN A., 2010 , *Osservazioni a margine di una sentenza di merito in tema di incompatibilità della disciplina CFC con le Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni. Ulteriori riflessioni sul rapporto tra la novellata normativa CFC ed il diritto comunitario*, *Rivista di Diritto Tributario*, fasc.3, p. 161 ss.

esimente a fronte dell'introduzione di criteri più stringenti rispetto a quelli generalmente applicabili con riferimento alla disciplina prevista per le controllate residenti in paradisi fiscali.

Ed infatti, rilevato che, qualora una partecipata estera si trovi nelle condizioni di cui al comma 5-bis, il rischio di abuso è potenzialmente più elevato e chiarito che *“i limiti introdotti dal comma 5-bis in esame vanno visti quali soglie al superamento delle quali si presume – salvo prova contraria - che la partecipata estera sia una società senza impresa”*, l'Agenzia delle Entrate subordina la disapplicazione del regime CFC non solo ad un'ordinaria verifica circa lo svolgimento di un'effettiva attività nel mercato dello Stato o territorio d'insediamento, ma anche alla *“la mancanza – nel caso specifico - di intenti o effetti elusivi finalizzati alla distrazione di utili dall'Italia verso Paesi o territori a fiscalità privilegiata”*. In tal senso quindi, pur riconoscendo la necessità, esplicitata dal legislatore, di rafforzare il contrasto alla delocalizzazione dei redditi di tipo passivo per il tramite di *“società senza impresa”*, l'Amministrazione Finanziaria, discostandosi da quanto il testo della disposizione sembra suggerire, conferisce alla stessa, come peraltro auspicato¹⁴⁴, natura di presunzione relativa, accordando al soggetto residente la possibilità di fornire sempre prova della genuinità della struttura societaria estera, seppur rafforzata e, quindi, più gravosa rispetto al caso in cui sia invocata la prima esimente in assenza di una prevalenza di *passive income*.

Ora, se non può che dirsi apprezzabile l'apertura dimostrata rispetto al dato normativo, dubbi permangono con riferimento all'operatività del comma 5-bis in ipotesi di partecipate estere i cui proventi passivi derivino dallo svolgimento di un'attività caratteristica, come ad esempio l'attività bancaria o assicurativa.

Invero, sebbene non si possa negare che i proventi delle suddette attività siano riconducibili alla *“gestione, alla detenzione e all'investimento in titoli, crediti e altre attività finanziarie”* e quindi potenzialmente rilevanti ai fini della disposizione in esame, vero è che essi, lungi dal configurare una situazione di gestione passiva di asset, sono frutto di un'attività imprenditoriale che per sua natura genera proventi di questo tipo e, pertanto, di un'effettiva attività oggettivamente commerciale. Ciò detto quindi, nonostante il comma 5-bis faccia espressamente riferimento alle attività di tipo finanziario, non sembrerebbe minimamente

¹⁴⁴ ASSONIME, Note e Studi 15/2009 auspicava infatti una lettura non restrittiva della disposizione al fine di evitare che fossero ingiustamente colpite società effettivamente operative. Nello specifico *“la norma dovrebbe essere letta come semplice inversione dell'onere della prova, volta a far gravare sul contribuente la necessità di dimostrare in modo più specifico che, al di là dei dati quantitativi, gli active income, generati da una attività qualificata di creazione di ricchezza, prevalgono sulle componenti passive. O, comunque, dovrebbe essere possibile fornire la prova che, ciò nonostante, non si “consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori” a regime fiscale privilegiato”*. Ciò anche in considerazione del fatto che sono incluse nelle attività produttive di passive income fattispecie, quali i servizi infragruppo, che in re ipsa non sempre hanno siffatte caratteristiche

ragionevole, anche alla luce della ratio della disciplina stessa¹⁴⁵, inasprire la prova dell'esimente di cui al comma 5, lettera a) per quelle fattispecie che, in assenza di una oggettiva e riscontrata forma di abuso, fondino il proprio business e quindi la propria attività tipica su redditi di tipo passivo.

In ipotesi quindi di attività bancarie, finanziarie e assicurative, non dovrebbe trovare applicazione il comma in esame stante il fatto che i proventi da essi generati non sono riconducibili alla categoria dei "*passive income*" intesi dal legislatore quali risultato di un mero sfruttamento di asset di per sé produttivi di redditi ma derivano dal concreto esercizio di un'attività economicamente apprezzabile.

Alla medesima conclusione conduce peraltro la stessa formulazione dell'articolo 167 T.U.I.R al punto in cui, al comma 5, lettera a), consente alla controllante residente, relativamente alle società che svolgono le attività di cui sopra, di invocare la prima esimente allorquando "*la maggior parte delle fonti, degli impieghi e dei ricavi originano nello Stato o territorio d'insediamento*". Ed infatti, se si propendesse per un'interpretazione diversa da quella su esposta e quindi se si accogliesse la tesi secondo cui per le attività caratteristiche di tipo finanziario dovrebbe essere preclusa la dimostrazione della prima esimente, si giungerebbe inevitabilmente ad un risultato contraddittorio, dal momento che diverrebbe pressochè inutile la previsione del già menzionato comma 5, lettera a), ultimo periodo.

Al riguardo comunque la Circolare n. 51/E del 2009 non si esprime, non riconoscendo dunque alcuna espressa forma di esclusione, in via preliminare e generalizzata, per i redditi derivanti dall'attività bancaria, assicurativa o finanziaria caratteristica¹⁴⁶. Ciò nonostante, la facoltà di accedere all'esimente sembrerebbe ugualmente garantita dal momento che "*ai fini della disapplicazione del comma 5-bis in commento, potrà, tra l'altro, essere tenuta in considerazione la circostanza che determinate attività (ad esempio, di gestione finanziaria) – ritenute dal legislatore potenzialmente produttive di passive income - vengano svolte o meno nell'ambito del c.d. core business*".

¹⁴⁵ Ammesso infatti che la finalità della disposizione in esame sia quella di colpire attività prive di contenuto imprenditoriale e che quindi l'inasprimento dell'onere probatorio potrebbe essere giustificato solo con riferimento alle "società senza impresa" che essenzialmente svolgono un'attività di sfruttamento passivo di asset, evidente è che non possano essere attratte nel computo della soglia prevista dal comma 5-bis dell'articolo 167 i proventi derivanti dallo svolgimento di un'attività tipica o caratteristica. Cfr. GHISELLI F., 2014, *XVII Controlled Foreign Companies: Aspetti applicativi*, in VALENTE P. (a cura di), 2014, *Elusione fiscale internazionale*, IPSOA, pag. 1479.

¹⁴⁶ Cfr. BONARELLI P., 2011, *L'attività bancaria nel nuovo regime cfc*, in *Fiscalità e commercio internazionale* n. 3.

2.4.2. La dimostrazione della seconda circostanza esimente.

Alternativamente¹⁴⁷ all' esimente di cui all'articolo 167, comma 5, lettera a), T.U.I.R., il soggetto controllante residente, al fine di ottenere la disapplicazione della disciplina e, quindi, del regime di trasparenza da essa previsto, ha la possibilità di dimostrare che *“dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori a regime fiscale privilegiato di cui al comma 4”* e, quindi che la collocazione dell'impresa controllata in quel determinato Stato o territorio caratterizzato da un livello di tassazione di favore non è volta a una riduzione artificiosa del carico impositivo ma, al contrario, risponde a precise modalità operative.

Stando al dato letterale della norma tale condizione, necessaria per scongiurare la tassazione per trasparenza del risultato prodotto dalla partecipata, dovrebbe pertanto essere soddisfatta nel momento in cui il socio residente in Italia sia in grado di dimostrare che il reddito conseguito dal soggetto estero abbia subito un prelievo d'imposta, anche in uno Stato diverso da quelli a regime fiscale privilegiato, tale da risultare il suddetto prelievo concorrente rispetto a quello operato nello Stato a fiscalità privilegiata in cui il soggetto estero è residente o localizzato¹⁴⁸ e da garantire quindi una tassazione complessiva congrua. In questa prospettiva, ad esempio, si potrebbe dunque provare che l'impresa controllata realizzi redditi al di fuori del territorio in cui è localizzata e su quei redditi sconti già un prelievo fiscale in misura ordinaria o alternativamente che il soggetto partecipato sia stato costituito in conformità alle leggi vigenti in uno Stato a regime fiscale privilegiato, ma abbia stabilito altrove la propria sede di direzione, con l'effetto di risultare assoggettato ad imposta sui redditi solo in quest'ultimo Stato¹⁴⁹.

Orbene, su questa linea sembra essersi mosso anche il decreto 429/2001, secondo il quale ricorrerebbe la circostanza di cui al comma 5, lettera b) qualora la partecipata estera abbia conseguito redditi *“in misura non inferiore al 75 per cento in altri Stati o territori diversi da quelli di cui all'articolo 127-bis, comma 4, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, ed ivi sottoposti integralmente a tassazione ordinaria”* o, con riferimento alla stabile organizzazione ubicata in un paradiso fiscale, qualora i redditi da essa prodotti risultino *“sottoposti integralmente a*

¹⁴⁷ L'alternatività richiamata dal comma 5, articolo 167 T.U.I.R. va intesa, come chiarito già dalla Circolare 18/E del 2002, nel senso che *“è sufficiente (...) dimostrare anche una sola delle riferite cause di disapplicazione”* al fine di ottenere la disapplicazione della disciplina in parola.

¹⁴⁸ Cfr. MIELE L., BONTEMPO F., SURA A., FABI T. (a cura di), *Bilancio e Reddito d'Impresa 2017*, II edizione, IPSOA, pag. 1547 con riferimento alla Risoluzione 276/E del 9 agosto 2002.

¹⁴⁹ Cfr. MIELE L., ROLLE G. e RUSSO V., 2011, *Società estere: regime delle CFC ed esteroestivazione*, Milano, IPSOA, pag. 157 i quali evidenziano anche la possibilità che la condizione esimente sia soddisfatta anche nel caso di una società che, pur essendo residente in un Paese a regime fiscale privilegiato, operi per il tramite di una stabile organizzazione altrove localizzata ed alla quale siano imputati redditi ivi integralmente tassati.

tassazione ordinaria nello Stato o territorio in cui ha sede l'impresa, la società o l'ente partecipato".

Invero, le due fattispecie identificate, in relazione alle quali l'intento di localizzare i redditi in un Paese a bassa fiscalità allo scopo di ottenere un risparmio d'imposta non può certamente dirsi configurato, non dovrebbero considerarsi tuttavia esaustive, dovendo infatti essere riconosciuta al contribuente la possibilità di dimostrare con altri mezzi che sui redditi prodotti all'estero sia stato scontato un prelievo fiscale non agevolato¹⁵⁰.

Ciò nonostante, la stessa Agenzia delle Entrate aveva inizialmente dimostrato una certa cautela nell'interpretare la disposizione di cui sopra¹⁵¹, inibendo di fatto la concessione dell'esimente in parola ai casi diversi da quelli espressamente considerati dal decreto attuativo e determinando, conseguentemente, un' applicazione piuttosto limitata della stessa¹⁵².

Fortunatamente l'impostazione originariamente adottata, ha subito nel corso degli anni un apprezzabile mutamento, che ha altresì condotto l'Amministrazione ad abbracciare una linea di pensiero meno stringente rispetto alle casistiche idonee a integrare la condizione di cui all'articolo 167, comma 5, lettera b), T.U.I.R.

Ed infatti, già nella Circolare 51/E del 2010, confermando che *"le ipotesi di disapplicazione in base alla seconda esimente previste dal D.M. 21 novembre 2001, n. 429 devono considerarsi menzionate a titolo esemplificativo e non esaustivo"* e predisponendo altresì delle ipotesi chiarificatrici circa la portata della norma stessa¹⁵³, l'Agenzia aveva rilevato che *"ai fini del riconoscimento dell'esimente in esame, assume rilevanza il carico fiscale complessivamente gravante sul gruppo societario in relazione ai redditi prodotti da una CFC appartenente al medesimo gruppo"*. Nello specifico, era da considerarsi l'esimente in esame, in linea di principio, soddisfatta quando il tax rate effettivo complessivamente scontato sui redditi prodotti dalla partecipata risultasse congruo¹⁵⁴ rispetto al livello di imposizione vigente

¹⁵⁰ INGRAO G., 2008, *La riforma dell'IRES e la legislazione sulle Controlled Foreign Companies*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Giuffrè, Milano, p. 265, nota 33.

¹⁵¹ Sulle posizioni assunte dall'Agenzia si veda MIELE L., 2010, *Le esimenti per il regime cfc*, in *Corriere Tributario* n. 42, pag. 3449.

¹⁵² Cfr. ROLLE G., 2010, *La disapplicazione della disciplina Cfc nella circ. n. 51/E*, in *Il Fisco* n. 43, pag. 1-6995.

¹⁵³ L'Agenzia riteneva che la circostanza di cui al comma 5, lettera b) ricorresse qualora la partecipata estera avesse *"prodotto direttamente redditi di fonte estera, in misura non inferiore al 75 per cento del totale, tramite, ad esempio, una stabile organizzazione o in virtù del possesso di cespiti immobilizzati, localizzati e sottoposti a tassazione fuori dagli Stati o territori a fiscalità privilegiata"* o *"pur avendo la sede legale in un Paese o territorio black list, svolgesse esclusivamente la propria principale attività, ovvero fosse fiscalmente residente ovvero avesse la sede di direzione effettiva in uno Stato non compreso nella black list, nel quale i redditi da essa prodotti fossero integralmente assoggettati a tassazione"* o, ancora, fosse *"localizzata in uno Stato o territorio diverso da quelli a fiscalità privilegiata e opera in un tax haven mediante una stabile organizzazione, il cui reddito è assoggettato integralmente a tassazione ordinaria nello Stato di residenza della casa madre"*.

¹⁵⁴ Tale congruità peraltro, non era necessariamente valutata con esclusivo riferimento alla tassazione nominale prevista dall'ordinamento italiano, ben potendo essere individuata anche in relazione all'imposizione

nel territorio dello Stato e, contestualmente, fossero provate, mediante la presentazione di una documentazione idonea, la sistematica distribuzione verso l'Italia dell'utile proveniente dalla controllata¹⁵⁵ nonché l'assenza di finalità elusive legate alla creazione della struttura societaria comprensiva della stessa.

Sul punto, nonostante non siano intervenute nel tempo modifiche normative all'esimente in parola, l'Agenzia è peraltro tornata ad esprimersi anche nella recente Circolare 35/E del 2016, ivi fornendo ulteriori chiarimenti circa le condizioni necessarie ai fini del riconoscimento della stessa in sede di disapplicazione della disciplina CFC.

In particolare, confermando ed adattando preliminarmente le esemplificazioni già riportate nella Circolare 51/E del 2010 alla formulazione attuale del comma 4¹⁵⁶, si precisa nel più recente documento di prassi come l'esimente di cui al comma 5, lettera b) possa essere invocata qualora il carico fiscale della controllata estera sia almeno pari al 50% di quello che sarebbe stato scontato in Italia. In altri termini, la dimostrazione dell'esimente in parola, secondo l'interpretazione fornita dall'Agenzia, presuppone un giudizio di congruità effettuato per il tramite di un confronto tra il tax rate effettivo della società estera¹⁵⁷, calcolato tenendo conto dell'imposizione complessivamente subita dalla partecipata sui redditi prodotti anche in

fiscale effettiva che l'utile della controllata avrebbe subito qualora la stessa fosse stata localizzata nel territorio dello Stato.

¹⁵⁵ Invero, la distribuzione sistematica dei dividendi da un lato rafforzerebbe la dimostrazione della carenza di intenti elusivi, dall'altro immetterebbe l'utile prodotto dalla CFC in circuiti totalmente accessibili all'Amministrazione finanziaria italiana ai fini dell'acquisizione delle relative informazioni. È stato tuttavia rilevato che una siffatta interpretazione sembrerebbe orientata a restringere l'operatività dell'esimente in parola introducendo altresì di fatto una dimostrazione non espressamente prevista a livello normativo. Cfr. BONARELLI P., 2014, *XVI Controlled Foreign Companies: profili critici*, in VALENTE P. (a cura di), 2014, *Elusione fiscale internazionale*, IPSOA, pag. 1421.

¹⁵⁶ Secondo quanto chiarito dall'Agenzia l'esimente, a seguito delle modifiche intervenute nei criteri d'individuazione dei regimi fiscali privilegiati, è riconosciuta quando la controllata *"gode di un regime fiscale privilegiato ai sensi dell'articolo 167, comma 4 del TUIR, nella versione rispettivamente vigente negli esercizi 2015 e dal 2016 in poi, ma oltre il 75 per cento dei suoi redditi sono prodotti in Stati o territori non privilegiati e sono ivi assoggettati a imposizione ordinaria senza godere di regimi speciali; oppure gode di un regime fiscale privilegiato ai sensi dell'articolo 167, comma 4 del TUIR, nella versione rispettivamente vigente negli esercizi 2015 e dal 2016 in poi, ma svolge esclusivamente la propria principale attività, ovvero è fiscalmente residente ovvero ha la sede di direzione effettiva in uno Stato o territorio a regime fiscale non privilegiato, nel quale i redditi da essa prodotti sono integralmente assoggettati a tassazione, senza godere di regimi speciali; oppure è residente in uno Stato o territorio non privilegiato, senza godere di regimi speciali, ma opera in un ordinamento fiscale privilegiato, secondo la definizione dell'articolo 167, comma 4, del TUIR, nella versione rispettivamente vigente negli esercizi 2015 e dal 2016 in poi, mediante una stabile organizzazione, il cui reddito è assoggettato integralmente a tassazione ordinaria nello Stato di residenza della casa madre"*.

¹⁵⁷ Il tax rate in parola è dato dal rapporto tra la somma delle imposte scontate dalla società controllata sui redditi prodotti, a prescindere dallo Stato d'imposizione, e l'utile ante imposte risultante dal bilancio della stessa.

Stati diversi da quelli ove la controllata estera è localizzata, e la metà dell'aliquota nominale italiana ovvero, in caso di fallimento di questo test, della tassazione virtuale domestica¹⁵⁸.

2.5. La disciplina di cui all'articolo 8-bis: l'estensione della disciplina CFC ai Paesi a fiscalità non privilegiata

In seguito all'emanazione del Decreto legislativo 78/2009, l'ambito di applicazione della disciplina CFC, precedentemente riservata alle sole partecipate residenti o localizzate in Stati o territori a fiscalità privilegiata, è stato esteso a tutti gli altri soggetti controllati, ovunque residenti, al verificarsi di talune condizioni considerate dal legislatore quali indicatori della sussistenza di potenziali pratiche abusive e, quindi, quali elementi idonei ad intercettare le delocalizzazioni poste in essere al solo fine di ottenere indebiti vantaggi fiscali¹⁵⁹.

Ed infatti, ai sensi dell'articolo 167, comma 8-bis, sono attratti nel regime di tassazione per trasparenza previsto dal medesimo articolo anche i soggetti localizzati in Stati o territori diversi da quelli aventi un regime fiscale privilegiato, qualora, congiuntamente, essi siano *“assoggettati a tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella a cui sarebbero stati soggetti ove residenti in Italia”* e abbiano conseguito *“proventi derivanti per più del 50% dalla gestione, dalla detenzione o dall'investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie, dalla cessione o dalla concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria o artistica nonché 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”*.

Alla luce di quanto sopra, quindi, è chiaro come l'operatività della disciplina in parola con riferimento alle controllate estere localizzate in Stati a fiscalità ordinaria, compresi gli Stati appartenenti all'Unione europea nonché quelli aderenti allo Spazio economico europeo, con i quali sussista un accordo sull'effettivo scambio di informazioni, non sia automatica ma richieda, contemporaneamente, la sussistenza di due requisiti, di cui uno inerente al livello

¹⁵⁸ Ciò significa quindi che la dimostrazione dell'esimente presuppone che il tax rate effettivo estero sia confrontato preliminarmente con l'aliquota nominale italiana. Se esso risulta superiore al 50% della stessa l'esimente si considera dimostrata, in caso contrario è necessario procedere al raffronto tra il tax rate estero e il livello d'imposizione che la controllata avrebbe subito qualora fosse stata residente in Italia. Nell'eventualità in cui quest'ultimo risulti inferiore al livello di tassazione effettivamente scontato all'estero la condizione prevista dall'esimente non può che considerarsi integrata. Si ritiene altresì che per il calcolo dell'aliquota virtuale italiana possano valere le stesse precisazioni rese per la determinazione del tax rate (virtuale) domestico prevista per il confronto richiesto dalla lettera a) del comma 8-bis di cui si dirà *infra*. Cfr. MIELE L., BONTEMPO F., SURA A., FABI T. (a cura di), *Bilancio e Reddito d'Impresa 2017*, II edizione, IPSOA, pag. 1548.

¹⁵⁹ Cfr. BALLANCIN A., 2009, *Osservazioni a margine di una sentenza di merito in tema di incompatibilità della disciplina cfc con le convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni. ulteriori riflessioni sul rapporto tra la novellata normativa cfc ed il diritto comunitario*, in *Rivista di Diritto Tributario* fasc. 3, pag. 161 ss.

d'imposizione al quale le stesse sono assoggettate e l'altro alla composizione dei proventi da esse conseguiti.

Relativamente al primo aspetto, si evidenzia innanzitutto come la formulazione della norma, ispirata al modello del "*comparable tax approach*", renda necessario, ai fini della stessa, il raffronto tra la tassazione effettiva subita all'estero e quella "virtuale" che sarebbe stata applicabile qualora il presupposto del prelievo fiscale fosse stato posto in essere entro i confini nazionali, non rilevando pertanto, come invece previsto dal comma 4 relativamente all'individuazione dei regimi fiscali privilegiati, il livello nominale d'imposizione.

Necessaria ai fini della verifica del superamento o meno della soglia rilevante del 50% prevista dalla disposizione in esame, è pertanto, *in primis*, la determinazione dei termini necessari per il confronto, specificatamente individuati nel tax rate effettivo estero, ossia nel rapporto tra l'imposta estera corrispondente al reddito imponibile e l'utile prima delle imposte, e nel tax rate virtuale domestico, definito invece come rapporto tra l'imposta che la controllata avrebbe pagato in Italia, corrispondente al reddito imponibile rideterminato secondo le disposizioni nazionali in materia di reddito d'impresa, e l'utile ante imposte risultante dal bilancio della stessa.

Al fine di agevolare la suddetta determinazione, ai sensi di quanto espressamente previsto dallo stesso comma 8-bis così come modificato dal Decreto 147/2015, il Direttore dell'Agenzia delle Entrate ha provveduto a fornire dei criteri per definire, con modalità semplificate, i livelli d'imposizione rilevanti ai fini della disposizione in esame. Ed infatti, con l'emanazione del Provvedimento del 16 settembre 2016, superando in parte le precedenti precisazioni avanzate con la circolare 51/E del 2010 e con la successiva Circolare 23/E del 2011¹⁶⁰, da un lato, sono state individuate le imposte estere e domestiche da considerare per la determinazione dei corrispondenti *tax rate*, dall'altro sono stati disciplinati gli aspetti peculiari relativi al calcolo degli stessi.

In particolare, con riferimento alla tassazione virtuale domestica, è disposto che rilevino solo l'IRES e le sue eventuali addizionali, al lordo di eventuali crediti d'imposta per i redditi prodotti in Stati diversi da quello di localizzazione della controllata¹⁶¹. È altresì stabilito che il calcolo della stessa debba avvenire innanzitutto partendo dai dati risultanti dal bilancio di esercizio o dal rendiconto della controllata, redatti secondo le norme dello Stato di

¹⁶⁰ Si rileva che i suddetti documenti di prassi, pur offrendo i chiarimenti attesi in merito, avevano contribuito a tracciare un quadro particolarmente complesso per il contribuente che era infatti, sulla base delle indicazioni fornite, chiamato ad assolvere numerosi ed altresì complessi adempimenti al fine di determinare. Si pensi ad esempio al fatto che il soggetto residente controllante fosse tenuto, ai fini del calcolo della tassazione virtuale domestica, a rideterminare, per ogni esercizio, il reddito della partecipata estera secondo le disposizioni previste in materia di reddito d'impresa dal T.U.I.R.

¹⁶¹ Ai fini del rapporto in questione, non rileva pertanto l'IRAP.

localizzazione¹⁶². Ai fini dello stesso è ammessa la possibilità di considerare l'agevolazione di cui all'articolo 1 del Decreto 201/2011 (ACE) ma, al contrario, non rilevano i regimi fiscali opzionali cui la controllata avrebbe potuto aderire qualora fosse stata residente in Italia e nemmeno il limite di utilizzo delle perdite fiscali pregresse di cui all'articolo 84, comma 1, T.U.I.R.¹⁶³. Vale altresì sottolineare che, in tale sede, l'imposizione italiana nei limiti del 5 per cento del dividendo o della plusvalenza, previsto negli articoli 87, comma 1, lettera c) e 89, comma 3, del TUIR, è da ritenersi equivalente a un regime di esenzione totale che preveda, nello Stato di localizzazione della controllata, l'integrale indeducibilità dei costi connessi alla partecipazione¹⁶⁴.

Per contro, relativamente alla quantificazione del *tax rate estero*, il Provvedimento ha precisato che rilevano esclusivamente le imposte sul reddito, così come definite nelle convenzioni contro le doppie imposizioni se esistenti¹⁶⁵, dovute nello Stato di localizzazione sempre al lordo di eventuali crediti d'imposta per i redditi prodotti in Stati diversi da quello d'insediamento. Nell'ipotesi in cui la controllata aderisca a una forma di tassazione di gruppo prevista nello Stato estero di localizzazione, assumono rilievo esclusivamente le imposte sul reddito di competenza della medesima, singolarmente considerata. Le imposte sopra enumerate, tuttavia, possono essere prese in considerazione ai fini del computo della tassazione estera solo qualora trovino evidenza *“nel bilancio o rendiconto di esercizio della controllata, nella relativa dichiarazione dei redditi presentata alle competenti autorità fiscali,*

¹⁶² Qualora la controllata aderisca ai principi contabili internazionali il socio residente è tenuto a determinare il reddito della stessa secondo le disposizioni appositamente previste per i soggetti che adottano tali principi contabili internazionali. Sul punto, inoltre, la Circolare 23/E del 2011 stabilisce che quando il bilancio è IAS/IFRS compliant ovvero redatto in conformità ai principi US GAAP *“il reddito della controllata estera “virtualmente” imponibile in Italia va determinato applicando le disposizioni fiscali italiane previste per i soggetti IAS/IFRS adopter”*.

¹⁶³ Sulla necessità di trascurare tale limite Cfr. MASTROBERTI A., 2010, *Nuove regole cfc alla prova della verifica del livello di imposizione*, in Il Fisco n.2, pag. 175 il quale sosteneva che, al fine di evitare un *“ingolfamento di adempimenti”*, sarebbe stato preferibile *“trascurare, all'atto di porre in essere il raffronto tra l'imposizione estera e quella domestica, le differenze effettive derivanti da fattori incidentali, quali vincoli temporali alla deducibilità di un costo od alla riportabilità delle perdite”*.

¹⁶⁴ In tal modo è stato innovato l'orientamento precedentemente espresso nella Circolare n. 51/E del 2010 stante la quale l'equivalenza tra un regime estero, basato sulla totale esenzione del provento e sulla indeducibilità dei costi, e il regime italiano, caratterizzato dal concorso alla determinazione della base imponibile del 5% del dividendo o plusvalenza, a fronte della deducibilità dei costi, doveva essere adeguatamente verificata in sede di interpello.

¹⁶⁵ In assenza di una convenzione è necessario considerare le imposte sui redditi, in qualche modo, riconducibili all'IRES, a prescindere dall'ente riscossore. In tale ultimo caso la valutazione è, quindi, rimessa all'interprete. Così MIELE L., BONTEMPO F., SUR A., FABI T. (a cura di), *Bilancio e Reddito d'Impresa 2017*, II edizione, IPSOA, pag. 1524. Si aggiunge inoltre come lo stesso Provvedimento precisi che nell'ipotesi di Confederazione di Stati ai fini della quantificazione dell'imposta estera si devono considerare, oltre alle le imposte federali anche quelle proprie di ciascuno stato, seppur non espressamente incluse nell'eventuale Convenzione contro le doppie imposizioni in vigore tra l'Italia e lo Stato di localizzazione della controllata.

*nelle connesse ricevute di versamento, nonché nella documentazione relativa alle eventuali ritenute subite ad opera di sostituti d'imposta o altri soggetti locali*¹⁶⁶.

In sede di determinazione della tassazione effettiva estera, secondo quanto disposto dal medesimo Provvedimento, non rilevano limitazioni di natura analoga a quelle previste dall'articolo 84, comma 1, nonché agevolazioni di carattere non strutturale riconosciute dalla legislazione estera. Assumono, invece, rilevanza altre forme di riduzione di imposte, diverse da quelle sopra citate ovvero ottenute dal singolo contribuente in base ad un apposito accordo concluso con l'Amministrazione fiscale estera, nonché i regimi analoghi all'Aiuto alla crescita economica applicati in base alla normativa dello Stato o territorio di localizzazione.

Comune ad entrambe le determinazioni di cui sopra è infine la previsione secondo cui *“sono irrilevanti le variazioni non permanenti della base imponibile, con riversamento certo e predeterminato in base alle legge o per piani di rientro (ad esempio, gli ammortamenti)”*. Ciò posto quindi, al fine sia del calcolo dell'imposta estera corrispondente al reddito imponibile, sia della quantificazione dell'imposta che la controllata avrebbe pagato in Italia, non devono essere considerate le variazioni temporanee in aumento o diminuzione del reddito complessivo nonché le variazioni definitive poste a chiusura di variazioni temporanee di segno opposto relative a precedenti esercizi. Con riferimento a queste ultime tuttavia è opportuno segnalare come lo stesso Provvedimento precisi che esse non rientrino nella previsione di cui sopra qualora siano legate a variazioni temporanee *“che sono state considerate rilevanti ai fini del confronto tra tassazione effettiva estera e tassazione virtuale domestica nei periodi d'imposta precedenti a quello di entrata in vigore del decreto legislativo n. 147 del 2015”*.

Orbene, ripercorsi brevemente i criteri utili al fine di quantificare, seppur non agevolmente, le imposte effettivamente scontate nello Stato di localizzazione della controllata nonché l'imposta virtualmente dovuta sul reddito imponibile determinato secondo le regole previste dall'ordinamento italiano, si ricorda come i risultati in entrambi i casi ottenuti vadano rapportati all'utile ante imposte quale emergente dal bilancio della partecipata estera. Qualora il tax rate domestico così determinato sia maggiore del doppio di quello estero analogamente quantificato, risulta soddisfatto il primo dei due requisiti di cui al comma 8-bis ai quali è subordinata l'applicazione della disciplina CFC.

¹⁶⁶ In merito alle eventuali ritenute subite, la Circolare n. 23/E del 2011 aveva evidenziato che queste potessero essere considerate in sede di determinazione del tax rate estero, a condizione che non fossero rimborsate o rimborsabili a qualsiasi titolo. Tale considerazione si ritiene tuttora valida dal momento che la stessa Agenzia delle Entrate sottolinea che *“per gli aspetti non diversamente disciplinati nel provvedimento, continuano a valere le indicazioni fornite con i precedenti documenti di prassi (cfr. circolare del 6 ottobre 2010, n. 51/E e circolare del 26 maggio 2011, n. 23/E)”*.

Quanto alla seconda condizione richiesta, che, si ricorda, attiene essenzialmente alla natura dell'attività prevalentemente svolta dalla società controllata, è evidente come la formulazione della norma ricalchi pedissequamente la disposizione contenuta al comma 5-bis del medesimo articolo.

Stante, quindi, la rilevanza attribuita dalla norma, anche in questo caso, ai redditi di tipo passivo ed alle operazioni infragruppo, è evidente come siano potenzialmente attratte nell'ambito operativo della disciplina in parola, le holding, anche comunitarie, le società la cui attività, esclusiva o prevalente, consiste nello sfruttamento economico di marchi, brevetti e diritti di utilizzazione delle opere dell'ingegno (diritto d'autore), le società che, in via esclusiva o prevalente, prestano servizi, inclusi quelli finanziari, ad altre società del gruppo di appartenenza, nonché, secondo quanto precisato dalla Circolare 51/E del 2010, le società estere svolgenti attività bancaria, finanziaria e assicurativa¹⁶⁷. Con riferimento a quest'ultimo punto si segnala che, sulla base delle precisazioni contenute nella Circolare 23/E del 2011, non sono da considerarsi quali *passive income* ai fini della disposizione in parola né “*i proventi derivanti dall'attività di gestione, detenzione ed investimento in strumenti finanziari esercitata per conto terzi da soggetti qualificabili come intermediari finanziari*” e neppure, specificatamente per le attività di assicurazione, “*i proventi finanziari (i.e. interessi, dividendi, plusvalenze, ecc.) che derivano dalla gestione degli investimenti “obbligatoriamente” effettuati a copertura delle riserve tecniche*”¹⁶⁸.

Ad ogni modo, ad eccezione delle esclusioni da ultimo evidenziate, ai fini della verifica del superamento o meno della soglia prevista dalla norma, rilevano tutti i proventi lordi conseguiti dalla controllata estera, ordinari e straordinari, risultanti dal bilancio o dal rendiconto della stessa. Qualora il risultato ottenuto, e quindi, la somma dei *passive income* e dei proventi derivanti dalla prestazione di servizi a società del gruppo, sia quantificato in misura superiore al 50% del totale dei proventi generati dal soggetto estero, il requisito necessario per l'applicazione della disposizione di cui al comma 8-bis è da ritenersi soddisfatto. Di conseguenza, nell'ipotesi in cui la condizione inerente all'effettivo livello di tassazione sia congiuntamente integrata, il soggetto controllante residente è attratto nell'ambito di operatività della disciplina CFC e, pertanto, assoggettabile al regime di

¹⁶⁷ Tale posizione non appare condivisibile. Ed infatti, dal momento che per i settori bancario, finanziario e assicurativo “*la gestione, detenzione e investimento in titoli costituisce l'attività caratteristica alla stregua di una società industriale che all'estero vende prodotti di consumo*” essi andrebbero esclusi dall'ambito di applicazione della norma. Cfr. MAISTO G., 2009, *Controllate estere poco allineate*, in Il Sole 24 Ore del 10 luglio 2009.

¹⁶⁸ Con riferimento ai proventi da ultimo menzionati, la stessa Circolare ritiene che al fine dell'irrelevanza degli stessi debbano essere soddisfatte due condizioni e, segnatamente, il carattere di obbligatorietà dell'investimento sancito dalla normativa settoriale applicabile nonché la riconducibilità dei proventi finanziari esclusi dai *passive income* agli investimenti obbligatori presenti in bilancio al termine dell'esercizio.

tassazione per trasparenza del reddito della partecipata previsto dalla norma di cui all'articolo 167 T.U.I.R.¹⁶⁹

Al verificarsi dei presupposti di cui sopra, il legislatore ha comunque garantito al soggetto controllante la possibilità di disapplicare la disciplina in parola per tramite di una vera e propria clausola di salvaguardia speciale. Ed infatti, ai sensi dell'articolo 167, comma 8-ter, *“le disposizioni del comma 8-bis non si applicano se il soggetto residente dimostra che l'insediamento all'estero non rappresenta una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale”*¹⁷⁰.

È evidente come la formulazione della disposizione di cui sopra sia direttamente mutuata dalla terminologia adottata dalla giurisprudenza comunitaria in punto di disciplina CFC nella sentenza *“Cadbury Schweppes”*¹⁷¹, stante la quale *“una misura che restringe la libertà di stabilimento è ammessa solo se concerne specificatamente le costruzioni di puro artificio finalizzate a sottrarre l'impresa alla legislazione dello Stato membro interessato”*¹⁷².

Ciò detto, appare opportuno svolgere qualche considerazione in merito al significato dell'espressione accolta dal legislatore e, conseguentemente, alla reale portata applicativa della disposizione in oggetto che, si ricorda, permette al soggetto residente di sottrarsi al regime di tassazione per trasparenza del reddito conseguito da controllate estere localizzate in Stati a fiscalità ordinaria ovvero, in ogni caso, in Stati appartenenti all'Unione europea nonché allo Spazio economico europeo, con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo sull'effettivo scambio di informazioni.

¹⁶⁹ Conseguentemente alle modifiche apportate ai criteri d'individuazione degli Stati o territori a regime fiscale privilegiato, è evidente come una controllata residente o localizzata in un Paese non appartenente all'Unione Europea o allo Spazio Economico Europeo possa essere contemporaneamente ricompresa nell'ambito applicativo del comma 1 e del comma 8-bis dell'articolo 167 T.U.I.R. qualora consegua prevalentemente proventi passivi o derivanti dalla prestazione di servizi infragruppo. Ed infatti essa ben potrebbe essere assoggettata sia ad un livello d'imposizione nominale inferiore al 50% di quello domestico, sia ad una tassazione effettiva inferiore alla medesima soglia. Al riguardo la Circolare n.35/E del 2016 puntualizza che in tali ipotesi si ritiene prioritariamente applicabile la disposizione di cui al comma 1, con la conseguenza che, al fine di scongiurare il regime di tassazione per trasparenza, il socio controllante ha la possibilità di ricorrere alle esimenti di cui al comma 5 e non anche a quella prevista dal comma 8-ter.

¹⁷⁰ È ormai assodato che l'espressione *“volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale”* sia una mera specificazione del concetto di costruzione di puro artificio e non anche un criterio aggiuntivo sulla base del quale valutare la dimostrazione dell'esimente. Cfr. Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 51/E, *Disciplina relativa alle Controlled Foreign Companies (CFC) - Dividendi provenienti e costi sostenuti con Stati o territori a fiscalità privilegiata – Chiarimenti*, del 6 ottobre 2010.

¹⁷¹ Cadbury Schweppes, 12 settembre 2006, causa C-196/04.

¹⁷² La scelta operata dal legislatore sembra prioritariamente intesa a prevenire possibili conflitti con il diritto comunitario primario. Cfr. BALLANCIN A., 2009, *Osservazioni a margine di una sentenza di merito in tema di incompatibilità della disciplina cfc con le convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni. ulteriori riflessioni sul rapporto tra la novellata normativa cfc ed il diritto comunitario*, in Rivista di Diritto Tributario fasc. 3, pag. 161 ss.

Orbene, posta la mancanza di chiarimenti espressi da parte del legislatore, sembra ragionevole, al fine di rendere maggiormente comprensibile l'accezione della norma, richiamare innanzitutto la giurisprudenza comunitaria dalla quale la stessa trae origine.

Nel caso sopra citato, la Corte di Giustizia, con riferimento alla costruzione di puro artificio, ha innanzitutto sancito che la costituzione di una società estera controllata *“deve corrispondere a un insediamento reale che abbia per oggetto l'espletamento di attività economiche effettive nello Stato membro di stabilimento”*. Tale constatazione, sempre secondo la Corte, deve fondarsi *“su elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi, relativi, in particolare, al livello di presenza fisica della società estera controllata in termini di locali, di personale e di attrezzature”*. Qualora tali elementi non fossero riscontrabili la società estera controllata corrisponderebbe inevitabilmente ad un'installazione fittizia che non esercita alcuna attività effettiva nello Stato d'insediamento e, pertanto, *“la creazione di tale società estera controllata dovrebbe essere ritenuta costruzione di puro artificio”*.

Stando all'orientamento della Corte, quindi, l'individuazione di una costruzione di puro artificio corrisponde, di fatto, a un'analisi fondata sul principio della prevalenza della sostanza sulla forma (*“substance over form”*) secondo criteri oggettivi che permettano di determinare il livello di presenza economica e di commercialità delle transazioni, quali ad esempio, la sede di direzione effettiva, la presenza tangibile della società, nonché il rischio commerciale assunto¹⁷³.

In presenza di elementi come quelli di cui sopra, che dimostrino l'effettività della struttura estera, assumono certamente una rilevanza marginale le ragioni soggettive che hanno indotto il contribuente ad insediarsi all'estero. Invero, la già citata sentenza precisa che la qualificazione di costruzione artificiosa e, conseguentemente l'applicazione della disciplina in esame, deve *“essere esclusa ove da elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi risulti che, pur in presenza di motivazioni di natura fiscale, la controllata è realmente impiantata nello Stato di stabilimento e ivi esercita attività economiche effettive”*. Alla luce di quanto espresso dalla Corte, è evidente quindi, come l'eventuale vantaggio fiscale conseguito a fronte dell'insediamento all'estero sia da considerarsi quale elemento soggettivo del tutto secondario allorquando la struttura non possa dirsi artificiosa in quanto espressione di una realtà economicamente apprezzabile¹⁷⁴. In altri termini, qualora la costruzione estera controllata non sia qualificabile, sulla base di fattori oggettivi, come priva di sostanza commerciale adeguata,

¹⁷³ Così GARUFI S., 2010, *La nuova disciplina delle CFC*, in Rassegna Tributaria n. 3, pag. 619 ss.

¹⁷⁴ Evidenzia le conclusioni raggiunte sul punto dalla Corte, BEGHIN M., 2007, *La sentenza Cadbury Schweppes e il malleabile principio della libertà di stabilimento*, in Rassegna Tributaria n. 3, pag. 983 ss. Sul punto infatti si legge che *“viene in effetti dipinta come operazione “conforme al sistema” quella consistente nello sfruttamento delle asimmetrie tra le disposizioni (non armonizzate) che, nell'ambito degli Stati aderenti all'Unione europea, consentono di minimizzare l'impatto dell'imposta reddituale”*.

la finalità di riduzione del carico fiscale non può costituire, in quanto tale, causa legittima di giustificazione per l'operare di una norma restrittiva dell'esercizio delle libertà fondamentali¹⁷⁵ quale, nel caso di specie, la disciplina CFC.

Alle medesime conclusioni è altresì pervenuta la Commissione Europea nella Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo del 10 dicembre 2007. In tale sede, infatti, è stato sottolineato che *“l'obiettivo di ridurre al minimo l'onere fiscale costituisce di per sé una considerazione commerciale valida, purché le costruzioni attuate a questo fine non comportino trasferimenti fittizi di utili”*.

In punto di *“costruzioni di puro artificio”* sono dipoi intervenute anche la Risoluzione del Consiglio dell'8 giugno 2010 sul coordinamento delle norme sulle società estere controllate e sulla sottocapitalizzazione nell'Unione europea nonché, più recentemente, la Raccomandazione della Commissione del 6 dicembre 2012 sulla pianificazione fiscale aggressiva, mediante le quali gli organi istituzionali dell'Unione hanno cercato di meglio definire i contorni dell'espressione di cui sopra fornendo ulteriori indici, seppur non esaustivi, utili alla valutazione della sostanza economica della struttura estera.

Invero, la Commissione, al fine di individuare una delocalizzazione fittizia di imponibili, invita le autorità nazionali a valutare la presenza di talune situazioni quali, *inter alia*, la mancanza di coerenza tra la qualificazione giuridica delle singole misure di cui è composta la costruzione e il fondamento giuridico della costruzione nel suo insieme, l'anormalità delle modalità mediante le quali la costruzione stessa è posta in essere ovvero la conclusione di operazioni di natura circolare.

Il Consiglio, invece, al medesimo fine, suggerisce di prendere in considerazione diversi elementi quali l'insufficienza di motivi economici o commerciali validi per l'attribuzione degli utili, l'inadeguatezza della società a svolgere attività economiche effettive, l'assenza di correlazione proporzionale tra le attività apparentemente svolte dalla controllata e la misura in cui tale società esiste fisicamente in termini di locali, personale e attrezzature, la sovracapitalizzazione della stessa o, ancora, la conclusione di transazioni prive di realtà economica, aventi poca o nessuna finalità commerciale.

I principi su elencati espressi dalla giurisprudenza comunitaria nonché gli orientamenti comunitari da ultimo evidenziati sono pressochè integralmente recepiti dall'Agenzia delle Entrate nella Circolare n. 51/E del 2010, forse nella consapevolezza di incorrere, in caso

¹⁷⁵ Cfr. BALLANCIN A., 2016, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, CEDAM, pag. 244.

contrario, in una potenziale censura della disciplina nazionale da parte della stessa Corte di Giustizia¹⁷⁶.

Ed infatti, in tale sede, l’Agenzia afferma che la valutazione dell’artificiosità della costruzione dovrà avvenire caso per caso sulla base di “*elementi oggettivi e verificabili da terzi*” e, cioè, in aderenza ad indici predefiniti, individuati facendo riferimento alla Risoluzione del Consiglio dell’Unione Europea già menzionata, in presenza dei quali è ragionevole presumere una fittizia delocalizzazione di utili al fine di sottrarre gli stessi alla potestà impositiva dello Stato di residenza del soggetto controllante.

Con particolare riferimento alle attività immateriali, quali ad esempio, le attività bancarie, finanziarie e assicurative, la Circolare 51/E, riconoscendo, così come precedentemente aveva fatto la Commissione, le difficoltà connesse all’applicazione alle stesse degli indicatori oggettivi di prova di cui sopra, ha altresì individuato ulteriori e più specifici elementi volti a dimostrare la non artificiosità della controllata estera. Tra questi rientrerebbero la descrizione delle funzioni effettivamente esercitate dalla controllata estera, nonché degli assets utilizzati e dei rischi assunti, la descrizione dei rapporti economico-finanziari della società estera con le altre società del gruppo, l’indicazione dell’entità delle componenti di reddito “tipiche” in relazione all’attività esercitata dalla società estera nonché l’analisi di bilancio della società estera con evidenziazione degli indicatori di redditività del capitale proprio e di quello totale investito e il confronto degli stessi con quelli della controllante residente.

Se quanto indicato può sicuramente costituire, almeno teoricamente, una valida linea guida su cui incardinare tanto il comportamento del contribuente quanto quello della stessa Amministrazione finanziaria, non è possibile, ad ogni modo, non sottovalutare da un lato la concreta difficoltà di applicare i suddetti indici dall’altro la vaghezza letterale che li caratterizza¹⁷⁷.

Non si può non rilevare peraltro, come proprio questi problemi, contribuiscano a generare ancora incertezze in relazione al concetto di costruzione di puro artificio introdotto dal legislatore all’articolo 167, comma 8-ter, per il quale, invece, vista l’importanza da esso rivestita, dovrebbe essere individuata una soluzione interpretativa condivisa dall’Amministrazione Finanziaria chiara e di più semplice applicazione dal punto di vista operativo.

¹⁷⁶ Cfr. GHISELLI F., 2014, *XVII Controlled Foreign Companies: Aspetti applicativi*, in VALENTE P. (a cura di), 2014, *Elusione fiscale internazionale*, IPSOA, pag. 1489.

¹⁷⁷ Così MARINO G., *La presuntuosa disciplina CFC e le incongruenze delle sue esimenti (contributo aggiornato al 13 ottobre 2009)*, in BEGHIN M., MOSCHETTI F., SCHIAVOLIN R., TOSI L. e ZIZZO G. (a cura di), *Atti della giornata di Studi in onore di Gaspare Falsitta*, CEDAM, pag. 584.

2.6. La determinazione, l'imputazione e la tassazione dei redditi conseguiti dalla controllata estera.

Come già più volte evidenziato, la disciplina CFC, al ricorrere dei presupposti sovra analizzati, prevede che il reddito conseguito dalla controllata estera sia rideterminato, imputato al socio residente controllante, a decorrere dalla chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero¹⁷⁸, in proporzione alla quota di partecipazione diretta o indiretta agli utili, e successivamente assoggettato ad imposizione separata¹⁷⁹.

L'attrazione a tassazione dei redditi del soggetto estero a soggetti residenti, secondo maturazione ed indipendentemente, quindi, dall'effettiva distribuzione costituisce, di fatto, l'effetto peculiare della disciplina delle CFC e, come tale, necessita di precisazioni in merito ai criteri relativi alla determinazione dell'imponibile, alla imputazione dello stesso in capo ai soci controllanti nonché alle relative modalità tassazione¹⁸⁰.

Nello specifico, secondo quanto disposto dall'articolo 167, comma 6, *“i redditi del soggetto non residente, imputati ai sensi del comma 1, sono assoggettati a tassazione separata con l'aliquota media applicata sul reddito complessivo del soggetto residente e, comunque, non inferiore all'aliquota ordinaria dell'imposta sul reddito delle società. I redditi sono determinati in base alle disposizioni applicabili ai soggetti residenti titolari di reddito d'impresa, ad eccezione dell'articolo 86, comma 4”*.

Con riferimento all'ultimo periodo della previsione legislativa su riportata, appare innanzitutto opportuno sottolineare come le modalità di determinazione del reddito siano state oggetto di modifica ad opera degli ultimi interventi normativi e, segnatamente, del decreto 147/2015 (c.d. Decreto internazionalizzazione).

Invero, mentre precedentemente all'emanazione del su citato provvedimento il risultato conseguito dalla partecipata estera era rideterminato secondo le disposizioni del titolo I, capo VI, T.U.I.R. nonché degli articoli 84, 96, 111, 112 con espressa esclusione delle disposizioni di cui agli articoli 58 e 86, comma 4, e 102, comma 3, lo stesso è ora individuato avendo

¹⁷⁸ Si ricorda al riguardo che il legislatore italiano ha forgiato la disciplina sul cd. entity approach. Si tratta di un approccio totalizzante, in ragione del quale tutto il reddito conseguito dal soggetto estero è imputato pro quota al controllante residente indipendentemente dalla natura del reddito stesso e, quindi dal fatto che esso sia riconducibile, anche solo parzialmente, alla categoria dei *“passive income”* o meno.

¹⁷⁹ La scelta del nostro legislatore differisce dall'impostazione adottata da altri ordinamenti che abbiano introdotto una CFC legislation. Invero, possono essere individuate diverse modalità di tassazione del reddito prodotto dalla partecipata estera quali il metodo c.d. deemed dividend approach, che tassa il reddito in capo alla soggetto residente per tramite di una fictio di distribuzione del dividendo, il metodo c.d. transparent entity approach, che invece tassa il reddito direttamente in capo alla controllata ma nel Paese di residenza della controllante, ovvero altri metodi misti, come quello italiano, in base ai quali il reddito della società estera è imputato direttamente al socio partecipante.

¹⁸⁰ Cfr. MIELE L., BONTEMPO F., SURA A., FABI T. (a cura di), *Bilancio e Reddito d'Impresa 2017*, II edizione, IPSOA, pag. 1534.

riguardo di tutte le previsioni¹⁸¹ applicabili ai soggetti residenti titolari di reddito d'impresa, indipendentemente dalla loro collocazione o meno nel corpo del testo unico o in provvedimenti normativi "speciali"¹⁸². Secondo quanto espresso nella Relazione illustrativa al decreto, tale scelta sarebbe giustificata dall'esigenza di garantire *"una maggiore equivalenza della base imponibile del reddito estero, imputato per trasparenza al socio italiano, rispetto a quella del reddito prodotto in Italia"* e, quindi, in linea di principio, di ristabilire una sorta di "parità di trattamento" tra reddito conseguito dalla partecipata estera tassabile per trasparenza e reddito realizzato all'interno dei confini dello Stato¹⁸³.

Tanto premesso, nonostante l'ampio rimando alle disposizioni applicabili ai soggetti residenti titolari di reddito d'impresa, è necessario puntualizzare che il risultato economico, così come risultante dal bilancio¹⁸⁴ del soggetto controllato, può essere rideterminato tenendo conto delle previsioni contenute nel T.U.I.R. e di una serie di disposizioni speciali extra-T.U.I.R., a condizione che le stesse siano riferibili ai soggetti passivi IRES¹⁸⁵. Non rileva pertanto ai fini del computo del reddito estero la natura giuridica del socio residente, che può essere quindi indistintamente passivo IRES o IRPEF, così come, parimenti, non rileva quella del soggetto estero. Ed infatti, posto l'orientamento dell'Agenzia delle Entrate, peraltro non condiviso¹⁸⁶,

¹⁸¹ Resta sempre esclusa dal novero delle disposizioni applicabili la norma relativa alla rateizzazione delle plusvalenze di cui all'articolo 86, comma 4, T.U.I.R.

¹⁸² Si assiste pertanto al passaggio da un sistema incentrato sul rinvio puntuale a talune disposizioni del T.U.I.R. a un sistema fondato sull'applicazione dell'intero compendio di norme che regolano la determinazione del reddito d'impresa, siano esse ricomprese e estranee al corpo sistematico del T.U.I.R. Cfr. SCIFONI G., 2015, *Modifiche alla disciplina CFC: un tentativo di semplificazione rimasto a metà del guado*, in *Corriere Tributario* n. 29, pag. 2248.

¹⁸³ Cfr. GIACONIA M. e PREGAGLIA A., 2017, *Calcolo del reddito imponibile ai fini CFC: impatto dei principi contabili adottati dall'impresa controllata estera*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale* n. 4, pag. 10 ss.

¹⁸⁴ Secondo quanto precisato dalle istruzioni alla compilazione delle dichiarazioni dei redditi 2017 i valori fiscali di partenza degli elementi patrimoniali dell'impresa estera controllata o della stabile organizzazione, ai quali devono essere successivamente applicate le variazioni in aumento o diminuzione previste dalla normativa, devono essere ricavati dal bilancio o da altro documento riepilogativo della contabilità di esercizio della CFC, redatti secondo le norme dello Stato o territorio in cui essa risiede o è localizzata. Il riconoscimento integrale dei valori emergenti dal bilancio relativo all'esercizio della CFC anteriore a quello cui si rende applicabile la speciale disciplina di cui all'articolo 167 del T.U.I.R. è subordinato alla circostanza che i valori di partenza risultino conformi a quelli derivanti dall'applicazione dei criteri contabili adottati nei precedenti esercizi, ovvero che ne venga attestata la congruità da uno o più soggetti che siano in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2 del D.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 (Registro dei Revisori contabili). Nel caso in cui le controllate non siano soggette alla tenuta della contabilità secondo le disposizioni locali, il soggetto residente è comunque tenuto alla redazione di un apposito prospetto in conformità alle norme contabili vigenti in Italia (nello stesso senso si veda la circolare 12 febbraio 2002, n. 18/E)

¹⁸⁵ Il riferimento alle regole applicabili ai soggetti titolari di reddito d'impresa deve essere inteso quale rinvio alle disposizioni previste per i soggetti IRES posta l'inclusione "delle società ed enti di ogni tipo, compresi i trust, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato" tra i soggetti passivi dell'imposta sulle società ai sensi dell'articolo 73, comma 1, lettera d), T.U.I.R.. Cfr. BALLANCIN A., 2016, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, CEDAM, pag. 333.

¹⁸⁶ GAFFURI A.M., 2014, *La disciplina delle CFC*, in DRAGONETTI A., PIACENTINI V. e SFONDRINI A., (a cura di), *Manuale di fiscalità internazionale*, VI edizione, IPSOA, pag. 1563; COMMITTERI G. e SCIFONI G., 2015, *Regime CFC e società estere: risolta la penalizzazione per quelle che non producono reddito d'impresa?*, in *Il Fisco* n. 38, pag. 3639.

stante il quale “l’esercizio di un’attività d’impresa non è prerequisite oggettivo necessario per annoverare la struttura estera tra quelle suscettibili di soggiacere alla disciplina” in parola, in caso di applicazione della stessa ad enti diversi da quelli che esercitano un’attività commerciale, la determinazione del reddito da essi conseguito deve comunque sottostare alle regole fiscali domestiche dettate per il reddito d’impresa¹⁸⁷, posto che l’articolo 167, comma 6, T.U.I.R. sembra introdurre una presunzione tale da qualificare il reddito estero sempre e comunque quale reddito d’impresa indipendentemente dallo svolgimento o meno da parte del soggetto partecipante di un’attività commerciale¹⁸⁸.

Ciò chiarito, tra le disposizioni applicabili ai fini della rideterminazione del risultato conseguito dalla CFC rientrerebbero quindi, quelle sulle società non operative di cui all’articolo 30 della Legge 23 dicembre 1994, n. 724¹⁸⁹, sulle società in perdita sistematica di cui all’articolo 2 del Decreto Legislativo 13 agosto 2011, n. 138, sull’indeducibilità dei beni concessi in godimento ai soci e familiari ma anche quelle di carattere agevolativo quali la disciplina in materia di aiuto alla crescita economica di cui all’articolo 1 del Decreto Legislativo 6 dicembre 2011, n. 201¹⁹⁰ e i c.d. super-ammortamenti introdotti dalla Legge di stabilità 2016¹⁹¹. Sarebbero al contrario escluse dal novero delle disposizioni rilevanti ai medesimi fini quelle che prevedono l’adozione di strumenti di tipo presuntivo, come gli studi di settore, in quanto funzionali alla ricostruzione dei ricavi e non del reddito d’impresa,

¹⁸⁷ Resta quindi irrisolta la disparità di trattamento che, nella determinazione del reddito estero, la normativa CFC riserva alle società e enti non commerciali non residenti, per i quali continuano a trovare applicazione le disposizioni in materia di reddito d’impresa, rispetto a quelli residenti assoggettati invece a imposizione sulla base delle singole categorie reddituali. Cfr. DELLA CARITÀ A. e BONFANTI L., 2016, *Le novità in materia CFC alla luce dei chiarimenti ministeriali*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale* n. 11.

¹⁸⁸ Cfr. BALLANCIN A., 2016, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, CEDAM, pag. 333

¹⁸⁹ Già nella Circolare 23/E del 26 maggio 2011, richiamando quanto già precisato nella Risoluzione 16 novembre 2007, n. 331/E, l’Agenzia aveva sostenuto che la disciplina sulle società di comodo dovesse essere applicata anche per determinare il reddito della società estera controllata da imputare al socio italiano, confrontando il reddito ordinario della stessa con quello minimo presunto previsto dall’articolo 30 della legge 724/1994. Tale impostazione, fermamente criticata in dottrina (Cfr. TRETTEL S., 2012, *Cfc e società non operative: impossibile convivenza fra discipline*, in *Corriere tributario* n. 39, pag. 3010 ss.; MASTROBERTI A., 2008, *“Incrocio pericoloso” tra disciplina delle società di comodo e cfc rules*, in *Fiscalità Internazionale* n. 2, pag. 115 ss.), risulta avvallata dalla nuova formulazione dell’articolo 167, comma 6, e confermata nuovamente dalla Circolare 35/E del 4 agosto 2016.

¹⁹⁰ Superando gli orientamenti delineati nei precedenti documenti di prassi (Cfr. Circolare 12/E del 23 maggio 2014), l’Agenzia, nella Circolare 35/E del 4 agosto 2016, ammette la possibilità di applicare la disciplina in materia di ACE anche alla normativa CFC in quanto essa rappresenta un’agevolazione che incide direttamente sulla determinazione del reddito d’impresa, attraverso una variazione in diminuzione da operare in dichiarazione.

¹⁹¹ Cfr. DELLA CARITÀ A. e BONFANTI L., 2016, *Le novità in materia CFC alla luce dei chiarimenti ministeriali*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale* n. 11.

peraltro di difficile applicazione stante la loro connotazione statistico-probabilistica e la necessità di utilizzare dati extracontabili¹⁹².

Orbene, il reddito conseguito dalla partecipata, rideterminato secondo le modalità su esposte e convertito in base al cambio del giorno, è attribuito, come disposto dall'articolo 167 comma 1, al socio controllante residente in proporzione alla sua quota di partecipazione agli utili diretta o indiretta, a decorrere dalla chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero e a prescindere dall'effettiva percezione dei dividendi, similmente a quanto accade per le società di persone residenti¹⁹³.

¹⁹² Così Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 35/E, *Disciplina delle Controlled Foreign Companies, modifiche ai criteri di individuazione dei Paesi a fiscalità privilegiata, trattamento degli utili provenienti da tali paesi, disciplina del credito d'imposta estero – Chiarimenti*, del 4 agosto 2016, pag. 30.

¹⁹³ Derogando quindi al criterio d'imposizione ordinario della previa distribuzione dei redditi prodotti dai soggetti non residenti (Cfr. BIZIOLI G., 2008, *Profili ricostruttivi in tema di compatibilità della disciplina cfc e della disciplina sulla presunzione di residenza in Italia con l'ordinamento comunitario*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla Riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Giuffrè, Milano), la disciplina in parola si avvale di un meccanismo di tassazione per trasparenza simile, in prima analisi, a quello previsto per le società di persone residenti. Ed infatti, se è vero che anche nell'ipotesi da ultimo evidenziata i redditi conseguiti "sono imputati a ciascun socio indipendentemente dalla percezione, proporzionalmente alla sua quota di partecipazione agli utili", è altrettanto vero che diversa è la logica sottostante, e quindi la giustificazione, alla scelta di una siffatta impostazione nei casi previsti dall'articolo 5 T.U.I.R. rispetto a quella operata dal legislatore con riferimento alle società estere controllate. Invero, la tassazione per trasparenza per le società di persone si configura quale diretta conseguenza della struttura giuridica in esame e, conseguentemente, di una particolare situazione giuridica soggettiva del socio che, vantando un rilevante potere di gestione nonché, ai sensi dell'art. 2262 del Codice Civile, un diritto attuale e incondizionato alla integrale divisione degli utili, diviene effettivo possessore del reddito conseguito dall'ente anche in mancanza di una delibera di distribuzione dell'utile. Al contrario, nelle ipotesi contemplate dall'articolo 167 T.U.I.R., non pare, *prima facie*, sussistere tra soggetto partecipato e partecipante una corrispondenza tale da permettere di individuare in capo a quest'ultimo la disponibilità del reddito conseguito dal primo, e quindi tale da giustificare, altresì alla luce del principio di attualità ed effettività della capacità contributiva di cui all'articolo 53 della Costituzione, un regime così penetrante come quello della trasparenza previsto dall'articolo 167 T.U.I.R. Ed invero, fintanto che l'utile non viene distribuito a beneficio del soggetto controllante, quest'ultimo è tassato, con il meccanismo appunto della trasparenza, a fronte di un reddito che non è posseduto, bensì solo potenzialmente acquisibile. In altre parole, "un prelievo che insista sui dividendi, prescindendo dalla loro distribuzione, impone infatti un concorso alle pubbliche spese ed un esborso di mezzi finanziari quando l'incremento di forza economica dell'azionista (che rappresenta il presupposto e la giustificazione sul piano costituzionale della tassazione) non si è ancora verificato, e potrebbe anche non verificarsi mai". (STEVANATO D., 2000, *Controlled foreign companies: concetto di controllo e imputazione del reddito*, in *Rivista di Diritto Tributario*, fasc.7-8). È stato rilevato tuttavia che la sussistenza di un rapporto di controllo tra soggetto partecipato e partecipante, essendo idonea a garantire a quest'ultimo una posizione giuridicamente rilevante certamente espressiva di un'effettiva disponibilità di mezzi a contenuto patrimoniale a lui riferibili nonché una posizione di dominio che assicura allo stesso la possibilità di disporre dell'arricchimento della società controllata e far fronte al pagamento del tributo, "consente di considerare l'ente estero una mera proiezione del soggetto italiano, giustificando l'attribuzione dei suoi redditi alla controllante e il trasferimento degli effetti fiscali dalla sfera giuridica dell'ente estero a quella del socio residente" e permettendo così di riconoscere la legittimità costituzionale della disciplina in questione. Cfr. BALLANCIN A., 2016, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, CEDAM, pag. 185 ss. Sul punto anche INGRAO G., 2008, *La riforma dell'IRES e la legislazione sulle Controlled Foreign Companies*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Giuffrè, Milano, p. 271 ss., secondo il quale la costituzionalità del regime, in forza del quale sembrerebbe in prima analisi violato il principio di attualità ed effettività della capacità contributiva di cui all'articolo 53 Cost., può essere confermata alla luce della ratio della disciplina in esame, ovvero quella di colpire i redditi solo formalmente prodotti oltre confine per il tramite di costruzioni artificiose.

Con riferimento all'ipotesi in cui il controllo sia detenuto indirettamente, appare necessario segnalare che in base alla residenza del soggetto intermedio sono previste peculiari implicazioni concernenti l'imputazione del reddito della controllata in capo al soggetto residente controllante. Invero, relativamente alla circostanza in cui il socio residente controlli indirettamente la partecipata estera per il tramite di soggetti residenti o di branch nel territorio dello Stato di soggetti non residenti, ai sensi dell' articolo 3, comma 1 del D.M. 21 novembre 2001, i redditi conseguiti dalla stessa sono attratti a tassazione in capo ad essi e imputati proporzionalmente alle rispettive quote di partecipazione. In altre parole, il reddito prodotto dalla controllata estera è imputato, nella fattispecie in esame, pro quota, sussistendo la condizione del controllo da parte di un socio italiano, al primo soggetto residente incontrato risalendo nella catena partecipativa (non anche quindi alla società a capo della stessa) e limitatamente alla partecipazione agli utili ad esso spettante¹⁹⁴. Al contrario, in ipotesi di controllo indiretto per tramite di soggetti residenti all'estero¹⁹⁵, l'imputazione del reddito al controllante italiano, a differenza di quanto previsto per la determinazione del requisito del controllo, deve tener conto dell'effetto demoltiplicativo¹⁹⁶ prodotto della catena partecipativa sino all'ultimo livello della stessa, corrispondente appunto al soggetto controllante residente¹⁹⁷.

Secondo quanto poi illustrato specificatamente in tema di attribuzione del reddito dalla relazione di accompagnamento al decreto attuativo, *“il reddito della partecipata estera è imputato al socio controllante residente che risulta tale alla chiusura dell'esercizio della partecipata e l'imputazione avviene per l'intero ammontare a prescindere dalla circostanza che la detenzione della partecipazione di controllo si sia protratta per l'intero periodo d'imposta”*. In altri termini, quindi, l'imputazione del reddito d'esercizio dell'impresa non residente avviene, al ricorrere dei presupposti previsti dall'articolo 167 T.U.I.R., pro quota in funzione della misura della partecipazione detenuta dal soggetto residente al momento della chiusura dell'esercizio del soggetto controllato, non rilevando in alcun modo, come peraltro

¹⁹⁴ È precisato inoltre che qualora la partecipazione nel soggetto estero fosse detenuta per il tramite di una pluralità di soggetti residenti, il reddito della dovrebbe essere ripartito tra tutti i soggetti intermedi residenti in proporzione delle rispettive partecipazioni. Cfr. MIELE L.,ROLLE G. e RUSSO V., 2011, *Società estere: regime delle CFC ed esteroinvestizione*, Milano, IPSOA, pag. 102.

¹⁹⁵ Qualora la società intermedia sia localizzata in uno Stato in cui il livello di imposizione sia affine a quello italiano e i redditi siano già ivi tassati, dovrebbe configurarsi una causa di esclusione dall'applicazione della tassazione per trasparenza ai sensi dell'articolo 167, comma 5.

¹⁹⁶ Nel caso in cui non si optasse per la rilevanza della demoltiplicazione nel meccanismo d'imputazione del reddito si incorrerebbe in un'evidente violazione dell'articolo 53 Cost., poiché si tasserebbero in capo a un socio redditi di partecipazione spettanti (peraltro solo in futuro) ad altri soggetti. Così STEVANATO D., 2000, *Controlled foreign companies: concetto di controllo e imputazione del reddito*, in *Rivista di Diritto Tributario*, fasc.7-8.

¹⁹⁷ La demoltiplicazione deve chiaramente operare anche nel caso precedente qualora tra il primo soggetto residente in Italia e la società controllata si interpongano altri soggetti intermedi non residenti.

accade anche per le società di persone, il periodo di effettivo possesso della stessa e, quindi, se il socio controllante abbia acquisito le rispettive quote nel corso del periodo di gestione o meno¹⁹⁸. Per contro quindi, qualora il soggetto residente abbia ceduto la partecipazione precedentemente alla data di chiusura dell'esercizio della controllata estera, il reddito non è a lui imputabile salva l'applicazione della normativa antiabuso ai sensi dell'articolo 3, comma 7, del D.M. 429/2001¹⁹⁹.

Orbene, conseguentemente all'imputazione, operata secondo le modalità di cui sopra, ai sensi dell'articolo 167, comma 6, T.U.I.R. il reddito della partecipata estera è, come già ricordato, assoggettato a tassazione separata *“con l'aliquota media applicata sul reddito complessivo del soggetto residente e, comunque, non inferiore all'aliquota ordinaria dell'imposta sul reddito delle società”*²⁰⁰. In altri termini, il reddito conseguito dalla controllata e attribuito, una volta determinato sulla base delle disposizioni previste dall'ordinamento per il reddito d'impresa, per trasparenza al socio controllante, sconta in Italia, in regime di separatezza²⁰¹, un'imposizione pari all'aliquota ordinaria prevista dall'ordinamento sul reddito delle società o, se superiore, pari all'aliquota, comprensiva delle eventuali addizionali, che al soggetto residente è applicata sul suo reddito complessivo²⁰².

I motivi che hanno indotto il legislatore a muoversi in questo senso sono di tutta evidenza. Invero, la scelta operata a monte in merito alla modalità di tassazione separata è senza dubbio espressione della volontà, da un lato di scongiurare una detassazione dei redditi prodotti dalla controllata estera²⁰³, e dall'altro di evitare commistioni tra i risultati del socio controllante e

¹⁹⁸ Sebbene qualcuno abbia avanzato l'ipotesi che il reddito potesse essere imputato pro rata temporis nell'eventualità che la detenzione di una partecipazione di controllo non si fosse protratta per l'intero periodo di imposta (Cfr. SIMONI A., *La determinazione del reddito della controllata estera e gli effetti sul reddito d'impresa del socio residente*, Relazione al Convegno sulle Cfc organizzato da Paradigma a Milano il 30 e 31 maggio 2000), questa soluzione è stata ritenuta non conciliabile con le logiche di formazione degli utili societari che *“non maturano “giorno per giorno”, in modo uniforme, secondo il canone del pro rata temporis, bensì sono il frutto di accadimenti gestionali distribuiti in modo tendenzialmente disomogeneo lungo l'arco del periodo di imposta”*. Così STEVANATO D., 2000, *Controlled foreign companies: concetto di controllo e imputazione del reddito*, in Rivista di Diritto Tributario, fasc.7-8.

¹⁹⁹ Si ricorda infatti che *“Per i comportamenti posti in essere allo scopo del frazionamento del controllo o della perdita temporanea dello stesso ovvero della riduzione dei redditi imputabili, si applicano le disposizioni degli articoli 37, terzo comma, e 37 bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600”*

²⁰⁰ Precedentemente all'emanazione della Legge di stabilità per il 2016, il suddetto comma 6 prescriveva che *“i redditi del soggetto non residente, imputati ai sensi del comma 1, sono assoggettati a tassazione separata con l'aliquota media applicata sul reddito complessivo del soggetto residente e, comunque, non inferiore al 27 per cento”*. La modifica normativa apportata è volta sostanzialmente ad allineare la tassazione nell'ambito della disciplina CFC al livello d'imposizione IRES ordinario previsto dall'ordinamento che, si ricorda, dal 1 gennaio 2017 è stato ridotto dal 27,5% al 24%.

²⁰¹ La tassazione separata è applicata sia nei casi in cui il soggetto controllante si configura quale persona fisica sia in quelli in cui il socio residente si qualifichi quale soggetto passivo IRES.

²⁰² Qualora il soggetto residente sia un soggetto passivo IRPEF, il livello di tassazione cui il reddito estero è assoggettato è pari all'aliquota media applicata sul reddito complessivo del socio.

²⁰³ Sul punto INGRAO G., 2008, *La riforma dell'IRES e la legislazione sulle Controlled Foreign Companies*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Giuffrè, Milano, p.

del soggetto controllato individuato quale centro autonomo di determinazione del reddito²⁰⁴. In tal senso quindi, inibito il consolidamento orizzontale dei redditi conseguiti dalle due distinte entità, l'eventuale perdita fiscale conseguita dalla partecipata, stante il regime di separatezza, non può essere utilizzata in abbattimento dei redditi prodotti dal soggetto residente bensì può essere esclusivamente impiegata in compensazione di redditi da essa stessa realizzati nei successivi periodi di imposta ed in ragione degli ordinari limiti di riporto delle perdite previsti dall'ordinamento. Specularmente, qualora il soggetto controllante sia incorso in una perdita, non è lui accordata la possibilità di coprirlo con gli eventuali risultati positivi ottenuti dalla società estera²⁰⁵.

Chiarite quindi le modalità di tassazione riservate ai soggetti cui la disciplina CFC è rivolta, non si può non rilevare come le stesse, in mancanza di specifiche disposizioni, risultino idonee a generare fenomeni di doppia imposizione sul reddito conseguito dalla partecipata. Ed infatti gli utili prodotti dalla controllata, tassati in capo al soggetto residente sulla base del meccanismo della trasparenza, ben potrebbero, da un lato, essere già assoggettati ad imposizione nello stato di residenza estero, dall'altro, essere nuovamente sottoposti a prelievo fiscale al momento della loro distribuzione.

Consapevole delle problematiche su evidenziate, il nostro legislatore è intervenuto con una soluzione *ad hoc* per ciascuna di esse.

Innanzitutto, ai sensi dell'articolo 167, comma 6, T.U.I.R., è riconosciuto al socio residente un credito per le imposte assolte all'estero sul reddito prodotto dalla controllata. Il meccanismo è quello previsto dall'art. 165 T.U.I.R., secondo il quale “*se alla formazione del reddito complessivo concorrono redditi prodotti all'estero, le imposte ivi pagate a titolo definitivo su tali redditi sono ammesse in detrazione*” nei limiti dell'imposta separata dovuta in Italia sui redditi attribuiti al soggetto partecipante. In forza della previsione di cui sopra quindi, il soggetto residente, cui sono imputati per trasparenza i redditi conseguiti dalla partecipata non

268 il quale evidenzia che la tassazione separata con aliquota comunque non inferiore al 27% rispondeva alla necessità di evitare che il livello d'imposizione fosse inferiore alla suddetta soglia a causa dell'esiguità dei redditi assoggettati a tassazione ordinaria, con riferimento alle persone fisiche, o dell'applicazione di aliquote agevolate al reddito del soggetto controllante.

²⁰⁴ Cfr. BALLANCIN A., 2016, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, CEDAM, pag. 335 il quale altresì sottolinea come l'autonomia di ciascuna partecipata debba essere fatta valere anche rispetto ad altre società controllate dal socio residente alle quali la disciplina è applicata.

²⁰⁵ Sebbene si rilevi come questo sistema di tassazione sia di fatto penalizzante per il contribuente residente il quale in forza della mancata compensazione potrebbe versare in un determinato periodo più imposte di quelle che sarebbero state dovute se la controllata non fosse rientrata nell'ambito applicativo della disciplina CFC, non si può negare come tale penalizzazione sia altresì perfettamente in linea con lo spirito antiabuso della norma. INGRAO G., 2008, *La riforma dell'IRES e la legislazione sulle Controlled Foreign Companies*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Giuffrè, Milano, p. 268.

residente, può scomputare, fino a concorrenza della relativa imposta, le imposte pagate all'estero dalla stessa controllata, sul medesimo reddito, a titolo definitivo²⁰⁶.

Vale altresì chiedersi se la detrazione riconosciuta dall'articolo 167 T.U.I.R. operi nei soli limiti delle imposte pagate dall'impresa estera nello Stato di residenza ovvero possano essere considerate a tali fini anche quelle versate in Stati terzi ove siano eventualmente ubicate le fonti reddituali. Al riguardo, posto che nell'articolo 167 T.U.I.R. nelle disposizioni del decreto attuativo pongono delle preclusioni sul punto, è ragionevole ritenere che la soluzione da ultimo prospettata sia accettabile, a condizione che l'ordinamento del Paese a fiscalità privilegiata non consenta già al soggetto ivi residente il recupero del prelievo subito fuori dai confini domestici²⁰⁷.

Con riferimento alla seconda problematica invece, che si ricorda attiene alle potenziali conseguenze fiscali legate alla distribuzione dei dividendi, il legislatore ha provveduto sancendo la tendenziale irrilevanza degli stessi ai fini del prelievo impositivo.

Ed infatti, secondo quanto disposto dall'articolo 167, comma 7, T.U.I.R., *“gli utili distribuiti, in qualsiasi forma, dai soggetti non residenti di cui al comma 1 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”*. In altri termini, qualora gli utili distribuiti dalla società controllata traggano la propria origine da un reddito precedentemente tassato per trasparenza in capo al soggetto residente, gli stessi non sono nuovamente assoggettati ad imposizione in capo allo stesso. Nell'ipotesi poi in cui i predetti utili superino l'ammontare di quanto già imputato al socio controllante, e conseguentemente di quanto già tassato per trasparenza, gli stessi, nei limiti dell'eccedenza, concorrono alla formazione del reddito imponibile del soggetto residente²⁰⁸.

Inoltre, lo stesso comma 7 precisa che *“le imposte pagate all'estero, sugli utili che non concorrono alla formazione del reddito ai sensi del primo periodo del presente comma, sono ammesse in detrazione, ai sensi dell'articolo 165, fino a concorrenza delle imposte applicate ai sensi del comma 6”* considerate già al netto della detrazione relativa alle imposte pagate all'estero in via definitiva dalla controllata. Al soggetto residente, pertanto, è concesso un

²⁰⁶ Le imposte si considerano pagate a titolo definitivo se divenute irripetibili e, conseguentemente, a tal fine non rilevano le imposte pagate in acconto od in via provvisoria nonchè quelle per le quali è prevista la possibilità di rimborso.

²⁰⁷ Così GAFFURI A.M., 2014, *La disciplina delle CFC*, in DRAGONETTI A., PIACENTINI V. e SFONDRINI A., (a cura di), *Manuale di fiscalità internazionale*, VI edizione, IPSOA, pag. 1575.

²⁰⁸ Nell'ipotesi di controllo indiretto per tramite di soggetti esteri, ai sensi dell'articolo 3, comma 4, del D.M. 429/2001, l'esonero dei dividendi dal prelievo in Italia è riconosciuto solo con riferimento agli utili distribuiti dal soggetto direttamente partecipato dal contribuente residente. Per espressa previsione inoltre, detti utili si presumono prioritariamente formati con quelli conseguiti dalla partecipata assoggettata alla disciplina CFC, purchè questi ultimi risultino precedentemente posti in distribuzione ai soggetti intermedi.

ulteriore credito, che si sostanzia nella detraibilità, dall'imposta dovuta in Italia, delle somme prelevate all'estero sui dividendi al momento dell'erogazione degli stessi. La detrazione in esame è riconosciuta fino a concorrenza della medesima con quanto calcolato a titolo di imposta separata ridotto di un importo pari al credito già concesso in sede di imputazione del reddito ai sensi del già citato articolo 167, comma 6, T.U.I.R.

Aspetto correlato alla distribuzione degli utili di cui sopra, è certamente quello relativo alla valorizzazione fiscale della partecipazione. Invero, secondo quanto previsto dal decreto attuativo della disciplina CFC, il costo della partecipazione è aumentato e diminuito, rispettivamente, dai redditi imputati per trasparenza al soggetto residente e, fino a concorrenza di tale ammontare, dei dividendi erogati allo stesso. Ciò significa che, similmente a quanto accade rispetto alla monetizzazione degli utili, qualora al momento della cessione a terzi della partecipazione nella società estera siano rimasti non distribuiti gli utili già assoggettati ad imposizione per trasparenza in capo al controllante, quest'ultimo è tassato integralmente nei limiti dell'eccedenza della plusvalenza generata rispetto agli stessi. In altri termini, al fine di evitare una doppia imposizione sugli utili societari emergente per effetto del concorso, sulla medesima quota di ricchezza, del sistema d'imputazione per trasparenza e del regime di integrale tassazione della plusvalenza realizzata sulla cessione, è escluso in radice che la quota di *capital gains* remunerativa degli utili accantonati e non ancora distribuiti concorra, una seconda volta, alla formazione della base imponibile pertanto determinata e assoggettata a prelievo fiscale al netto dei redditi già tassati per trasparenza²⁰⁹.

2.7. Aspetti procedurali: l'interpello facoltativo e il nuovo obbligo di segnalazione in dichiarazione.

Precedentemente all'emanazione del Decreto legislativo n. 147/2015, al fine di dimostrare l'esistenza delle condizioni esimenti necessarie per l'esclusione dall'applicazione della normativa CFC, il soggetto controllante era tenuto, così come previsto dal comma 5 e dal comma 8-ter a *“interpellare preventivamente l'amministrazione finanziaria, ai sensi dell'articolo 11 della legge 27 luglio 2000, n. 212, recante lo statuto dei diritti del contribuente”*. Stando al dato letterale della norma, il contribuente residente, al fine di evitare l'imputazione diretta dei redditi prodotti dalla partecipata, era quindi obbligato a presentare in

²⁰⁹ Cfr. D'ABRUZZO G., 2003, *Partecipazioni in imprese estere: il «dedalo» della riforma*, in A&F n. 24, pag. 21 ss. Anche BALLANCIN A., 2016, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, CEDAM, pag. 337.

via preventiva apposita istanza, allegando altresì ad essa idonea documentazione²¹⁰ volta a dimostrare il ricorrere di almeno una delle circostanze esimenti previste dalla norma.

Orbene, posto il carattere obbligatorio e preventivo dell'istanza suddetta numerose erano state le perplessità sollevate con riferimento alla stessa, che, nei termini di cui sopra, sembrava presentarsi quale unico mezzo, dal punto di vista procedimentale, idoneo a ottenere l'esclusione dal campo applicativo della disciplina. Se avvalorata questa ipotesi quindi, qualora il contribuente avesse voluto dimostrare l'assenza di intenti abusivi legati alla partecipazione nella società o ente estero, avrebbe dovuto, posta la mancanza di soluzioni alternative a tal fine, esercitare il diritto d'interpello ad esso riconosciuto necessariamente prima di presentare la dichiarazione dei redditi relativa al periodo d'imposta per il quale intendesse disapplicare il regime in parola. Decorso inutilmente tale termine, la disciplina CFC, negata la possibilità di far valere le ragioni del soggetto residente anche eventualmente in sede contenziosa o di accertamento, avrebbe dovuto quindi operare automaticamente a

²¹⁰ È la stessa Agenzia delle Entrate a fornire chiarimenti in merito alla documentazione da presentare al fine di ottenere la dimostrazione dell'esimente e quindi la disapplicazione del regime CFC.

Nello specifico, con riferimento alla prima esimente di cui all'articolo 167, comma 5, lettera a), il soggetto istante deve produrre in allegato (in alternativa è tenuto a spiegare i motivi della mancata esibizione) il bilancio della società estera relativo all'esercizio per cui è richiesta la disapplicazione del regime e l'eventuale relativa certificazione, un prospetto descrittivo della struttura organizzativa e delle concrete modalità operative della società stessa, i contratti di locazione degli immobili commerciali e di lavoro dei dipendenti, i conti correnti bancari aperti presso istituti locali nonché gli estratti conto ad essi connessi, la copia dei contratti di assicurazione relativi a dipendenti e uffici, le autorizzazioni sanitarie e amministrative legate all'attività e all'uso dei locali, il prospetto indicante la composizione dell'organo amministrativo della partecipata, copia delle fatture delle utenze elettriche e telefoniche che rappresentino i consumi effettuati nel periodo d'imposta d'interesse, il prospetto dei principali mercati di penetrazione commerciale e di approvvigionamento della controllata, la descrizione delle operazioni effettuate nel periodo di riferimento con parti correlate.

Per quanto concerne invece la dimostrazione della sussistenza dei presupposti richiesti per la seconda esimente di cui all'articolo 167, comma 5, lettera b) T.U.I.R., il contribuente è tenuto a presentare documentazione idonea a provare che i redditi conseguiti dalla controllata estera siano prodotti in misura non inferiore al 75% in Stati o territori non a fiscalità privilegiata ed ivi sottoposti a tassazione ordinaria. Al fine quindi di dimostrare la congruità del carico fiscale cui è sottoposta la struttura localizzata all'estero, il soggetto controllante è tenuto a produrre in sede di interpello "dati e documenti da cui risulti la composizione e le modalità di determinazione del reddito della società black list di livello più elevato, l'eventuale distribuzione di tale reddito alle società sovraordinate, sino alla controllante residente, e la misura della tassazione cui è stato complessivamente assoggettato il reddito prodotto dalla CFC" e quindi, in particolare, il bilancio certificato della società estera di livello più elevato e il prospetto di calcolo delle imposte dovute nello Stato black list di localizzazione in base alla normativa locale, la dichiarazione dei redditi (qualora presentata) e la documentazione volta alla dimostrazione del pagamento delle imposte anche a titolo di acconto o ritenuta, copia della delibera o delle delibere di distribuzione degli utili approvate nel corso dell'esercizio di riferimento, il bilancio delle società cui è stato eventualmente distribuito l'utile della partecipata estera con prospetto di calcolo delle imposte dalle stesse dovute nel relativo Stato di localizzazione con riferimento agli utili ricevuti dalla CFC e documentazione attestante il pagamento delle predette imposte anche a titolo di acconto o ritenuta.

Quanto all'esimente di cui al comma 8-ter, infine, la Circolare precisa che *"si ritiene possano essere considerati idonei gli elementi di prova che il contribuente è tenuto a produrre per la disapplicazione della CFC rule per il ricorrere della prima circostanza esimente di cui all'articolo 167, comma 5, lett. a) del Tuir"* in quanto volti a dimostrare l'esistenza e l'idoneità della struttura estera allo svolgimento dell'attività dichiarata. L'effettività dell'attività svolta, l'autonomia gestionale della controllata estera e, conseguentemente, la non artificiosità della struttura estera.

prescindere dall'esistenza o meno delle condizioni necessarie alla disapplicazione del regime da essa previsto e, quindi, indipendentemente dal fatto che il contribuente fosse o meno in grado di provare anche successivamente la genuinità della struttura estera da lui stesso controllata.

Una siffatta interpretazione della norma avrebbe tuttavia generato, se accolta, evidenti problematiche connesse in particolare alla violazione, da un lato, del principio di proporzionalità sancito in ambito comunitario²¹¹ e, dall'altro del diritto di difesa tutelato dall'articolo 24 della nostra Costituzione. Ed infatti, confermare l'impossibilità per il contribuente omissivo dell'istanza di dimostrare la sussistenza delle esimenti in una fase successiva a quella dell'interpello avrebbe significato permettere ad una norma di carattere meramente procedimentale di trasformare la previsione di cui all'articolo 167, comma 1 in una presunzione assoluta²¹² di condotta abusiva, con un innegabile pregiudizio per il soggetto passivo²¹³ che si fosse visto negare l'ammissibilità delle prove a sostegno della disapplicazione del regime CFC in sede giurisdizionale²¹⁴.

Al fine probabilmente di evitare una quasi certa censura della disciplina da parte degli organismi comunitari, soprattutto in seguito all'estensione della disciplina anche alle controllate estere residenti nell'Unione Europea, nonché della Corte Costituzionale,

²¹¹ Sul punto BALLANCIN A., 2010, *Osservazioni a margine di una sentenza di merito in tema di incompatibilità della disciplina CFC con le Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni. Ulteriori riflessioni sul rapporto tra la novellata normativa CFC ed il diritto comunitario*, in Rivista di Diritto Tributario fasc. 3, pag. 161 ss.. L'autore, ricordando altresì l'assenza di un aspetto procedimentale di questo tipo negli altri ordinamenti europei, sottolinea che qualora l'obbligo di ricorrere all'interpello preventivamente fosse confermato *"tale circostanza potrebbe senza dubbio costituire una restrizione procedurale contraria al più volte richiamato principio di proporzionalità, imponendo, di fatto, ai contribuenti consistenti oneri amministrativi per esperire la predetta procedura"*. Contraria al suddetto principio sarebbe inoltre la preclusione per il contribuente di fornire le prove per la disapplicazione della disciplina di imputazione dei redditi, anche in fase di accertamento o contenzioso. Invero *"l'ordinamento comunitario fa proprio un principio di effettività - secondo cui i diritti di matrice comunitaria, in particolare le libertà economiche, devono ricevere una tutela giuridica effettiva - principio che smarrirebbe di ogni significato laddove si consentisse ad una misura nazionale di disconoscere un insediamento effettivo esclusivamente in funzione (dell'omissione) di un adempimento procedimentale (quale è, nel caso di specie, l'interpello)"*

²¹² Cfr. GIOVANNINI A., 2002, *L'interpello preventivo all'Agenzia delle entrate (C.F.C. e Statuto dei diritti del contribuente)*, in Rassegna Tributaria n. 2, pag. 449 ss. il quale, oltre a sottolineare come il carattere preventivo dell'istanza non possa determinare un vincolo per il contribuente a tal punto stringente da compromettere il suo diritto alla difesa, evidenzia anche che la *"menomazione della tutela giurisdizionale comprometterebbe anche la possibilità di conformare la tassazione all'effettiva capacità contributiva espressa dalle singole società del "gruppo", violando palesemente, in questo modo, il principio fissato nell'art. 53"*.

²¹³ Cfr. ALBANO G. e MARANI M., 2015, *Nuove CFC senza obbligo di interpello preventivo*, in Corriere tributario n. 23, pag. 1773 ss.

²¹⁴ In merito SOZZA G., 2002, *Aspetti sostanziali e processuali dell'interpello obbligatorio ex art. 127-bis del tuir*, in Il Fisco n. 22, pag. 3386 ss. il quale evidenzia come l'eventuale impossibilità per il contribuente di presentare le prove attestanti i requisiti per ottenere la disapplicazione della CFC in sede giudiziale sarebbe una chiara e manifesta violazione del diritto alla difesa tutelato altresì dalla Corte Costituzionale da sempre attenta ad eliminare le possibili forme limitative e preclusive al corretto esercizio dello stesso.

l'Amministrazione Finanziaria, stravolgendo le posizioni assunte in precedenza²¹⁵ e abbracciando una linea interpretativa più aderente ai principi sovra evidenziati, si era espressa in merito a tutti gli interpelli obbligatori precisando che *“l’obbligatorietà dell’istanza non muta il carattere non vincolante della risposta, quale atto avente natura di parere, né tanto meno preclude all’istante la possibilità di dimostrare anche successivamente la sussistenza delle condizioni che legittimano l’accesso al regime derogatorio”*²¹⁶. In tal senso, pur confermando l’obbligatorietà della presentazione dell’interpello, l’Agenzia aveva quindi riconosciuto che l’omissione della stessa non avrebbe precluso ai soggetti interessati il diritto di provare nelle successive fasi di accertamento o in sede di contenzioso la fondatezza dei presupposti necessari ai fini della disapplicazione della norma alla quale l’istanza si riferiva. Le precisazioni di cui sopra, trovando poi riconoscimento nello specifico ambito della disciplina CFC²¹⁷ con la circolare 51/E del 2010 e con la Circolare 23/E del 2011, avevano altresì contribuito a confermare la posizione dell’Agenzia in merito alla qualificazione delle risposte rese in sede di interpello nonché agli effetti ad esse riconducibili. Invero, ribadita la natura di parere attribuibile alle stesse, si precisava che *“il parere reso dall’Agenzia delle entrate non è vincolante per il contribuente, che resta libero di decidere se uniformarsi o meno alla risposta ottenuta. Il carattere non vincolante di tale parere comporta che, nel caso in cui l’istante decida di non uniformarsi alla risposta ottenuta, resta per lui impregiudicata la possibilità di dimostrare anche successivamente – ad esempio in sede di contenzioso – la sussistenza delle condizioni che consentono la disapplicazione della CFC rule”*. In linea con quanto espresso da parte della dottrina, si era quindi concessa al contribuente la possibilità di disattendere la risposta resa dall’Agenzia delle Entrate²¹⁸ e conseguentemente di procedere operativamente nel modo ritenuto opportuno, salvi comunque il potere dell’Amministrazione

²¹⁵ Da ultimo in tema di società di comodo l’Agenzia nella Circolare 7/E del 2009 si era così pronunciata: “In assenza di presentazione dell’istanza, il ricorso è inammissibile”, considerato che la disapplicazione non è ammessa in assenza della relativa istanza, che non può essere proposta per la prima volta in sede contenziosa col ricorso avverso l’avviso di accertamento e di irrogazione delle sanzioni amministrative”.

²¹⁶ Cfr. Circolare 32/E, *Nuove istruzioni sulla trattazione delle istanze di interpello*, 14 giugno 2010.

²¹⁷ Di diverso avviso PISTOLESI F., 2011, *Impugnazione della risposta negativa all’istanza di interpello: condizioni ed effetti*. Rivista di Diritto Tributario, fasc.78, pag. 365 ss. L’autore infatti, evidenziando le differenze esistenti tra gli interpelli ordinari e gli interpelli finalizzati alla disapplicazione della disciplina in parola, evidenzia che, in quest’ultima ipotesi, l’omissione della domanda di interpello *“determina la carenza di un elemento essenziale delle relative fattispecie normative”* e quindi *“si sostanzia in una preclusione a far valere in sede giudiziale le (sole) questioni che avrebbero dovuto essere sottoposte alla cognizione del Fisco attraverso l’interpello”*

²¹⁸ Contrariamente a questo orientamento CERIANA E., 2002, *Conseguenze processuali dell’interpello preventivo ai fini della normativa CFC*, in Corriere Tributario n. 37, pag. 3329 ss. il quale sostiene che in ipotesi di risposta negativa all’istanza di interpello il soggetto residente *“dovrebbe procedere all’imputazione per trasparenza dei redditi provenienti dalla società controllata localizzata nel paradiso fiscale”* in quanto, esponendo una situazione di fatto già esistente il diniego dell’Amministrazione *“si potrebbe qualificare come una sorta di «accertamento preventivo»”*.

di esercitare la sua pretesa impositiva e il correlativo diritto del contribuente di impugnarla e farne verificare i presupposti di legittimità in sede giurisdizionale²¹⁹.

Strettamente connessa alla questione di cui sopra vi era poi quella relativa all'autonoma impugnabilità delle risposte negative all'interpello. Dubbi si erano cioè avanzati sulla possibilità, per il soggetto che intendesse disapplicare la disciplina CFC e che avesse ricevuto parere negativo con riferimento all'oggetto dell'istanza, di impugnare direttamente l'atto in parola avanti al giudice tributario. In merito, posta la natura non vincolante del parere espresso dall'Amministrazione Finanziaria e la libertà riconosciuta al contribuente di disattenderlo, parte della dottrina²²⁰ e la stessa Agenzia delle Entrate²²¹ si erano espresse in senso non favorevole all'ipotesi sopra prospettata. Invero, evidenziando il carattere non provvedimentale della risposta resa in sede di interpello e quindi l'inidoneità della stessa a produrre effetti immediati nella sfera giuridica del contribuente, si era sostenuta la sua non impugnabilità innanzi alla Commissione Tributaria competente²²². Secondo questa linea

²¹⁹ Cfr. GLENDI G., 2016, *Nonostante l'intervento del legislatore, permangono le divergenze dei giudici di merito sull'autonoma impugnabilità del diniego di interpello*, in *Diritto e Pratica Tributaria* n. 6, pag. 2568 ss.

²²⁰ In merito GIOVANNINI A., 2002, *L'interpello preventivo all'Agenzia delle entrate (C.F.C. e Statuto dei diritti del contribuente)*, in *Rassegna Tributaria* n. 2, pag. 449 ss.; GAFFURI A.M., 2014, *La disciplina delle CFC*, in DRAGONETTI A., PIACENTINI V. e SFONDRINI A., (a cura di), *Manuale di fiscalità internazionale*, VI edizione, IPSOA, pag. 1580 ss.

²²¹ Cfr. Circolare n. 7/E, *Non impugnabilità delle risposte rese in sede di interpello*, del 3 settembre 2009.

²²² L'interpretazione di cui sopra non risultava comunque universalmente condivisa. Contrariamente a quanto affermato dall'Agenzia delle Entrate e da parte della dottrina CERIANA E., 2002, *Conseguenze processuali dell'interpello preventivo ai fini della normativa CFC*, in *Corriere Tributario* n. 37, pag. 3329 ss. il quale, assimilando il parere negativo dell'Amministrazione Finanziaria a un diniego di agevolazione tributaria, ammette l'immediata impugnabilità dello stesso essendo ricompreso tra gli atti autonomamente impugnabili ai sensi dell'art. 19, comma 1, lett. h), del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546. Sul punto anche PISTOLESI F., 2011, *Impugnazione della risposta negativa all'istanza di interpello: condizioni ed effetti*. *Rivista di Diritto Tributario*, fasc.78, pag. 365 ss. L'autore infatti, riconoscendo il parere dell'Agenzia quale atto "dotato di forza cogente e quindi immediatamente e direttamente lesivo della sfera patrimoniale del contribuente", sostiene che la risposta sfavorevole possa essere immediatamente censurata dinanzi al giudice tributario. Nel senso della impugnabilità della risposta negativa all'interpello CFC, si veda anche CTR Roma, sentenza 9 settembre 2008, n. 333, secondo la quale il parere espresso dall'Agenzia "non ha natura interpretativa bensì provvedimentale, in particolare di natura autorizzatoria, con la conseguenza che esso può equipararsi ad un atto di accertamento vero e proprio suscettibile di comportare una lesione concreta ed attuale della posizione soggettiva del contribuente" e per questo autonomamente impugnabile.

Sulla questione si era più volte espressa, seppur manifestando orientamenti contrastanti, anche la Corte di Cassazione. Invero, in un primo momento, la Suprema Corte, con la sentenza 15 aprile 2011, n. 8663, si era pronunciata per l'assimilazione della risposta negativa del Direttore regionale delle Entrate ad un diniego di agevolazione fiscale soggetto "ad autonoma impugnazione ai sensi del D. lgs n. 542 del 1992, art. 19, comma 1, lett. h.". Ciò posto, "la mancanza di impugnazione nei termini di legge decorrenti dalla comunicazione delle determinazioni al contribuente ai sensi del D.M. 19 giugno 1998, n. 259, art. 1, comma 4, rende definitiva la carenza del potere di disapplicazione della norma antielusiva in capo all'istante". Successivamente, con sentenza 5 ottobre 2012 n. 17010, la stessa Corte di Cassazione, discostandosi dalle precedenti conclusioni, aveva escluso l'equiparazione tra diniego di agevolazione fiscale e disapplicazione di una norma tributaria, confermato il carattere non provvedimentale della risposta negativa all'interpello e negato la riconducibilità di tale atto alla previsione residuale della lett. i) dell'articolo 19, comma 1. Esclusa, dunque, l'assimilazione del diniego ad uno degli atti tipici normativamente previsti, la Suprema Corte, richiamandosi al suo orientamento, ormai consolidato, circa la possibilità di una interpretazione estensiva dell'elencazione dell'art. 19 del d.lgs. n. 546 del 1992, aveva ricondotto la risposta all'interpello nell'ambito della categoria degli atti "facoltativamente

interpretativa, l'unico atto suscettibile di impugnazione da parte del contribuente restava dunque l'avviso di accertamento eventualmente emesso dall'Amministrazione Finanziaria nei confronti del soggetto che, non adeguandosi alla posizione espressa dalla stessa in sede di risposta all'istanza di interpello, avesse erroneamente disapplicato il regime di imputazione dei redditi prodotti dalla società partecipata previsto dalla disciplina CFC.

Tale orientamento è stato da ultimo recepito dal legislatore che, con l'emanazione del decreto legislativo 24 settembre 2015, n. 156 recante la revisione della disciplina degli interpelli, ha espressamente disposto all'articolo 6, comma 1 la non impugnabilità delle risposte alle istanze presentate ai sensi all'articolo 11 dello Statuto dei diritti del contribuente, al quale l'articolo 167 T.U.I.R. rinvia.

Oltre alla previsione di cui sopra, il menzionato decreto, insieme al decreto internazionalizzazione di poco precedente, ha altresì introdotto rilevanti modifiche attinenti la natura e l'operatività della procedura d'interpello riservata alla disapplicazione delle disposizioni in materia di imprese estere controllate.

Invero, a seguito degli interventi apportati dall'articolo 8, comma 1, lettera b) del decreto 147/2015 e dall'articolo 7, comma 4 del decreto 156/2015, al fine di ottenere l'esclusione dal campo applicativo della disciplina in parola ora *“il contribuente può (e non deve) interpellare l'amministrazione ai sensi dell'articolo 11, comma 1, lettera b), della legge 27 luglio 2000, n. 212”*.

Come si evince dal dettato letterale della norma, il soggetto residente che intenda ricevere il parere preventivo dell'Amministrazione Finanziaria in merito alla sussistenza o meno delle condizioni esimenti di cui ai commi 5 e 8-ter dell'articolo 167 T.U.I.R., in forza delle modifiche operate, ha la facoltà, e non più l'obbligo, di presentare istanza di interpello²²³ alla stessa secondo quanto previsto dallo Statuto del contribuente, così come novellato dal decreto 156/2015. In altre parole, recependo in via normativa l'ormai consolidato orientamento interpretativo dell'Agenzia delle Entrate circa gli effetti della mancata presentazione dell'istanza preventiva, il legislatore, eliminata l'obbligatorietà dell'interpello, rimette al

impugnabili". Portando infatti a conoscenza del contribuente una ben individuata pretesa tributaria, il parere negativo espresso dall'Agenzia era considerato dunque, secondo questa linea, idoneo a far sorgere nel destinatario dello stesso l'interesse ex articolo 100 c.p.c. ad invocare la tutela giurisdizionale di controllo sulla legittimità sostanziale della pretesa medesima insita nell'atto. La non impugnazione, stante la non obbligatorietà della stessa, non precludeva comunque la possibilità per il *“contribuente di esperire la piena tutela in sede giurisdizionale nei confronti dell'atto tipico che gli venga notificato, dimostrando in tale sede, senza preclusioni di sorta, la sussistenza delle condizioni per fruire della disapplicazione della norma antielusiva”*. Tale orientamento era stato poi nuovamente confermato con sentenza 28 maggio 2014, n. 11929.

²²³ L'interpello CFC per effetto degli interventi in parola risulta ora espressamente inserito nella categoria degli interpelli cd. probatori mediante i quali il contribuente ha la possibilità di ottenere *“un parere sulla sussistenza delle condizioni o sulla idoneità degli elementi probatori richiesti dalla norma ai fini dell'accesso a un determinato regime fiscale, nei casi espressamente previsti”*. Cfr. Circolare n. 9/E, *Commento alle novità del decreto legislativo 24 settembre 2015, n. 156 recante revisione della disciplina degli interpelli*, 1 aprile 2016.

giudizio del contribuente la decisione circa il momento in cui attivarsi per dimostrare le esimenti cui la norma subordina la disapplicazione del regime CFC. Ed infatti, il soggetto controllante che sia interessato ad evitare la tassazione per trasparenza del reddito prodotto dalla partecipata estera, ha ora la possibilità di far valere le proprie ragioni sia in via preventiva mediante l'inoltro dell'istanza all'Ufficio competente entro il termine ordinario di presentazione della dichiarazione relativa al periodo d'imposta cui l'istanza medesima si riferisce, sia successivamente in fase di eventuale controllo. Qualora il contribuente opti per la prima soluzione, egli, secondo le indicazioni fornite dall'Agenzia, è tenuto a fornire una rappresentazione completa della fattispecie oggetto dell'istanza allegando alla stessa la documentazione necessaria a definire con chiarezza il caso in merito al quale l'Amministrazione è chiamata ad esprimersi e a dimostrare la sussistenza delle cause esimenti previste dall'articolo 167 T.U.I.R.. A tal fine la stessa Agenzia delle Entrate precisa che *“l'istanza, oltre ad essere corredata della documentazione solitamente fornita per evidenziare l'esistenza di una struttura in loco, deve evidenziare – in una logica “substance over form” – l'effettività sostanziale della struttura estera ovvero – nel caso dell'interpello di cui al comma 8-ter, prima illustrato- la non artificiosità delle CFC”*²²⁴. Sulla base della suddetta documentazione l'Amministrazione è tenuta a rispondere all'istanza nel termine di centoventi giorni, salva la possibilità di richiedere una sola volta un' integrazione della stessa. Ricevuti i documenti integrativi il parere in merito all'oggetto dell'interpello deve necessariamente essere reso entro sessanta giorni decorsi inutilmente i quali si intende formato il silenzio-assenso. In tal caso o in ipotesi di parere positivo espresso con riferimento all'istanza, la risposta è vincolante per l'Amministrazione che pertanto non può emettere alcun atto impositivo o sanzionatorio, pena la nullità dello stesso, contrastante con il giudizio da essa manifestato in sede di interpello²²⁵. Inoltre, nelle fattispecie su menzionate, ai sensi dell'articolo 167, comma 8-quinquies, le esimenti di cui ai commi 5 e 8-ter non devono essere ulteriormente dimostrate in sede di eventuale verifica, salva comunque la possibilità concessa all'Amministrazione *“di controllare veridicità e completezza delle informazioni e degli elementi di prova forniti”* all'atto di presentazione dell'istanza.

Qualora, al contrario della situazione sopra prospettata, il contribuente ometta di inoltrare l'interpello, stante la natura facoltativa dello stesso, o non si adegui all'eventuale risposta negativa ricevuta in merito alla fattispecie delineata nell'istanza, egli, ponendosi in una

²²⁴ Circolare n. 51/E, *Disciplina relativa alle controlled foreign companies (CFC) - Dividendi provenienti e costi sostenuti con Stati o territori a fiscalità privilegiata – Chiarimenti*, 6 ottobre 2010.

²²⁵ Cfr. MASTROMATTEO A. e SANTACROCE B. , 2016, *Gli effetti degli interpelli su accertamento e contenzioso*, in Il Fisco n. 26, pag. 2518; GAFFURI A.M., 2014, *La disciplina delle CFC*, in DRAGONETTI A., PIACENTINI V. e SFONDRINI A., (a cura di), *Manuale di fiscalità internazionale*, VI edizione, IPSOA, pag. 1582.

situazione di potenziale conflitto con l'Amministrazione finanziaria, incorre inevitabilmente nella possibilità di avvio di una fase di accertamento²²⁶. In questa ipotesi, il nuovo comma 8-quarter dell'articolo 167 T.U.I.R., al fine di tutelare le ragioni che hanno indotto il soggetto residente a disapplicare la disciplina in parola pur senza il previo parere positivo dell'Agenzia, stabilisce che *“l'Amministrazione finanziaria, prima di procedere all'emissione dell'avviso di accertamento d'imposta o di maggiore imposta, deve notificare all'interessato 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 comma 1 o del comma 8-bis”*. Viene così espressamente introdotta una fase di contraddittorio anticipato, mediante il quale è offerta al contribuente la possibilità di fornire, nel termine di legge, la dimostrazione circa la sussistenza delle circostanze esimenti e di scongiurare conseguentemente l'emissione dell'atto impositivo nonché la tassazione per trasparenza dei redditi prodotti dalla partecipata estera sia essa localizzata in un paradiso fiscale o in un territorio *white list*. In tale ottica, l'apposito avviso da notificarsi al socio residente è volto all'instaurazione di un sub-procedimento che, da un lato, ha la funzione di evitare l'emanazione di avvisi di accertamento infondati e, dall'altro, permette di attuare il principio del contraddittorio e della cooperazione tra Amministrazione e contribuente secondo le linee tracciate dallo Statuto²²⁷, sulla scia di una sempre più marcata valorizzazione dei suddetti strumenti prima della conclusione dell'iter procedimentale e, quindi, dell'adozione dell'atto impositivo.

Ciò detto quindi, si rileva facilmente come l'onere di attivazione del procedimento amministrativo, prima posto in capo al contribuente chiamato a presentare obbligatoriamente istanza preventiva, sia, per effetto delle modifiche apportate, transitato sull'Amministrazione Finanziaria²²⁸ la quale è ora tenuta ad instaurare con il soggetto residente, che non abbia presentato l'interpello preventivo o abbia disatteso l'orientamento espresso in sede di risposta allo stesso, un confronto anticipato la cui mancata attivazione comporta l'invalidità del successivo atto impositivo²²⁹. In tal senso quindi, l'Amministrazione stessa è investita del

²²⁶ Cfr. MASTROMATTEO A. e SANTACROCE B., 2016, *Gli effetti degli interpelli su accertamento e contenzioso*, in *Il Fisco* n. 26, pag. 2518 ss.

²²⁷ Cfr. ALBANO G. e MARANI M., 2015, *Nuove CFC senza obbligo di interpello preventivo*, in *Corriere tributario* n. 23, pag. 1773.

²²⁸ BALLANCIN A., 2016, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, CEDAM, pag. 350.

²²⁹ Cfr. BALLANCIN A., 2016, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, CEDAM, pag. 351. Secondo l'autore siffatta conclusione può essere avanzata prendendo in considerazione i più recenti orientamenti della Corte di Cassazione la quale ha statuito che l'avviso di accertamento non preceduto dall'instaurazione del contraddittorio con il contribuente è da considerarsi illegittimo pur in mancanza di un espressa previsione in tal senso (si veda sentenza del 27 maggio 2016, n. 10988). Sul punto anche ALBANO G. e MARANI M., 2015, *Nuove CFC senza obbligo di interpello preventivo*, in *Corriere tributario* n. 23, pag. 1773 ss. i quali affermano che sebbene la nullità del successivo atto impositivo non sia espressamente prevista

dovere prima di valutare, precedentemente all' avvio della fase accertativa, le argomentazioni e la documentazione prodotta dal contribuente al fine di provare la genuinità del comportamento da lui adottato e poi, conseguentemente, di esprimersi nel merito motivando eventualmente nel successivo avviso di accertamento il suo dissenso qualora abbia ritenuto inidonee le prove addotte²³⁰ in sede di contraddittorio.

Orbene, se da un lato sono evidenti le semplificazioni e le maggiori forme di tutela offerte al contribuente, stante l'eliminazione del carattere obbligatorio dell'istanza nonché la previsione esplicita di un confronto anticipato tra lo stesso e l'Amministrazione Finanziaria che intenda emettere nei suoi confronti un atto impositivo, non si può negare come le novelle previsioni in materia di interpello CFC presentino degli aspetti problematici legati in particolare all'introduzione di nuovi obblighi di *disclosure* posti a carico dei soci residenti.

Invero, se da un lato il soggetto controllante ha la facoltà e non più l'obbligo di inoltrare istanza di interpello all'Amministrazione risparmiando così oneri di compliance spesso dispendiosi per costi e tempi, dall'altro è gravato da un nuovo onere informativo consistente nell'obbligo di segnalazione in dichiarazione dei redditi della detenzione di partecipazioni in società controllate estere al ricorrere di determinate circostanze. Ed infatti, al fine di garantire comunque un adeguato controllo e monitoraggio da parte del Fisco sulle potenziali fattispecie abusive che la disciplina CFC mira a osteggiare, il legislatore ha espressamente previsto all'articolo 167, comma 8-quarter, T.U.I.R. che *“fatti salvi i casi in cui la disciplina del presente articolo sia stata applicata ovvero non lo sia stata per effetto dell'ottenimento di una risposta favorevole all'interpello, il socio residente controllante deve comunque segnalare nella dichiarazione dei redditi la detenzione di partecipazioni in imprese estere controllate di cui al comma 1 e al comma 8-bis. In tale ultimo caso l'obbligo di segnalazione sussiste solo al ricorrere delle condizioni di cui alle lettere a) e b) del medesimo comma 8-bis”*. Stante il dettato letterale della previsione di cui sopra, l'obbligo dichiarativo in parola è imposto quindi ai soggetti residenti che, pur ritenendo sussistenti le circostanze per non applicare la disciplina di cui all'articolo 167 T.U.I.R., o non abbiano presentato l'istanza di interpello relativa alla fattispecie in oggetto, o alternativamente, abbiano rispetto ad essa ricevuto parere negativo dall'Amministrazione²³¹. Di contro pertanto, non sono tenuti a segnalare in dichiarazione la partecipazione coloro i quali abbiano ricevuto parere positivo alla disapplicazione del regime

dall'articolo 167, comma 8-quarter, la stessa è desumibile operando un'interpretazione sistematica dello stesso. In assenza di confronto preventivo con il contribuente, infatti, l'Amministrazione incorrerebbe in una violazione dell'obbligo di motivazione previsto a pena di nullità dell'atto impositivo dall'articolo 42, comma 3, del D.P.R. 600/1973.

²³⁰ L'articolo 167, comma 8-quarter prevede infatti che *“ove l'Amministrazione finanziaria non ritenga idonee le prove addotte, dovrà darne specifica motivazione nell'avviso di accertamento”*.

²³¹ Rientra in questi casi anche l'ipotesi in cui alla data di presentazione della dichiarazione la risposta dell'Amministrazione non sia ancora pervenuta al contribuente.

in parola a seguito di apposita istanza di interpello o, nel caso di controllate di cui al comma 8-bis, abbiano verificato la non sussistenza delle condizioni di cui alle lettere a) e b) del comma medesimo²³².

Ciò detto, appare opportuno precisare che, secondo quanto confermato dalla stessa Agenzia delle Entrate, il contribuente sul quale ricade l'obbligo di segnalazione in parola deve individuarsi nel solo soggetto residente tenuto alla compilazione del quadro FC del Modello UNICO relativo all'anno d'imposta di riferimento²³³. Qualora quest'ultimo non sia titolare di reddito d'impresa si prospettano due differenti soluzioni a seconda che il controllo sulla partecipata estera sia esercitato direttamente o indirettamente. Nel primo caso la segnalazione in dichiarazione spetta ugualmente al soggetto controllante non titolare di reddito d'impresa, nel secondo, e quindi nell'ipotesi in cui il controllo sia indiretto e venga esercitato per il tramite di una società o di un ente residente, *“l'obbligo di segnalazione deve essere assolto da questi soggetti, che provvedono a compilare il quadro FC del proprio Modello Unico”*.

Con specifico riferimento ai dati rilevanti che devono essere forniti al fine di integrare l'obbligo segnaletico, l'Agenzia, nel più recente documento di prassi, oltre ad aver predisposto un elenco esemplificativo delle informazioni necessarie ad evidenziare la partecipazione in dichiarazione²³⁴, ha preso posizione in merito alle criticità operative sollevate in seguito alla pubblicazione delle istruzioni relative alla compilazione del Modello

²³² Con riferimento all'obbligo di segnalazione relativo alle controllate di cui al comma 8-bis il testo originario proposto prevedeva che tale onere fosse posto in capo al socio residente *“indipendentemente dalla verifica delle condizioni di cui alle lettere a) e b) del medesimo comma 8-bis”*. Sul punto la Commissione Finanze e Tesoro del Senato si era espressa suggerendo l'eliminazione delle parole *“indipendentemente dalla verifica”* in quanto *“sembrano essere presenti per un difetto di coordinamento che determinerebbe un eccesso di segnalazioni, con l'ulteriore effetto di ostacolare i controlli”*. Invero, anche la dottrina si era pronunciata non favorevolmente sulla previsione di cui sopra. Si veda al riguardo SCIFONI G., 2015, *Modifiche alla disciplina CFC: lo sforzo di semplificazione procede tra luci e ombre*, in Corriere Tributario n. 30, pag.2305 ss. il quale evidenziava come la prescrizione suddetta apparisse priva di senso dal momento che non sussistendo contemporaneamente le condizioni di cui al comma 8-bis la società estera residente in un territorio white list non avrebbe potuto comunque essere attratta nell'ambito della disciplina CFC e, conseguentemente, i redditi da essa realizzati non sarebbero in ogni caso dovuti entrare in dichiarazione in quanto non imputati direttamente al soggetto residente.

È stato comunque evidenziato come la finalità della norma originaria, che imponeva l'obbligo segnaletico indipendentemente dalla verifica delle già citate condizioni, fosse in verità quella di rendere l'adempimento da parte delle imprese il più semplice possibile, permettendo loro di evitare di volta in volta l'individuazione delle fattispecie potenzialmente suscettibili di ricadere nell'ambito applicativo della norma. Cfr. MIELE L. e RAMAGNOLI V., 2015, *“CFC rules” più aderenti alle “best practices” internazionali*, in Corriere Tributario n. 38, pag. 3873 ss.

²³³ L'Agenzia al riguardo precisa che *“qualora ricorra un'ipotesi di controllo indiretto, invece, è solo il soggetto controllante di ultimo livello che dovrà indicare la partecipazione CFC, mentre nessun obbligo di segnalazione ricadrà in capo al soggetto residente per il tramite del quale la prima società esercita il controllo sulla partecipata estera”*.

²³⁴ Si legge infatti nella Circolare 35/E del 4 agosto 2016 che *“nel nuovo quadro FC si devono fornire le informazioni rilevanti relative alla partecipazione nella CFC, fra cui, in particolare: se il caso concreto rientri nel comma 1 oppure nel comma 8-bis dell'articolo 167 del TUIR; se sia stata presentata istanza di interpello preventivo oppure no; quale tipologia di esimenti ricorre nel caso di specie; se il controllo sia esercitato indirettamente e attraverso un soggetto residente, o non residente, etc.”*

Unico 2016. Ed infatti, mentre le suddette istruzioni avevano interpretato la previsione di cui all'articolo 167, comma 8-quarter T.U.I.R. quale obbligo di compilazione di tutto il quadro FC indipendentemente dalla possibilità di disapplicare la disciplina in esame, la Circolare 35/E del 2016, rettificando le indicazioni fornite in precedenza, ha chiarito che *“nel caso in cui il soggetto controllante abbia compilato la parte del quadro FC relativa alla sussistenza delle circostanze esimenti (...), andrà segnalato in dichiarazione solo l'utile o la perdita dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero”*. Tale risultato, derivante dal bilancio o da altro documento riepilogativo della partecipata estera, non deve quindi, a differenza di quanto precedentemente indicato, essere rideterminato secondo le disposizioni applicabili ai soggetti residenti titolari di reddito d'impresa, con un notevole ed evidente risparmio in termini di oneri d'adempimento per i contribuenti che siano in grado di dimostrare la sussistenza delle condizioni per la disapplicazione del regime in parola²³⁵.

Ad ogni modo, al fine di garantire il rispetto dell'obbligo segnaletico di cui sopra, il legislatore ha provveduto, operando una modifica al Decreto legislativo n. 471 del 1997, ad introdurre una specifica sanzione amministrativa per il mancato adempimento dello stesso. Invero, l'omessa o l'incompleta indicazione delle informazioni relative alle partecipazioni soggette alla normativa CFC è ora punita con l'irrogazione di una sanzione, di cui al nuovo comma 3-quater dell'art. 8 del suddetto decreto, pari al 10% del reddito prodotto dalla controllata estera e imputabile per trasparenza, anche solo in via teorica²³⁶, al soggetto residente proporzionalmente alla partecipazione posseduta. La sanzione varia da un minimo di 1.000€, applicabile anche nel caso in cui il risultato conseguito dalla società partecipata sia negativo²³⁷, ad un massimo di 50.000€. Come si può facilmente rilevare quindi, la mancata o l'incompleta indicazione delle partecipazioni in società estere comporta per il soggetto

²³⁵ Al riguardo è stato rilevato che la rideterminazione dell'utile conseguito dalla controllata estera secondo le regole nazionali relative al reddito d'impresa sarebbe apparsa superflua e, quindi, ingiustificata dal momento che per i soggetti in grado di dimostrare le esimenti previste non sussiste l'obbligo di tassazione per trasparenza del reddito a norma dell'art. 167 TUIR. Cfr. AA.VV. , 2017, *Regime delle Controlled Foreign Companies (CFC) e dei costi "black list"*, in MIELE L., BONTEMPO F., SURA A., FABI T. (a cura di), *Bilancio e Reddito d'Impresa 2017*, II edizione, IPSOA, pag. 1555.

²³⁶ È stato osservato come il regime sanzionatorio in esame risulti carente sotto il profilo della comprensione, in quanto dubbi potrebbero sorgere con riferimento all'espressione "reddito conseguito dal soggetto partecipato e imputabile nel periodo d'imposta, anche solo teoricamente, al soggetto residente [...]" contenuta all'articolo 8, comma 3-quarter del Decreto legislativo 471/1997. Al riguardo alcuni ritengono che, in forza della previsione di cui sopra, la norma debba intendersi riferita ai soggetti i quali disapplicano la disciplina CFC, in assenza di interpello, e non adempiono all'obbligo di segnalazione; in tal caso, si applica la sanzione sul reddito che sarebbe stato teoricamente imputabile se il soggetto non avesse avuto i requisiti per disapplicare il regime. Cfr. AA.VV. , 2017, *Regime delle Controlled Foreign Companies (CFC) e dei costi "black list"*, in MIELE L., BONTEMPO F., SURA A., FABI T. (a cura di), *Bilancio e Reddito d'Impresa 2017*, II edizione, IPSOA, pag. 1556.

²³⁷ Secondo SCIFONI G., 2015, *Modifiche alla disciplina CFC: lo sforzo di semplificazione procede tra luci e ombre*, in Corriere Tributario n. 30, pag. 2305 ss. la circostanza per cui la sanzione risulti applicabile anche in caso di realizzazione di una perdita, confermerebbe la natura eminentemente segnaletica dell'obbligo in parola.

controllante l'assoggettamento ad un regime sanzionatorio particolarmente gravoso ed anche, in un certo senso, disallineato dalla ratio della disciplina in parola. Ed infatti, l'applicazione della sanzione amministrativa è operata anche nell'ipotesi in cui il contribuente residente, pur non avendo presentato istanza di interpello e non avendo provveduto alla segnalazione in dichiarazione, sia in grado di dimostrare le esimenti nelle fasi successive del contraddittorio²³⁸ e, quindi, la genuinità della struttura estera di cui detiene il controllo.

Orbene, considerata la rilevanza delle sanzioni previste in caso di omessa o parziale indicazione delle partecipate estere in dichiarazione, al fine di non incorrere nell'irrogazione delle stesse, sembrerebbe opportuno, nei casi dubbi e in presenza di esimenti solide, procedere ugualmente alla segnalazione anche di quelle partecipazioni per le quali l'esistenza dei relativi presupposti applicativi non appaia del tutto certa²³⁹. In altre parole, qualora il contribuente abbia dubbi relativamente al fatto che le partecipazioni da lui detenute siano potenzialmente rilevanti ai fini della disciplina CFC, egli dovrebbe, sapendo di poter dimostrare agevolmente le circostanze volte ad evitare la tassazione per trasparenza, comunque optare per l'indicazione delle suddette partecipazioni in dichiarazione per scongiurare l'applicazione della sanzione proporzionale prevista dal comma 3-quater, articolo 8 del Decreto 471/1997.

2.8. La disciplina della tassazione degli utili provenienti da regimi fiscali privilegiati

Strettamente connessa alle disposizioni di cui all'articolo 167 T.U.I.R., è innegabilmente la disciplina relativa alla tassazione degli utili distribuiti da soggetti residenti in Stati o territori a fiscalità privilegiata.

Invero, secondo quanto specificatamente previsto dagli articoli 47, comma 4 e 89, comma 3, T.U.I.R., gli utili provenienti²⁴⁰ da regimi fiscali privilegiati, così come definiti dal comma 4

²³⁸ Cfr. ALBANO G. e SPAZIANI R., 2016, *Aspetti procedurali e obblighi di segnalazione in materia di CFC*, in *Corriere Tributario* n. 47, pag.3607 ss.

²³⁹ Cfr. ALBANO G. e SPAZIANI R., 2016, *Aspetti procedurali e obblighi di segnalazione in materia di CFC*, in *Corriere Tributario* n. 47, pag.3607 ss.

²⁴⁰ Con l'articolo 3 del Decreto 247/2015, il legislatore ha introdotto, a seguito di un percorso complesso che ha spesso suscitato incertezze operative, una specifica definizione dell'espressione "utili provenienti". Invero, rientrano ora per espressa previsione normativa nell'ambito della disciplina in esame gli utili derivanti da partecipazioni dirette, anche non di controllo, in società localizzate in Stati o territori a regime fiscale privilegiato nonché partecipazioni indirette nelle società suddette detenute per tramite di partecipazioni di controllo, anche di fatto, diretto o indiretto in una o più società intermedie residenti in Italia o in un Paese a fiscalità ordinaria. Nel caso da ultimo prospettato, il socio residente è tenuto ad individuare quanta parte di dividendi è effettivamente attribuibile alla partecipazione in società localizzate in paradisi fiscali, dal momento che solo questa è assoggettata al regime di integrale tassazione in Italia. A tal fine, secondo quanto chiarito dall'Amministrazione Finanziaria, il contribuente deve provvedere a una ricostruzione analitica della provenienza degli utili percepiti supportata da idonea documentazione, in mancanza della quale si presumono distribuiti, in via prioritaria e fino a concorrenza, gli utili provenienti da Stati o territori a regime fiscale privilegiato.

dello stesso articolo 167²⁴¹, sono, in deroga alla generale previsione di esenzione parziale dei dividendi²⁴², integralmente assoggettati ad imposizione in Italia²⁴³, salve le circostanze che siano già stati oggetto d'imputazione per trasparenza ai sensi della normativa CFC ovvero sia provata, sin dall'inizio del periodo di possesso della partecipazione, l'esimente di cui all'articolo 167, comma 5, lettera b), T.U.I.R.²⁴⁴.

In altre parole, ai sensi delle disposizioni di cui sopra, il regime di integrale tassazione dei dividendi paradisiaci non trova applicazione in soli due casi e, segnatamente, qualora il soggetto estero sia già attratto nell'ambito di operatività della disciplina CFC o, alternativamente, qualora il soggetto residente permanga estraneo alla stessa, pur ricorrendone anche i presupposti territoriali, per il fatto che *“dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori a regime fiscale privilegiato”*. Tale ultima previsione trova senz'altro giustificazione nel fatto che, essendo il regime di integrale tassazione necessitato dalla nulla o comunque carente imposizione nello Stato estero, non vi sarebbe motivo di assoggettare al suddetto regime gli utili distribuiti dal soggetto non residente che abbia dimostrato, ai fini della disapplicazione del regime di cui all'articolo 167 T.U.I.R., di aver subito una tassazione ugualmente congrua fuori dai confini nazionali.

Sebbene la disciplina in esame abbia subito, dalla sua introduzione, avvenuta nel 2003, ad oggi, diversi interventi legislativi, non si può negare come gli stessi non si siano mai occupati di una questione fondamentale e, segnatamente, l'evidente penalizzazione gravante sui soggetti residenti che, detenendo una partecipazione di controllo in una società paradisiaca, avessero disapplicato la disciplina CFC in ragione della prima esimente.

Ed infatti, qualora il soggetto controllante fosse stato in grado di dimostrare lo svolgimento da parte della partecipata estera di *“un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività, nel mercato dello stato o territorio di insediamento”*, egli, da un lato, avrebbe certamente avuto la possibilità di scongiurare l'applicazione del regime di trasparenza

²⁴¹ È necessario precisare che, nonostante l'articolo 167, comma 4, non escluda espressamente gli Stati membri dell'Unione Europea o aderenti allo Spazio Economico Europeo, per tali Stati non può che confermarsi ugualmente la non applicabilità del regime di integrale tassazione di dividendi e plusvalenze ivi originati alla luce del combinato disposto con il comma 1.

²⁴² Si ricorda che il regime fiscale dei dividendi di fonte estera è, sin dalla riforma IRES del 2003, equiparato a quello previsto per i dividendi provenienti da soggetti residenti. I suddetti dividendi, sono infatti, in linea generale a seguito delle modifiche introdotte dalla legge 122/2016, esenti da tassazione nella misura del 95% della quota non deducibile se il soggetto emittente è residente in uno Stato UE, nella misura del 95% se la remunerazione è completamente indeducibile per il soggetto emittente localizzato in un Paese EXTRA-UE.

²⁴³ Il regime derogatorio rispetto a quello ordinario è giustificato in ragione del fatto che gli utili provenienti da Stati o territori a fiscalità privilegiata sono prodotti in ordinamenti caratterizzati da un livello di tassazione nullo o comunque estremamente ridotto rispetto a quello vigente nel nostro Paese.

²⁴⁴ La circolare n. 35/E del 2016 chiarisce che per gli utili distribuiti dal 2015 in poi tale condizione risulta verificata qualora, per ciascun esercizio sin dall'inizio del periodo di possesso della partecipazione, il livello di tassazione effettiva scontata nel Paese di residenza della partecipata risulti superiore al 50% della tassazione nominale italiana ovvero al 50% di quella che avrebbe scontato effettivamente in Italia.

previsto dall' articolo 167 T.U.I.R., dall'altro, però sarebbe rimasto assoggettato al regime di tassazione integrale degli utili distribuiti dalla controllata, posta l'esclusione dallo stesso garantita solo al ricorrere, sin dall'inizio del periodo di possesso della partecipazione, delle condizioni di cui al comma 5, lettera b) del medesimo articolo²⁴⁵.

Tale impostazione comportava inevitabilmente conseguenze a dir poco discutibili, dal momento che il socio controllante che avesse disapplicato la disciplina CFC sulla base della prima esimente, in luogo della seconda, si trovava nella condizione di subire un carico impositivo più oneroso di quello che avrebbe subito qualora avesse tassato per trasparenza il reddito conseguito dalla controllata localizzata in un paradiso fiscale²⁴⁶.

Al fine di ovviare all'effetto distorsivo descritto, il legislatore, con il decreto 147/2015, ha riconosciuto, novellando gli articoli 47 e 89 T.U.I.R., al soggetto controllante di una società o ente residente in uno Stato o territorio a fiscalità privilegiata, non attratta alla disciplina CFC per effetto della prima esimente, ovvero alle sue controllate residenti²⁴⁷, un credito d'imposta indiretto (c.d. underlying tax credit)²⁴⁸ in virtù del quale il socio residente è posto nella condizione di ottenere il riconoscimento del prelievo fiscale assolto in loco dalla società controllata estera che ha realizzato gli utili da cui i dividendi, che concorrono integralmente alla formazione della base imponibile, promanano.

Quanto alla quantificazione del credito medesimo è inoltre precisato che esso sia individuato *“ai sensi dell'articolo 165 in ragione delle imposte assolte dalla società partecipata sugli utili maturati durante il periodo di possesso della partecipazione, in proporzione degli utili conseguiti e nei limiti dell'imposta italiana relativa a tali utili”*.

²⁴⁵ Sul punto era intervenuta anche la Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 28/E del 2006 la quale sanciva l'irrelevanza ai fini dell'integrale tassazione dei dividendi dell' *“eventuale parere favorevole alla disapplicazione della normativa CFC emesso dall' Agenzia delle Entrate in base all'esimente di cui alla lettera a), comma 5 del già citato articolo 167”* sulla base dell'argomentazione secondo la quale *“il regime di parziale concorso alla formazione del reddito previsto per gli utili societari non costituisce un'agevolazione bensì il rimedio contro la doppia imposizione degli utili medesimi, riservato alle sole ipotesi in cui essa può prodursi”*.

²⁴⁶ In quest'ultimo caso infatti, il contribuente residente aveva diritto oltre alla detrazione delle imposte pagate all'estero dalla controllata a titolo definitivo, anche all'esclusione da tassazione degli utili eventualmente distribuiti dalla stessa in ragione del fatto che l'imputazione per trasparenza esauriva il prelievo fiscale in relazione al reddito ad essi riferibile.

²⁴⁷ Non assume ai fini del riconoscimento del credito in parola che i dividendi provengano da un soggetto estero direttamente controllato ben potendo quest'ultimo essere assoggettato all'influenza dominante del soggetto residente anche in via indiretta per tramite di società residenti o non residenti. La stessa Circolare 35/E sul punto precisa che *“il socio residente a cui spetta il credito indiretto è il medesimo che assoggetta a imposizione i dividendi distribuiti dalla CFC o le plusvalenze realizzate in occasione della cessione della medesima. Pertanto, in ipotesi di catene partecipative, saranno le interposte di primo livello a poter fruire del credito per le imposte scontate dalla CFC”*.

²⁴⁸ È definito indiretto in quanto riconosciuto in ragione delle imposte pagate all'estero, non dal contribuente beneficiario del credito stesso, ma dalla società partecipata dalla quale provengono i dividendi tassati in Italia e, quindi, azionabile da un soggetto (socio residente), diverso rispetto a quello assoggettato effettivamente al prelievo fiscale.

Posto il richiamo all'articolo 165 T.U.I.R., le cui disposizioni, opportunamente adattate, si considerano in linea di principio applicabili al caso di specie²⁴⁹, il credito suddetto spetta al controllante italiano, ovvero alle sue dirette controllate, qualora le partecipazioni nell'entità siano detenute per il tramite di uno o più soggetti residenti, in misura proporzionalmente corrispondente alla rispettiva quota di partecipazione, al periodo di relativa detenzione nonché in ragione della percentuale di partecipazione agli utili del soggetto estero, nei limiti delle imposte sui redditi dovute in Italia sugli utili percepiti e, quindi, fino a concorrenza della quota lorda prevista dal nostro ordinamento. Quest'ultima si intende calcolata come rapporto tra gli utili conseguiti e il reddito complessivo al netto delle perdite relative a precedenti periodi d'imposta ammesse in diminuzione.

Occorre altresì rilevare, che, ai fini dell'applicazione dell'imposta, *“l'ammontare del credito (..) è computato in aumento del reddito complessivo”*. Secondo quanto precisato dall'Amministrazione finanziaria nella Circolare 35/E del 2016, il suddetto ammontare deve essere determinato avendo riguardo al credito teoricamente fruibile e, quindi, al credito coincidente con l'imposta estera, che *“rappresenta l'ammontare massimo accreditabile in Italia a prescindere dalla circostanza che sia possibile usufruire immediatamente per intero della relativa detrazione oppure che, a causa dell'incapienza della quota d'imposta italiana, si determini un'eccedenza d'imposta estera riportabile in avanti”*. Anche in quest'ultima ipotesi, sempre secondo la medesima Circolare, deve ritenersi che il credito d'imposta spettante sia pari, non soltanto a quanto in concreto detraibile, ma anche all'importo che, pur non essendo attualmente accreditabile, è memorizzato come eccedenza e potrà, in seguito, dare luogo alla formazione di un credito.

Vale aggiungere inoltre che, il credito d'imposta indiretto di cui sopra è altresì riconosciuto, senza differenze rispetto al caso relativo alla distribuzione degli utili, con riferimento alle plusvalenze derivanti dalla cessione di partecipazioni in società residenti in Stati o territori a fiscalità privilegiata. In particolare esso spetta, sempre ai sensi dell'articolo 165 T.U.I.R., al cedente controllante residente, ovvero alle cedenti da lui controllate residenti in Italia *“in ragione delle imposte assolte dalla società partecipata sugli utili maturati durante il periodo di possesso della partecipazione, in proporzione delle partecipazioni cedute e nei limiti dell'imposta italiana relativa a tali plusvalenze”*.

²⁴⁹ Deve altresì ritenersi applicabile la regola del *per country limitation* in luogo di quella del *per company limitation* precedentemente valorizzata. È stato tuttavia rilevato come l'orientamento da ultimo espresso dall'Agenzia non appaia condivisibile dal momento che, essendo il riconoscimento del credito incentrato sulla situazione precipua della singola partecipata estera, non dovrebbero trovare spazio situazioni compensatorie conseguenti al possesso di partecipazioni in più soggetti residenti in uno stesso Stato. Così VASAPOLLI G. e VASAPOLLI A., 2016, *Credito d'imposta indiretto per gli utili distribuiti da soggetti esteri controllati*, in Norme e Tributi Mese n. 11/2016, pag. 22 ss.

Orbene, evidenziate le modifiche dirette alla disciplina inerente alle plusvalenze realizzate e agli utili provenienti da Paesi a fiscalità privilegiata, appare opportuno segnalare come la sua operatività sia rimasta altresì incisa dagli interventi apportati dal legislatore con riferimento ai criteri d'individuazione dei regimi fiscali di favore.

Invero, come già precedentemente evidenziato, per effetto della legge di stabilità 2015, del Decreto internazionalizzazione e in ultimo dalla Legge di stabilità 2016, le modalità relative al riconoscimento dei paradisi fiscali sono mutate considerevolmente, generando problemi non indifferenti di coordinamento con la normativa in oggetto. Posta infatti la necessità di definire la provenienza degli utili per verificare l'assoggettamento o meno degli stessi alla disciplina in parola, dubbi sono sorti relativamente a quali dovessero essere i criteri utilizzabili a tali fini, con particolare riferimento al periodo d'imposta 2015.

Entrando nel merito della questione, si ricorda innanzitutto che, nella formulazione vigente al 31 dicembre 2015, l'articolo 167, comma 4, T.U.I.R. prevedeva che fossero da considerarsi privilegiati i regimi fiscali di Stati o territori individuati, con decreto del Ministro delle finanze 21 novembre 2001, in ragione del livello di tassazione inferiore al 50% di quello applicato in Italia, della mancanza di un adeguato scambio di informazioni ovvero di altri criteri equivalenti, nonché i regimi fiscali speciali che determinassero un livello di tassazione inferiore al 50 per cento di quello applicato in Italia. Sebbene all'apparenza non parrebbero sollevarsi particolari criticità, va rilevato come le stesse potrebbero sorgere a mente delle modifiche apportate al Decreto recante l'individuazione degli Stati a regime fiscale di favore dal D.M. 30 marzo 2015, che aveva rimosso dall'articolo 1 della previgente black list Filippine, Malesia e Singapore nonché abrogato l'articolo 3 della stessa, e dal D.M. 18 novembre 2015, per mezzo del quale era stata espunta dal novero dei paradisi fiscali anche Hong Kong.

Ciò evidenziato, sembrerebbe dunque lecito chiedersi quale trattamento debba essere riservato ai dividendi provenienti da uno Stato, quale ad esempio Hong Kong, considerato paradiso fiscale solo per parte del periodo d'imposta in esame, nonché quale sia il destino degli utili distribuiti dai territori di cui all'abrogato articolo 3 del D.M. 21 novembre 2001.

Sul punto è intervenuta, a chiarimento dei quesiti di cui sopra, la Circolare 35/E del 2016, precisando che, per l'anno d'imposta 2015, al fine di verificare la provenienza del reddito da un Paese a fiscalità privilegiata o meno, occorra preliminarmente accertare se lo Stato o territorio di localizzazione della partecipata sia o meno incluso nel Decreto ministeriale suddetto, vigente al momento in cui gli utili sono stati percepiti o le plusvalenze realizzate dal socio italiano.

Qualora il Paese di provenienza del dividendo non risulti compreso nella lista degli Stati o territori a fiscalità privilegiata, non è comunque escluso che esso rientri tra gli stessi ai fini della disciplina in esame per effetto della sussistenza di un eventuale regime fiscale speciale che, seppur previsto da ordinamenti considerati a fiscalità ordinaria, consenta al soggetto estero di scontare una tassazione inferiore al 50% di quella italiana.

Ciò posto e considerata altresì l'abrogazione, ad opera del D.M. 30 marzo 2015, dell'articolo 3 del D.M. 21 novembre 2001, contenente, si ricorda, l'elenco degli Stati o territori inclusi nella *black list* limitatamente a determinati regimi ivi previsti, per i dividendi percepiti nell'esercizio 2015 è necessario, in conclusione, operare una distinzione. Ed infatti, mentre per gli utili distribuiti entro l'entrata in vigore del predetto D.M. 30 marzo 2015 la provenienza da Stati o territori a fiscalità ordinaria è riconosciuta qualora si individuino questi ultimi quali Paesi non inclusi nella *black list*²⁵⁰, per quelli percepiti seguitamente all' 11 maggio 2015, non essendo sufficiente che i medesimi non provengano da Stati o territori esclusi dalla citata *black list*, il contribuente ha l'onere di verificare, al fine di ottenere la parziale esenzione, anche l'assenza di regimi speciali nell'ordinamento estero tali da permettere di beneficiare di un livello d'imposizione inferiore al 50% rispetto a quello applicabile in Italia.

Con riferimento al periodo d'imposta 2016, la questione è certamente meno complessa dal momento che, in seguito alle modifiche apportate dalla Legge di stabilità 2016 e quindi al definitivo abbandono della lista di cui al D.M. 21 novembre 2001, il criterio utilizzato per individuare i regimi fiscali privilegiati è divenuto unitario.

Gli utili distribuiti o le plusvalenze realizzate a partire dal 1 gennaio 2016 sono infatti da considerarsi come provenienti da Stati o territori a fiscalità privilegiata e, conseguentemente assoggettabili al regime di integrale concorrenza al reddito imponibile, qualora, al momento della loro percezione, il livello nominale di tassazione ivi previsto sia inferiore al 50% di quello italiano, indipendentemente dal fatto che tale effetto sia attribuibile all'applicazione di un regime fiscale ordinario o speciale.

Per contro, nell'ipotesi in cui i dividendi percepiti o la plusvalenza realizzata siano qualificati come non provenienti da un regime fiscale privilegiato, il soggetto residente è ammesso al regime di parziale esenzione in Italia, salvo tuttavia il riscontro della sussistenza di tale condizione anche al momento di effettiva formazione degli stessi.

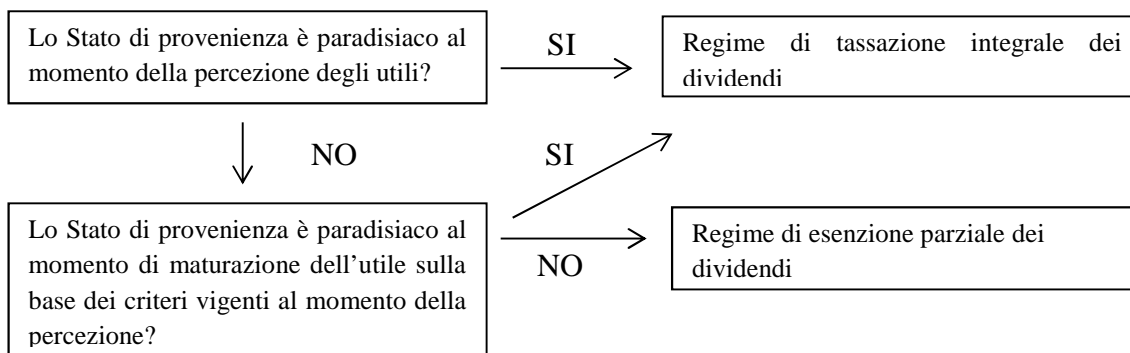
In altri termini quindi, quandanche lo Stato o il territorio da cui provengono gli utili non sia considerato, al momento di percezione degli stessi, un paradiso fiscale ai sensi dell'articolo

²⁵⁰ Si nota che per il periodo antecedente all'entrata in vigore del suddetto decreto non opera il criterio individuato dal legislatore per i regimi fiscali speciali in quanto essi si considerano già individuati nell'articolo 3 del D.M. 21 novembre 2001.

167, comma 4, T.U.I.R., risulta altresì necessario, al fine di scongiurare il regime di integrale imposizione, verificare che lo stesso non fosse considerato tale nemmeno nel periodo d'imposta in cui i suddetti utili sono stati generati²⁵¹.

Secondo quanto chiarito dalla stessa Circolare 35/E, nel caso su menzionato, il criterio da utilizzare per la valutazione della natura paradisiaca o meno del Paese estero al momento della maturazione degli utili non è, come si potrebbe invece pensare, quello vigente nel periodo d'imposta relativo alla maturazione stessa, bensì quello vigente al momento della percezione dei medesimi.

Ciò precisato, la verifica circa la provenienza paradisiaca o meno degli utili percepiti e, quindi, circa l'assoggettamento o meno degli stessi al regime di integrale tassazione, potrebbe riassumersi così come sotto.



Sulla base di quanto sopra evidenziato, pertanto, al fine di valutare l'effettiva qualificazione degli utili percepiti e, conseguentemente di stabilire la loro esclusione o meno dal regime di integrale tassazione, dal 1 gennaio 2016 è necessario verificare, dapprima, che lo Stato o territorio di provenienza sia considerato a fiscalità ordinaria sulla base di un livello d'imposizione, a cui la partecipata ivi residente è assoggettata, superiore al 50% di quella italiana, e, dipoi, che la medesima condizione risulti integrata anche negli anni in cui il suddetto utile è generato.

Sebbene questo approccio presenti degli evidenti profili di semplificazione per il contribuente dal momento che quest'ultimo non è costretto a identificare la nozione di regime fiscale privilegiato vigente negli anni di formazione degli utili realizzati o distribuiti in periodi d'imposta successivi, non si può negare come lo stesso potrebbe comportare non indifferenti problemi operativi nel futuro.

²⁵¹ Al riguardo va rilevato infatti che ben potrebbe un socio residente percepire dividendi formati da riserve di utili stratificate nel corso degli anni ovvero realizzare plusvalenze rispetto alla partecipazione in una società detentrici di riserve di utili pregresse.

Invero, qualora la normativa rimanga tale, il soggetto residente, intenzionato a evitare l'integrale tassazione di dividendi relativi a utili generati in periodi d'imposta precedenti, sarà tenuto ad effettuare delle complesse valutazioni circa la natura paradisiaca o meno dello Stato o territorio di provenienza di tali utili, posto che, ai fini del riconoscimento della stessa, sarà richiesto un confronto con un'aliquota estera vigente al momento della maturazione degli utili medesimi e pertanto rinvenibile solo per tramite di un'attenta ricerca circa l'evoluzione del sistema fiscale del Paese di localizzazione della partecipata.

Capitolo Terzo

CFC, diritto dell'Unione Europea e Convenzioni contro la doppia imposizione

SOMMARIO: 3.1. Premessa - 3.2. CFC e principi comunitari - 3.3. CFC, Progetto BEPS e Anti-Tax Avoidance Directive - 3.4. CFC e diritto convenzionale.

3.1. Premessa

Esaminati nel capitolo precedente gli aspetti qualificanti della disciplina italiana in materia di imprese estere controllate, appare, a questo punto, quanto mai opportuno, nell'ottica di prevedere le possibili evoluzioni della stessa, estenderne l'analisi alla luce dei principi e delle previsioni aventi carattere sovranazionale.

E' indubbio, infatti, come, qualora fossero rilevati dei profili di conflittualità con gli stessi, ben potrebbe la legislazione CFC nazionale essere oggetto, anche in un futuro imminente, di ulteriori interventi promossi da necessità di adeguamento.

Già interessato da consistenti modifiche nel corso degli ultimi anni, il regime CFC, potrebbe cioè, ancora una volta, essere revisionato dal legislatore che, conseguentemente, potrebbe, in forza di pressioni europee o internazionali, incidere nuovamente sulla sua portata applicativa ovvero sui caratteri procedurali ad esso connessi.

Attesa, quindi, la necessità di individuare sin d'ora i possibili cambiamenti cui la disciplina in parola potrebbe andare in contro, essa sarà valutata dapprima rispetto ai principi sanciti in ambito europeo, dipoi relativamente alle disposizioni da ultimo adottate per tramite dell' Anti-Tax Avoidance Directive del 16 luglio 2016, ed infine qualche osservazione sarà svolta con riferimento al rapporto tra la medesima e le Convenzioni contro le doppie imposizioni.

3.2. CFC e principi comunitari

Si è evidenziato in precedenza come la disciplina in materia di società estere controllate contemplata dal nostro ordinamento sia, in seguito alle modifiche introdotte dal Decreto legislativo 78/2009, applicabile, al ricorrere di talune condizioni, anche a soggetti localizzati in Stati diversi da quelli individuati quali paradisi fiscali ai sensi dell'articolo 167, comma 4, T.U.I.R., tra i quali, per espressa previsione normativa, sono da includersi gli Stati

appartenenti all'Unione europea nonché gli Stati aderenti allo Spazio economico europeo con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni.

Ebbene, il fatto che il legislatore abbia attratto nel regime della trasparenza anche strutture di gruppo insediate all'interno dei confini dell'Unione, fa emergere indubbiamente la necessità di verificare se tale inclusione possa o meno dare origine a problemi di compatibilità con le libertà fondamentali sancite dal Trattato di Roma.

In altri termini, ciò che appare opportuno indagare è se la disciplina CFC, che, si ricorda, prevede, in deroga al criterio ordinario d'imposizione della previa distribuzione, un meccanismo di imputazione del reddito conseguito dalla partecipata estera al soggetto controllante, possa in qualche modo qualificarsi come idonea a incidere sull'esercizio delle suddette libertà e, quindi, influire sulle scelte dei soggetti residenti in Italia circa la localizzazione delle proprie attività e delle proprie risorse.

A tal fine, vale innanzitutto sottolineare come l'applicazione di una siffatta disciplina, per sua natura discriminatoria, conduca inevitabilmente a una disparità di trattamento fra le fattispecie puramente interne e quelle transnazionali, le quali, infatti, a differenza delle prime, si trovano nella condizione di essere potenzialmente assoggettabili a un penetrante regime che, anche nell'improbabile ipotesi in cui lo stesso non determini un maggior carico fiscale rispetto a quello complessivamente applicabile se la controllata non fosse residente all'estero, si risolve comunque nell'imposizione di un reddito conseguito e non necessariamente distribuito.

Evidente a questo punto è l'aggravio per i soggetti che decidano di indirizzare all'estero i propri investimenti e innegabile è, quindi, in forza della sussistenza di una siffatta penalizzazione, la restrizione all'esercizio della libertà di stabilimento (articolo 49 T.F.U.E) nonché della libera circolazione dei capitali (articolo 63 T.F.U.E).

L'articolo 49 del Trattato, stabilisce che *“nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del Paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali”*. Obiettivo perseguito dalla libertà di stabilimento è, dunque, quello di consentire ai cittadini dell'Unione Europea di svolgere la propria attività in qualunque Stato membro mediante la costituzione di società controllate, succursali ovvero agenzie e, dunque, di beneficiare dei vantaggi, anche fiscali, offerti dalla legislazione di detto

Stato. Come sottolineato dalla Corte di Giustizia, tale principio deve essere interpretato non solo come diritto del cittadino di usufruire del trattamento nazionale estero, ma anche come divieto per lo Stato di residenza di intralciare lo stabilimento in un altro Stato membro di un proprio cittadino o di una società costituita secondo la propria legislazione²⁵².

Secondo quanto disposto invece dall'articolo 63, “*nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali*” e ai pagamenti “*tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi*”.

Ciò precisato, appare opportuno esprimere alcune considerazioni in merito all'ambito di applicazione delle disposizioni da ultimo evidenziate²⁵³.

Innanzitutto, sotto il profilo soggettivo, la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali differiscono. Ed infatti, mentre la prima è destinata ai cittadini nonché alle società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione (articolo 54 T.F.U.E.), la seconda non richiede né la cittadinanza né la residenza ma conferisce rilevanza esclusivamente ai presupposti oggettivi della fattispecie. Con riferimento a questi ultimi, si evidenzia come la libera circolazione dei capitali sia applicabile a un gran numero di fattispecie quali, *inter alia*, gli investimenti diretti, gli investimenti immobiliari, le operazioni in titoli, le operazioni su conti correnti e depositi presso istituti finanziari, le operazioni relative a crediti per operazioni commerciali o altre prestazioni di servizi collegate, l'erogazione di prestiti e di crediti finanziari, i movimenti di capitale a carattere personale, l'importazione ed esportazione di valori e gli altri movimenti di capitale. È evidente, dunque, come la stessa comprenda, ma non si esaurisca, nella libertà di stabilimento dal momento che quest'ultima comporta sempre un investimento di capitale e, conseguentemente una sua movimentazione.

Stando a quanto da ultimo rilevato, quindi, è chiaro che l'estensione applicativa della libera circolazione dei capitali sia maggiore rispetto a quella della libertà di stabilimento. E questo risulta ancor più evidente se si considera il fatto che la libera circolazione dei capitali consente altresì di proteggere rapporti e situazioni che coinvolgono movimenti di capitale, non solo tra Stati membri dell'Unione, ma anche tra questi e paesi terzi²⁵⁴. Allo stesso tempo però è

²⁵² Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes*, punto 42.

²⁵³ Si veda sul punto Così BIZIOLI G., 2008, *Profili ricostruttivi in tema di compatibilità della disciplina cfc e della disciplina sulla presunzione di residenza in Italia con l'ordinamento comunitario*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Giuffrè, Milano, pag. 227 ss.

²⁵⁴ Invero, la differenza più significativa risiede probabilmente proprio nell'ambito territoriale di applicazione dal momento che, come si è sottolineato, mentre la libertà di stabilimento può essere invocata solamente in fattispecie che coinvolgono persone e società residenti all'interno dell'Unione, la libera circolazione dei capitali trova applicazione, per espressa previsione normativa, altresì con riferimento a situazioni che prevedono la

innegabile come gli ambiti di operatività della libertà di stabilimento e della libera circolazione di capitali siano parzialmente coincidenti, posto che l'esercizio della prima presuppone necessariamente anche l'esercizio della seconda.

Nelle ipotesi, dunque, di coestensività dell'ambito applicativo delle suddette libertà, dubbi potrebbero sorgere con riferimento a quale debba essere il criterio di preferenza da seguire al fine di accertare un' eventuale restrizione alle stesse causata dalla normativa interna. In altri termini, ci si potrebbe chiedere se, in tali casi, l'ostacolo originato dall'applicazione di una disciplina nazionale vada valutato alla luce della libertà di stabilimento o nell'ottica della libera circolazione dei capitali.

Orbene, sul punto, è intervenuta la Corte di Giustizia che, disattendendo il precedente orientamento nonché la soluzione proposta da parte della dottrina²⁵⁵, ha abbracciato una linea maggiormente restrittiva stando alla quale, laddove la normativa nazionale sia rivolta a soggetti in grado di esercitare una *“sicura influenza sulle decisioni della società tale da consentirgli di indirizzarne le attività”*²⁵⁶, si rende prioritariamente applicabile la libertà di stabilimento, risultando quindi superfluo l'accertamento degli effetti derivanti dall'applicazione della libera circolazione dei capitali²⁵⁷. E questo, in quanto tali effetti *“sarebbero l'inevitabile conseguenza di un possibile ostacolo alla libertà di stabilimento”*^{258,259}. Per contro, qualora la normativa interna trovi applicazione indistintamente in tutte le situazioni di partecipazione e, quindi, indipendentemente dal grado di influenza che le stesse possono assicurare, la conformità al diritto dell'Unione Europea deve essere valutata

partecipazione di soggetti localizzati fuori dalla stessa, siano essi controllati direttamente o indirettamente per tramite di uno Stato dell'Unione.

²⁵⁵ Contrariamente all' orientamento da ultimo espresso, parte della dottrina e la stessa Corte propendevano per l'applicazione congiunta delle due libertà. Sulla dottrina e la giurisprudenza a sostegno di questa tesi si veda BIZIOLI G., 2008, *Profili ricostruttivi in tema di compatibilità della disciplina cfc e della disciplina sulla presunzione di residenza in Italia con l'ordinamento comunitario*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Giuffrè, Milano, pag. 230, note 17 e 18.

²⁵⁶ Causa C-251/98, *Baars*, par. 22.

²⁵⁷ Ciò significa quindi che se viene ipotizzata la violazione della libertà di stabilimento non vi è motivo di invocare autonomamente anche quella della libera circolazione dei capitali dal momento che se esiste la prima, indirettamente esiste anche la seconda. Non può accadere ovviamente il contrario. Ed infatti, mentre lo stabilimento di un soggetto in un Stato comporta necessariamente un trasferimento di capitali, la movimentazione degli stessi può prescindere dall'esercizio dello stabilimento stesso.

²⁵⁸ Corte di Giustizia, sentenza 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes*, punto 33, richiamando sentenza 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, Racc. pag. I-9609, punto 27.

²⁵⁹ La libertà di stabilimento, quindi, non solo è considerata prevalente, ma anche, in qualche misura, assorbente rispetto alle altre libertà, confermandosi dunque una vera pietra angolare dell'edificio normativo che disciplina gli investimenti nell'ambito dell'Unione europea. Così CIPOLLINA S., 2007, *CFC legislation e abuso della libertà di stabilimento: il caso Cadbury Schweppes*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, II.

operando un riferimento congiunto alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei capitali²⁶⁰.

Ciò detto, è quindi evidente come, con riferimento alla normativa CFC prevista dal nostro ordinamento, l'indagine circa la compatibilità della stessa con il diritto dell'Unione Europea vada, svolta in relazione primariamente all' articolo 49 T.F.U.E. dal momento che l'articolo 167 T.U.I.R. presuppone l'esistenza di un rapporto di controllo e, conseguentemente, di un legame partecipativo tale da garantire la "sicura influenza" individuata quale requisito fondamentale dalla Corte di Giustizia ai fini dell'applicazione della libertà di stabilimento, ma anche relativamente all'articolo 63 T.F.U.E. laddove la normativa stessa coinvolga Stati terzi rispetto all'Unione Europea²⁶¹.

Entrando nel merito della questione, i potenziali profili di incompatibilità della disciplina in esame traggono la loro genesi, come già precedentemente sottolineato, dal trattamento penalizzante riservato ai soggetti che intendano sviluppare la propria attività mediante la costituzione ovvero l'acquisto di partecipazioni di società estere che, anche se residenti in uno Stato membro, si trovano nella condizione di essere potenzialmente attratte nell'ambito applicativo dell'articolo 167 T.U.I.R..

Nello specifico, la suddetta penalizzazione si individua in due differenti aspetti e, segnatamente, nell'anticipazione della tassazione degli utili della controllata nonché nella previsione stante la quale il reddito imputato al controllante residente è assoggettato ad imposizione separata con l'aliquota media applicata sul suo reddito complessivo e, comunque, non inferiore all'aliquota ordinaria dell'imposta sul reddito delle società.

Con riferimento al primo punto, si ricorda infatti come, in deroga al criterio d'imposizione ordinario della previa distribuzione dei redditi prodotti dai soggetti non residenti, la disciplina CFC si avvalga di un meccanismo di tassazione per trasparenza del reddito conseguito dal soggetto estero. Tale reddito è quindi attribuito e, conseguentemente, assoggettato ad imposizione indipendentemente dalla distribuzione degli utili. La disparità di trattamento è in

²⁶⁰ In tal senso, causa C-157/05, *Holböck*, par. 23-25, richiamata da BIZIOLI G., 2008, *Profili ricostruttivi in tema di compatibilità della disciplina cfc e della disciplina sulla presunzione di residenza in Italia con l'ordinamento comunitario*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Giuffrè, Milano, pag. 231.

²⁶¹ Relativamente a quest' ultima considerazione appare opportuno evidenziare come la dottrina abbia rilevato che, nonostante la libera circolazione dei capitali, a differenza della libertà di stabilimento, possa offrire protezione anche ai rapporti fra Stati membri e Paesi terzi, la stessa è da considerarsi certamente più debole dal momento che i suddetti rapporti assumono un' importanza marginale rispetto agli obiettivi che il Trattato, per tramite dell'esercizio delle libertà fondamentali, si prefigge di raggiungere. In altri termini, posto che la libera circolazione dei capitali è strumentale al funzionamento del mercato interno all'Unione e posto che la rilevanza della stessa a tali fini è minore nell'ipotesi di coinvolgimento di Stati terzi, si ritiene che in tal caso possa essere invocato un più ampio novero di giustificazioni a fronte delle restrizioni provocate dalla normativa nazionale. Sul punto BIZIOLI G., 2008, *Profili ricostruttivi in tema di compatibilità della disciplina cfc e della disciplina sulla presunzione di residenza in Italia con l'ordinamento comunitario*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Giuffrè, Milano, pag. 237.

tal caso estremamente evidente. Ed infatti, qualora il soggetto residente avesse optato per la localizzazione della partecipata in Italia ovvero in uno Stato che garantisca un'imposizione effettiva superiore a quella prevista dal nostro ordinamento, egli sarebbe stato tassato esclusivamente al momento di percezione degli utili e non, come invece accade nell'ambito della disciplina in parola, in quello di maturazione degli stessi.

Parimenti penalizzante appare anche il secondo aspetto inerente, come sopra individuato, alle modalità di determinazione dell'imposta dovuta sugli utili dell'impresa estera controllata. Invero, in caso di applicazione della normativa CFC, ben potrebbe il soggetto controllante subire un prelievo complessivo superiore rispetto al prelievo che lo stesso avrebbe subito nell'ipotesi in cui le proprie controllate fossero state altrove ubicate. Dal momento che, *in primis*, l'aliquota d'imposizione non può essere inferiore a una soglia, quale al momento quella del 24% e, *in secundis*, il regime di tassazione separata impedisce di portare in compensazione dei redditi complessivi le perdite conseguite dalla controllata estera, è evidente come la considerazione di cui sopra non sia affatto infondata.

Alla luce di quanto sin d'ora evidenziato, non si può negare quindi che la disciplina CFC sia idonea a ostacolare o, comunque a rendere meno attrattivo l'esercizio della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei capitali. Ciò appurato, è pertanto opportuno verificare se tale restrizione possa dirsi giustificata per ragioni imperative di interesse generale, e, laddove una giustificazione sia rinvenuta, se la normativa nazionale sia o meno eccedente rispetto al proprio scopo e, quindi, conforme al principio di proporzionalità²⁶².

A tali fini, è innegabile come punto di riferimento imprescindibile nella valutazione che qui interessa siano i principi elaborati dalla Corte di Giustizia nel notissimo caso Cadbury Schweppes. Ed infatti in tale sede, nell'occuparsi della compatibilità della normativa britannica, i Giudici europei hanno individuato i confini entro i quali una norma riconosciuta quale limitativa della libertà di stabilimento come la disciplina CFC²⁶³, possa considerarsi compatibile con il diritto dell'Unione Europea ovvero debba invece ritenersi con esso contrastante anche alla luce del già richiamato principio di proporzionalità.

In particolare, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte, *“una misura nazionale che restringe la libertà di stabilimento è ammessa se concerne specificamente le costruzioni di*

²⁶² Secondo il principio di proporzionalità infatti, le limitazioni alle libertà tutelate dal diritto dell'Unione non debbono mai superare la misura di quanto appaia assolutamente necessario al raggiungimento dell'obiettivo di pubblico interesse perseguito dall'autorità, sia essa europea o nazionale.

²⁶³ *“Il trattamento fiscale differenziato derivante dalla legislazione sulle SEC e lo svantaggio che ne risulta per le società residenti che dispongono di una controllata soggetta, in un altro Stato membro, ad un livello di tassazione inferiore sono atti ad ostacolare l'esercizio della libertà di stabilimento da parte di tali società, dissuadendole dal costituire, acquisire o mantenere una controllata in uno Stato membro che applichi alla stessa aliquote siffatte. Essi integrano, quindi, una restrizione alla libertà di stabilimento”*. Così sentenza Cadbury Schweppes, 12 settembre 2006, causa C-196/04, punto 46.

puro artificio finalizzate ad eludere la normativa dello Stato membro interessato” (punto 51). In altri termini, una normativa interna idonea a ledere la libertà di stabilimento può, secondo la Corte, dirsi giustificata solo qualora sia rivolta specificatamente a fattispecie che, “strumentalizzando” il principio della libertà stessa²⁶⁴, possano definirsi abusive, e, quindi, solo laddove sia volta a intercettare e contrastare fenomeni posti in essere per tramite di strutture prive di sostanza economica, che possano qualificarsi quali “*costruzioni puramente artificiali*”. Elemento fondamentale della questione diviene a questo punto l’individuazione del significato attribuibile a tale espressione. È innanzitutto opportuno sottolineare come la definizione del concetto di “*costruzione artificiosa*” o “*non artificiosa*” ruoti necessariamente attorno all’obiettivo che la stessa libertà di stabilimento persegue e, segnatamente, favorire l’interpenetrazione economica e sociale nel territorio dell’Unione Europea per tramite del diritto concesso a ciascun cittadino comunitario di partecipare, in maniera stabile e continuativa, alla vita economica di uno Stato membro diverso dal proprio Stato di origine e di trarne vantaggio. Muovendo dalla ratio dell’articolo 49 T.F.U.E., quindi, la Corte, evidenziando che la nozione di stabilimento implica l’esercizio effettivo di un’attività economica duratura nel tempo per tramite di un’insediamento stabile in un altro Stato membro, ha rilevato altresì come la libertà di stabilimento non possa prescindere dalle suddette condizioni e, pertanto, da “*un insediamento effettivo della società interessata nello Stato membro ospite e l’esercizio quivi di un’attività economica reale*”(punto 54). Ciò posto, al fine di trovare protezione nella suddetta libertà la costituzione di una società estera “*deve corrispondere a una realtà economica e a un insediamento reale che abbia per oggetto l’espletamento di attività economiche effettive nello Stato membro di stabilimento*”(punto 66). Tale constatazione, sempre secondo la Corte, deve fondarsi “*su elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi, relativi, in particolare, al livello di presenza fisica della società estera controllata in termini di locali, di personale e di attrezzature*”(punto 67). Qualora tali elementi non fossero riscontrabili il soggetto estero corrisponderebbe inevitabilmente ad un’installazione fittizia che non esercita alcuna attività effettiva nello Stato d’insediamento e, pertanto, “*la creazione di tale società estera controllata dovrebbe essere ritenuta costruzione di puro artificio*”(punto 68). Tanto considerato quindi, è evidente come i Giudici lussemburghesi siano orientati a qualificare quali meri artifici, strutture solo formalmente deputate allo svolgimento di attività d’impresa ma, nei fatti, del tutto estranee all’esercizio di attività economiche e, conseguentemente, sottratte al relativo rischio²⁶⁵.

²⁶⁴ Cfr. BEGHIN M., 2007, *La sentenza Cadbury-Schweppes e il "malleabile" principio della libertà di stabilimento*, in Rassegna Tributaria n. 3, pag. 983 ss.

²⁶⁵ Così BEGHIN M., 2010, *L’abuso del diritto nelle operazioni internazionali*, in Corriere Tributario n. 12, pag. 957 ss.

È a queste fattispecie, dunque, che la disciplina CFC nazionale dovrebbe puntare. Ed infatti, affinché il suo operare possa dirsi ammesso e, quindi, affinché la restrizione della libertà di stabilimento derivante dalla sua applicazione possa dirsi giustificata, essa deve perseguire *“lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica e finalizzate ad eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale”*(punto55) e preservare, invece, la piena legittimità della delocalizzazione dell’attività ottenuta per tramite di strutture effettive e autonomamente capaci di creare reddito nello Stato d’insediamento²⁶⁶. Per contro, la disciplina in parola non potrebbe essere giustificata e, quindi potrebbe dirsi incompatibile con il diritto dell’Unione Europea, laddove finisse per attrarre nel proprio ambito applicativo, a causa della sua ampia portata e della struttura delle esimenti previste, soggetti controllati esteri che rappresentano una realtà economica effettiva e che, quindi, non ponendo in essere pratiche abusive e non configurandosi quali strutture artificiali poste in essere al solo scopo di ottenere un indebito vantaggio fiscale, raggiungono l’obiettivo che la libertà di stabilimento stessa si prefigge.

Vale altresì sottolineare come, nel tratteggiare i confini delle fattispecie abusive cui la disciplina in parola deve mirare a osteggiare, la Corte non pare conferire decisiva rilevanza, in presenza di altre ragioni economiche oggettivamente verificabili, alle motivazioni che hanno indotto il soggetto controllante a localizzare una o più fonti di reddito presso le controllate residenti in altri Stati. In altri termini, qualora non sia rilevato un abuso della libertà di stabilimento e, quindi, qualora sia dimostrato l’esercizio nello Stato membro ospite di un’attività economica, i motivi, anche se di natura prettamente fiscale, per i quali il soggetto esercita il diritto che il Trattato gli attribuisce, sono del tutto ininfluenti. Invero, la stessa Corte riconosce come la volontà di conseguire un risparmio d’imposta non possa dirsi di per sé sintomatica di un abuso della libertà di stabilimento. Ed infatti, la scelta di implementare la propria attività in modo tale da ridurre il carico impositivo ben può configurarsi quale risultato di una valutazione di carattere economico e non necessariamente essere espressione della volontà di ottenere indebitamente un abbattimento del prelievo fiscale. In altri termini quindi, l’abuso non può dirsi automaticamente integrato per il semplice fatto che un soggetto ricerchi la soluzione operativa a lui più conveniente sul fronte degli effetti impositivi ma, al contrario, può essere riconosciuto, in tal caso, solo nel momento in cui il vantaggio conseguito derivi inequivocabilmente da operazioni non conformi al sistema e, quindi, in contrasto con le finalità sottese all’esercizio della stessa libertà di stabilimento, individuate, si

²⁶⁶ Cfr. BALLANCIN A., 2016, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, CEDAM, pag. 237.

ricorda, nell'integrazione in uno Stato membro ospite attuata mediante l'esercizio di una attività economica effettiva radicata nel territorio di insediamento. Su questa linea la Corte, pertanto, sancisce che, nonostante i cittadini di uno Stato membro non possano tentare, grazie alle possibilità offerte dal Trattato, di sottrarsi abusivamente all'impero delle legislazioni nazionali nonché avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario, essi, tuttavia, non possono essere privati *“della possibilità di avvalersi delle disposizioni del Trattato solo perché ha inteso approfittare dei vantaggi fiscali offerti dalle norme in vigore in uno Stato membro diverso da quello in cui risiede”* (punto 36). In tal senso, quindi, rappresentando il livello di imposizione un legittimo criterio di localizzazione dell'investimento, le scelte mosse da motivi fiscali, se non espressione di intenti abusivi, sono ugualmente meritevoli di beneficiare della protezione offerta dalla libertà di stabilimento²⁶⁷ e, conseguentemente, una normativa interna che ostacoli l'esercizio della stessa non può dirsi in alcun modo giustificata laddove essa sia diretta esclusivamente a contrastare la riduzione dell'onere tributario ottenuta anche attraverso una concreta dislocazione delle strutture produttive di reddito in territori a fiscalità di favore²⁶⁸. In altri termini, considerato che l'eventuale vantaggio fiscale conseguito a fronte dell'insediamento all'estero è da considerarsi quale elemento irrilevante allorché la struttura non possa dirsi artificiosa giacché espressione di una realtà economicamente apprezzabile e quindi non abusiva, la finalità di riduzione del carico fiscale non può costituire, in quanto tale, causa legittima di giustificazione per l'operare di una norma restrittiva dell'esercizio delle libertà fondamentali²⁶⁹ quale, nel caso di specie, la disciplina CFC.

Se è pur vero quindi che la disciplina in parola non può dirsi ammessa se volta unicamente a ostacolare la costituzione all'estero di strutture che, seppur effettive, rispondono all'esigenza di minimizzare l'impatto fiscale, è altrettanto vero che le prerogative impositive di ciascuno Stato necessitano di tutela laddove il risparmio d'imposta conseguito sia frutto, al contrario, di strategie elusive poste in essere per tramite di delocalizzazioni fittizie di imponibile al solo scopo di sottrarre lo stesso all'ordinaria tassazione dello Stato di residenza. Trattasi dunque di fattispecie patologiche che, prive di un qualsivoglia senso economico, nulla hanno a che vedere con il sano esercizio della libertà di stabilimento e che, abusando della stessa, non si presentano quali idonee a beneficiare della sua protezione.

²⁶⁷ INGRAO G., 2008, *La riforma dell'IRES e la legislazione sulle Controlled Foreign Companies*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Giuffrè, Milano, p. 274.

²⁶⁸ La Corte stessa, in merito, evidenzia come *“l'applicazione di una misura impositiva siffatta deve perciò essere esclusa ove (..) risulti che, pur in presenza di motivazioni di natura fiscale, la controllata è realmente impiantata nello Stato di stabilimento e ivi esercita attività economiche effettive”*. Cfr. Cadbury Schweppes 12 settembre 2006, causa C-196/04, punto 75.

²⁶⁹ Cfr. BALLANCIN A., 2016, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, CEDAM, pag. 244.

La normativa CFC trova quindi, in tal senso, la sua ragion d'essere. Ed infatti, se da un lato la migliore localizzazione fiscale delle società controllate deve essere accettata dall'ordinamento nazionale allorché si fondi su realtà effettivamente operanti, dall'altro ciascuno Stato deve dirsi legittimato a cercare protezione nelle disposizioni antiabuso, quale la disciplina in parola, qualora i soggetti esteri possano qualificarsi come "*strutture di puro artificio, destinate ad eludere l'imposta nazionale normalmente dovuta*".

È questo forse il punto cardine del già menzionato caso Cadbury Schweppes. Invero, la Corte di Giustizia, nel valutare l'ammissibilità di misure interne restrittive della libertà di stabilimento, cerca di trovare un equilibrio, e quindi, un bilanciamento tra l'interesse del soggetto privato tutelato dalla suddetta libertà e le esigenze dei singoli Stati membri di contrastare indebite erosioni della base imponibile derivanti dal dispiegarsi di forme di pianificazione fiscale non tollerate dall'ordinamento.

Ebbene, se a questo punto si accetta l'idea che la protezione offerta dal Trattato trova quale limite invalicabile il divieto di pratiche abusive contrastanti con gli obiettivi che lo stesso si prefigge, è evidente come le disposizioni in parola non possano che coesistere con il principio della libertà di stabilimento e fungere, rispetto a quest'ultimo, da contrappeso o da correttivo²⁷⁰. Posto infatti che la libertà stessa non si intende legittimamente esercitata laddove non sia rilevabile lo svolgimento di un'attività economica reale ed effettiva e che, conseguentemente, nessun interesse europeo debba essere salvaguardato, ogni Stato membro, in tali circostanze, deve essere posto nelle condizioni di tutelare le proprie prerogative impositive e, quindi, sentirsi autorizzato ad adottare misure volte a difendersi da pratiche elusive volte esclusivamente alla deviazione di redditi in ordinamenti a fiscalità di favore.

Una disciplina nazionale per essere giustificata deve, quindi, essere idonea a perseguire questa finalità e, cioè, come precedentemente sottolineato, a intercettare situazioni abusive concretizzate nella creazione di strutture artificiose prive di sostanza ed effettività economica, dove l'artificialità non può essere rinvenuta né nella sola volontà di conseguire un vantaggio fiscale né nel fatto che le attività svolte dalla partecipata estera avrebbero potuto essere effettuate anche da società localizzate nello Stato di residenza della casa madre²⁷¹.

Vale altresì puntualizzare come, pur ammettendo, nei termini suddetti, la restrizione della libertà di stabilimento originata dall'operare della normativa CFC interna, la Corte evidenzia la necessità di mettere sempre il soggetto residente nella condizione di poter produrre "*elementi*

²⁷⁰ Così BEGHIN M., 2007, *La sentenza Cadbury-Schweppes e il "malleabile" principio della libertà di stabilimento*, in *Rassegna Tributaria* n. 3, pag. 983 ss.

²⁷¹ Cfr. *Sentenza Cadbury Schweppes*, 12 settembre 2006, causa C-196/04, punto 69.

relativi all'effettività dell'insediamento della controllata e delle sue attività"²⁷². Ed infatti, laddove questo non fosse concesso, la normativa in parola finirebbe inesorabilmente per disattendere il suo scopo, aggredendo situazioni non qualificabili come abusive. Altra importante precisazione sul punto si riferisce alla possibilità per le autorità nazionali competenti di ottenere, visti gli elementi forniti dal controllante, informazioni sulla reale situazione della società estera attraverso il ricorso a "*meccanismi di collaborazione e di scambio di informazioni tra amministrazioni fiscali nazionali*". Se da un lato non è chiaro se la "*possibilità*" richiamata dalla Corte abbia la portata giuridica dell' "*onere*" , dall'altro è evidente come, nella prospettiva abbracciata dal giudice comunitario, sia comunque avanzata l'idea di un' Amministrazione propositiva, chiamata ad attivarsi, collaborando con la corrispondente Amministrazione estera, nella ricerca delle prove circa l'effettivo svolgimento dell'attività commerciale da parte della società controllata e, quindi, della non artificiosità della stessa²⁷³.

Sebbene quanto sin d'ora evidenziato sia stato espresso con esclusivo riferimento alla libertà di stabilimento, non c'è ragione di credere che le conclusioni tratte in merito alla stessa e, quindi, una giustificazione incardinata sul contrasto all'abuso, non possano dirsi estendibili anche alle restrizioni alla libera circolazione dei capitali qualora coinvolgano altresì Paesi terzi rispetto all'Unione. Invero, sebbene la giurisprudenza comunitaria in passato abbia ammesso, in tali casi, ulteriori cause di legittimazione quale, in particolare l'esigenza di consentire i controlli fiscali²⁷⁴, è innegabile come, nel mutato scenario internazionale, le suddette cause siano progressivamente venute meno. Ed infatti, se prima la difficoltà di ottenere le necessarie informazioni dallo Stato estero, al fine di verificare l'effettività della struttura estera, poteva in qualche modo giustificare la restrizione alla libera circolazione dei capitali relativamente agli investimenti posti in essere fuori dai confini dell'Unione, oggi la rete di accordi sullo scambio di informazioni ha raggiunto, complice la necessità di nuovi e più efficaci strumenti di contrasto alle pratiche fiscali illegittime fondate sulla cooperazione tra Stati, una dimensione tale da ridurre considerevolmente la problematica in questione e,

²⁷² In tal senso si è espressa anche la Commissione europea nella Comunicazione COM(2007) 785 del 10 dicembre 2007. In punto di compatibilità tra disposizioni interne in materia di imprese estere controllate e diritto dell'Unione Europea, la Comunicazione ha infatti sottolineato che "*gli Stati membri devono garantire che tali misure non siano applicate a stabilimenti secondari in altri Stati membri che svolgono attività imprenditoriali reali e non vadano oltre quanto è necessario per conseguire l'obiettivo dichiarato di combattere il trasferimento fittizio di utili*".

²⁷³ Si veda BEGHIN M., 2007, *La sentenza Cadbury-Schweppes e il "malleabile" principio della libertà di stabilimento*, in Rassegna Tributaria n. 3, pag. 983 ss.

²⁷⁴ Sul punto BIZIOLI G., 2008, *Profili ricostruttivi in tema di compatibilità della disciplina cfc e della disciplina sulla presunzione di residenza in Italia con l'ordinamento comunitario*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Giuffrè, Milano, pag. 246 ss.; STEVANATO D., 2008, *L'efficacia dei controlli fiscali giustifica le restrizioni ai movimenti di capitali con paesi terzi*, in Corriere tributario n. 7, pag. 555 ss.

quindi, tale da ritenere ormai inconsistente una siffatta giustificazione²⁷⁵. In tale ottica dunque, una normativa interna che risulti idonea a ostacolare ovvero a rendere meno attrattivo l'esercizio della libera circolazione dei capitali, anche verso Paesi terzi rispetto all'Unione Europea, è da considerarsi ammessa, al pari di quanto accade con riferimento alla libertà di stabilimento, esclusivamente laddove sia volta a contrastare forme di abuso poste in essere per tramite di strutture artificiose, così come precedentemente definite.

Tutto ciò considerato, si può dunque esprimere qualche considerazione in merito alla compatibilità con il diritto dell'Unione Europea della normativa CFC italiana contenuta, si ricorda, all'articolo 167 T.U.I.R.

Sul punto è innanzitutto opportuno precisare che la valutazione in questione dovrebbe essere svolta su due piani differenti. Invero, mentre la disciplina di cui al comma 8-bis, unica applicabile agli Stati membri in seguito alle modifiche apportate dalla Legge di stabilità 2016, dovrebbe essere giudicata sotto la lente della libertà di stabilimento, le disposizioni riservate agli Stati terzi andrebbero lette, invece, alla luce della libera circolazione dei capitali che, si ricorda, è l'unica delle libertà fondamentali tutelate dal Trattato applicabile anche ai rapporti tra Stati membri e terzi. Ciò detto, è comunque evidente come, accettata l'idea che la causa giustificativa sia la medesima in entrambi i casi, l'indagine possa essere condotta unitariamente.

Trattasi quindi di verificare se la normativa nazionale sia formulata in modo tale da perseguire l'unica finalità che, secondo l'orientamento ormai consolidato della Corte, legittima il suo operare e, segnatamente, il contrasto alle sole pratiche abusive, ovvero sia idonea ad attrarre nel proprio ambito applicativo anche fattispecie che, lungi dal rappresentare l'espressione di fenomeni elusivi, sono radicate nel territorio d'insediamento ed ivi esercitano un'effettiva attività economica.

²⁷⁵ In questo contesto, l'Italia ha già da tempo aderito alla Convenzione OCSE, Consiglio d'Europa sulla mutua assistenza amministrativa in materia fiscale, aperta alla firma degli Stati membri delle due Organizzazioni internazionali che hanno partecipato alla sua elaborazione, il Consiglio d'Europa e l'OCSE, nonché alla firma di Stati non membri. Negli ultimi anni il numero dei Paesi aderenti, è cresciuto considerevolmente, arrivando a toccare i 111 (aggiornato al 12 giugno 2017). Essa prevede l'instaurazione di diverse forme di cooperazione amministrativa tra gli Stati in materia di accertamento e riscossione delle imposte, con l'obiettivo di contrastare l'elusione e l'evasione fiscale internazionale e rappresenta uno strumento aggiuntivo alle disposizioni sulla trasparenza fiscale previste dalle Convenzioni contro le doppie imposizioni (art. 26) e dagli accordi basati sul modello "TIEA" (Tax Information Exchange Agreement), elaborato nel 2002, sempre in ambito OCSE, al fine di costituire una base giuridica comune per lo scambio di informazioni in materia tributaria. Nel 2014 è stato, inoltre, approvato dall'OCSE il Common reporting standard, il nuovo standard globale per lo scambio di informazioni al quale già oltre 90 giurisdizioni, anche quelle storicamente "opache", quali, Svizzera, Isole Cayman, Bahamas, etc., hanno annunciato di aderire (di queste, 56 si sono impegnate a darvi attuazione nel 2016 (per poi scambiare i dati nel 2017), mentre circa 40 si sono impegnate allo scambio con una tempistica posticipata di un anno). Gli accordi internazionali sullo scambio automatico obbligatorio di informazioni fiscali di cui sopra sono stati resi operativi in Italia con il D.M. 28 dicembre 2015, recentemente modificato dal D.M. 17 gennaio 2017, a seguito dell'ampliamento del numero di Paesi collaborativi impegnati nello scambio automatico di informazioni con il nostro Paese e con l'Unione Europea.

È evidente, dunque, come punto focale della questione sia la portata delle esimenti previste dall'articolo 167 T.U.I.R., che, come precedentemente sottolineato, rappresentano l'unico mezzo offerto al soggetto controllante residente per provare la mancanza di intenti abusivi legati alla struttura estera controllata e, quindi, per sottrarsi, inibendo la presunzione introdotta dalla disciplina CFC, all'operatività della stessa, pur ricorrendone i presupposti soggettivi e oggettivi.

Al fine di sancire la compatibilità della disciplina nazionale con il diritto dell'Unione Europea le esimenti in parola dovrebbero quindi risultare idonee a distinguere le situazioni di fittizia delocalizzazione di redditi da quelle, invece, non abusive. In altri termini, dovrebbero essere formulate in modo tale da scongiurare l'applicazione del regime di tassazione per trasparenza a fattispecie che, lungi dall'essere volte all'indebito conseguimento di un vantaggio fiscale, si configurino quali espressioni di un genuino esercizio della libertà di stabilimento.

Vi sono tuttavia ulteriori aspetti su cui è opportuno porre l'attenzione. Ed infatti, se è innegabile l'importanza rivestita dalla capacità delle esimenti di escludere dall'operatività della disciplina realtà non prive di sostanza economica, è altrettanto innegabile come assumano altresì rilevanza, rispetto all'analisi che qui occupa, gli aspetti procedurali legati all'assolvimento dell'onere della prova nonché agli adempimenti richiesti dal legislatore nell'ipotesi in cui si intenda disapplicare la normativa CFC. Ed infatti, laddove, a tali fini, il soggetto residente sia gravato di eccessivi oneri amministrativi e/o probatori, ben potrebbe tale condizione determinare in capo allo stesso penalizzazioni tali da pregiudicare, non rispettando i parametri di proporzionalità, l'esercizio delle libertà fondamentali.

Al riguardo, si ricorda che la normativa CFC prevede un'inversione dell'onere della prova che, come rilevato dalla dottrina²⁷⁶, potrebbe da sola sostanziarsi in uno strumento eccedente rispetto a quanto necessario al fine di contrastare l'elusione fiscale. E questo, risulta ancor più evidente se si considera il fatto che le Amministrazioni Finanziarie possano ricorrere a meccanismi di collaborazione e di scambio di informazioni tali da rendere la verifica circa l'effettività della struttura estera senz'altro più agevole rispetto alla dimostrazione che il soggetto controllante è chiamato a produrre.

Orbene, chiarito dunque che, al ricorrere dei presupposti di cui all'articolo 167 T.U.I.R., è compito del controllante italiano fornire la prova della non artificiosità della struttura estera per non incorrere nella tassazione per trasparenza del reddito conseguito dalla controllata²⁷⁷,

²⁷⁶ In tal senso POGGIOLI M., 2010, *La "novella" nella disciplina CFC e il diritto dell'Unione Europea: armonia o conflitto?*, in *Il Commercialista Veneto* n. 196.

²⁷⁷ È questo forse un altro aspetto rilevante ai fini della valutazione che qui occupa. Ed infatti è stato evidenziato come il fatto di attrarre a tassazione tutto il reddito della controllata e non solo quella parte di esso riconducibile a una costruzione artificiosa ben potrebbe risultare eccedente rispetto allo scopo conseguito dalla

non resta che addentrarsi nella valutazione degli strumenti a disposizione dello stesso al fine di ottenere la disapplicazione del regime in parola e, cioè, la dimostrazione delle circostanze esimenti.

Procedendo con ordine una prima considerazione può essere espressa relativamente disposizioni previste dall'articolo 167, comma 5, T.U.I.R. e, in particolare alla formulazione della causa di esclusione così come prevista dalla lettera a), ai sensi della quale il soggetto residente può evitare la tassazione per trasparenza del reddito conseguito dalla controllata qualora sia in grado di dimostrare lo svolgimento da parte della stessa di *“un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività, nel mercato dello stato o territorio di insediamento”*.

È questo sicuramente il primo potenziale profilo di incompatibilità della nostra disciplina CFC²⁷⁸.

Invero, come sottolineato nel precedente capitolo, un'interpretazione restrittiva dell'espressione utilizzata dal legislatore ben potrebbe attrarre nell'ambito applicativo della disciplina in parola, non soltanto strutture artificiose prive di un qualsivoglia senso economico, bensì anche soggetti esteri controllati che, pur non rivolgendosi prevalentemente al mercato dello Stato di localizzazione o non trovando in esso le proprie fonti di approvvigionamento, presentano ugualmente un forte legame con il territorio d'insediamento nel quale esercitano un'attività effettiva²⁷⁹.

Tale conseguenza si presenta palesemente in contrasto con le conclusioni raggiunte dalla Corte di Giustizia, la quale, tra l'altro, mai ha operato un riferimento alla necessità di

disciplina e, quindi, censurabile sotto il profilo comunitario. Cfr. POGGIOLI M., 2010, *La “novella” nella disciplina CFC e il diritto dell'Unione Europea: armonia o conflitto?*, in *Il Commercialista Veneto* n. 196.

²⁷⁸ Ancor prima delle modifiche apportate dal Decreto 78/2009 erano stati sollevati dubbi circa la compatibilità della prima esimente con il diritto comunitario. Ed infatti, nonostante l'assenza del riferimento al mercato, i requisiti richiesti al fine della disapplicazione del regime CFC e, segnatamente l'effettiva attività industriale o commerciale svolta in via principale nello Stato o territorio d'insediamento, apparivano, anche a causa della posizione assunta dalla prassi amministrativa, troppo restrittivi e dunque non proporzionali. Sul punto BIZIOLI G., 2008, *Profili ricostruttivi in tema di compatibilità della disciplina cfc e della disciplina sulla presunzione di residenza in Italia con l'ordinamento comunitario*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Giuffrè, Milano, pag. 240 ss.

²⁷⁹ La mancanza di un mercato di sbocco o approvvigionamento prevalente nello Stato d'insediamento non può peraltro certo considerarsi un'anomalia od una patologia. Ed infatti, in un contesto economico ormai globalizzato, è oggi assai frequente che il processo produttivo-distributivo venga variamente delocalizzato e frammentato non solo in vista di una pianificazione fiscale, ma anche in funzione di una pluralità di variabili extrafiscali, che a volte rendono l'insediamento produttivo all'estero addirittura una strada obbligata (pur in assenza di un mercato di sbocco ivi localizzato). Così STEVANATO D., MANZITTI A., LUPI R., FRANSONI G., 2009, *Lo strumento tributario contro la delocalizzazione produttiva: decreto anticrisi e modifiche alle cfc*, in *Dialoghi Tributarî* n. 4, pag. 2803 ss. il quale si riferisce ad esempio *“alle attività estrattive o minerarie, all'allestimento di uno stabilimento produttivo in un territorio ricco di una certa materia prima fondamentale per il processo produttivo e costosa o impossibile da movimentare; alla presenza di manodopera specializzata e/o a basso costo, a produzioni localizzate produttive in territori con una determinata vocazione, tradizione e cultura per quel certo tipo di attività, a distretti o filiere produttive che determinano sinergie di vario tipo nell'insediamento”*.

considerare la connessione al mercato locale quale indizio di non artificiosità della costruzione estera. La Corte, infatti, limitandosi a sostenere che espressione della libertà di stabilimento è l'esercizio di una attività effettiva radicata nel territorio, non sembra in alcun modo escludere che la suddetta attività possa essere sviluppata su scala internazionale e, quindi, estendersi fuori dai confini o dall'area di influenza dello Stato d'insediamento della controllata.

Ciò nonostante, l'Agenzia delle Entrate, intervenendo sul punto, pare essersi orientata diversamente, richiamando altresì ingiustificatamente le parole espresse dalla stessa Corte di Giustizia nel caso Cadbury Schweppes. Invero, nella Circolare 51/E del 2010 è affermato che *“in linea di principio, per radicamento (i.e. collegamento con il “mercato dello stato o territorio di insediamento”) deve intendersi il legame economico e sociale della CFC con il Paese estero e, quindi, “...la sua intenzione di partecipare, in maniera stabile e continuativa, alla vita economica di uno Stato ... - (omissis) – diverso dal proprio e di trarne vantaggio ...” (Sentenza Corte di Giustizia 12 settembre 2006, C-196/04, punto 53, c.d. sentenza Cadbury Schweppes”*.

È evidente come tale linea interpretativa non rispecchi assolutamente l'orientamento espresso dalla Corte. Prescindendo dal contesto all'interno del quale le parole citate sono inserite, l'Agenzia stravolge completamente il significato loro attribuibile, operando altresì un collegamento diretto tra il concetto di radicamento e di mercato di approvvigionamento o di sbocco che, oltre a non essere necessariamente esistente, nemmeno può essere rilevato dalla lettura della sentenza richiamata. Soffermandosi sul testo completo del punto 53 nonché sui punti successivi, infatti, è chiaro come, nel tratteggiare i confini del legittimo esercizio della libertà di stabilimento, la Corte conferisca al radicamento un'accezione ben diversa rispetto a quella fatta propria dall'Amministrazione, valorizzando ai fini della dimostrazione dello stesso lo svolgimento *“effettivo di un'attività economica per una durata di tempo indeterminata, mercé l'insediamento in pianta stabile in un altro Stato membro”* e la sussistenza di *“elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi, relativi, in particolare, al livello di presenza fisica della controllata in termini di locali, di personale e di attrezzature”*. Nessun riferimento, si ribadisce, sembra dunque rinvenibile al mercato così come inteso dalla Circolare e, conseguentemente, stando alle parole della Corte, nulla sembra far presumere che l'assenza di una stretta connessione al mercato locale in fase di approvvigionamento, o in fase di distribuzione possa considerarsi quale *“indizio del mancato esercizio da parte della stessa di un'effettiva attività commerciale nel territorio di insediamento”*²⁸⁰.

²⁸⁰ Sull'erroneo richiamo alla sentenza Cadbury Schweppes si veda MARINO G., *La presuntuosa disciplina CFC e le incongruenze delle sue esimenti (contributo aggiornato al 13 ottobre 2009)*, in BEGHIN M., MOSCHETTI F.,

Appurato che l’Agenzia abbia, volontariamente o no, frainteso ciò che i Giudici lussemburghesi hanno espresso, permane comunque il problema fondamentale che l’impostazione adottata nella Circolare suddetta pone e, segnatamente, l’idoneità dell’esimente di impedire, così come formulata, la fuoriuscita dal regime CFC a soggetti che, anche laddove non sviluppino la propria attività nel mercato dello Stato o territorio d’insediamento, siano qualificabili come strutture effettivamente operative e radicate nello Stato di stabilimento. Invero, è evidente come il fatto di aver ricondotto la dimostrazione dell’esimente di cui all’articolo 167, comma 5, lettera a), T.U.I.R. alla connessione con il mercato locale rischi inevitabilmente di mantenere nell’ambito applicativo della disciplina realtà che, lungi dall’essere espressione della volontà del soggetto controllante di sfruttare eventuali fenomeni di arbitraggio fiscale per ottenere indebiti risparmio d’imposta, si localizzano all’estero in forza di ragioni economiche e si rivolgono altresì a mercati diversi da quello d’insediamento in risposta a precise modalità operative²⁸¹.

Dal momento che, come si è evidenziato, le disposizioni in parola non intercettano unicamente costruzioni artificiali, ma colpiscono anche strutture imprenditoriali concrete che con l’artificiosità nulla hanno a che vedere, non si può negare come, sotto questo profilo, la normativa CFC vada oltre lo scopo antiabuso prefissato ed elevato a unica causa giustificativa di una restrizione delle libertà fondamentali dalla Corte di Giustizia, traducendosi in una misura contraria al principio di proporzionalità e, quindi, incompatibile con il diritto dell’Unione Europea.

A rendere ancor più problematica la situazione, contribuisce la previsione di cui all’articolo 167 comma 5-bis che, si ricorda, introduce una limitazione alla possibilità di invocare l’esimente di cui al comma 5, lettera a) laddove i proventi del soggetto controllato derivino in prevalenza da *passive income* o dall’erogazione di servizi infragruppo.

Invero, al ricorrere della suddetta condizione, sembrerebbe di fatto introdotta dal legislatore una presunzione di “non radicamento” e di “non commercialità” della struttura localizzata all’estero e, dunque, una presunzione tale da impedire al soggetto controllante di dimostrare che i redditi generati dalla stessa sono il risultato di attività economiche reali ed

SCHIAVOLIN R., TOSI L. e ZIZZO G. (a cura di) , 2012, *Atti della giornata di Studi in onore di Gaspare Falsitta*, CEDAM.

²⁸¹ Le considerazioni fin qui svolte potrebbero valere anche rispetto al secondo periodo dell’esimente in parola, a mente della quale *'per le attività bancarie, finanziarie e assicurative quest'ultima condizione si ritiene soddisfatta quando la maggior parte delle fonti, degli impieghi o dei ricavi originano nello Stato o territorio di insediamento'*. Ed infatti, anche in tal caso il soggetto residente, al fine di ottenere la disapplicazione della disciplina CFC è tenuto a dimostrare circostanze, quali l'origine delle fonti o degli impieghi, del tutto estranee rispetto alla dimostrazione di una effettiva e genuina attività economica nello Stato estero di localizzazione. In tal senso BALLANCIN A., 2010, *Osservazioni a margine di una sentenza di merito in tema di incompatibilità della disciplina CFC con le Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni. Ulteriori riflessioni sul rapporto tra la novellata normativa CFC ed il diritto comunitario*, Rivista di Diritto Tributario, fasc.3, p. 161 ss.

effettivamente esercitate nello Stato di insediamento e non, invece, frutto di delocalizzazioni fittizie di imponibile volte al conseguimento di un vantaggio fiscale.

Al riguardo, se è pur vero che la mobilità dei proventi su indicati potrebbe facilitare la configurazione di fenomeni elusivi e, quindi, accrescere il rischio di abuso, è altrettanto vero che non può darsi per scontata l'artificiosità della costruzione da cui gli stessi sono conseguiti, a maggior ragione qualora essa si occupi, autonomamente e per tramite un'adeguata struttura organizzativa, di fornire servizi a società del gruppo. Si pensi a titolo di esempio all'insediamento in territori esteri di società che svolgono ricerca per altre società del gruppo, oppure a strutture estere specializzate nella fornitura di servizi di manutenzione per le altre consociate, o ancora alle holdings "dinamiche" collocate fuori dai confini nazionali che esercitano attività di gestione di partecipazioni in società²⁸². È evidente come tali attività, lungi dall'essere prive di consistenza economica, siano effettive e presentino, anche se a volte di livello minimo, un radicamento territoriale nello Stato di stabilimento. Esse, pertanto, stante la ratio sottesa alla disciplina in materia di imposte estere controllate, dovrebbero dirsi estranee dall'ambito di operatività della stessa e, conseguentemente, dovrebbero essere poste nella condizione di ricorrere, al fine di ottenere la disapplicazione della tassazione per trasparenza, all'esimente di cui qui si discute.

Qualora, al contrario, sancendo a priori la fittizietà delle fattispecie in esame, si finisse per attrarre nel campo del regime CFC, salva sempre la dimostrazione della seconda esimente, anche le suddette realtà non qualificabili come strutture artificiali, si tradirebbe ancora una volta il fondamento giustificativo della disciplina in parola, che si ricorda, non dovrebbe limitarsi a contrastare la delocalizzazione del reddito in se, ma piuttosto le pratiche abusive poste in essere per tramite della stessa.

Fortunatamente, almeno con riferimento alla previsione di cui sopra, l'Agenzia delle Entrate ha optato per un'interpretazione più estensiva rispetto a quella desumibile dal dato letterale della norma. Ed infatti, probabilmente nella consapevolezza che in caso contrario la disciplina nazionale avrebbe potuto essere oggetto di censure comunitarie, l'Amministrazione, anche nell'ipotesi di prevalenza di redditi passivi o derivanti da prestazioni di servizi infragruppo, ha lasciato, per così dire, aperta la strada della disapplicazione della normativa CFC sulla base della prima esimente a fronte dell'introduzione di criteri più stringenti rispetto a quelli generalmente applicabili.

Ed infatti, rilevato che, qualora una partecipata estera integri le condizioni di cui al comma 5-bis, il rischio di abuso sia potenzialmente più elevato e chiarito che *"i limiti introdotti dal*

²⁸² Così STEVANATO D., MANZITTI A., LUPI R., FRANSONI G., 2009, *Lo strumento tributario contro la delocalizzazione produttiva: decreto anticrisi e modifiche alle cfc*, in *Dialoghi Tributarî* n. 4, pag. 2803 ss.

comma 5-bis in esame vanno visti quali soglie al superamento delle quali si presume – salvo prova contraria - che la partecipata estera sia una società senza impresa”, l’Agenzia delle Entrate inasprisce l’onere probatorio, subordinando la dimostrazione della genuinità del soggetto estero alla verifica non solo dello svolgimento di un’effettiva attività nel mercato dello Stato o territorio d’insediamento, richiesta dal comma 5, lettera a), ma anche della *“mancanza – nel caso specifico - di intenti o effetti elusivi finalizzati alla distrazione di utili dall’Italia verso Paesi o territori a fiscalità privilegiata”*. In tal senso quindi, pur riconoscendo la necessità, esplicitata dal legislatore, di rafforzare il contrasto alla delocalizzazione dei redditi di tipo passivo per il tramite di “società senza impresa”, l’Amministrazione Finanziaria conferisce alla disposizione in parola natura di presunzione relativa, accordando al soggetto residente la possibilità di fornire sempre prova della non artificiosità della struttura societaria estera, seppur rafforzata e, quindi, più gravosa rispetto al caso in cui sia invocata la prima esimente in assenza di una prevalenza di *passive income* o di servizi infragruppo.

È dunque evidente come l’Agenzia delle Entrate sia chiamata ad effettuare una valutazione caso per caso, volta a distinguere le situazioni caratterizzate da un’effettività economica, da quelle, invece abusive, prive di contenuto imprenditoriale.

È proprio nell’efficacia della suddetta valutazione che, quindi, si individua il limite di compatibilità della disciplina CFC nazionale con il diritto dell’Unione Europea. Ed infatti, se la stessa è operata in modo tale da garantire a qualsiasi soggetto di dimostrare la concretezza della costruzione estera e, quindi, di scongiurare l’operatività del regime previsto dall’articolo 167 T.U.I.R. , non sembrano porsi evidenti motivi di contrasto con i precetti sovranazionali. Al contrario, se dovesse rivelarsi idonea ad impedire il ricorso all’esimente e, quindi, la disapplicazione della disciplina in parola, si dovrebbe concludere per l’incompatibilità di quest’ultima in forza dell’aperto contrasto con il parametro di proporzionalità fissato in sede comunitaria²⁸³.

Proseguendo con l’analisi delle cause di esclusione previste dalla normativa CFC italiana, non sembrano potersi sollevare dubbi circa l’armonia tra la previsione di cui al comma 5, lettera b) dell’articolo 167 T.U.I.R e il diritto dell’Unione Europea.

A mente della formulazione dell’esimente, che esclude l’applicazione della normativa CFC laddove sia dimostrato che dalla partecipazione non consegue l’effetto di localizzare il reddito

²⁸³ Secondo quanto espresso anche dalla Commissione Europea, infatti, il predetto principio rende *“essenziale che, ove si presuma l’esistenza di una costruzione di puro artificio, il contribuente sia messo in grado, senza eccessivi oneri amministrativi, di produrre elementi relativi alle eventuali ragioni commerciali per le quali tale transazione è stata conclusa”*. Cfr. Comunicazione della commissione al consiglio, al parlamento europeo e al comitato economico e sociale europeo, *L’applicazione di misure antiabuso nel settore dell’imposizione diretta – all’interno dell’UE e nei confronti dei paesi terzi*, del 10 dicembre 2007.

in un Paese a fiscalità privilegiata, non parrebbe, infatti, rilevabile alcun conflitto con le linee tracciate dalla Corte di Giustizia dacchè è offerta al soggetto residente la possibilità di fuoriuscire dal regime provando che la collocazione dell'impresa controllata in quel determinato Stato o territorio, caratterizzato da un livello di tassazione di favore, non è volta a una riduzione artificiosa del carico impositivo²⁸⁴ ma risponde a precise modalità operative e, quindi, a interessi economici effettivi.

Per concludere, non resta che svolgere alcune considerazioni in merito alla disposizione di cui al comma 8-bis dell'articolo 167 T.U.I.R., espressamente applicabile anche agli Stati dell'Unione Europea. Si ricorda, innanzitutto, che la previsione in parola estende l'operatività della disciplina CFC a soggetti localizzati in Stati o territori diversi da quelli considerati quali paradisi fiscali ai sensi del comma 4, al ricorrere congiunto di due condizioni e, segnatamente, l'assoggettamento ad un livello di tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella che avrebbe sopportato qualora fossero stati residente in Italia e il conseguimento di proventi per più del 50% passivi ovvero derivanti dalla prestazione di servizi infragruppo. E' evidente sin da subito come, parimenti a quanto già rilevato con riferimento al comma 5-bis, sia così introdotta una presunzione di artificiosità laddove, oltre ad essere scontata un'imposizione ridotta, siano conseguiti redditi dotati di un elevato grado di mobilità e, quindi, potenzialmente idonei a porre in essere le pratiche abusive che la disciplina in parola mira a contrastare. Come evidenziato sopra, tuttavia, tale circostanza, non può dirsi autonomamente sintomatica di intenti elusivi e, pertanto, al soggetto residente deve comunque essere concessa la possibilità di dimostrare l'effettività della struttura estera, sottraendosi così all'applicazione del regime CFC.

In risposta all'esigenza di cui sopra, il legislatore ha espressamente previsto al comma 8-ter una specifica esimente, la quale, si ricorda, riprendendo quasi pedissequamente le parole pronunciate dalla Corte, concede la disapplicazione della disciplina allorché l'insediamento estero *“non rappresenta una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale”*.

²⁸⁴ Contra BIZIOLI G., 2008, *Profili ricostruttivi in tema di compatibilità della disciplina cfc e della disciplina sulla presunzione di residenza in Italia con l'ordinamento comunitario*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Giuffrè, Milano, pag. 242 ss. il quale sottolinea invece come l'esimente in parola presenti profili di incompatibilità dal momento che si limita a valutare se i redditi del soggetto estero siano assoggettati a tassazione ordinaria, senza considerare l'attività effettivamente svolta. Come sottolineato in precedenza, la localizzazione orientata al risparmio d'imposta infatti non è di per sé non costituisce una forma di abuso della libertà comunitarie e, come tale, non può giustificare una restrizione delle stesse.

In accordo con tale conclusione CERIANA E., e TOMASSINI A., 2007, *Nuovi ingressi nella UE e legislazione CFC*, in *Rassegna Tributaria* n. 3, pag. 794 ss. secondo i quali l'esimente di cui al comma 5, lettera b) *“pare non seguire la conclusione della Corte secondo la quale rientra nel diritto di stabilimento localizzare la propria attività produttiva in un Paese che garantisce un livello di imposizione inferiore e dunque più conveniente”*.

Nonostante l'introduzione di una clausola di salvaguardia speciale e il richiamo alla sentenza Cadbury Schweppes siano ragionevolmente volti a prevenire possibili conflitti tra la normativa interna e quella comunitaria, problemi di compatibilità con il diritto dell'Unione Europea potrebbero ugualmente essere ravvisati²⁸⁵. Ed infatti, se è pur vero che al soggetto residente è sempre concessa la possibilità di dimostrare l'effettività della struttura estera, è altrettanto vero che, come precedentemente evidenziato, in capo ad esso è trasferito l'onere di provare la non artificiosità della medesima. Al ricorrere congiunto delle condizioni di cui al comma 8-bis, considerate dal legislatore indicatori della sussistenza di potenziali arbitraggi posti in essere per ottenere indebiti vantaggi fiscali, è, cioè, compito del controllante italiano fornire la prova che la costruzione localizzata oltre confine non possa qualificarsi come frutto di intenti elusivi ma, al contrario, risponda a indiscutibili ragioni economiche. Prova che, peraltro, potrebbe altresì non essere considerata idonea dall'Amministrazione Finanziaria alla quale è concessa ampia discrezionalità di giudizio.

È indubbio, dunque, come la presunzione, seppur relativa, di costruzione artificiosa introdotta dalla disposizione possa incidere sulla scelta circa il luogo d'insediamento dell'attività, ostacolando l'esercizio delle libertà fondamentali tutelate in ambito europeo e rendendo forse eccessivamente difficile lo stesso nell'ottica del principio di proporzionalità²⁸⁶.

Possibili contrasti con il suddetto principio potrebbero inoltre essere rilevati con riferimento agli oneri amministrativi che il soggetto residente è tenuto a sopportare solo al fine di verificare le condizioni per l'applicabilità della disciplina. Ed infatti, al termine di ogni periodo d'imposta egli, oltre a procedere alla valutazione dell'ammontare di eventuali passive income o proventi derivanti da operazioni infragruppo, è obbligato ad effettuare un confronto tra la tassazione effettiva subita all'estero e quella che avrebbe subito in Italia²⁸⁷. Tale ultimo adempimento può dirsi tutt'altro che agevole dal momento che, nonostante le indicazioni da ultimo fornite dall'Agenzia, permangono, come visto nel capitolo precedente, non irrilevanti difficoltà connesse alla determinazione dei tax rate necessari a tali fini.

Tutto ciò considerato, quindi, è evidente come la normativa CFC nazionale non possa dirsi perfettamente allineata ai principi sanciti in ambito europeo. Da un lato, infatti, risulta idonea ad attrarre nel proprio campo applicativo soggetti che, lungi dal rappresentare una costruzione artificiosa, si qualificano quali realtà effettive e radicate nel territorio d'insediamento,

²⁸⁵ Sul punto anche AIDC, 2016, Denuncia n.12-Fiscalità diretta, *Illegittimità comunitaria del regime delle Controlled Foreign Companies (CFC rules) applicato a società ed enti con sede in altro Stato comunitario come previsto dall'art. 167, commi 8-bis e 8-ter del D.P.R. n. 917/1986*, del 16 marzo 2016.

²⁸⁶ In tal senso POGGIOLI M., 2010, *La "novella" nella disciplina CFC e il diritto dell'Unione Europea: armonia o conflitto?*, in *Il Commercialista Veneto* n. 196.

²⁸⁷ Parimenti potrebbe essere considerato eccessivo l'onere posto in capo al contribuente di monitorare costantemente l'evoluzione dei sistemi fiscali esteri al fine di effettuare il confronto tra i livelli nominali di tassazione previsto dall'articolo 167, comma 4, T.U.I.R.

dall'altro, in taluni aspetti, sembra essere eccedente rispetto al proprio scopo e, quindi, confliggente rispetto al principio di proporzionalità.

Sarebbe dunque auspicabile che il legislatore, riconoscendo i punti di contrasto della disciplina con il diritto dell'Unione Europea, apporti le modifiche necessarie alla stessa al fine di ridurne i profili di incompatibilità.

Un siffatto percorso di adeguamento sarà, peraltro, reso obbligatorio alla luce dei recenti sviluppi in materia promossi in ambito internazionale ed europeo e, in particolare, in forza dell'adozione dell'Anti-Tax Avoidance Directive cui l'Italia dovrà conformarsi entro il 31 gennaio 2018.

3.3. CFC, Progetto BEPS e Anti-Tax Avoidance Directive

In un contesto economico ormai globalizzato, sempre più numerose sono le imprese operanti anche fuori dai confini nazionali che, sfruttando lacune ed asimmetrie normative dei diversi ordinamenti fiscali, pongono in essere strategie di erosione della base imponibile e di traslazione dei profitti, volte alla riduzione complessiva del proprio prelievo fiscale complessivo.

Consapevole del fenomeno, l'OCSE, su espresso mandato dei Ministri delle Finanze riuniti al G20 nel novembre 2012, ha varato un piano ampiamente condiviso, l'*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*²⁸⁸ (meglio noto con l'acronimo *BEPS*), finalizzato a ridurre l'incidenza dei fattori che contribuiscono allo sviluppo di queste pratiche²⁸⁹ e, conseguentemente, a favorire il contrasto all'evasione fiscale internazionale legata allo spostamento di redditi da Paesi ad alta fiscalità verso giurisdizioni con pressione fiscale bassa o nulla per tramite di pianificazioni fiscali aggressive. Nello specifico, in tale sede, sono state individuate, in linea generale, quindici misure, potenzialmente idonee a rendere più coerenti le norme nazionali che influiscono sulle attività internazionali, a rafforzare i requisiti sostanziali contenuti negli standard internazionali vigenti nonché a migliorare la trasparenza e la certezza per le aziende che non adottano posizioni aggressive.

Dopo due anni di lavoro, le suddette misure sono state tradotte in un pacchetto di quindici piani d'azione ("*Actions*"), riportati in altrettanti Final Reports approvati dal G20 nel mese di

²⁸⁸ OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.

²⁸⁹ Al riguardo, si legge in Nota Breve n. 13, XVII legislatura, *Il Progetto Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*, Ottobre 2015, che "tali pratiche sono consentite: da strategie fiscali aggressive in contesti ad alto tasso di innovazione, digitalizzazione e globalizzazione; dalla rigidità dei sistemi fiscali a fronte di una estrema "flessibilità dei redditi di impresa"; dalla possibilità di scindere l'imposizione delle fonti reddituali dalle attività economiche che le generano; dall'assenza di coordinamento e dalla presenza di asimmetrie tra i diversi regimi fiscali nazionali ad esempio in termini di un difforme trattamento (a fini fiscali) delle componenti di bilancio di impresa (e.g. interessi, dividendi, ecc.) e di una valutazione non uniforme delle voci reddituali associate a transazioni intra-gruppo e non".

novembre 2015 e contenenti nuovi standard minimi ovvero raccomandazioni che ogni Stato dovrebbe recepire all'interno del proprio ordinamento al fine di contribuire all'adozione di regole uniche, trasparenti e condivise a livello internazionale e, conseguentemente, di assicurare il concreto raggiungimento degli obiettivi prefissati dall'intero progetto.

Tanto premesso, tra gli strumenti individuati quali necessari dall'OCSE per porre un freno alle strategie volte all'erosione della base imponibile e, quindi, all'indebito risparmio fiscale rientra inevitabilmente anche il rafforzamento della normativa in materia di imprese estere controllate ovvero l'introduzione di una siffatta disciplina se non ancora prevista dall'ordinamento.

Secondo quanto riconosciuto nel Final Report relativo *all'Action 3: Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, infatti, le disposizioni in esame, proponendosi come deterrente alla distrazione di redditi verso giurisdizioni caratterizzate da regimi fiscali particolarmente vantaggiosi, risulterebbero idonee, se opportunamente predisposte, a contribuire alla buona riuscita del piano e, in quanto tali, andrebbero valorizzate nonché adattate ai cambiamenti della situazione economica internazionale.

Al fine di agevolare la configurazione di “*CFC rules*” efficaci, nella stessa sede, è fornita una serie di raccomandazioni, indirizzata agli Stati che intendano conformare alle stesse la propria normativa interna, articolata sulla base di sei aspetti considerati quali caratterizzanti della disciplina in oggetto: la definizione di controllata estera, i requisiti applicativi (requisiti soglia) della norma e le connesse esenzioni, la definizione di reddito della partecipata, le regole per la determinazione e per l'attribuzione dello stesso al soggetto controllante nonché per la prevenzione o l'eliminazione della doppia imposizione.

Relativamente alla qualificazione dei soggetti esteri destinatari della disciplina in parola, l'OCSE suggerisce di prevedere una definizione ampia dell'ambito applicativo della stessa al fine di includervi, oltre ai soggetti costituiti in forma societaria, anche trust nonché stabili organizzazioni, allorché questi risultino idonei ad essere utilizzati dal soggetto controllante quali strumenti per eludere la stessa normativa CFC. Inoltre, l'applicazione della disciplina dovrebbe trovare poi luogo anche con riferimento ai soggetti esteri trasparenti laddove i redditi da quest'ultimi prodotti non siano stati oggetto di tassazione nel Paese della controllante.

Quanto all'individuazione del rapporto di controllo, invece, è riconosciuta la necessità di effettuare congiuntamente un *legal* ed un *economic control test*, ma non è esclusa la possibilità di operare anche un *de facto test* al fine di verificare che i presupposti rilevanti per i test su menzionati non siano stati in qualche modo aggirati. Ed infatti, posto che il solo controllo di diritto potrebbe rivelarsi requisito facilmente eludibile qualora sia concesso

dall'ordinamento estero un certo grado di flessibilità nella determinazione del contenuto delle azioni, si rivela opportuno integrare tale presupposto, conferendo rilevanza anche ad altre forme di controllo che consentono al soggetto residente di esercitare ugualmente un'influenza dominante nel soggetto estero. Trattasi quindi del controllo economico, fondato sulla detenzione di partecipazioni all'utile o al capitale della società, e del controllo di fatto, riconosciuto qualora il socio sia in grado di influenzare le decisioni strategiche nonché le azioni compiute dal soggetto estero in forza anche dell'esistenza di particolari vincoli contrattuali.

Ad ogni modo, il controllo, sia esso diretto, indiretto ovvero di fatto, dovrebbe intendersi integrato qualora il soggetto partecipante si trovi nella condizione di attuare quelle strategie di distrazione dei profitti che la disciplina, e in generale l'intero progetto BEPS, mirano a contrastare. Tale situazione, secondo l'OCSE, può ravvedersi nel momento in cui la partecipazione nella società o ente estero sia almeno pari al 50%, non escludendo tuttavia che la soglia possa scendere a livelli inferiori.

Con riferimento alla soglia minima di applicabilità, il Final Report individua essenzialmente tre soluzioni adottabili e, segnatamente, una "*de minimis rule*", cioè la previsione di un importo minimo al di sotto del quale le regole sulle controllate estere non troverebbero applicazione²⁹⁰, un approccio antiabuso, che comporterebbe, invece, l'applicazione della regola solo nel caso in cui l'operazione sia stata posta in essere con scopi elusivi, ovvero, infine, la fissazione di una soglia minima d'imposizione alla quale la partecipata dovrebbe essere assoggettata al fine di potersi dire al riparo dall'operatività della disciplina CFC. Qualora lo Stato opti per quest'ultimo metodo è comunque considerato preferibile utilizzare come termine di confronto, tra la soglia individuata quale rilevante dall'ordinamento, sia essa una percentuale dell'imposizione prevista a livello nazionale ovvero un *benchmark* differente, e la tassazione subita all'estero, il *tax rate* effettivo. E questo poiché, sebbene a differenza dell'aliquota nominale presenti maggiori difficoltà applicative, tale indicatore permette indubbiamente di quantificare in modo più preciso il prelievo subito all'estero dalla partecipata non residente e, conseguentemente, di "*create a much more accurate comparison than focusing on the statutory tax rate*".

²⁹⁰ Sebbene questa soluzione sia quella certamente di più semplice applicazione, è stato altresì evidenziato come, in presenza di una regola di questo tipo, ben potrebbero i soggetti controllanti eludere la disciplina CFC attuando strategie di frazionamento dell'utile per tramite di più soggetti controllati. Per questo motivo l'OCSE stesso si esprime nel senso che "*if jurisdictions choose to implement such a threshold, best practice would be to combine this with an anti-fragmentation rule*"

Definiti, quindi, i requisiti indispensabili ai fini dell'applicazione della disciplina, l'OCSE si concentra, come già evidenziato, sulla definizione di reddito della partecipata nonché sulle regole attinenti la determinazione e l'attribuzione dello stesso al soggetto controllante.

Quanto al primo aspetto, il Report non fornisce alcuna raccomandazione in merito, limitandosi a proporre un elenco non esaustivo delle possibili tecniche (o combinazioni di tecniche) che le disposizioni in materia di imprese estere controllate possono adoperare per la suddetta definizione²⁹¹. Ogni ordinamento, pertanto, è lasciato libero di scegliere il metodo ritenuto più efficace in considerazione del grado di rischio che è tenuto a fronteggiare relativamente alle pratiche di cui si discute. Ad ogni modo, indipendentemente dalla soluzione individuata quale maggiormente in linea con le proprie esigenze di contrasto al fenomeno BEPS, ciascun legislatore nazionale dovrebbe stabilire se estendere il regime a tutti i redditi conseguiti dalla controllata (c.d. entity approach) ovvero limitarsi ad attrarre a tassazione solo i redditi considerati più idonei a favorire l'emersione di pratiche elusive (c.d. transactional approach). Se è pur vero che l'approccio da ultimo evidenziato comporta oneri amministrativi più consistenti, è altrettanto vero che lo stesso, permettendo di circoscrivere l'imposizione per trasparenza ai redditi fittiziamente trasferiti in capo al soggetto controllato e scongiurando l'attribuzione di quelli eventualmente derivanti da un'attività economica effettiva, può ritenersi maggiormente in linea con gli obiettivi perseguiti dalla disciplina, e, quindi preferibile.

Una volta definiti i criteri di determinazione del reddito imputabile al soggetto controllante dovrebbe poi essere prevista una modalità di calcolo dello stesso fondata sulle regole interne²⁹² all'ordinamento di residenza dello stesso nonché includere delle limitazioni tali per cui perdite o profitti delle controllate possano essere utilizzati in compensazione solo di altrettanti profitti e perdite delle stesse o comunque di altre partecipate assoggettate al regime

²⁹¹ Un primo metodo è rappresentato dal c.d. categorical approach il quale prevede la definizione del reddito della CFC in ragione della natura giuridica, della relazione intercorrente tra le parti oppure della fonte di reddito. Una seconda soluzione invece potrebbe fondarsi sull'analisi sostanziale volta ad accertare se i redditi conseguiti dalla CFC siano stati prodotti mediante l'utilizzo di una effettiva struttura organizzativa in termini di persone, locali e attrezzature nello Stato di localizzazione. Terzo e ultimo approccio descritto è quello inerente il profitto in eccesso. Secondo questo metodo, è da considerarsi CFC income la quota di reddito conseguito dalla controllata che eccede il rendimento normale garantito da un investimento effettuato nel Paese a fiscalità privilegiata.

²⁹² Questa è la soluzione considerata preferibile dall'OCSE. Alternativamente gli Stati che intendano dotarsi di una CFC legislation potrebbero optare per l'utilizzo dei criteri di computo dell'imponibile adottati dallo Stato di localizzazione della controllata, permettere al soggetto interessato la scelta del criterio stesso, ovvero prevedere l'adozione di standard comuni ad entrambe le parti al fine di determinare il reddito tassabile. Tuttavia ciascuno dei metodi su elencati presenta delle evidenti problematiche. Ed infatti, il primo potrebbe condurre a una detassazione del reddito nel momento in cui l'ordinamento "*may allow for less income to be attributed*" nonché accrescere difficoltà e costi per l'Amministrazione tenuta a confrontarsi con regole a lei non familiari, il secondo favorirebbe fenomeni di tax planning, e infine il terzo darebbe origine a costi amministrativi e di compliance molto elevati qualora i soggetti fossero obbligati a rideterminare il reddito conseguito secondo gli standard richiesti.

CFC localizzate nella medesima giurisdizione. Tale ultima restrizione è considerata fondamentale per evitare che il soggetto controllante possa essere incoraggiato a manipolare i risultati conseguiti dalla controllata al fine di utilizzarli in abbattimento del proprio reddito e, conseguentemente, di ridurre artificialmente il proprio carico impositivo.

Quanto all'attribuzione del reddito stesso, sono fornite raccomandazioni su più fronti e, segnatamente, sui soggetti ai quali l'imponibile deve essere imputato, sull'ammontare dello stesso, sul momento in cui tale imputazione deve avvenire nonché sul trattamento fiscale al quale l'imponibile medesimo deve essere assoggettato.

Relativamente al primo punto l'OCSE consiglia di individuare i soggetti rilevanti a tal fine facendo riferimento alla soglia minima di controllo prevista dalla disciplina, non escludendo tuttavia che ogni Stato possa optare per una soluzione diversa coerentemente con gli obiettivi sottesi alla propria normativa CFC²⁹³. In punto di attribuzione invece, nella stessa sede, si raccomanda di tenere in considerazione tanto la percentuale di controllo quanto il periodo di detenzione della partecipazione che assicura al soggetto residente l'influenza sul soggetto estero. Una volta così calcolata la quota di reddito spettante al controllante, la stessa dovrebbe, sempre secondo le indicazioni fornite dal Report, essere imputata ad esso nell'anno d'imposta corrispondente alla chiusura dell'esercizio o periodo di gestione della partecipata e, conseguentemente, assoggettata a tassazione con l'aliquota applicata sul reddito complessivo del soggetto partecipante²⁹⁴ come se fosse stata conseguita direttamente dallo stesso²⁹⁵.

Consapevole del fatto che una siffatto meccanismo possa comportare il sorgere di doppie imposizioni, l'OCSE, infine, raccomanda agli Stati di inserire nella propria *CFC legislation* disposizioni volte alla prevenzione e all'eliminazione di fenomeni di questo tipo. In particolare suggerisce la previsione di un credito per le imposte già assolte all'estero dalla controllata ed eventualmente da soggetti intermedi nonché di un'esenzione per gli utili distribuiti, ovvero per le plusvalenze realizzate, che derivino da redditi già assoggettati a tassazione per trasparenza al momento della maturazione per effetto dell'applicazione della disciplina CFC.

È a questo punto opportuno ricordare come tutte le indicazioni fornite, e sopra sommariamente riportate, in punto di disciplina CFC non rappresentino degli standard

²⁹³ Ed infatti "*jurisdictions that want to deter even minority investments in CFCs may use a lower attribution threshold, while those that are instead focused on deterring investments by residents that can influence the CFC may set their attribution threshold higher than their control threshold*".

²⁹⁴ Alternativamente potrebbe essere utilizzata una "*top-up tax*". In tal caso il reddito imputato al controllante sarebbe tassato con aliquota pari alla differenza tra l'effective tax rate estero e un "aliquota soglia" predefinita.

²⁹⁵ Qualora l'ordinamento del soggetto controllante preveda un metodo d'imposizione fondato sul "*deemed dividend approach*", il reddito sarà invece assoggettato a tassazione sulla base delle regole domestiche previste per i dividendi. Tale soluzione è considerata dall'OCSE parimenti efficace in relazione agli obiettivi perseguiti dal progetto.

minimi, rispetto ai quali gli Stati membri sono obbligati ad adeguarsi, bensì mere raccomandazioni volte ad assicurare la definizione di regimi CFC efficaci a contrastare strategie volte al trasferimento di imponibile verso giurisdizioni a bassa fiscalità. In quanto tali, esse garantiscono un grado di flessibilità molto elevato in termini di implementazione, e questo anche al fine di permettere a ciascuno Stato coinvolto di adattare la propria disciplina agli obiettivi di *policy* perseguiti.

Ciò nonostante, posto che il raggiungimento dello scopo dell'intero progetto è subordinato al conseguimento di un grado sufficientemente elevato di omogeneità tra le diverse legislazioni fiscali nazionali, è certamente auspicabile che le misure dettate in tale sede siano comunque largamente accolte e applicate per tramite di revisioni delle singole normative interne.

Riconosciuta l'importanza della questione, il Consiglio dell'Unione Europea, in data 16 luglio 2016, ha adottato, nell'ambito di un più ampio progetto antielusione avviato nel corso del 2015, la Direttiva 2016/1164, intesa a far fronte alla necessità di adottare un approccio più deciso e coerente contro gli abusi in materia di imposta sulle società nonché a recepire le indicazioni sviluppate in seno all'OCSE al fine di garantirne un'attuazione efficace, rapida e coordinata all'interno dell'Unione stessa.

Trattasi dunque di uno strumento, usando le parole dello stesso Consiglio, volto a rispondere *“all'esigenza di approcci strategici comuni e di un'azione coordinata al fine di migliorare il funzionamento del mercato interno e massimizzare gli effetti positivi dell'iniziativa contro il BEPS”* nonché a *“impedire una frammentazione del mercato e porre fine ai disallineamenti e alle distorsioni del mercato attualmente esistenti”* che inevitabilmente favoriscono quelle pratiche di elusione fiscale che l'intero progetto mira a prevenire e osteggiare.

L'armonizzazione dei regimi domestici di contrasto alle suddette pratiche, è, quindi, obiettivo primario della Direttiva in oggetto, all'interno della quale è, infatti, contenuta una serie di disposizioni generali rivolte a tutti gli Stati membri, ai quali è affidato il compito attuare le stesse, definendone gli elementi specifici secondo le modalità più adatte ai rispettivi regimi di imposizione delle società.

*Inter alia*²⁹⁶, sono in essa introdotte misure relative anche alla disciplina in materia di imprese estere controllate che qui ci occupa e, in particolare, sono previste norme in punto di individuazione dell'ambito di applicazione, di determinazione della base imponibile e di cause di esclusione.

Quanto al profilo soggettivo l'articolo 7, comma 1 della Direttiva estende l'operatività della disciplina ai contribuenti che, da soli o insieme alle proprie imprese associate, detengono una

²⁹⁶ In particolare la Direttiva introduce specifiche disposizioni in tema di deducibilità degli interessi passivi (articolo 4), imposizione in uscita (articolo 5), clausola generale antiabuso (articolo 6), società controllate estere (articoli 7 e 8) e disallineamenti da ibridi (articolo 9).

partecipazione diretta o indiretta di oltre il 50% dei diritti di voto o posseggano direttamente o indirettamente oltre il 50% del capitale o ancora abbiano diritto di ricevere oltre il 50% degli utili del soggetto estero. Tale soggetto, sia esso un' entità ovvero una stabile organizzazione i cui redditi siano esenti da imposta nello Stato di residenza della casa madre, ai fini dell'applicabilità del regime, deve scontare nello Stato di localizzazione un'imposta sulle società realmente versata sui suoi utili inferiore alla differenza tra l'imposta sulle società che sarebbe stata applicata nell'ambito del sistema di imposizione delle società vigente nello Stato membro del soggetto controllante e l'imposta sulle società realmente versata sui suoi utili stessa. In altri termini la disciplina è applicabile, secondo quanto disposto dalla Direttiva, qualora il soggetto estero sia assoggettato ad livello d'imposizione effettivo inferiore al 50% del livello di tassazione virtuale domestico, e cioè, di quello che avrebbe subito la controllata nell'ordinamento di residenza del socio secondo le regole ivi previste.

Se i presupposti sopra enunciati risultano integrati, agli Stati membri è concessa la facoltà di modulare la propria disciplina sulla base di due diversi approcci, uno, per così dire, categorico e, uno, invece, sostanziale²⁹⁷.

Il primo, disciplinato dall'articolo 7, comma 2, lettera a) e incardinato al c.d. *transactional approach*, prevede l'imputazione, al soggetto controllante dei soli redditi passivi conseguiti dal partecipato, calcolati conformemente alle disposizioni dello Stato di residenza del primo e individuati in: i) interessi o qualsiasi altro reddito generato da attivi finanziari, ii) canoni o qualsiasi altro reddito generato da proprietà intellettuale, iii) dividendi e redditi derivanti dalla cessione di azioni, iv) redditi da leasing finanziario, v) redditi da attività assicurativa, bancaria e altre attività finanziarie, vi) redditi da 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 nullo²⁹⁸.

²⁹⁷ Va sottolineato che il dato letterale della disposizione non chiarisce opportunamente se i due approcci vadano intesi quali reciprocamente alternativi o se gli stessi possano convivere all'interno della stessa disciplina CFC. Al riguardo, nonostante, la congiunzione "or" sembri, *prima facie*, suggerire che gli Stati membri debbano optare esclusivamente per uno dei due, procedendo ad un'analisi testuale della norma è possibile giungere ad una soluzione opposta. Ed infatti, quando la Direttiva ha inteso dare agli Stati membri una scelta alternativa tra due, ha sempre aggiunto l'avverbio «either», come nel caso dell'articolo 4, paragrafo 5. Oltre a ciò, un'interpretazione restrittiva del termine sarebbe anche in contrasto con il carattere "de minimis" della direttiva nonché con l'Action 3 del progetto BEPS in cui è espressamente indicato come anche una combinazione dei differenti metodi sia accettabile.

Alla luce di quanto evidenziato, la disposizione dovrebbe pertanto essere interpretata nel senso che gli Stati membri sono autorizzati ad introdurre nella disciplina prevista dal proprio ordinamento entrambi gli approcci congiuntamente ovvero, in alternativa, solo uno dei due.

²⁹⁸ Al riguardo, gli Stati possono comunque prevedere che non rientrino nella norma i soggetti esteri per i quali i redditi suddetti siano inferiori a un terzo del reddito complessivo ovvero le imprese finanziarie, a meno che oltre un terzo dei redditi medesimi da esse prodotti derivi da operazioni con parti correlate. Con riferimento all'ultima ipotesi prospettata vale sottolineare che nella precedente proposta di Direttiva COM(2016) 26 final del 28 gennaio 2016 le imprese finanziarie fiscalmente residenti in uno Stato membro o in un paese terzo parte

L'attenzione posta su queste particolari categorie di reddito appare giustificata dal momento che, secondo quanto espresso dall'OCSE nell'Action 3, esse sono *“more likely to be geographically mobile and therefore are likely to raise the concerns that CFC rules are designed to address”*.

Ciò nonostante, è comunque riconosciuta al soggetto controllante, al fine di garantire la compatibilità delle norme CFC con le libertà fondamentali tutelate dall'Unione Europea, la possibilità di scongiurare la suddetta imputazione qualora sia dimostrato che l'ente controllato non residente svolga un'attività economica sostanziale per tramite di un'idonea struttura materiale e personale. Tale ultima previsione può essere altresì limitata ai soli Stati appartenenti all'Unione ovvero aderenti allo Spazio Economico Europeo.

Quanto al secondo approccio, invece, l'articolo 7, comma 2, lettera b), stabilisce che possano essere inclusi nella base imponibile del soggetto controllante *“i redditi non distribuiti di un'entità o di una stabile organizzazione derivanti da costruzioni non genuine che sono state poste in essere essenzialmente allo scopo di ottenere un vantaggio fiscale”*. Una costruzione o una serie di costruzioni è da considerarsi non genuina qualora l'entità o la stabile organizzazione *“non possiederebbe gli attivi o non avrebbe assunto i rischi che generano la totalità o una parte dei suoi redditi, se non fosse controllata da una società in cui le funzioni significative del personale che sono pertinenti per tali attivi e rischi sono svolte e sono funzionali al fine di generare i redditi della società controllata”*. In tal senso quindi, il soggetto estero si configurerebbe quale mero centro di imputazione di redditi riferibili, per beni e rischi, alle funzioni svolte dal personale dipendente del socio ma artificialmente dirottati da quest'ultimo in capo al primo al fine di ottenere un indebito risparmio d'imposta sui redditi stessi. Nell'ipotesi sopra considerata, il reddito imputabile al soggetto controllante, individuato per tramite di un'analisi funzionale²⁹⁹ volta a verificare il grado di autonomia e

contraente dell'accordo SEE (o le loro stabili organizzazioni situate in uno o più Stati membri) erano espressamente escluse dall'ambito applicativo della disciplina.

Ad ogni modo, la previsione di cui sopra appare in linea con le raccomandazioni BEPS espresse nel Final Report relativo all'Action 3, il quale tuttavia, si ricorda, suggerisce altresì l'adozione di clausole di salvaguardia volte ad evitare fenomeni di frammentazione dell'utile posti in essere al fine di sottrarsi all'applicazione della normativa CFC. Stante comunque il carattere generale delle disposizioni contenute nella Direttiva in esame dovrebbe essere possibile per gli Stati membri provvedere autonomamente all'inserimento di previsioni di questo tipo nella propria disciplina allo scopo di contrastare tali pratiche.

²⁹⁹ Tale approccio è valorizzato anche dall'Action 3 del progetto BEPS, che, nell'ambito del capitolo 4 relativo alla definizione del reddito CFC, riconosce che, al fine di determinare il reddito imputabile al soggetto controllante, una soluzione potrebbe essere quella di *“look at all the significant functions performed by entities within the group to determine whether the CFC is the entity which would be most likely to own particular assets, or undertake particular risks, if the entities were unrelated. If this were a threshold test, it would treat as CFC income all income of a CFC that fell below the threshold of significant functions (or exclude all income of a CFC that had the required functions). If it were a proportionate test, it would treat as CFC income only that income that the CFC did not have the significant functions necessary to earn”*.

indipendenza del soggetto estero, dovrebbe essere solo quello derivante dai rischi e dai beni connessi alle suddette funzioni, dovendosi pertanto escludere dalla base imponibile del socio i redditi invece riferibili esclusivamente a beni e rischi propriamente acquisiti e assunti dalla controllata.

Ai sensi dell'articolo 7, comma 4, è altresì consentito agli Stati membri escludere dall'applicazione della previsione di cui sopra un' entità o una stabile organizzazione qualora i suoi utili contabili non siano superiori a 750 000 € ovvero qualora gli stessi non ammontino a più del 10% dei costi di esercizio nel periodo d'imposta di riferimento³⁰⁰.

Comuni ad entrambi gli approcci su evidenziati sono infine le disposizioni contenute all'articolo 8, commi 3, 4, 5, 6 e 7, inerenti a taluni aspetti relativi all'imputazione del reddito al soggetto controllante nonché alla riduzione di fenomeni di doppia imposizione.

Relativamente al primo punto la Direttiva innanzitutto specifica che il reddito da includere nella base imponibile del socio deve essere calcolato proporzionalmente rispetto alla quota di partecipazione da esso detenuta così come definita all'articolo 7, comma 1. L'imputazione inoltre deve avvenire nel periodo d'imposta nel quale si conclude l'esercizio fiscale del soggetto estero.

Quanto alle previsioni attinenti, invece, l'attenuazione della doppia imposizione è disposto che, in caso di distribuzione di dividendi o di realizzazione di plusvalenze da cessione di partecipazioni, al soggetto controllante sia riconosciuta, in sede di calcolo dell'imposta dovuta sugli stessi, una deduzione dalla base imponibile corrispondente alla quota di reddito già tassato per trasparenza in annualità precedenti. In aggiunta, è prevista la detraibilità, nel rispetto della normativa dei singoli Stati, delle imposte sostenute nel Paese di residenza dalla controllata estera.

Orbene, alla luce di quanto sin d'ora evidenziato, appare a questo punto quanto mai opportuno svolgere qualche considerazione in merito ai potenziali profili di conflittualità tra i dettami contenuti nella Direttiva in oggetto e le disposizioni previste dall'ordinamento interno in punto di regime CFC. Ed infatti, sebbene la normativa domestica presenti molti punti di contatto con quanto previsto in sede europea, diversi sono comunque gli aspetti divergenti che possono essere individuati e che meritano pertanto approfondimento.

In primis, differenze sono rinvenibili nella definizione dei requisiti minimi necessari ai fini dell'applicazione della disciplina in parola e, in particolare, nell'individuazione delle

Sulle problematiche connesse all'applicabilità dell'analisi funzionale di cui sopra alla disciplina CFC, BALLANCIN A., 2016, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, CEDAM, pag. 275 ss.

³⁰⁰ Trattasi di situazioni che, conseguendo scarsi utili o uno scarso margine di profitto, secondo il Consiglio, "comportano rischi minori di elusione fiscale".

fattispecie che integrano il rapporto di controllo nonché nel livello d'imposizione cui la controllata estera deve essere assoggettata.

Invero si sottolinea innanzitutto come, mentre la Direttiva eleva a presupposto essenziale la detenzione di una partecipazione superiore al 50% nel capitale, nel diritto di voto ovvero nel diritto agli utili, la disciplina italiana, oltre a prevedere la sussistenza di un controllo di diritto, estenda l'operatività del regime CFC anche a fattispecie di controllo di fatto. La normativa implementata nel nostro ordinamento pare quindi certamente più pervasiva di quella definita a livello europeo dal momento che essa attrae nel proprio ambito di operatività anche situazioni che, seppur caratterizzate dalla presenza di un'influenza dominante del soggetto residente, non soddisfano i requisiti di soglia qualificati quali rilevanti invece dalle disposizioni della Direttiva.

Ciò nonostante, poiché quest'ultima ambisce a costituire "*livello minimo di protezione per i regimi nazionali di imposta sulle società contro le pratiche di elusione fiscale*", non sembra potersi dire in contrasto con essa una previsione più restrittiva come quella italiana³⁰¹.

Relativamente al presupposto del controllo, vale altresì sottolineare che, a differenza di quanto valorizzato in ambito europeo, la disciplina nazionale in materia di imprese estere controllate non conferisce, mediante il richiamo all'articolo 2359 del Codice Civile, alcuna rilevanza alla partecipazione agli utili e, conseguentemente, al controllo economico. Al riguardo è stato tuttavia evidenziato³⁰² come, nonostante, sia rilevabile in tal senso una discrasia tra le disposizioni previste dall'ordinamento nazionale e quelle invece definite dalla Direttiva in oggetto, la stessa possa dirsi in un certo senso ridimensionata alla luce della nozione di controllo alla quale il legislatore rinvia in punto di disciplina CFC. Ed infatti, essendo il controllo economico difficilmente scindibile dalla detenzione di una quota di azioni con diritti di voto tale da permettere di esercitare quantomeno un'influenza dominante in assemblea ordinaria, ben potrebbe la previsione di cui all'articolo 2359, comma 2, assorbire la nozione di controllo economico individuata nella Direttiva medesima.

Ciò non toglie tuttavia che, in assenza di un riferimento esplicito anche alla rilevanza della partecipazione agli utili, la normativa italiana, potrebbe comunque subire delle modifiche al fine di meglio adattarsi alle disposizioni dettate in ambito europeo, che comunque dovranno

³⁰¹ Si ricorda che anche l'OCSE nel Final Report dell'Action 3 ha riconosciuto l'importanza di introdurre un "*de facto control test*" al fine di attrarre nell'ambito operativo della disciplina anche situazioni in cui il soggetto residente è in grado di esercitare un'influenza effettiva sulle decisioni aziendali della controllata pur non detenendo la maggioranza dei diritti di voto, del capitale o degli utili. Tale previsione risponderebbe all'esigenza di assicurare che "*other control tests are not circumvented*". Cfr OECD, 2015, *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3-2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris, pag. 24

³⁰² BALLANCIN A., 2016, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, CEDAM, pag. 319.

essere recepite entro il 31 dicembre 2018, nonché alle raccomandazioni formulate in sede OCSE.

Altro aspetto su cui è necessario focalizzare l'attenzione è, come sopra introdotto, il livello di tassazione scontato dell'entità controllata estera.

Orbene, precedentemente si è evidenziato come la Direttiva 1164/2016, nello specifico, preveda che condizione essenziale ai fini dell'applicazione del regime CFC sia un'imposizione effettiva inferiore alla differenza tra l'imposta solo "teoricamente" gravante sull'entità controllata in base alla normativa fiscale dello Stato della controllante e l'effettiva imposta pagata sugli utili da parte dell'entità controllata.

Tale inciso, seppur di non di lineare formulazione, non fa altro che esplicitare un concetto già recepito dall'ordinamento fiscale domestico all'articolo 167, comma 8-bis, lettera a), T.U.I.R.: la tassazione effettiva del soggetto estero controllata deve essere inferiore alla metà di quella che sarebbe virtualmente applicabile allo stesso ove fosse residente nello Stato del socio controllante.

È evidente a questo punto come, seppur allineata alle disposizioni della Direttiva relativamente alla previsione destinata alle controllate c.d. *white list*³⁰³, la disciplina nazionale non possa dirsi altrettanto convergente alla Direttiva medesima in punto d'individuazione delle controllate assoggettabili al regime di cui all'articolo 167, comma 1. Ed infatti, a seguito delle novità introdotte della Legge di stabilità 2016, ai fini dell'identificazione di uno Stato o territorio a fiscalità privilegiata e, conseguentemente, della configurazione di un soggetto non residente quale CFC, è necessario far riferimento al livello di tassazione, non effettivo, bensì nominale dello Stato estero.

L'impostazione adottata sul punto dal legislatore dovrebbe pertanto essere necessariamente conformata a quanto stabilito in sede europea sulla base delle indicazioni provenienti dall'Final Report dell'Action 3, che, infatti, predilige quale criterio cardine per la definizione dell'ambito applicativo della disciplina in parola il confronto tra gli effettivi carichi impositivi. Vale altresì aggiungere come la raccomandazione avanzata in tale sede relativamente all'individuazione di una "*tax rate exemption*" sia accompagnata dal suggerimento di combinare ad essa, in un'ottica di semplificazione, un'elencazione positiva

³⁰³ È stato altresì rilevato (Cfr. PAPOTTI R. e MOLINARI F., 2016, *La disciplina CFC alla prova della Direttiva anti-elusione dell'Unione Europea*, in *Corriere Tributario* n. 34) come vi sia una leggera difformità nella terminologia utilizzata dalla disciplina domestica (tassazione effettiva) rispetto a quanto indicato nella Direttiva (imposta realmente versata). Tale divergenza non appare comunque problematica dal momento che, i due concetti possono essere considerati speculari e complementari, essendo uno (imposta realmente versata) l'elemento cardine ai fini del calcolo dell'altra (tassazione effettiva). Alla medesima conclusione si può pervenire considerato quanto espresso in sede OCSE. Nell'Action 3 infatti è sottolineato che "*the calculation of the effective tax rate uses a fraction where the numerator is the actual tax paid and the denominator is the CFC's income*".

cd. *white list*, volta ad escludere a priori taluni Stati o territori dal regime CFC e, conseguentemente, a circoscrivere l'ambito applicativo dello stesso³⁰⁴. Se è pur vero che tale indicazione non deve obbligatoriamente essere recepita nella normativa interna, è altrettanto vero che la predisposizione di una lista renderebbe senza dubbio più agevole il lavoro di Amministrazione e operatori chiamati ad affrontare un'analisi case-by-case ogniqualvolta la controllata sia localizzata in uno Stato estero. Ed infatti, sancire l'esclusione in via preventiva dall'applicabilità del regime in parola di soggetti esteri localizzati in Stati che, ad esempio, prevedono un livello d'imposizione simile a quello italiano, ben potrebbe, da un lato, ridurre gli oneri legati al costante monitoraggio dei sistemi fiscali esteri, e dall'altro, conferire maggior certezza alla disciplina dal punto di vista operativo. Al riguardo, si ricorda che la predisposizione di una siffatta lista era prevista dall'ordinamento fiscale nazionale all'articolo 168-bis, T.U.I.R., di poi abrogato per tramite delle disposizioni contenute nel Decreto internazionalizzazione in forza delle difficoltà riscontrate in sede di redazione della stessa. Parrebbe dunque in tal senso definitivamente abbandonata l'idea, ai fini della disciplina di cui all'articolo 167 T.U.I.R, di fare affidamento, oltre che su di un criterio mobile quale il livello impositivo cui la controllata è assoggettata, anche su di un elenco volto all'individuazione degli Stati o territori nei confronti dei quali in ogni caso non dovrebbero trovare applicazione le disposizioni antielusive in materia di imprese estere controllate. Ad ogni modo, ciò non toglie che il legislatore, anche alla luce dei più recenti orientamenti espressi in sede OCSE ed europea, possa decidere di prendere in considerazione la soluzione ivi proposta e, conseguentemente, optare altresì per l'adozione di una nuova *white list*.

Ebbene, individuate quindi le differenze inerenti i presupposti applicativi, è necessario ora concentrarsi sull'aspetto forse più caratterizzante della disciplina CFC e, segnatamente, l'imputazione del reddito conseguito dalla partecipata estera.

Sul punto, si ricorda innanzitutto come la Direttiva 1164/2016 preveda che, una volta integrati i requisiti del controllo e del livello d'imposizione effettivo, il reddito, generato e non distribuito dalla controllata, sia attribuito al socio controllante o nella misura in cui esso derivi dai passive income di cui all'articolo 7, comma 2, lettera a), salvo che non sia dimostrato lo svolgimento di una "attività economica sostanziale", ovvero nella misura in cui lo stesso sia conseguito per tramite di "*costruzioni non genuine che sono state poste in essere*

³⁰⁴ L'implementazione di una tale previsione è altresì concessa dalla Direttiva in oggetto, in cui, al dodicesimo considerando, si legge "*dovrebbe essere ammissibile che, nel recepire le norme sulle società controllate estere nel diritto nazionale, gli Stati membri ricorrano a un sistema di liste bianca, grigia e nera di paesi terzi, che siano compilate sulla base di determinati criteri stabiliti dalla presente direttiva e possano comprendere il livello di aliquota di imposta sulle società, oppure ricorrano a liste bianche di Stati membri redatte su tale base*"

essenzialmente allo scopo di ottenere un vantaggio fiscale”, qualora la disciplina sia modulata invece sull’ approccio di cui all’ art. 7, comma 2, lett. b).

È evidente come la normativa italiana si discosti considerevolmente da quanto sovra esposto. Ed infatti, mentre la Direttiva stabilisce che siano da includere nella base imponibile dei soggetti controllanti solamente i redditi di tipo passivo del soggetto estero, salva sempre la dimostrazione legata allo svolgimento di un’ attività economica sostanziale, ovvero unicamente quelli derivanti da una costruzione artificiosa, la disciplina CFC interna, anche laddove attribuisca rilevanza all’incidenza di tale tipologia di proventi, prevede l’ integrale attribuzione del reddito conseguito dalla controllata estera e, conseguentemente, anche della eventuale quota parte derivante dallo svolgimento di un’ effettiva attività commerciale.

Sebbene sia stato rilevato come la normativa italiana, presentandosi più stringente rispetto agli standard minimi previsti dalla Direttiva, non debba essere obbligatoriamente adattata agli stessi³⁰⁵, parrebbe comunque opportuna una modifica in tal senso. Se è pur vero, infatti, che, una disposizione più restrittiva in materia di CFC è in astratto consentita posto che l’ obiettivo della di Direttiva è quello di creare “*un livello minimo di protezione per i regimi nazionali*”, è altrettanto vero che l’ applicazione della stessa dovrebbe rimanere circoscritta alle sole costruzioni di puro artificio e, quindi, salvaguardare i redditi derivanti da attività genuine. In tal senso, dunque, l’ abbandono dell’ approccio totalizzante tipico del c.d. *entity approach* non può che dirsi necessario dal momento che, come precedentemente sottolineato, un approccio *transactional*, garantendo l’ imputazione del solo reddito derivante da fattispecie elusive, sembrerebbe più in linea con la finalità antiabuso della disciplina CFC. A ciò si aggiunga poi che l’ attribuzione al socio controllante dell’ intera quota di reddito della partecipata, ben potrebbe, laddove parte della stessa non sia frutto di delocalizzazioni fittizie di imponibile, porsi in contrasto con il principio di proporzionalità. Ed infatti, posto che, stando all’ orientamento della Corte di Giustizia, la disciplina CFC dovrebbe limitarsi a intercettare “*costruzioni di puro artificio*” non eccedendo rispetto a quanto necessario per raggiungere il suo scopo, è innegabile come la normativa nazionale, attribuendo al soggetto controllante tutto il reddito lui spettante indipendentemente dal fatto che parte dello stesso sia il risultato di un’ effettiva attività d’ impresa nel territorio estero, si ponga in una posizione di potenziale conflitto con i principi sanciti in ambito europeo.

Orbene, se è chiaro che preferibile sarebbe un cambiamento d’ impostazione sul fronte della determinazione del reddito imputabile al socio residente, si sottolinea che parimenti desiderabile dovrebbe essere l’ introduzione, solo suggerita dalla Direttiva, di previsioni volte

³⁰⁵ PAPOTTI R.A., MOLINARI F., 2016, *La disciplina CFC alla prova della Direttiva Anti-elusione dell’Unione Europea*, in *Corriere Tributario* n. 34, p. 2611.

ad evitare l'attrazione nell'ambito applicativo del regime CFC di fattispecie che presentano un limitato rischio di abuso. Oltre a confermare l'esimente già prevista al comma 5, lettera a) per le controllate che dimostrano di svolgere un'attività effettiva, sulla falsariga di quanto proposto in ambito europeo, il legislatore potrebbe, quindi, anche optare per l'esclusione dei soggetti che conseguono un ammontare di redditi passivi inferiore ad un terzo di quelli complessivamente prodotti all'estero ovvero per l'esclusione, sulla base di una c.d. *de minimis rule*, delle strutture localizzate fuori dai confini nazionali che producono redditi non significativi.

La prima soluzione sembrerebbe, in un certo senso, assimilabile a quanto già previsto al comma 8-bis, lettera b), laddove quest'ultimo richiede, ai fini dell'applicazione della disciplina, che i passive income ammontino a più del cinquanta per cento della ricchezza estera. In forza di questa disposizione, quindi, possono automaticamente dirsi esclusi dal regime i soggetti che, per contro, conseguono redditi di tipo passivo (o derivanti da prestazioni infragruppo) non eccedenti la soglia suddetta. Da questo punto vista, la Direttiva è, dunque, più stringente rispetto alla normativa italiana, la quale, tuttavia, non presenta alcuna necessità di adeguamento dacchè al *passive income test* è conferita in sede europea solo natura opzionale.

Quanto alla *de minimis rule*, invece, è innegabile come l'inserimento di una clausola di tal tipo rappresenterebbe una modifica di autentica portata innovativa per il nostro ordinamento dal momento che, sin dall'introduzione della disciplina, mai il legislatore si è preoccupato di definire un'esclusione, adottata in altri Paesi e valorizzata altresì nell'ambito del progetto BEPS, basata sull'ammontare del reddito prodotto dalla partecipata. Sebbene anche un siffatto intervento sia solo suggerito e non, al contrario, reso obbligatorio, sarebbe, comunque, in un'ottica di semplificazione, auspicabile anche l'introduzione di una regola esonerativa del tipo da ultimo richiamato, sempreché accompagnata, come raccomandato in ambito OCSE, da un' "*anti-fragmentation rule*" volta a precludere al socio residente la possibilità sottrarsi all'applicazione della disciplina per tramite di una volontaria parcellizzazione del reddito estero tra più soggetti controllati.

Ebbene, prescindendo dai profili sin d'ora evidenziati, non sembrerebbero rinvenibili ulteriori distonie tra quanto previsto dall'articolo 167 T.U.I.R. e quanto invece disposto dalla Direttiva in esame. Invero, la disciplina domestica, per quanto attiene agli altri aspetti disciplinati dagli articoli 7 e 8 del provvedimento adottato dal Consiglio Europeo, parrebbe giungere a conclusioni sostanzialmente analoghe agli stessi, sia per quanto concerne le modalità di

calcolo del reddito imputabile al soggetto controllante³⁰⁶, sia per quanto riguarda i rimedi contro i fenomeni di doppia imposizione³⁰⁷.

Alla luce di quanto sopra rilevato è evidente come, benchè parzialmente allineata, la formulazione della normativa italiana presenti delle difformità rispetto a quanto previsto in sede europea. Tali divergenze dovranno necessariamente essere eliminate e, quindi, il legislatore sarà chiamato, entro il termine del 31 dicembre 2018 previsto dalla Direttiva, a intervenire nuovamente sull'articolo 167 T.U.I.R.. Come precedentemente evidenziato, sarà nello specifico indispensabile effettuare modifiche attinenti al requisito del controllo, all'individuazione del livello di tassazione rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina in parola e ai criteri di determinazione del reddito imputabile al soggetto controllante.

Non si esclude, tuttavia, che, accogliendo le proposte e le raccomandazioni espresse sia in tale sede sia dall'OCSE nonché riconoscendo i profili di conflitto tra le disposizioni CFC interne e i principi sanciti in ambito europeo, il legislatore si spinga anche oltre lo stretto necessario al fine, da un lato, di definire con maggior chiarezza il perimetro applicativo del regime e, dall'altro, di rendere meno onerosi per i soggetti residenti gli adempimenti operativi ad esso connessi.

3.4. CFC e Convenzioni contro la doppia imposizione

Ulteriore aspetto su cui appare opportuno soffermarsi è la questione, particolarmente spinosa e controversa, inerente alla compatibilità della disciplina in materia di società estere controllate con le Convenzioni contro la doppia imposizione.

L'origine del problema, che ha visto negli anni coinvolti tanto la dottrina straniera e italiana quanto gli organi giurisprudenziali di diversi Stati, è rinvenibile essenzialmente nel potenziale conflitto tra la normativa CFC interna e i criteri di ripartizione della potestà impositiva così come tratteggiati dagli accordi internazionali i quali, si evidenzia, sono ispirati, nella maggior parte dei casi, al Modello OCSE di Convenzione internazionale³⁰⁸.

³⁰⁶ Sia la normativa italiana, sia la Direttiva adottata prevedono che il reddito dell'entità controllata sia calcolato secondo le regole applicabili dal regime dello Stato di residenza della controllante, che le perdite generate dall'entità controllata possano essere solo riportate in avanti e non compensate con il reddito complessivo del socio, che i redditi dell'entità controllata siano attribuiti alla controllante in base alla quota di partecipazione nel periodo di imposta nel quale l'esercizio della controllata si è chiuso.

³⁰⁷ Anche le previsioni volte a prevenire il sorgere di doppie imposizioni non possono che dirsi convergenti. Invero, parimenti alle disposizioni della Direttiva, la disciplina italiana sancisce la sostanziale irrilevanza dal punto di vista fiscale degli utili effettivamente distribuiti soggetto estero o delle plusvalenze eventualmente realizzate fino all'ammontare dei redditi precedentemente tassati per trasparenza nonché concede una detrazione per gli oneri fiscali versati nello Stato di localizzazione dalla partecipata sul reddito stesso.

³⁰⁸ OECD, *Model Tax Convention on income and on capital*, 2014.

Invero, prevedendo l'assoggettamento ad imposizione in Italia del reddito conseguito dalla partecipata non residente anche mancanza di una stabile organizzazione di quest'ultima nel territorio dello Stato, la normativa in parola parrebbe porsi, *prima facie*, innanzitutto in contrasto con le disposizioni pattizie di cui all'articolo 7 del Modello OCSE suddetto laddove questo dispone che *"gli utili di una impresa di uno Stato contraente sono imponibili soltanto in detto Stato, a meno che l'impresa non svolga la sua attività nell'altro Stato contraente per mezzo di una stabile organizzazione"*³⁰⁹.

In altri termini quindi, stando alla previsione convenzionale, lo Stato di residenza del soggetto partecipante non dovrebbe essere legittimato a procedere alla tassazione degli utili di un'impresa situata nell'altro Stato contraente, a meno che detti utili non siano conseguiti per il tramite di una stabile organizzazione localizzata all'interno dei propri confini. In quest'ultima ipotesi, comunque, la tassazione è ammessa solo nella misura in cui detti utili siano alla stessa attribuibili.

Ebbene, posto che, con riferimento alla disciplina CFC, la controllata non costituisce una stabile organizzazione della controllante, si potrebbe concludere nel senso che il regime di tassazione per trasparenza di cui la stessa si avvale, sia in conflitto con il principio da ultimo evidenziato, dal momento che permette l'attrazione a imposizione in Italia di un reddito facente capo a un soggetto, al quale non viene disconosciuta la soggettività tributaria, localizzato in uno Stato diverso³¹⁰. Su questa linea, dunque, le disposizioni in punto di imprese estere controllate dovrebbero dirsi incompatibili con il Modello convenzionale, e, quindi, incompatibili con l'eventuale Convenzione siglata tra i due Stati contraenti.

Tale conclusione sarebbe altresì avvalorata dalla lettura combinata del citato articolo 7 con l'articolo 10, paragrafo 5, dello stesso Modello OCSE, stando al quale è espressamente preclusa la possibilità allo Stato di residenza del controllante di assoggettare ad imposta gli utili non distribuiti dalla società fiscalmente residente nell'altro Stato contraente, ferma sempre restando l'eccezione alla regola in presenza di una stabile organizzazione della controllata estera operante all'interno dei confini nazionali³¹¹. Anche in questo caso, il

³⁰⁹ Nel Modello di Convenzione si legge testualmente che *"profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein."*

³¹⁰ In questo senso si vedano FORT G. e MAYR S., 2001, Compatibilità delle norme «CFC» con le Convenzioni internazionali, in *Corriere Tributario*, p. 645 secondo i quali *"se si considera l'impresa di uno Stato contraente in una società di capitali estera qualificabile come CFC e se si considera che sia l'ordinamento italiano, che le convenzioni riconoscono l'autonomia giuridica della società estera (e, quindi, la sua natura di soggetto imprenditore diverso dal soggetto socio residente in Italia), ne deriva che l'Italia, come Paese di residenza del socio, non può mai tassare il reddito della società estera, a meno che quest'ultima abbia in Italia una stabile organizzazione"*.

³¹¹ Testualmente *"where a company which is a resident of a Contracting State derives profits or income from the other Contracting State, that other State may not impose any tax on the dividends paid by the company,*

conflitto tra la disciplina CFC e la disposizione convenzionale sembrerebbe, ad una prima lettura, evidente, dal momento che la normativa in parola, si ricorda, prevede l'imputazione per trasparenza di utili conseguiti da autonomi soggetti passivi d'imposta residenti in un altro Stato e non da stabili organizzazioni localizzate nel territorio domestico.

Sulla base di queste argomentazioni, a sostegno dell'incompatibilità della disciplina CFC con le convenzioni bilaterali, si sono schierati tanto parte della dottrina quanto parte della giurisprudenza.

Il *leading case* in materia è senz'altro rinvenibile nella sentenza del Consiglio di Stato francese del 28 giugno 2002 n. 232276, punto di arrivo di una vicenda giudiziaria snodatasi nei tre gradi della giurisdizione amministrativa³¹². Chiamati ad accertare l'esistenza e, quindi, a risolvere l'eventuale conflitto tra la *CFC legislation* interna e le disposizioni contenute nella Convenzione contro le doppie imposizioni tra Francia e Svizzera, i giudici francesi si sono orientati a favore dell'inapplicabilità della propria normativa antiabuso, di cui all'art. 209 B del CGI, per incompatibilità con il dettato di cui all'articolo 7, paragrafo 1 delle norme pattizie. Infatti, rilevato che l'articolo 55 della Costituzione francese sancisce la superiorità degli accordi internazionali sulle disposizioni interne e altresì che l'applicazione della disciplina CFC avrebbe consentito allo Stato francese di assoggettare ad imposizione redditi di competenza della giurisdizione svizzera con evidente violazione delle regole di cui all'art. 7 del trattato bilaterale, il Consiglio ha concluso negando alla normativa in materia di imprese estere controllate la possibilità di operare e affermando che le disposizioni convenzionali in parola possono essere derogate solo in presenza di una clausola di salvaguardia, assente nel caso specifico, che autorizzi espressamente l'applicazione di misure antielusive unilaterali.

Sulla stessa linea si è espressa anche, in Italia, la Commissione tributaria provinciale di Bergamo con sentenza 12 novembre 2009, n. 170³¹³. In particolare, secondo i giudici di merito l'incompatibilità tra l'articolo 167 T.U.I.R e le Convenzioni trae essenzialmente origine dal fatto che, a norma della disciplina pattizia, l'integrazione di un rapporto di controllo tra una società residente in uno Stato contraente e una società localizzata nell'altro Stato contraente, non è sufficiente a consentire la tassazione nello Stato del controllante del

except insofar as such dividends are paid to a resident of that other State or insofar as the holding in respect of which the dividends are paid is effectively connected with a permanent establishment situated in that other State, nor subject the company's undistributed profits to a tax on the company's undistributed profits, even if the dividends paid or the undistributed profits consist wholly or partly of profits or income arising in such other State".

³¹² Al riguardo SOZZA G., 2001, *CFC legislation e Convenzioni bilaterali: alcune riflessioni sulla sentenza della Corte d'Appello di Parigi*, in *il fisco* n. 23, pag. 8101 ss.; MORRI S., 2003, *Il regime delle cfc e i trattati contro le doppie imposizioni: la giurisprudenza francese attesta il conflitto*, in *Fiscalità Internazionale* n. 1, pag. 10 ss.

³¹³ Sul punto BALLANCIN A., 2010, *Osservazioni a margine di una sentenza di merito in tema di incompatibilità della disciplina CFC con le Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni. Ulteriori riflessioni sul rapporto tra la novellata normativa CFC ed il diritto comunitario*, *Rivista di Diritto Tributario*, fasc.3, p. 161 ss.

reddito d'impresa realizzato nella giurisdizione estera dalla controllata, salvo nell'ipotesi in cui quest'ultima sia configurabile come stabile organizzazione del primo, ovvero nell'ipotesi in cui quest'ultima abbia una stabile organizzazione nello Stato di residenza del soggetto controllante stesso. Rilevato, quindi, il contrasto tra la normativa interna e quella pattizia, esso viene risolto nel senso di conferire prevalenza alla seconda. In quest'ottica, dunque, allorquando tra lo Stato in cui la controllata è ubicata e l'Italia sia in vigore una Convenzione contro le doppie imposizioni, la disciplina in parola, confliggente con le disposizioni convenzionali dacchè lesiva del principio della tassazione esclusiva degli utili d'impresa sancito dall' articolo 7 del Modello Ocse, derogabile, si ricorda, solo in presenza di una stabile organizzazione nel territorio nazionale, dovrebbe essere disapplicata, salva l'ipotesi in cui sia presente, al riguardo, un'espressa deroga pattizia volta a preservare la sua operatività.

Come precedentemente rilevato, anche la dottrina si è espressa sul punto, seguendo, al fine di sancire l'incompatibilità della normativa CFC con le previsioni convenzionali, due filoni interpretativi differenti. Da un lato si trova chi sostiene la posizione secondo cui, essendo il Modello di Convenzione volto a eliminare anche la doppia imposizione economica oltre a quella giuridica, la disciplina in parola non si accorderebbe con le disposizioni pattizie dal momento che, conseguentemente all'applicazione della stessa, il medesimo reddito e, cioè, quello conseguito dalla controllata, è assoggettato ad imposizione sia in capo al soggetto estero che in capo al socio residente³¹⁴. Dall'altro, invece, si pone chi, disconoscendo la finalità del Modello stesso di contrastare forme di doppia imposizione economica, rileva l'incompatibilità della *CFC legislation* con i trattati internazionali sulla base del fatto che l'operatività della stessa conduca inevitabilmente a una doppia imposizione giuridica. Ed infatti, seppur siano interessati due soggetti apparentemente distinti, in sostanza, secondo questo orientamento, è sempre la società controllante, superato lo schermo giuridico della controllata, a essere assoggettata ad imposizione in due Stati³¹⁵.

³¹⁴ MORRI S., 2003, *Il regime delle cfc e i trattati contro le doppie imposizioni: la giurisprudenza francese attesta il conflitto*, in *Fiscalità Internazionale* n. 1, pag. 10 ss. il quale rileva come, essendo presente nella norma pattizia un chiaro riferimento alla tassazione degli utili di un'impresa di uno Stato e non alla tassazione dell'impresa stessa, il Modello OCSE debba intendersi aperto a fronteggiare anche il problema della doppia imposizione economica e non solo quella giuridica.

³¹⁵ BALLANCIN A., 2010, *Osservazioni a margine di una sentenza di merito in tema di incompatibilità della disciplina CFC con le Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni. Ulteriori riflessioni sul rapporto tra la novellata normativa CFC ed il diritto comunitario*, *Rivista di Diritto Tributario*, fasc.3, p. 161 ss. richiamando DIBOUT P., *L'article 209 B du C.G.I. est-il compatible avec les conventions fiscales internationales et le droit communautaire?*, in *Droit Fiscal*, 1990, pag. 1485; DOUVIER P.J., *L'article 209 B du CGI et ses limites d'application*, in *BF Lefebvre*, 1991, pag. 627; ROSEMBUJ T., *Controlled Foreign Corporations Critical Aspects*, pag. 333

Avverso tali linee non mancano tuttavia, ed anzi sembrerebbero ad oggi prevalenti, le posizioni di coloro che, invece, si schierano a favore della compatibilità tra la disciplina CFC e le disposizioni contenute nelle Convenzioni.

Invero, per taluni il contrasto su evidenziato dovrebbe dirsi superato per il fatto che lo scopo essenziale delle convenzioni non è limitato esclusivamente all'eliminazione di fenomeni di doppia imposizione, ma si estende anche alla prevenzione di pratiche volte ad evadere o eludere l'imposta normalmente dovuta. Conseguentemente, le previsioni convenzionali non potrebbero essere interpretate in modo tale da comprimere la potestà impositiva di uno Stato che ben potrebbe essere esercitata anche attraverso la predisposizione di norme antielusive quale è la disciplina in parola³¹⁶. Tale orientamento sembrerebbe peraltro confermato dalla posizione assunta dall'OCSE nel Commentario al Modello stesso, stante il quale, al paragrafo 9.2 di commento all'articolo 1, nei limiti in cui le disposizioni antielusive servono ad individuare le fattispecie imponibili nell'ambito dell'ordinamento interno, esse, non riguardando le Convenzioni, non possono dirsi influenzate dalla loro applicazione. In linea di principio, quindi, sempre secondo l'orientamento dell'OCSE, non vi è incompatibilità tra le norme antielusive nazionali e le Convenzioni contro le doppie imposizioni³¹⁷.

Con specifico riferimento alla disciplina CFC, al paragrafo 23 si afferma, inoltre, che la stessa deve sempre dirsi compatibile con le disposizioni del Modello di cui al paragrafo 1 dell'articolo 7 e al paragrafo 5 dell'articolo 10, a prescindere dalla presenza o meno di un'apposita clausola di salvaguardia all'interno della Convenzione. In particolare, relativamente alla prima delle due previsioni richiamate, il Commentario all'articolo 7 paragrafo 13 precisa che, essendo lo scopo di tale disposizione quello di limitare il diritto di uno Stato contraente di assoggettare ad imposta i redditi di una società estera, nessun limite può essere ravvisato relativamente al diritto di tassare i propri residenti in ragione delle *CFC rules* previste all'interno del proprio ordinamento³¹⁸. In termini non dissimili, il Commentario all'articolo 10, paragrafo 37 precisa che, essendo il divieto di assoggettare ad imposta gli utili

³¹⁶ Cfr. ZORZI G., 2016, *Compatibilità della normativa CFC con le convenzioni contro le doppie imposizioni*, in il fisco n. 6, pag. 1-561 richiamando altresì GAFFURI A. M., 2008, *La tassazione dei redditi di impresa prodotti all'estero - principi generali*, Giuffrè, Milano, 2008, pag. 282 ss.

³¹⁷ Letteralmente *"the extent these anti-avoidance rules are part of the basic domestic rules set by domestic tax laws for determining which facts give rise to a tax liability, they are not addressed in tax treaties and are , therefore not affected by them. Thus, as a general rule, there will be no conflict between such rules and the provisions of tax conventions"*.

³¹⁸ Al riguardo si legge infatti che *"The purpose of paragraph 1 is to provide limits to the right of one Contracting State to tax the business profits of enterprises of the other Contracting State. The paragraph does not limit the right of a Contracting State to tax its own residents under controlled foreign companies provisions found in its domestic law even though such tax imposed on these residents may be computed by reference to the part of the profits of an enterprise that is resident of the other Contracting State that is attributable to these residents' participation in that enterprise. Tax so levied by a State on its own residents does not reduce the profits of the enterprise of the other State and may not, therefore, be said to have been levied on such profit"*

non distribuiti rivolto esclusivamente allo Stato della fonte, non può dirsi in alcun modo influenzato il diritto dell'altro Stato contraente, esercitato per tramite dell'applicazione della disciplina CFC, di assoggettare ad imposta i soggetti residenti nel proprio territorio relativamente a detti utili³¹⁹.

Stando alle argomentazioni proposte, è evidente, dunque, come lo stesso OCSE riconosca la compatibilità della disciplina stessa sulla base del fatto che, incidendo sulla definizione dell'imposta di soggetti residenti nel territorio nazionale e non, invece, di soggetti esteri, essa non è altro che espressione della prerogativa di ciascuno Stato di tassare gli stessi sui redditi riconducibili a partecipazioni in soggetti non residenti. In altri termini, il conflitto tra norma interna e norma pattizia non può essere ravvisato poiché la prima, secondo l'orientamento espresso nel Commentario, è volta a produrre effetti fiscali esclusivamente in capo a soggetti residenti e non anche, conformemente al divieto posto dalla seconda, a soggetti localizzati fuori dal territorio nazionale.

Questa linea è valorizzata anche da coloro i quali, a sostegno sempre della compatibilità della disciplina in parola, evidenziano come la stessa presenti un ambito applicativo diverso rispetto a quello dell'articolo 7 del modello Ocse di Convenzione³²⁰. È rilevato infatti, che, mentre la normativa nazionale è volta ad assoggettare a imposizione i residenti nel territorio dello Stato in quanto partecipanti della società estera, le disposizioni convenzionali attengono, invece, alla tassazione di una società non residente in ragione dei redditi da questa realizzati. Trattandosi, quindi, di fattispecie differenti, una, da individuarsi nella disciplina CFC, che si basa sulla residenza del soggetto tassato, l'altra attinente alla limitazione della potestà impositiva di uno Stato sui redditi realizzati da un soggetto non residente, il divieto posto dalle norme pattizie non può dirsi violato dacché il criterio di ripartizione della potestà impositiva non viene in alcun modo alterato.

Quanto all'articolo 10 del Modello, invece, la soluzione proposta appare differente rispetto a quella accolta nel Commentario. Invero, al fine si sancire la compatibilità del meccanismo d'imputazione per trasparenza dei redditi conseguiti dalla controllata con la citata previsione, la stessa dottrina³²¹ avanza l'ipotesi di considerare i redditi stessi quali dividendi figurativi

³¹⁹ Si legge che *"It might be argued that where the taxpayer's country of residence, pursuant to its controlled foreign companies legislation or other rules with similar effect seeks to tax profits which have not been distributed, it is acting contrary to the provisions of paragraph 5. However, it should be noted that the paragraph is confined to taxation at source and, thus, has no bearing on the taxation at residence under such legislation or rules. In addition, the paragraph concerns only the taxation of the company and not that of the shareholder"*.

³²⁰ BALLANCIN A., 2016, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, CEDAM; INGRAO G., 2008, *La riforma dell'IRES e la legislazione sulle Controlled Foreign Companies*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Giuffrè, Milano, p. 277;

³²¹ BALLANCIN A., 2016, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, CEDAM

distribuiti al socio, legittimando il tal modo l'imposizione da parte dello Stato di residenza di quest'ultimo³²² e validando, quindi, la conformità della disciplina in oggetto al testo convenzionale³²³.

Da ultimo, sul tema che qui occupa, si è espressa altresì la Suprema Corte di Cassazione con sentenza 16 dicembre 2015, n. 25281, sancendo anch'essa la compatibilità della normativa interna con le Convenzioni contro le doppie imposizioni sulla base di talune innovative considerazioni. Ed infatti, muovendo dal riconoscimento di un principio generale antiabuso in ambito convenzionale fondato sulla nozione di "beneficiario effettivo"³²⁴, ad avviso della Corte, il godimento dei benefici pattizi sarebbe sempre *"connesso alla circostanza che il contribuente, che ne beneficerà, sarà un soggetto, non solo, sottoposto alla effettiva giurisdizione dell'altro Stato contraente (requisito della residenza), ma anche il soggetto che avrà la disponibilità economica e giuridica del provento formalmente percepito"*. Per contro, la protezione della Convenzione non dovrebbe operare nei confronti di soggetti che *"non ne avrebbero avuto diritto o che avrebbero subito un trattamento fiscale, comunque, meno favorevole"*³²⁵.

In tale ottica, l'applicabilità della disciplina CFC è riconosciuta dalla Corte stessa compatibile con le previsioni convenzionali dacchè il soggetto estero, non potendosi qualificare quale beneficiario effettivo dei redditi dallo stesso percepiti in quanto beneficiario finale è in realtà il socio di controllo residente in Italia, esso non può definirsi meritevole della protezione accordata dalle Convenzioni. Conseguentemente, in forza dell'impossibilità di estendere i benefici convenzionali a tale fattispecie, deve essere riconosciuta allo Stato italiano la possibilità di tassare i redditi della controllata estera imputati per trasparenza al soggetto residente. In caso contrario, *"oltre a vedersi distorte le norme distributive convenzionali,*

³²² BALLANCIN A., 2016, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, CEDAM, il quale riconosce come tale approccio sia altresì ancora più appropriato laddove la disciplina CFC sia forgiata sulla base del c.d. *deemed dividend approach*.

³²³ Secondo l'articolo 10, paragrafo 1 del Modello OCSE infatti *"Dividends paid by a company which is a resident of a Contracting State to a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State"*.

³²⁴ Secondo BALLANCIN A., 2016, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, CEDAM, pag. 228, nonostante le conclusioni raggiunte dalla Corte possano dirsi condivisibili, il richiamo alla clausola del beneficiario effettivo non appare per nulla coerente. Ed infatti è ad esso impropriamente attribuita natura di clausola generale antiabuso laddove invece alla stessa dovrebbe essere conferita natura di clausola a spettro specifico. Sempre sulla censurabilità del richiamo al beneficiario effettivo ZORZI G., 2016, *Compatibilità della normativa CFC con le convenzioni contro le doppie imposizioni*, in il fisco n. 6, pag. 1-561, stante il quale *"oltre a non essere completamente chiaro riguardo alla sua effettiva declinazione nel caso di specie - risulta del tutto ultroneo e non perfettamente centrato al fine della risoluzione della questione circa la compatibilità tra le previsioni convenzionali e la disciplina CFC"*.

³²⁵ Stando a questa linea, quindi, le disposizioni pattizie dovrebbero operare, e dunque dovrebbero esserne concessi i benefici, soltanto con riferimento alle situazioni in cui il loro utilizzo non risulti contrario allo spirito delle stesse. Secondo la Corte, cioè *"il self-restraint, cui uno Stato nazionale acconsente sottoscrivendo una convenzione, non può, evidentemente, spingersi fino al punto di consentire un abuso della stessa convenzione che realizzerebbe, quindi, un fenomeno di doppia non imposizione altrettanto deprecabile quanto quello della doppia imposizione"*.

relative all'esercizio del potere impositivo degli Stati, si consentirebbe una forma di pianificazione fiscale, non soltanto aggressiva per le ragioni erariali ma, al contempo, anche pregiudizievole per un corretto confronto concorrenziale tra operatori economici”.

Alla luce di quanto esposto sopra, è evidente, quindi, come la compatibilità della legislazione CFC con le convenzioni contro le doppie imposizioni rappresenti ad oggi una questione controversa e non risolta sia in ambito dottrinale che giurisprudenziale³²⁶. Se è pur vero che le posizioni assunte sono talmente divergenti da rendere quasi nulla la speranza che anche in futuro si possa approdare a una soluzione interpretativa univoca e accolta da tutti, è altrettanto vero che il problema potrebbe in un certo senso dirsi risolto laddove, modificando il Modello OCSE nonché intervenendo sulle Convenzioni già esistenti, si provvedesse ad inserire una specifica clausola pattizia volta a preservare l'operatività della disciplina in parola anche in presenza di una Convenzione contro le doppie imposizioni, rispetto alla quale la prima potrebbe dirsi confliggente.

Un siffatto processo di aggiornamento ben avrebbe potuto essere agevolato per tramite del nuovo strumento multilaterale promosso dall'OCSE³²⁷, all'interno del quale, tuttavia, non sono rilevabili previsioni in tal senso.

Non resta, quindi, che attendere sviluppi futuri in materia, auspicando che, prendendo atto dei potenziali profili di conflittualità evidenziati tra la normativa interna e quella pattizia, l'Italia, proceda a rinegoziare autonomamente le proprie Convenzioni al fine di rendere espressamente salva l'applicazione del regime CFC e ridurre così il rischio di sviluppare ulteriori contenziosi.

³²⁶ Oltre ai profili di incompatibilità su evidenziati tra la normativa CFC interna e le Convenzioni contro le doppie imposizioni, potrebbe essere rilevata altresì una potenziale conflittualità tra le previsioni della normativa stessa e il principio di non discriminazione invocato dall'art. 24 del Modello OCSE.

Secondo quanto disposto dal suddetto articolo, al paragrafo 1, *“nationals of a Contracting State shall not be subjected in the other Contracting State to any taxation or any requirement connected therewith, which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which nationals of that other State in the same circumstances, in particular with respect to residence, are or may be subjected”*. Orbene, se si accetta quell'idea secondo la quale il regime di cui la disciplina CFC si avvale altro non è che un'attualizzazione del flusso di dividendi futuri, la discriminazione è pressoché evidente. Invero, a parità di condizione e, cioè l'assoggettamento al controllo da parte di un soggetto residente in Italia (società di capitali), il dividendo figurativo della controllata localizzata all'estero sconta una tassazione almeno pari al 24% sul suo valore integrale mentre il dividendo distribuito dalla controllata italiana può beneficiare di un'esenzione del 95% della quota non deducibile dello stesso, in tal modo risultando il primo carico impositivo certamente più gravoso del secondo.

Tale aspetto, oltre che con le previsioni convenzionali, potrebbe altresì porsi in contrasto anche con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea dacché all'articolo 21 essa prescrive che *“nell'ambito d'applicazione del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea è vietata qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, fatte salve le disposizioni particolari contenute nei trattati stessi”*. Il principio è ripreso anche dall'articolo 18 T.F.U.E.

³²⁷ OECD, *Multilateral convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting*, 2016,

Conclusioni

Come evidenziato, la disciplina CFC prevista dall'ordinamento italiano è stata oggetto, dalla sua emersione legislativa ad oggi, di numerosi e rilevanti interventi che, nel loro complesso, hanno progressivamente ampliato l'ambito di operatività della stessa nonché inciso sui connessi aspetti procedurali.

Alla sua introduzione, avvenuta si ricorda ad opera della Legge 21 novembre 2000, n. 342, la normativa nazionale in materia di imprese estere controllate prevedeva l'applicazione del regime di tassazione per trasparenza alle imprese, società o altri enti, residenti o localizzati in uno Stato a fiscalità privilegiata, controllati, direttamente o indirettamente, da un soggetto residente in Italia, nonché alle partecipazioni in soggetti non residenti relativamente ai redditi derivanti da loro stabili organizzazioni assoggettate a un regime fiscale privilegiato. Il novero dei soggetti esteri destinatari della disciplina era già, dunque, molto ampio. Del resto, l'obiettivo del legislatore era certamente quello di colpire qualunque fattispecie che coinvolgesse soggetti residenti e entità controllate non residenti cui fosse consentito beneficiare indebitamente dei vantaggi fiscali accordati dallo Stato estero. Al ricorrere dei presupposti richiesti ai fini dell'applicazione del regime, al socio controllante italiano era comunque concessa la possibilità di sottrarsi all'imputazione del reddito della partecipata dimostrando, in sede di interpello preventivo obbligatorio, le circostanze esimenti specificatamente previste al comma 5, di cui una inerente allo svolgimento di un'effettiva attività all'estero e, l'altra, alla congruità del carico impositivo complessivamente subito.

Con l'approvazione del Decreto Legislativo 12 dicembre 2003, n. 344, l'ambito applicativo della disciplina è stato ulteriormente ampliato. Invero, per tramite dell'introduzione del nuovo articolo 168 T.U.I.R., il regime predisposto per le controllate è stato esteso, come si è visto non senza perplessità, anche alle fattispecie in cui fosse rilevato non già il controllo bensì un mero collegamento tra la società residente in Italia e la partecipata ubicata in un paradiso fiscale. Sebbene la modifica di cui sopra non possa dirsi che rilevante, è indubbio come l'impatto sicuramente maggiore sull'assetto normativo si sia registrato a seguito dell'approvazione del Decreto Legislativo 1 luglio 2009 n.78. Ed infatti, al fine di inasprire la lotta ai paradisi fiscali e di rafforzare l'efficacia del regime CFC, il legislatore, in tale sede, ha previsto, da un lato, una drastica restrizione della possibilità di accesso alle cause esimenti per le società residenti o localizzate in Stati o territori a regime fiscale privilegiato, dall'altro l'estensione del regime di cui all'articolo 167 T.U.I.R. anche alle controllate estere, titolari per lo più di redditi passivi e assoggettate a un livello di tassazione effettiva non considerato

sufficientemente congruo, localizzate in Paesi a fiscalità ordinaria. Con riferimento al primo aspetto, due sono state sostanzialmente le modifiche introdotte: una più penetrante dimostrazione in merito al radicamento della società partecipata nel Paese estero, dovuta all'introduzione nel comma 5, lettera a) del riferimento al "*mercato dello Stato o territorio di insediamento*", e la preclusione, ai fini della disapplicazione del regime, all'accesso alla prima circostanza esimente in presenza di una prevalenza di passive income (comma 5-bis).

Non si può negare come entrambi gli innesti da ultimo richiamati si presentino a dir poco discutibili dacchè potenzialmente idonei ad attrarre nel campo di operatività della disciplina CFC soggetti, che lungi dal potersi qualificare quali costruzioni prive di sostanza economica, sono espressione di realtà commerciali effettive. Nello specifico, così come interpretato dall'Amministrazione Finanziaria, il richiamo al mercato locale, ben potrebbe assoggettare al regime CFC soggetti che, pur non rivolgendosi al mercato stesso in fase di approvvigionamento o di vendita, presentano un' effettiva organizzazione autonoma nel territorio di stabilimento ed ivi esercitano un altrettanto effettiva attività di impresa. La previsione in parola, quindi, oltre a mal conciliarsi con le logiche che caratterizzano l'attuale contesto economico, si pone altresì in contrasto con la ratio antiabuso della disciplina stessa nonchè con le linee tracciate dalla Corte di Giustizia in punto di giustificabilità del regime CFC rispetto alle accertate restrizioni alle libertà fondamentali che esso comporta. Ed infatti, posto che, secondo l'orientamento dei Giudici lussemburghesi unica causa di legittimazione all'operare della disciplina è il contrasto alle costruzioni artificiose, è innegabile come le disposizioni in parola, intercettando anche strutture imprenditoriali concrete che con l'artificiosità nulla hanno a che vedere e, dunque, sconfinando rispetto alla finalità antiabuso valorizzata dalla Corte, si traducano in una misura contraria al principio di proporzionalità³²⁸, censurabile nell'ottica dell'ordinamento europeo e, quindi, indiscutibilmente da revisionare.

Parimenti problematica, in questo senso, sembrerebbe anche la previsione di cui al comma 5-bis. Ed infatti, stando al dato letterale della norma, essa impedirebbe la fuoriuscita dal regime, salva la dimostrazione della seconda esimente, alle controllate che, seppur effettive e radicate nello Stato di stabilimento, conseguono in prevalenza proventi passivi ovvero derivanti dall'erogazione di servizi infragruppo. Se restrittivamente interpretata, quindi, anche la disposizione in parola rappresenterebbe un profilo censurabile della nostra disciplina alla luce dell'unica finalità perseguibile nell'ottica della Corte. Fortunatamente, al contrario di quanto avvenuto con riferimento al comma 5, lettera a), l'Amministrazione italiana, in questo caso, ha dimostrato maggior apertura, accordando la possibilità di disapplicare il regime, anche in presenza di passive income o di servizi infragruppo, laddove possa essere data prova, seppur

³²⁸ Relativamente alla conflittualità della norma con il principio di proporzionalità si rinvia al capitolo terzo.

rafforzata, della non artificiosità della struttura societaria estera. In tal senso, quindi, anche il soggetto residente la cui controllata si trovi nelle condizioni di cui al comma 5-bis, può dirsi estraneo all'operatività della disciplina CFC qualora sia in grado di dimostrare lo svolgimento all'estero di un'effettiva attività d'impresa nonché l'assenza di intenti o effetti elusivi finalizzati alla distrazione di utili dall'Italia verso gli Stati a fiscalità privilegiata. Da questo punto di vista, quindi, parrebbero ridotte le problematiche connesse alla previsione di cui sopra, sebbene non vada dimenticato come la discrezionalità concessa all'Amministrazione nella valutazione delle prove eventualmente addotte in sede di interpello o di contraddittorio rappresenti sempre, al riguardo, un fattore rilevante cui prestare particolare attenzione.

Come sopra evidenziato il secondo intervento apportato dal Decreto Legislativo 78/2009 è rappresentato dall'estensione dell'applicabilità della disciplina CFC alle controllate ubicate in Stati a fiscalità ordinaria, compresi quelli appartenenti all'Unione e allo Spazio Economico Europeo, caratterizzate dal conseguimento in misura prevalente di passive income o di proventi derivanti da operazioni intercorse con società del gruppo e da un livello di tassazione effettivo inferiore al 50% rispetto al livello d'imposizione virtuale domestico. Una volta integrati i presupposti di cui sopra, al soggetto residente è, anche in questo caso, concessa la possibilità di disapplicare il regime lui riservato qualora sia in grado di dimostrare che *“l'insediamento all'estero non rappresenta una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale”*. Come si è visto, la specifica esimente prevista dal legislatore, sebbene letteralmente in linea con le indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia nel *leading case* Cadbury Schweppes, presenta ancora profili di incertezza operativa legati in particolar modo, alla luce anche degli orientamenti dell'Agenzia delle Entrate sul punto, alla portata del concetto di costruzione di puro artificio. In tal senso, quindi, sarebbe auspicabile, vista l'importanza da esso rivestita, l'individuazione di una soluzione interpretativa condivisa dall'Amministrazione Finanziaria più chiara, finalizzata a rendere più certi i confini di applicabilità della disciplina CFC nonché ad agevolare, per i soggetti residenti eventualmente chiamati a dare prova della sussistenza dell'esimente, la predisposizione della documentazione idonea.

Ad ogni modo, l'innesto che qui occupa, predisposto al fine di osteggiare qualunque delocalizzazione fittizia posta in essere dal soggetto residente per tramite di strutture ubicate, oltre in Paesi qualificati quali paradisi fiscali, anche in altre giurisdizioni a fiscalità ridotta, rappresenta sicuramente una delle modifiche più incisive apportate dal legislatore alla disciplina. Invero, dalla sua introduzione ancorata al c.d. *jurisdictional approach*, essa ora presenta anche elementi caratterizzanti del c.d. *transactional approach*, configurandosi, dunque, quale modello ibrido, fondato da un lato sull'individuazione degli Stati o territori

considerati rilevanti ai fini dell'applicazione del regime CFC e dall'altro sulla rilevanza dei redditi passivi. La coesistenza dei due modelli, non si è tuttavia mai concretizzata in una completa rivisitazione dell'approccio adottato originariamente dal legislatore dal momento che la normativa interna, nonostante le modifiche, ha continuato a plasmarsi sul cd. *entity approach*, attraendo quindi a tassazione, non solo i passive income ma tutto il reddito globalmente prodotto dalla partecipata come se quest'ultima si sostanziasse in un'entità tout court utilizzata per ottenere indebiti vantaggi fiscali. È indubbio come, una siffatta impostazione oltre ad apparire a dir poco irragionevole, dacché una volta gravato il soggetto residente dell'onere di verificare il presupposto applicativo sarebbe parso più logico attribuire ad esso solo la quota di passive income rilevata in tale sede, si pone inevitabilmente in contrasto anche con la finalità della disciplina stessa nonché con i principi sanciti in ambito europeo. Ed infatti, attraendo a tassazione in Italia tutto il reddito della controllata e non solo quella parte di esso riconducibile a fattispecie di mero godimento, il regime previsto ben potrebbe risultare eccedente rispetto allo scopo antiabuso perseguito e, quindi, censurabile sotto il profilo comunitario. È questo peraltro un problema che investe tutta la disciplina e non solo la disposizione in parola. Invero, anche con riferimento al regime previsto per le controllate localizzate in paradisi fiscali, così come definiti dal comma 4, il legislatore, non si preoccupa in alcun modo di discernere i redditi potenzialmente attribuibili a una costruzione artificiosa da quelli prodotti per tramite dell'esercizio effettivo di un'attività d'impresa all'estero, rischiando così di assoggettare ad imposizione in Italia anche l'eventuale quota parte dei redditi stessi che, lungi dall'essere risultato di fenomeni elusivi, derivano dallo svolgimento di attività genuine svolte dalla controllata estera. La criticità da ultimo evidenziata troverà tuttavia certamente soluzione con il recepimento della Direttiva 1164/2016 la quale, si ricorda, dispone l'adozione da parte degli Stati membri di una disciplina CFC interamente forgiata sul cd. *transactional approach*, dovendo la stessa prevedere che il reddito, generato e non distribuito dalla controllata, sia attribuito al socio controllante solo o nella misura in cui esso derivi dai passive income, salvo che non sia dimostrato lo svolgimento di una "attività economica sostanziale", ovvero unicamente nella misura in cui lo stesso sia conseguito per tramite di "costruzioni non genuine che sono state poste in essere essenzialmente allo scopo di ottenere un vantaggio fiscale". Sul punto, pertanto, il legislatore sarà necessariamente chiamato a intervenire in modo decisivo sulla normativa interna entro il termine del 31 dicembre 2018, rimodulando la stessa in conformità ai precetti europei e sancendo, così, il definitivo abbandono dell'approccio totalizzante tipico dell'*entity approach* sino ad oggi preferito forse in ragione della sua maggior semplicità applicativa.

Tornando alla disposizione di cui all'articolo 167, comma 8-bis, T.U.I.R., vale altresì rilevare come esso presenti delle evidenti problematiche connesse agli oneri amministrativi che il soggetto residente è tenuto a sopportare solo al fine di verificare le condizioni per l'applicabilità della disciplina. Ed infatti, al termine di ogni periodo d'imposta egli, oltre a procedere alla valutazione dell'ammontare di eventuali passive income o proventi derivanti da operazioni infragruppo, è obbligato ad effettuare un confronto tra la tassazione effettiva subita all'estero e quella che avrebbe subito in Italia. Tale adempimento, definibile tutt'altro che agevole, poste le non irrilevanti difficoltà connesse alla determinazione dei tax rate necessari a tali fini, ben potrebbe ledere il principio di proporzionalità e, quindi, dirsi incompatibile con il diritto dell'Unione Europea.

Il confronto tra il livello d'imposizione effettivo estero e quello "virtuale" domestico è, tuttavia, ampiamente valorizzato sia in ambito internazionale che europeo. Nello specifico, l'OCSE, nel suo Progetto BEPS, lo ritiene preferibile rispetto alla comparazione delle aliquote nominali poichè, seppur più oneroso dal punto di vista applicativo, il suddetto indicatore permetterebbe indubbiamente di quantificare in modo più preciso il prelievo subito all'estero dalla partecipata non residente e, quindi, di effettuare un confronto meno approssimativo. Lo stesso è, inoltre, previsto anche dalla Direttiva su menzionata la quale eleva a condizione essenziale ai fini dell'applicazione del regime CFC un'imposizione effettiva inferiore alla differenza tra l'imposta solo "teoricamente" gravante sull'entità controllata in base alla normativa fiscale dello Stato della controllante e l'effettiva imposta pagata sugli utili da parte dell'entità controllata.

Tanto premesso, quindi, sebbene siano evidenti i profili di criticità connessi all'impostazione adottata dal nostro legislatore, non vi è ragione di credere che la stessa possa subire delle modifiche nel prossimo futuro. Al fine quantomeno di ridurre la penalizzazione per il soggetto residente in termini di oneri di adempimento e, quindi, la connessa conflittualità della disposizione con i parametri di proporzionalità, sarebbe comunque auspicabile un intervento da parte dell'Amministrazione Finanziaria volto a individuare delle modalità ancor più chiare e semplificate, rispetto a quelle indicate nel Provvedimento del 16 settembre 2016 che comunque non risolvono le difficoltà esistenti, per il calcolo dei tax rate necessari ai fini del confronto.

Proseguendo nella rassegna degli interventi apportati alla disciplina, innegabile rilevanza assumono altresì quelli derivati dall'approvazione del Decreto internazionalizzazione e dalla Legge di stabilità per il 2016.

In particolare, il primo, oltre ad aver ridefinito le modalità di determinazione del reddito imputabile al soggetto residente, sostituendo la puntuale indicazione delle norme applicabili

con un generico richiamo alle disposizioni poste a presidio del computo del reddito d'impresa, ha espunto le problematiche derivanti dall'estensione del regime alle imprese estere collegata abrogando l'articolo 168 T.U.I.R. nonché rimosso quelle connesse all'obbligatorietà della procedura di interpello preventivo. Sono questi ultimi gli aspetti delle modifiche da ultimo apportate dal Decreto accolti forse con maggior favore. Invero, la disciplina di cui all'articolo 168 T.U.I.R. da sempre fortemente criticata in ambito dottrinale, non solo costituiva un unicum nel panorama internazionale ma anche determinava storture tali da renderla indubbiamente censurabile. Ed infatti, a mente del fatto che la disposizione in parola prevedeva l'imputazione del reddito prodotto dalla collegata nelle ipotesi in cui il soggetto residente detenesse una partecipazione agli utili non inferiore al 10% o al 20% a seconda che l'ente estero fosse o meno quotato, essa mal si conciliava con il fondamento giustificativo del regime posto che, discostandosi dal presupposto del controllo e prescindendo altresì dalla presenza di un'influenza notevole, era idonea ad attrarre nel campo di operatività del regime CFC fattispecie non qualificate da un effettivo potere di gestione e conseguentemente di scelta in merito alla delocalizzazione o alla distribuzione del reddito. In altre parole, posto che le decisioni relative alla disposizione del reddito sono imputabili solo alla maggioranza, l'applicazione della disciplina in parola a soci privi di potere di ingerenza sulla partecipata appariva ingiustificabile dacchè essi, detenendo un'influenza potenzialmente anche nulla, non avrebbero in alcun modo avuto la possibilità di porre in essere quelle pratiche abusive che il legislatore si proponeva di contrastare. Aggiungendo a ciò anche le problematiche connesse al reperimento delle informazioni e della documentazione idonea alla dimostrazione delle esimenti, la difficoltà di ottenere l'attestazione di congruità dei dati di un bilancio redatto secondo regole e principi contabili dello stato estero nonché le criticità emerse relativamente alle peculiari modalità di determinazione del reddito, indubbio era che la norma in questione dovesse essere oggetto di abrogazione, puntualmente avvenuta in tale sede.

Parimenti apprezzabile può dirsi la modifica attinente la natura dell'interpello disapplicativo divenuto, da obbligatorio, facoltativo. Invero, prima degli interventi in parola, la disapplicazione del regime CFC era subordinata alla preventiva presentazione da parte del soggetto residente di un'apposita istanza di interpello corredata da tutta la documentazione necessaria a fornire all'Amministrazione Finanziaria prova dell'effettiva esistenza delle circostanze disapplicative. Sebbene giurisprudenza e prassi riconoscessero al socio residente la possibilità di dimostrare l'esistenza delle esimenti anche in sede di accertamento o contenzioso, è indubbio come la novella, sostituendo l'obbligatorietà dell'istanza con la facoltà di richiedere preventivamente un parere all'Amministrazione Finanziaria, abbia comunque comportato una notevole semplificazione in termini di minori oneri procedurali

posti in capo al contribuente al fine di sottrarsi all'operatività del regime CFC. Al soggetto residente è, infatti, concessa ora espressamente dalla legge la possibilità di scegliere il momento in cui attivarsi al fine di ottenere la disapplicazione della disciplina, potendo optare per la dimostrazione delle esimenti in via preventiva mediante presentazione dell'interpello, al quale l'Amministrazione è tenuta a rispondere con parere peraltro non vincolante, ovvero in via successiva, in sede controllo. Trattasi, quindi, di una novità che certamente si qualifica quale idonea a ridurre considerevolmente l'onere della prova che caratterizza la disciplina, rendendo la stessa meno confliggente con il principio di proporzionalità sancito in ambito europeo, dacchè il socio italiano può autonomamente disapplicare il regime previsto dall'articolo 167 T.U.I.R., una volta accertata la possibilità di provare le esimenti, senza dover necessariamente predisporre istanza di interpello e produrre in tale sede tutta la documentazione richiesta. In tal caso, all'Amministrazione è comunque riconosciuta la possibilità di procedere ad un'attività di controllo ed eventualmente, laddove non ritenga giustificata la disapplicazione stessa, all'emissione di un avviso di accertamento. Prima di procedere alla stessa, tuttavia, l'Amministrazione finanziaria, ai sensi del nuovo comma 8-quarter, è obbligata ad avviare un contraddittorio anticipato con il socio residente che non abbia presentato istanza di interpello o non si sia adeguato alla risposta negativa espressa dall'Agenzia delle Entrate, invitando quest'ultimo a fornire, entro il termine di 90 giorni, le prove circa l'esistenza delle cause esimenti.

Ad ogni modo, posta l'eliminazione dell'obbligatorietà dell'interpello, che permetteva di monitorare in via preventiva situazioni normativamente definite quali potenzialmente abusive, il legislatore ha provveduto ad introdurre, al fine di preservare il potere accertativo dell'Amministrazione, un nuovo obbligo di segnalazione in dichiarazione dei redditi relativamente alla detenzione di partecipazioni in società localizzate in territori black list ovvero non black list al ricorrere di talune condizioni. Più specificatamente il suddetto onere informativo sussiste in capo al contribuente nei casi in cui egli, ricorrendo i presupposti della disciplina e pur essendo in grado di dimostrare la sussistenza delle cause esimenti, non abbia presentato istanza di interpello ovvero l'abbia presentata ma abbia ricevuto risposta negativa. Con particolare riferimento alle controllate localizzate in Stati a fiscalità ordinaria è disposto che lo stesso operi solo qualora ricorrano congiuntamente le condizioni di cui all'articolo 167, comma 8-bis T.U.I.R.. È evidente, quindi, come un siffatto obbligo presupponga che il socio residente abbia piena sicurezza delle valutazioni da lui effettuate in sede di verifica dei presupposti applicativi dal momento che, come già evidenziato, l'indicazione in dichiarazione è subordinata al ricorrere degli stessi. Poste le numerose incertezze operative esistenti nonché provocate dai recenti interventi legislativi, il contribuente ben potrebbe comunque avere

qualche dubbio circa la rilevanza, ai fini della disciplina CFC, delle partecipazioni da lui detenute. In tale ipotesi egli dovrebbe, sapendo di poter dimostrare agevolmente le circostanze volte ad evitare la tassazione per trasparenza, comunque optare per l'indicazione delle suddette partecipazioni in dichiarazione al fine di scongiurare l'eventuale applicazione della gravosa sanzione proporzionale prevista dal comma 3-quater, articolo 8 del Decreto 471/1997. Ulteriore modifica, apportata questa volta dalla Legge di stabilità 2016, è quella inerente le regole d'individuazione degli Stati o territori a regime fiscale privilegiato, già interessate da un non lontano intervento operato dalla Legge di stabilità per il 2015 con la quale, pur preservando l'operatività della *black list*, si era definito sensibilmente inferiore quel livello che si discostava di almeno il cinquanta per cento da quello italiano nonché si era introdotto il riferimento ai regimi fiscali speciali.

L'impostazione adottata sino al periodo d'imposta 2015 è stata completamente revisionata dall'atto legislativo sovra richiamato. Invero, sancendo il definitivo abbandono del metodo delle liste e sopprimendo il richiamo, da sempre cardine della disciplina, all'adeguato scambio d'informazioni, la Legge di stabilità 2016 ha definito quale unico parametro necessario all'individuazione dei regimi fiscali privilegiati un livello nominale di tassazione dello Stato estero che, anche con riferimento ai regimi speciali, risulti inferiore al 50% rispetto a quello applicabile in Italia. Trattasi dunque di una definizione mobile, fondata su un criterio fisso ad univoco, di regime fiscale privilegiato che, combinata con la rinuncia alle liste, da un lato, permette di ottenere un più rapido adeguamento dell'ambito di applicazione territoriale della norma alle dinamiche evolutive dei sistemi fiscali nazionali, dall'altro, pone in capo al contribuente l'onere di individuare caso per caso, monitorando costantemente gli ordinamenti tributari esteri, gli Stati o territori a regime fiscale di favore.

Posta la completa assenza di indicazioni da parte del legislatore in merito alle modalità in base alle quali tale livello debba essere effettivamente determinato nonché le complicazioni connesse all'individuazione di eventuali regimi speciali consistenti in misure agevolative che contribuiscono a rendere più vantaggioso il sistema impositivo estero, è innegabile come il criterio da ultimo individuato sia idoneo ad accrescere non solo l'incertezza sull'applicabilità o meno della disciplina ma anche le difficoltà del soggetto residente ad accertare la sussistenza del presupposto della stessa. Invero, sebbene l'Agenzia abbia tentato di sminuire i problemi che questa impostazione comporta per il socio controllante, non si può nascondere come in realtà la costante mappatura fiscale dello Stato estero non sia cosa agevole soprattutto laddove esso preveda una tassazione progressiva a scaglioni, incentivi, franchigie ovvero diverse aliquote di tassazione nonché differenti imposte locali per ciascuna delle proprie Regioni o circoscrizioni dotate di autonomia impositiva. Stante le evidenziate complessità

insite nell'onere di monitoraggio posto in capo al controllante, che sembra risolversi più in una semplificazione per l'Amministrazione Finanziaria non più tenuta ad aggiornare la *black list* che per il socio, è evidente, dunque, come lo sforzo richiesto a quest'ultimo ben potrebbe porsi in posizione di conflittualità con il già richiamato principio di proporzionalità.

Vale altresì evidenziare che la previsione in parola dovrà, tuttavia, necessariamente essere nuovamente oggetto di modifica nel corso dei prossimi due anni. Ed infatti, posto che la Direttiva 1164 del 2016 prevede quale criterio di individuazione dei soggetti esteri destinatari della disciplina il livello di tassazione effettiva al quale gli stessi sono assoggettati, è indubbio come il legislatore italiano, al fine di conformare la normativa interna alle disposizioni adottate in sede europea, debba procedere, entro il 31 dicembre 2018, a sostituire il riferimento all'imposizione nominale con quello dell'imposizione effettiva, parimenti a quanto già previsto dall'articolo 167, comma 8-bis di cui già si è avuto modo di parlare.

Orbene, considerati tutti gli interventi da ultimo apportati, se è pur vero che non può che dirsi apprezzabile lo sforzo operato al fine di ridurre le problematiche della *CFC legislation* nazionale, legate in particolare alla procedura di interpello e alla disciplina delle collegate estere, è altrettanto vero che permangono nell'assetto normativo elementi critici evidenti, connessi soprattutto alla verifica dei presupposti applicativi del regime e alla dimostrazione delle esimenti. Come si è avuto modo di evidenziare, infatti, da un lato, i soggetti residenti detentori di partecipazioni in società estere sono chiamati ad un'incessante attività di valutazione delle imposte effettivamente pagate all'estero ovvero di monitoraggio delle aliquote d'imposta vigenti nelle legislazioni fiscali, in continua evoluzione, degli Stati di localizzazione delle controllate, dall'altro, essi rischiano di essere travolti dall'operatività del regime, a causa dell'incerta formulazione o della ristrettezza delle esimenti previste, anche laddove l'attività svolta oltre confine sia genuina.

Ciò considerato, non si può certo negare come la disciplina CFC prevista dal nostro ordinamento, lungi dal contrastare esclusivamente situazioni abusive poste in essere al solo scopo di ottenere un abbattimento del carico impositivo, si concretizzi in sostanza, in forza soprattutto dell'inasprimento provocato dagli interventi del 2009, quale strumento idoneo a disincentivare qualunque tipo di delocalizzazione, sia essa mossa da intenti elusivi o da reali interessi economici. Consapevole del fatto che sarà chiamato a fare i conti con gli oneri e i rischi che l'articolo 167 T.U.I.R. genera allorquando sia posta in essere una dislocazione dell'attività in uno Stato estero, sia esso paradiso fiscale o meno, il soggetto residente, infatti, ben potrebbe da principio rinunciare alle sue aspirazioni di crescita e internazionalizzazione e, quindi, decidere di indirizzare i propri investimenti esclusivamente in Italia dove la disciplina non può colpire.

Una siffatta conseguenza, oltre a danneggiare il funzionamento del mercato interno dell'Unione Europea basato sulla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, mal si concilia anche con le dinamiche dell'economia attuale, caratterizzata dalla costante ricerca, da parte delle imprese, di un vantaggio competitivo nel mercato globale, raggiungibile anche per tramite di processi di espansione a livello internazionale che, nel nostro caso, non possono certamente dirsi favoriti.

Tanto considerato, è indubbio come la disciplina nazionale vada necessariamente rimodulata. Ed infatti, se è pur vero che ogni Stato ha il diritto di salvaguardare la propria potestà impositiva laddove la delocalizzazione e, quindi, l'investimento all'estero sia sostanzialmente espressione della volontà del soggetto residente di sottrarsi indebitamente alla stessa, è altrettanto vero che una normativa (originariamente) antielusiva quale la CFC nazionale, non può in alcun modo sconfinare, rispetto alla sua finalità e penalizzare, quindi, come attualmente accade, anche realtà genuine che semplicemente rispondono alle esigenze che l'apertura dei mercati origina.

È auspicabile, dunque, che il legislatore, prendendo atto delle conseguenze alle quali la formulazione vigente della disciplina conduce, si prodighi al fine di quantomeno ridurre l'incisività, riportandola, conseguentemente, entro i limiti di giustificabilità sanciti dalla Corte di Giustizia.

Un primo passo avanti, in tal senso, potrebbe già essere compiuto in sede di recepimento della Direttiva 1164/2016. Apprezzabile potrebbe risultare, al riguardo, una modifica che, oltre ad adottare le disposizioni obbligatorie ivi contenute, accolga anche i suggerimenti in essa contemplati quali, l'introduzione di una *white list*, volta ad escludere a priori taluni Stati o territori dal regime CFC, di una clausola di esclusione fondata sull'ammontare di redditi passivi complessivamente prodotti all'estero ovvero di una c.d. de minimis rule. La prima permetterebbe, infatti, da un lato, di ridurre gli oneri legati al costante monitoraggio dei sistemi fiscali esteri, e dall'altro, di conferire maggior certezza alla disciplina dal punto di vista operativo. Le seconde, in un'ottica di semplificazione, consentirebbero, invece, di evitare l'attrazione nell'ambito applicativo del regime CFC di fattispecie che presentano un limitato rischio di abuso, alleggerendo così, anche in questo caso, i gravami per i soggetti residenti derivanti dalla detenzione di partecipazioni in società estere.

La soluzione forse più innovativa, potrebbe però essere legata al trasferimento dell'intero onere della prova, almeno per le fattispecie che interessano soggetti esteri residenti nell'Unione Europea, sull'Amministrazione Finanziaria e alla speculare concessione al socio italiano della possibilità di fornire prova contraria alle contestazioni eventualmente mosse dalla stessa. In tal senso, quindi, la dimostrazione circa la non effettività della struttura

controllata estera e la conseguente applicabilità del regime CFC sarebbe posto esclusivamente a carico dell'Amministrazione Finanziaria la quale, tra l'altro, ricorrendo a meccanismi di collaborazione e alla ormai globale rete di accordi sullo scambio di informazioni, potrebbe procedere ad una verifica senz'altro più agevole rispetto alla predisposizione della prova che il soggetto controllante, peraltro mai sicuro dell'idoneità della stessa a scongiurare la tassazione del reddito della controllata, è chiamato ora a produrre in fase di eventuale interpello o accertamento.

Non si può prevedere quali saranno sul punto le scelte del legislatore nazionale. Certo è che le criticità legate alla disciplina CFC italiana, fin troppo stringente, non dovrebbero essere sottovalutate dacchè idonee a disincentivare gli investimenti transfrontalieri e a nuocere alla competitività delle imprese nazionali in un' economia ormai globalizzata.

Ciò detto, quali che siano le soluzioni prese in considerazione, i provvedimenti volti all'espunzione delle problematiche esistenti e su evidenziate non dovrebbero farsi attendere a lungo.

Bibliografia

LIBRI E RIVISTE

- ADONNINO P., 2008, *La pianificazione fiscale internazionale*, in Diritto e Pratica Tributaria n. 3;
- ALBANO G. e MARANI M. , 2015, *Nuove CFC senza obbligo di interpello preventivo*, in Corriere tributario n. 23
- ALBANO G. e SPAZIANI R., 2016, *Aspetti procedurali e obblighi di segnalazione in materia di CFC*, in Corriere Tributario n. 47;
- ANDREANI G. e TUBELLI A., 2015, *Legge di stabilità 2015: nuovi criteri per identificare le imprese black list*, in Il Fisco n. 5;
- ANDREOLI F., 1999, *Il rapporto OCSE sulla concorrenza fiscale dannosa*, in Rivista Diritto Tributario n.4;
- ANTONACCHIO F., 2010, *Le criticità connesse all'estensione del regime CFC alle controllate fuori dalla black list*, in Il Fisco n. 46 - parte 1;
- ANTONACCHIO F., 2012, *La rete italiana delle CFC sulle controllate europee*, in Il Fisco n. 22-parte 1;
- ARDITO F., 2009, *Art. 167 (Disposizioni in materia di imprese estere controllate)*, in TINELLI G. (a cura di), 2009, *Commentario al testo unico delle imposte sui redditi*, CEDAM
- ARGINELLI P. e SILVANI C., 2016, *Cfc, le anomalie dell'Irap nel calcolo del tax rate*, in Il Quotidiano del Fisco del 05/10/2016;
- ARGINELLI P. e SILVANI C., 2016, *L'individuazione dei regimi fiscali privilegiati ai fini dell'applicazione della disciplina CFC*, in Rivista di Diritto Tributario, supplemento online;
- ASCOLI G. e PELLECCIA M., 2015, *Gli sviluppi della legislazione in tema di black list e white list*, in Il Fisco n.24;
- BAGNOLI N., 2016, *Stati a regime fiscale privilegiato: dalle black list al nominal tax rate*, in Rivista di Diritto Tributario, supplemento online;
- BALLANCIN A., 2010 , *Osservazioni a margine di una sentenza di merito in tema di incompatibilità della disciplina CFC con le Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni. Ulteriori riflessioni sul rapporto tra la novellata normativa CFC ed il diritto comunitario*, Rivista di Diritto Tributario, fasc.3;

- BALLANCIN A., 2016, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, CEDAM
- BARGAGLI M., 2016, *CFC e costi black list: le novità introdotte dalla Legge di stabilità*, in *Amministrazione e Finanza* n. 2;
- BARGAGLI M., 2017, *La rilevanza del controllo congiunto ai fini della CFC rule*, EC news-Fiscalità Internazionale del 24 marzo;
- BARTOLOMUCCI S., 2002, *L'ambito soggettivo di applicazione della Controlled Foreign Companies Legislation: alcune problematiche interpretative e applicative della norma*, in *Il Fisco* n. 13;
- BEGHIN M., 2007, *La sentenza Cadbury Schweppes e il malleabile principio della libertà di stabilimento*, in *Rassegna Tributaria* n. 3;
- BEGHIN M., 2010, *L'abuso del diritto nelle operazioni internazionali*, in *Corriere Tributario* n. 12;
- BELLUZZO L., 2001, *Collegato fiscale alla legge finanziaria per il 2000: nuova regola CFC contro i paradisi fiscali*, in *Il Fisco* n. 13;
- BELLUZZO L. e SERBINI S. , 2016, *L'evoluzione della normativa fiscale nei confronti dei paesi a fiscalità privilegiata*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale* n.12;
- BELOTTI R. e QUARANTINI S. , 2016, *Disciplina CFC a geometria variabile*, in *Il Fisco* n. 25;
- BERTORELLO G., 2004, *La disciplina CFC: principi generali e nuove prospettive di applicazione*, in *Rassegna Tributaria* n. 3;
- BIASCO S., 2015, *I danni della concorrenza fiscale in Europa*, in *Rassegna Tributaria* n. 1;
- BIZIOLI G., 2008, *Profili ricostruttivi in tema di compatibilità della disciplina cfc e della disciplina sulla presunzione di residenza in Italia con l'ordinamento comunitario*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla Riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Giuffrè, Milano;
- BONARELLI P., 2014, *XVI Controlled Foreign Companies: profili critici*, in VALENTE P. (a cura di), 2014, *Elusione fiscale internazionale*, IPSOA;
- BONARELLI P., 2006, *Regime cfc per le collegate estere: pubblicato il decreto attuativo*, in *Fiscalità Internazionale* n.6;
- BRUNELLI F. e DI CESARE F., 2016, *L'Agenzia delle Entrate interpreta le recenti modifiche apportate alla disciplina CFC (Circolare n. 35/E del 4 agosto 2016)*, *Diritto Bancario Approfondimenti* di Ottobre 2016;

- BRUZZONE M., 2002, *L'interpello per le "CFC"*, in Corriere Tributario n. 2;
- CAPOLUPO S., 2002, *Presupposti soggettivi della normativa sulle controlled foreign companies*, in Il Fisco n. 7;
- CAPOLUPO S., 2003, *Le modifiche alla normativa controlled foreign companies*, in Il Fisco n. 47 parte – 1;
- CAPOLUPO S., 2009, *Manovra anti-crisi (D.l. 1 luglio 2009, n. 78) - Le novità in tema di contrasto ai paradisi fiscali*, in Il Fisco n. 30 - parte 1;
- CAPOLUPO S., 2015, *Manuale dell'accertamento delle imposte 2015*, IX edizione, IPSOA;
- CARBONE M., BOSCO M. e PETESE L., 2015, *La geografia dei paradisi fiscali 2015*, II edizione, IPSOA;
- CERIANA E., 2002, *Conseguenze processuali dell'interpello preventivo ai fini della normativa CFC*, in Corriere Tributario n. 37;
- CERIANA E., e TOMASSINI A., 2007, *Nuovi ingressi nella UE e legislazione CFC*, in Rassegna Tributaria n. 3;
- CIPOLLINA S., 2007, *CFC legislation e abuso della libertà di stabilimento: il caso Cadbury Schweppes*, in Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze, II;
- COMMITTERI G. e SCIFONI G., 2015, *Regime CFC e società estere: risolta la penalizzazione per quelle che non producono reddito d'impresa?*, in Il Fisco n. 38;
- COMMITTERI G. e LO RE C. , 2016 , *Compilazione del quadro FC di unico e nuovi criteri per l'individuazione dei paesi a fiscalità privilegiata*, in Il Fisco n. 32;
- COMMITTERI G. e RIBACCHI E., 2016, *L'applicazione del regime CFC e l'utilizzo del credito per le imposte estere in UNICO SC 2016*, in Corriere Tributario n. 19;
- CORDEIRO GUERRA R., 2000, *La nuova definizione di "regime fiscale privilegiato" nell'ambito della disciplina in tema di controlled foreign companies e di componenti negative derivanti da operazioni con imprese estere*, in Rassegna Tributaria n. 6;
- CORDEIRO GUERRA R., 2000, *Riflessioni critiche e spunti sistematici sulla introducenda disciplina delle controlled foreign companies (art. 127-bis del Tuir)*, in Rassegna Tributaria n. 5;
- CRISTOFORI G., 2016, *Cfc black list nella stretta del radicamento*, in Il Quotidiano del Fisco del 07/11/2016;
- CROATTO M. e ARIEMME V. , 2016, *Identificazione dei paesi a fiscalità privilegiata, CFC rule e obblighi dichiarativi*, in Il Fisco n. 34;
- CROSTI A., 2016, *I dividendi provenienti dall'estero e le persone fisiche non imprenditori: possibili discriminazioni*, in Il Fisco n. 24;

- D'ABRUZZO G., 2003, *Partecipazioni in imprese estere: il «dedalo» della riforma*, in A&F n. 24;
- DE CAPITANI G. e DAL COL M., 2017, *Le nuove CFC: questioni aperte alla luce della recente evoluzione normativa e amministrativa*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale* n. 2;
- DE SANTIS D. e DELLA VALLE E., 2016, *Sulle CFC l'Italia sceglie la tassazione nominale*, in *Il Quotidiano del Fisco* del 05/02/2016;
- DELLA CARITÀ A. e BONFANTI L., 2016, *Le novità in materia CFC alla luce dei chiarimenti ministeriali*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale* n. 11;
- DELLA VALLE E., 2016, *La normativa CFC è compatibile con il diritto UE e con i Trattati contro le doppie imposizioni- Fiscalità internazionale- La normativa CFC al "test" della Suprema Corte*, in *GT-Rivista di giurisprudenza tributaria* n.4;
- D'INELLA E. e SAPONARO F., 2000, *I paradisi fiscali e la nuova normativa antielusiva*, in *Il Fisco* n. 10;
- DRAGONETTI A., PIACENTINI V. e SFONDRINI A., (a cura di) , 2014, *Manuale di fiscalità internazionale*, VI edizione, IPSOA;
- DUS S. e MURATORI D., 2000, *Interrogativi in tema di imputazione ai soci residenti di redditi di società ubicate in paesi a bassa fiscalità*, in *Rassegna Tributaria* n. 1;
- GAFFURI A. M., 2009, *La residenza fiscale nel diritto comunitario*, *Giur. It.* , 11;
- GAFFURI A.M., *Le nuove norme sulle cfc e la libertà di scelta dell'imprenditore riguardo al luogo di svolgimento dell'attività economica. (contributo aggiornato al 10 dicembre 2009)*, in BEGHIN M., MOSCHETTI F., SCHIAVOLIN R., TOSI L. e ZIZZO G. (a cura di) , 2012, *Atti della giornata di Studi in onore di Gaspare Falsitta*, CEDAM;
- GAIANI L., 2015, *Normativa CFC: problemi applicativi vecchi e nuovi per la tassazione delle controllate estere*, in *Il Fisco* n. 26;
- GARBARINO C. e BONARELLI P., 2016, *Misure di contrasto ai regimi fiscali privilegiati: la nuova normativa CFC*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale* n. 7
- GARUFI S., 2010, *La nuova disciplina delle CFC*, in *Rassegna Tributaria* n. 3;
- GASPARRI T., 2015, *Utili provenienti da Stati o territori a fiscalità privilegiata*, in *Il Fisco* n. 38;
- GHISELLI F., 2011, *Circolare n. 23/E del 26 maggio 2011 - Applicazione del regime CFC agli Stati o territori diversi dai paradisi fiscali*, in *Il Fisco* n. 30 - parte 1;
- GHISELLI F., 2014, *XVII Controlled Foreign Companies: Aspetti applicativi*, in VALENTE P. (a cura di), 2014, *Elusione fiscale internazionale*, IPSOA;

- GIACONIA M. e PREGAGLIA A., 2017, *Calcolo del reddito imponibile ai fini CFC: impatto dei principi contabili adottati dall'impresa controllata estera*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale* n. 4;
- GIOVANNINI A., 2002, *L'interpello preventivo all'Agenzia delle entrate (C.F.C. e Statuto dei diritti del contribuente)*, in *Rassegna Tributaria* n. 2;
- GLENDI G., 2016, *Nonostante l'intervento del legislatore, permangono le divergenze dei giudici di merito sull'autonoma impugnabilità del diniego di interpello*, in *Diritto e Pratica Tributaria* n. 6;
- GRILLI S., 2008, *Le costruzioni di puro artificio nella giurisprudenza della corte di giustizia: considerazioni in tema di effettiva attività economica*, in *Rassegna Tributaria* n. 4;
- IMBESI M. G., 2003, *CFC: compatibilità tra la norma convenzionale, la norma comunitaria e quella interna*, in *Il Fisco* n. 11 - parte 1;
- INGRAO G., 2004, *IRES e paradisi fiscali: dalla legislazione sulle controlled foreign companies a quella sulle foreign participations?*, in *Il Fisco* n. 15 - parte 1;
- INGRAO G., 2008, *La riforma dell'IRES e la legislazione sulle Controlled Foreign Companies*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Giuffrè, Milano
- INGRAO G., 2010, *D.l. anticrisi e "stretta" sulla normativa CFC: contrasto agli abusi fiscali o miopia del legislatore?*, in *Rassegna Tributaria* n. 1;
- LA ROSA S., 2011, *L'interpello obbligatorio*, in *Rivista di diritto tributario*, fasc.78;
- LO PRESTI VENTURA E. e MONTUORI N., 2009, *Le delocalizzazioni di comodo. Inasprimento della disciplina CFC e opportunità dello scudo fiscale-ter*, in *Il Fisco* n. 40 - parte 1;
- LUPI R., 2000, *Principi generali in tema di C.F.C. e radicamento territoriale delle imprese*, in *Rassegna Tributaria* n. 6;
- MAISTO G., 2000, *Il regime di imputazione dei redditi delle imprese estere partecipate (cd. Controlled foreign companies)*, in *Rivista di Diritto Tributario*, IV, 50;
- MAISTO G., 2008, *Il metodo delle liste positive (white list) e negative (black list) ai fini dell'imposizione nei rapporti con Stati aventi regime fiscale privilegiato*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Giuffrè, Milano;
- MAISTO G., 2009, *Controllate estere poco allineate*, in *Il Sole 24 Ore* del 10 luglio;

- MAISTO G., 2016, *La corte di cassazione si pronuncia sulla compatibilità della disciplina italiana sulle CFC con il diritto dell'Unione Europea e le Convenzioni per evitare le doppie imposizioni*, in *Rivista di Diritto Tributario*, supplemento online;
- MARINI G., 2008, *I nuovi confini dei paradisi fiscali*, in *Rassegna Tributaria* n. 3;
- MARINO M., 2004, *L'estensione della normativa sulle CFC alle imprese estere collegate*, in *Il Fisco* 29 - parte 1;
- MARINO G., 2011, *La nozione di mercato nella disciplina CFC: verso una probatio diabolica?*, in *Rivista di Diritto Tributario* fasc. 12;
- MARINO G., *La presuntuosa disciplina CFC e le incongruenze delle sue esimenti (contributo aggiornato al 13 ottobre 2009)*, in BEGHIN M., MOSCHETTI F., SCHIAVOLIN R., TOSI L. e ZIZZO G. (a cura di), 2012, *Atti della giornata di Studi in onore di Gaspare Falsitta*, CEDAM;
- MARONGIU G., 2001, *Imprese estere partecipate: prime riflessioni sulle circostanze escludenti l'imputazione dei redditi ai soggetti controllanti*, in *Diritto e Pratica Tributaria* n.1;
- MASSAI S. e MADDALUNO S., 2016, *Utili provenienti da regimi fiscali privilegiati e credito d'imposta estero*, in *Il Fisco* n. 35;
- MASSIMIANO A., 2011, *Dividendi distribuiti nell'ambito della disciplina CFC*, in MAISTO G. (a cura di), *La tassazione dei dividendi intersocietari: temi attuali di diritto tributario italiano, dell'Unione Europea e delle convenzioni internazionali*, Giuffrè Editore, Milano;
- MASTROBERTI A., 2008, *"Incrocio pericoloso" tra disciplina delle società di comodo e cfc rules*, in *Fiscalità Internazionale* n. 2;
- MASTROBERTI A., 2010, *Nuove regole cfc alla prova della verifica del livello di imposizione*, in *Il Fisco* n.2;
- MASTROMATTEO A. e SANTACROCE B., 2016, *Gli effetti degli interpelli su accertamento e contenzioso*, in *Il Fisco* n. 26;
- MAYR S. e FORT G., 2001, *Compatibilità delle norme «CFC» con le Convenzioni internazionali*, in *Corriere Tributario*;
- MAYR S. e FORT G., 2015, *La nuova disciplina dei dividendi provenienti da paradisi fiscali*, in *Il Fisco* n.23;
- MELIS G., 2000, *Libertà di circolazione dei lavoratori, libertà di stabilimento e principio di non discriminazione nell'imposizione diretta: note sistematiche sulla Giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *Rassegna Tributaria* n. 4;

- MIELE L., 2006, *L'estensione alle società collegate della disciplina cfc*, in Corriere Tributario n. 47;
- MIELE L., ROLLE G. e RUSSO V., 2011, *Società estere: regime delle CFC ed esterovestizione*, Milano, IPSOA;
- MIELE L. e RAMAGNOLI V., 2015, "*CFC rules*" più aderenti alle "*best practices*" internazionali, in Corriere Tributario n. 38;
- MIELE L., 2016, *Unico semplificato per le "Cfc"*, in Il Quotidiano del Fisco del 06/08/2016;
- MIELE L., BONTEMPO F., SURA A., FABI T. (a cura di), 2017, *Bilancio e Reddito d'Impresa 2017*, II edizione, IPSOA
- MONTI M., 2009, *Per banche e assicurazioni serve un'esclusione esplicita*, in Sole 24 ore del 10 luglio;
- MORRI S., 2003, *Il regime delle cfc e i trattati contro le doppie imposizioni: la giurisprudenza francese attesta il conflitto*, in Fiscalità Internazionale n. 1;
- MORRI S. e GUARINO S., 2016, *CFC e libertà di stabilimento tra normativa italiana e garanzie europee*, in Corriere Tributario n. 32;
- NESSI M., 2002, *Spunti di analisi in materia di controlled foreign companies*, in Il Fisco n. 42;
- NUZZOLO A., 2003, *La disciplina CFC tra attività di controllo dell'amministrazione finanziaria e disapplicazione: alcuni spunti di riflessione anche alla luce del progetto di riforma della tassazione delle società*, in Il Fisco n. 32-parte 1;
- PAPOTTI R. e MOLINARI F., 2016, *La disciplina CFC alla prova della Direttiva anti-elusione dell'Unione Europea*, in Corriere Tributario n. 34:
- PAPOTTI R. e MOLINARI F., 2016, *L'evoluzione della normativa sulle CFC alla luce delle modifiche della Legge di stabilità 2016*, in Corriere Tributario n.6;
- PARISI P., 2016, *Cfc con regole più chiare*, in Il Quotidiano del Fisco del 08/12/2016;
- PERLINI L. e POLLARI N., 2001, *Luci e ombre delle recenti disposizioni fiscali interne a portata ultraterritoriale: il nuovo art. 127-bis del TUIR*, in Il Fisco n. 2;
- PERRONE C., 2003, *Normativa CFC e cause esimenti nella recente prassi ministeriale*, in Il Fisco n. 6 parte 1;
- PEZZUTO G., 2001, *Il nuovo regime in materia di cfc (controlled foreign companies)*, in Il Fisco n. 5;
- PISANI M., 2011, *La nozione di mercato rilevante nella disciplina delle controlled foreign companies*, in Il Fisco n. 3 - parte 1;

- PISTOLESI F., 2011, *Impugnazione della risposta negativa all'istanza di interpello: condizioni ed effetti*, Rivista di Diritto Tributario, fasc.78;
- POGGIOLI M., 2010, *La "novella" nella disciplina CFC e il diritto dell'Unione Europea: armonia o conflitto?*, in Il Commercialista Veneto n. 196;
- REICH E. e VERNASSA F., 2016, *Cfc, per il reddito valgono le regole dei residenti*, in Il Quotidiano del Fisco del 01/09/2016;
- ROLLE G., 2010, *Circolare n. 51/E del 6 ottobre 2010 - La CFC non-black list: i presupposti di applicazione*, in Il Fisco n. 41 - parte 1;
- ROLLE G., 2010, *La disapplicazione della disciplina CFC nella circ. n. 51/E*, in Il Fisco n. 43 parte 1;
- ROLLE G., 2015, *La disciplina CFC tra nuovi oneri e semplificazioni*, in Il Fisco n. 23;
- ROLLE G., 2015, *Legge di stabilità: quali prospettive per CFC e costi "black list"?*, in Corriere Tributario n. 5;
- ROLLE G., 2016, *Disciplina delle società controllate estere e imposte pagate in Stati diversi da quello di residenza*, in Il Fisco n. 5;
- ROLLE G., 2016, *Effetti su CFC, dividendi esteri e plusvalenze della nuova nozione di "regimi fiscali privilegiati"*, in Il Fisco n. 9;
- ROSSI L. e BARBAGELATA G., 2016, *L'identificazione degli Stati a fiscalità privilegiata: indicazioni OCSE e Tax Package anti-abuso della UE*, in Corriere Tributario n.9;
- SALVI G., 2017, *La nuova disciplina delle Controlled Foreign Companies*, in Bilancio e reddito d'impresa n. 1 ;
- SCIFONI G., 2015, *Modifiche alla disciplina CFC: lo sforzo di semplificazione procede tra luci e ombre*, in Corriere Tributario n. 30;
- SCIFONI G., 2015, *Modifiche alla disciplina CFC: un tentativo di semplificazione rimasto a metà del guado*, in Corriere Tributario n. 29;
- SCIFONI G., 2016, *L'Agenzia interviene sul restyling delle regole per l'individuazione degli Stati a fiscalità privilegiata*, in Corriere Tributario n. 38;
- SCIFONI G., 2017, *Holding intermedia e credito d'imposta indiretto su dividendi di fonte black list*, in Corriere Tributario n. 3;
- SELLA P., 2016, *Compatibilità del regime CFC con il diritto comunitario e con le Convenzioni contro la doppia imposizione*, in Fiscalità e Commercio Internazionale;
- SOZZA G., 2001, *CFC legislation e Convenzioni bilaterali: alcune riflessioni sulla sentenza della Corte d'Appello di Parigi*, in il fisco n. 23;

- SOZZA G., 2002, *Aspetti sostanziali e processuali dell'interpello obbligatorio ex art. 127-bis del tur*, in *Il Fisco* n. 22;
- SOZZA G., 2003, *La normativa antielusiva alla luce del modello OCSE 2003*, in *Il Fisco* n. 19 parte 1;
- STEVANATO D., 2000, *Controlled foreign companies: concetto di controllo e imputazione del reddito*, in *Rivista di Diritto Tributario* n. 6;
- STEVANATO D., 2002, *La delega fiscale e la CFC legislation*, in *Il Fisco* n. 18;
- STEVANATO D., 2002, *Il controllo delle CFC ed i diritti di voto spettanti ai familiari*, in *Corriere Tributario* n. 16;
- STEVANATO D., 2008, *L'efficacia dei controlli fiscali giustifica le restrizioni ai movimenti di capitali con paesi terzi*, in *Corriere tributario* n. 7;
- STEVANATO D., MANZITTI A., LUPI R., FRANSONI G., 2009, *Lo strumento tributario contro la delocalizzazione produttiva: decreto anticrisi e modifiche alle cfc*, in *Dialoghi Tributari* n. 4;
- TESAURO F., 2003, *Aspetti internazionali della riforma fiscale*, in *Fiscalità Internazionale* n. 5;
- THIONE M. e BARGAGLI M. , 2015, *Normativa CFC: dall'attuale concetto di passive income ai possibili sviluppi de lege ferenda*, in *Il Fisco* n. 18;
- TOMASSINI A., 2006, *Attuate le «regole cfc» per le imprese estere collegate*, in *Corriere Tributario* n. 44;
- TOMASSINI A. e LONGO A., 2017, *La normativa tributaria italiana e i "paradisi fiscali" nel mutato scenario internazionale*, in *Corriere Tributario* n. 8
- TRETTEL S., 2012, *Cfc e societa' non operative: impossibile convivenza fra discipline*, in *Corriere tributario* n. 39;
- TRETTEL S., 2015, *La "nuova" disciplina CFC*, in *Il Fisco* n. 38;
- TRETTEL S. , 2016, *L' (incongruente) esclusione delle CFC dal regime di assegnazione, cessione o trasformazione agevolata*, in *Il Fisco* n. 30;
- VALENTE P., 1999, *Concorrenza fiscale "dannosa": il rapporto provvisorio del Gruppo di lavoro "Codice di condotta" e le raccomandazioni OCSE*, in *Il Fisco* n. 23;
- VALENTE P., 2001, *Presunzioni nel diritto tributario internazionale e controlled foreign companies (CFC)*, in *Il Fisco* n. 25;
- VALENTE P., 2015, *Controlli alle imprese 2015*, I edizione, IPSOA;
- VALENTE P., 2015, *Erosione della base imponibile e profit shifting nei principi nazionali e internazionali*, in *Il Fisco* n. 6;

- VALENTE P. , 2016, *La valutazione del parlamento europeo sulla proposta di direttiva antielusione*, in *Il Fisco* n. 27;
- VALENTE P. , 2016, *Misure di contrasto all'elusione: prospettive future e impatto per il regime tributario italiano*, in *Il Fisco* n. 12;
- VASAPOLLI G. e VASAPOLLI A., 2001, *La compatibilità delle «CFC» con il modello OCSE*, in *Corriere tributario* n. 17;
- VASAPOLLI G. e VASAPOLLI A., 2004, *L'estensione delle «CFC rules» alle società collegate*, in *Corriere Tributario* n. 19;
- VASAPOLLI G. e VASAPOLLI A., 2016, *Credito d'imposta indiretto per gli utili distribuiti da soggetti esteri controllati*, in *Norme e Tributi Mese* n. 11/2016;
- ZORZI G., 2016, *Compatibilità della normativa CFC con le convenzioni contro le doppie imposizioni - commento*, in *Il Fisco* n. 6;

NORMATIVA DI RIFERIMENTO

- Legge 21 novembre 2000, n. 342;
- D.M. 21 novembre 2001 (in Gazz. Uff., 23 novembre, n. 273), *Individuazione degli Stati o territori a regime fiscale privilegiato di cui all'art. 127-bis, comma 4, del testo unico delle imposte sui redditi (cd. "black list")*;
- D.M. 21 novembre 2001, n. 429 (in Gazz. Uff., 12 dicembre, n. 288), *Regolamento recante disposizioni in materia di tassazione dei redditi di imprese estere partecipate in attuazione dell'articolo 127-bis, comma 8, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni*;
- Decreto Legislativo 12 dicembre 2003, n. 344;
- Legge 24 dicembre 2007, n. 244;
- Decreto Legge 1 luglio 2009, n. 78;
- Legge 23 dicembre 2014, n. 190;
- D.M. 30 marzo 2015 (in Gazz. Uff., 11 maggio 2015, n. 107), *Modifica del decreto 21 novembre 2001, recante individuazione degli Stati o territori a regime fiscale privilegiato di cui all'articolo 127-bis, comma 4, del testo unico delle imposte sui redditi (cd. "black list")*;
- Decreto Legislativo 14 settembre 2015, n. 147;
- D.M. 18 novembre 2015 (in Gazz. Uff., 30 novembre 2015, n. 279), *Modifica del decreto 21 novembre 2001 relativo alla individuazione degli Stati o territori a regime fiscale privilegiato*;

- Legge 28 dicembre 2015, n. 208.

ATTI PARLAMENTARI

- Relazione illustrativa al disegno di Legge recante disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge finanziaria 2008);
- Relazione illustrativa allo schema di Decreto Legislativo recante misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese in attuazione dell'articolo 12 della legge 11 marzo 2014, n. 23;
- Relazione illustrativa al disegno di Legge recante disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di Stabilità 2016).

ATTI NORMATIVI E DOCUMENTI UFFICIALI COMUNITARI

- COMMISSIONE DELLE COMUNITA' EUROPEE, Comunicazione della commissione al consiglio, al parlamento europeo e al comitato economico e sociale europeo, *L'applicazione di misure antiabuso nel settore dell'imposizione diretta – all'interno dell'UE e nei confronti dei paesi terzi*, 10 dicembre 2007;
- CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, Risoluzione n. 156/01, *Sul coordinamento delle norme sulle società estere controllate (SEC) e sulla sottocapitalizzazione nell'Unione europea*, 8 giugno 2010;
- CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Direttiva 2016/1164/UE recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno*, 12 luglio 2016.

GIURISPRUDENZA

- Conseil d'Etat, sentenza del 28 giugno 2002, n. 232276;
- Corte di Giustizia, sentenza Cadbury Schweppes del 12 dicembre 2006, causa C – 196/04;
- Comm. trib. prov.le Bergamo sez. I, sentenza del 12 novembre 2009, n. 170
- Cass. civ. Sez. V, sentenza del 15 aprile 2011, n. 8663;
- Cass. civ. Sez. V, sentenza del 5 ottobre 2012, n. 17010;
- Cass. civ. Sez. V, sentenza del 28 maggio 2014, n. 11929;
- Cass. civ. Sez. V, sentenza del 16 dicembre 2015, n. 25281.

PRASSI AMMINISTRATIVA

- AGENZIA DELLE ENTRATE, Circolare n. 207/E, *Collegato fiscale alla legge finanziaria 2000. Primi chiarimenti*, 16 novembre 2000;
- AGENZIA DELLE ENTRATE, Circolare n. 18/E, *Regolamento in materia di tassazione dei redditi di imprese estere partecipate in attuazione dell'articolo 127bis, comma 8, del testo unico delle imposte sui redditi. Istanze di interpello*, 12 febbraio 2002;
- AGENZIA DELLE ENTRATE, Risoluzione n. 326/E, *Interpello n. - Art. 11, legge 27/7/2000, n. 212. Testo unico delle imposte sui redditi (TUIR), artt. 89, 167 e 168. Rapporti tra artt. 167-168 e art. 89. Tassazione dei dividendi distribuiti da una società residente in un paese a fiscalità ordinaria tramite una holding company residente in un paese black list. Qualificazione fiscale di una joint-venture company*, 30 luglio 2008;
- AGENZIA DELLE ENTRATE, Risoluzione n. 427/E, *Richiesta di disapplicazione della disciplina prevista dell'articolo 167 del TUIR per una società localizzata in Svizzera*, 10 novembre 2008;
- AGENZIA DELLE ENTRATE, Circolare n. 7/E, *Non impugnabilità delle risposte rese in sede di interpello*, 3 marzo 2009;
- AGENZIA DELLE ENTRATE, Risoluzione n. 100/E, *Istanza di interpello - Art. 11, comma 13, legge 30 dicembre 1991 n. 413. Deducibilità di costi per attività promozionale e acquisti di servizi media - Art. 110, comma 11, DPR 22 dicembre 1986, n. 917*, 8 aprile 2009;
- AGENZIA DELLE ENTRATE, Risoluzione n. 128/E, *Interpello CFC - Chiarimenti in merito all'effettivo esercizio di un'attività commerciale nel paese black list, ai sensi dell'articolo 167, comma 5, lettera a), del D.P.R. n. 917 del 1986*, 26 maggio 2009;
- AGENZIA DELLE ENTRATE, Risoluzione n. 128/E *Richiesta di disapplicazione della disciplina prevista dall'articolo 167 del TUIR per una società localizzata in Hong Kong*, 22 giugno 2009;
- AGENZIA DELLE ENTRATE, Circolare n. 32/E, *Nuove istruzioni sulla trattazione delle istanze di interpello*, 14 giugno 2010;
- AGENZIA DELLE ENTRATE, Circolare n. 51/E, *Disciplina relativa alle controlled foreign companies (CFC) - Dividendi provenienti e costi sostenuti con Stati o territori a fiscalità privilegiata - Chiarimenti*, 6 ottobre 2010;
- AGENZIA DELLE ENTRATE, Circolare n. 23/E, *Ulteriori chiarimenti in materia di Controlled Foreign Companies (CFC) — Risposte a quesiti*, 26 maggio 2011;

- AGENZIA DELLE ENTRATE, Circolare n. 9/E, *Commento alle novità del decreto legislativo 24 settembre 2015, n. 156 recante revisione della disciplina degli interpelli*, 1 aprile 2016;
- AGENZIA DELLE ENTRATE, Circolare n. 35/E, *Disciplina delle controlled foreign companies, modifiche ai criteri di individuazione dei Paesi a fiscalità privilegiata, trattamento degli utili provenienti da tali Paesi, disciplina del credito d'imposta estero – Chiarimenti*, 4 agosto 2016;
- DIRETTORE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE, Provvedimento n. 143239, *Disposizioni in materia di imprese estere controllate. Criteri per determinare con modalità semplificata l'effettivo livello di tassazione di cui al comma 8-bis dell'articolo 167 del TUIR*, 16 settembre 2016;

ALTRA DOCUMENTAZIONE

- AIDC, *Denuncia n.12-Fiscalità diretta, Illegittimità comunitaria del regime delle Controlled Foreign Companies (CFC rules) applicato a società ed enti con sede in altro Stato comunitario come previsto dall'art. 167, commi 8-bis e 8-ter del D.P.R. n. 917/1986*, 16 marzo 2016;
- ASSONIME, Circolare n. 65, *Imposte sui redditi – Introduzione di una nuova disciplina di tassazione delle imprese partecipate estere – Modifica del regime di indeducibilità delle spese e degli altri componenti negativi derivanti da operazioni intercorse tra imprese residenti e imprese domiciliate nei c.d. paradisi fiscali extra – comunitari – Modifiche al regime di tassazione dei dividendi di fonte estera – Modifiche all'art. 106 – bis del Tuir in tema di credito per le imposte pagate all'estero e credito d'imposta "virtuale" – Art. 1 della legge 21 novembre 2000, n. 342 (c.d. "collegato ordinamentale fiscale" alla legge*, 18 dicembre 2000;
- ASSONIME, 2009, *Note e Studi, Commenti in relazione all'articolo 13 del D.L. 1 luglio 2009, n. 78*;
- GIUSTI I., 2016, *Stati e territori a fiscalità privilegiata (cc.dd. Paesi black list) nel reddito d'impresa: il nuovo criterio di individuazione*, Documento Fondazione Nazionale Commercialisti.
Reperibile al sito: <http://www.fondazioneNazionaleCommercialisti.it/node/1016>
- OECD, 1998, *Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue*, OECD publishing, Paris,
disponibile al sito: <https://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf>;

- OECD, 2013, *Action plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, disponibile al sito: <https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>;
- OECD, 2014, *Model Tax Convention on income and on capital*, disponibile al sito: <http://www.oecd.org/tax/treaties/2014-model-tax-convention-articles.pdf>;
- OECD, 2015, *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3-2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris, disponibile al sito: <http://www.oecd.org/ctp/designing-effective-controlled-foreign-company-rules-action-3-2015-final-report-9789264241152-en.htm>;
- OECD, 2016, *Multilateral convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting*, disponibile al sito: <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>.