



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

**"L'evoluzione della disciplina CFC
alla luce dei recenti interventi legislativi"**

RELATORE:

CH.MO PROF. Marcello Poggioli

LAUREANDA: Marta Minarello

MATRICOLA N. 1106595

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

A handwritten signature in black ink, reading "Antonia Anzorello". The signature is written in a cursive style with a horizontal line underneath the name.

Alla mia famiglia

INDICE

INTRODUZIONE	1
---------------------------	----------

CAPITOLO 1 - LA LOTTA CONTRO I PARADISI FISCALI DA PARTE DELLE PRINCIPALI ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI	5
--	----------

1. Premessa.....	5
1.1 Le azioni dell'OCSE di contrasto ai paradisi fiscali.....	7
1.1.1. Il rapporto BEPS	12
1.1.2. L' <i>action 3: Strengthen CFC rules</i>	15
1.2. Le principali iniziative comunitarie.....	23
1.2.1. La c.d. <i>Anti Tax Avoidance Directive</i>	25

CAPITOLO 2 - LA DISCIPLINA CFC ITALIANA: ASPETTI NORMATIVI E INCERTEZZE APPLICATIVE	31
--	-----------

2. Premessa. La <i>ratio</i> della disciplina sulle controlled foreign companies.....	31
2.1. Il presupposto del controllo	37
2.1.1. Il controllo indiretto	42
2.1.2. L'abrogazione della disciplina delle collegate estere.....	44
2.2 Il tramonto della c.d. <i>black list</i> quale strumento di individuazione dei paradisi fiscali..	47
2.3 L'estensione della disciplina CFC ai soggetti partecipati esteri non localizzati in Paesi a fiscalità privilegiata	58
2.3.1. Il <i>tax rate test</i>	61
2.3.2. Il <i>passive income test</i>	70
2.4 La determinazione del reddito della CFC	75
2.5 La tassazione per trasparenza del reddito estero.....	85

CAPITOLO 3 - LE CAUSE DI DISAPPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA CFC	91
--	-----------

3. Premessa.....	91
3.1 La prima esimente: effettivo esercizio di un'attività industriale o commerciale nel mercato dello Stato o territorio a fiscalità privilegiata	92
3.2 La seconda esimente: localizzazione della CFC nel paradiso fiscale non finalizzata all'esclusivo conseguimento di un indebito risparmio d'imposta.....	98

3.3 L'esimente di cui al comma 8 – *ter*: le costruzioni di puro artificio 101

3.3.1. La compatibilità della legislazione CFC con le Convenzioni contro le doppie imposizioni 105

3.4 L'interpello disapplicativo in materia di CFC: dall'interpello obbligatorio all'interpello facoltativo 110

CONCLUSIONI.....117

BIBLIOGRAFIA.....129

RINGRAZIAMENTI.....139

INTRODUZIONE

Il presente lavoro si propone di analizzare le principali tappe evolutive della disciplina CFC italiana facendo emergere, di volta in volta, gli aspetti positivi e negativi che ciascuna modifica legislativa ha apportato all'impianto normativo.

La disciplina sulle *controlled foreign companies* rappresenta uno dei principali strumenti giuridici utilizzati dai legislatori nazionali per contrastare il fittizio trasferimento di redditi, imponibili nel territorio domestico, in soggetti localizzati in Stati a fiscalità privilegiata al fine di godere di un trattamento fiscale migliore nonché di differire il momento di imposizione da parte dello Stato di residenza. In sostanza, tale legislazione interessa le partecipazioni di controllo detenute in soggetti esteri che, sebbene formalmente destinati allo svolgimento di un'attività imprenditoriale, in realtà rappresentano delle scatole vuote sfruttate dai contribuenti per accumulare all'estero ricchezze tassate ad aliquote particolarmente limitate. Queste condotte abusive vengono contrastate dal legislatore italiano prevedendo che i redditi conseguiti dalla partecipata estera vengano imputati per trasparenza al socio residente, in proporzione alla quota di partecipazione da quest'ultimo detenuta. Un siffatto meccanismo consente di superare lo schermo societario appositamente sfruttato dal socio residente per posticipare l'imputazione del reddito da parte dello Stato di residenza; in tal modo, infatti, i redditi esteri acquisiscono rilevanza fiscale non al momento della loro distribuzione, come avviene ordinariamente, bensì al momento della loro maturazione, svincolando così la loro tassazione dalla volontà del soggetto controllante.

La disciplina CFC, attualmente contenuta nell'art. 167 del Tuir, è stata introdotta nel nostro ordinamento dall'art. 1 della Legge 21 novembre 2000, n. 342, con l'obiettivo di uniformare il sistema fiscale italiano alle iniziative di contrasto alle pratiche fiscali dannose intraprese a livello internazionale. A partire dagli anni '90, infatti, il fenomeno dei paradisi fiscali ha iniziato ad essere avvertito dalle principali organizzazioni internazionali come una problematica di natura globale. Il processo di globalizzazione dei mercati e la diffusione delle moderne tecnologie informatiche avevano favorito lo sviluppo, da parte delle imprese multinazionali, di strategie sempre più sofisticate dirette a ridurre il carico fiscale dovuto nel Paese di residenza mediante il trasferimento della propria ricchezza in territori contraddistinti da un'imposizione particolarmente bassa. Tali pratiche, oltre ad alterare la concorrenza tra le imprese, arrecano forti pregiudizi alle economie degli Stati che le subiscono in quanto

comportano l'erosione delle loro basi imponibili, con conseguente riduzione delle imposte riscosse e dunque del gettito da destinare al finanziamento della spesa pubblica.

Per le ragioni sopra evidenziate, l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico e la Comunità Europea hanno avvertito l'esigenza di rafforzare la propria lotta contro i paradisi fiscali sviluppando varie misure dirette a contrastarne la diffusione, tra cui l'introduzione all'interno dei singoli ordinamenti nazionali di una disciplina in tema di CFC.

Nel primo capitolo verrà fornita una panoramica dei principali interventi realizzati dalle citate organizzazioni. L'analisi verterà anzitutto sui progetti che hanno dato avvio alla lotta internazionale contro i paradisi fiscali. Si tratta, nel dettaglio, del Codice di Condotta introdotto dalla Commissione Europea e del celebre Rapporto OCSE "*Harmful Tax competition - An Emerging Global Issue*", pubblicati rispettivamente nel 1997 e nel 1998.

A seguire, ampio spazio verrà dedicato al progetto BEPS e alla c.d. *Anti Tax Avoidance Directive* che rappresentano, invece, i progetti più recenti. Come si vedrà in seguito, entrambi gli interventi contengono al proprio interno disposizioni in merito alla disciplina CFC che potrebbero comportare nel prossimo futuro rilevanti modifiche all'attuale versione della legislazione interna.

Nel secondo capitolo verrà fornito un quadro generale della normativa sopra richiamata. In particolare, verranno approfonditi i profili soggettivi, il presupposto del controllo, i metodi di individuazione dei Paesi che presentano regimi fiscali privilegiati, la determinazione dei redditi della CFC e l'imputazione per trasparenza al socio residente, ponendo particolare attenzione alle modifiche apportate dai numerosi interventi legislativi che si sono fino ad oggi susseguiti. Ci si riferisce, in particolare, all'estensione dell'ambito applicativo ai soggetti ubicati in Stati a fiscalità ordinaria, all'abrogazione della disciplina sulle società collegate di cui all'art. 168 del Tuir, alla modifica dei criteri di determinazione del reddito della CFC, alla modifica della natura dell'interpello disapplicativo nonché all'eliminazione della *black list* quale metodo di individuazione dei paradisi fiscali.

Come si avrà modo di vedere, i sopracitati interventi, specialmente quelli più recenti, seppur diretti a semplificare la normativa, di fatto ne hanno accentuato la complessità applicativa, comportando un notevole aumento degli oneri amministrativi in capo al contribuente. L'attuale formulazione, inoltre, risulta in alcuni tratti particolarmente confusionaria sia perché contraddistinta da espressioni eccessivamente generiche che non forniscono all'interprete alcuna indicazione in merito alla loro effettiva portata, sia perché sembra allontanare la disciplina da quello che dovrebbe essere lo scopo perseguito ossia il contrasto all'utilizzo di

strutture fittizie al fine di sottrarre i propri redditi dalla base imponibile domestica. Si vedrà, infatti, come la normativa ad oggi vigente rischia di coinvolgere anche fattispecie in cui la controllata estera non rappresenta un soggetto privo di sostanza economica, bensì svolge a tutti gli effetti una reale attività d'impresa.

Nel terzo ed ultimo capitolo verranno approfondite le circostanze esimenti e l'interpello disapplicativo. Precisamente, la disciplina antielusiva non trova applicazione in tutti quei casi in cui il soggetto residente dimostra che la società controllata estera esercita nel territorio di ubicazione un'effettiva attività d'impresa. La normativa contempla complessivamente tre ipotesi di disapplicazione attraverso le quali il contribuente può sottrarsi al regime in esame. Nel dettaglio, alla lett. a) e b) del comma 5, sono contemplate le cause di disapplicazione alle quali il controllante può alternativamente ricorrere al fine di disapplicare la disciplina prevista per le CFC localizzate in Stati o territori a fiscalità privilegiata. Esse concernono rispettivamente la dimostrazione dell'effettiva attività industriale o commerciale svolta dalla controllata estera, come sua principale attività, nel mercato dello Stato o territorio di insediamento e la dimostrazione che dalla partecipazione nella CFC non si consegue una sensibile riduzione dell'onere fiscale dovuto.

La terza ipotesi di disapplicazione riguarda, invece, la disciplina delle società controllate estere localizzate in Stati o territori a fiscalità ordinaria di cui al comma 8 – *bis*. In particolare, essa consente la disapplicazione della suddetta disposizione a condizione che il socio residente dimostri il carattere non artificioso della partecipata estera.

Alcune considerazioni verranno infine realizzate con riferimento all'interpello disapplicativo, la cui natura è divenuta, a seguito delle modifiche apportate dal D. Internazionalizzazione, da obbligatoria, facoltativa.

CAPITOLO 1

LA LOTTA CONTRO I PARADISI FISCALI DA PARTE DELLE PRINCIPALI ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

SOMMARIO: 1. Premessa – 1.1 Le azioni dell’OCSE di contrasto ai paradisi fiscali – 1.1.1. Il rapporto BEPS – 1.1.2. L’action 3: *Strengthen CFC rules* – 1.2. Le principali iniziative comunitarie – 1.2.1. La c.d. *Anti Tax Avoidance Directive*

1. Premessa

Con il termine “paradisi fiscali” si definiscono quegli Stati o territori caratterizzati da un livello di imposizione nullo o particolarmente limitato nei quali le persone fisiche e/o giuridiche localizzano la propria ricchezza al fine di sottrarla all’elevata tassazione prevista nello Stato di origine. Il processo di globalizzazione dei mercati, l’integrazione dei sistemi finanziari e la diffusione delle moderne tecnologie informatiche hanno rivestito un ruolo chiave nella diffusione di tale fenomeno in quanto hanno completamente mutato lo scenario economico nel quale le imprese erano solite operare. L’internazionalizzazione degli scambi commerciali e la maggiore mobilità dei capitali hanno infatti comportato una crescita esponenziale delle interazioni tra i diversi sistemi economici e fiscali degli Stati, segnando così il passaggio da un contesto caratterizzato da sole economie chiuse ad un mercato unico. La diffusione delle moderne tecnologie informatiche ha inoltre favorito l’emersione di una nuova forma di ricchezza, quella finanziaria, svincolata da qualunque spazio territoriale e in quanto tale facilmente localizzabile in Stati esteri¹.

¹ BALLANCIN A., *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, 2016, Milano, CEDAM, p. 3.

Nel nuovo contesto economico, la variabile fiscale assume un ruolo determinante nelle scelte strategiche delle imprese multinazionali². Com'è noto, infatti, la pianificazione fiscale internazionale mira ad individuare, mediante la comparazione tra i diversi regimi fiscali esistenti, la soluzione che minimizza il carico fiscale dovuto dal gruppo aumentando così la sua competitività nel mercato globale. L'abbattimento di qualunque barriera al commercio internazionale e la facilità con cui i capitali potevano essere trasferiti hanno di fatto permesso alle imprese che fino ad allora avevano operato a livello domestico, di scegliere in quale Paese localizzare la propria ricchezza e dunque a quale sistema fiscale sottostare.

Al fine di proteggere la base imponibile nazionale nonché rendere il proprio ordinamento fiscale appetibile agli occhi degli investitori esteri, gli Stati esteri hanno avvertito l'esigenza di riformare i propri sistemi fiscali riducendo le aliquote d'imposta applicate e ampliando le basi imponibili. Uno dei principali aspetti positivi che vengono riconosciuti al processo di globalizzazione è infatti quello di aver stimolato i singoli ordinamenti nazionali ad adeguare le disposizioni interne al nuovo contesto economico³.

L'accentuarsi della concorrenza fiscale tra Stati, tuttavia, ha acuito le diversificazioni esistenti tra i vari sistemi fiscali vigenti nel mercato globale. In particolare, la presenza di Stati a fiscalità privilegiata ha incentivato le imprese multinazionali a sviluppare strategie sempre più sofisticate volte a ridurre il carico fiscale dovuto nel Paese di residenza mediante il trasferimento della propria ricchezza in tali territori.

Queste pratiche, oltre ad alterare la concorrenza tra le imprese, arrecano forti pregiudizi alle economie degli Stati che le subiscono in quanto comportano l'erosione delle loro basi imponibili, con conseguente riduzione delle imposte riscosse e dunque del gettito da destinare al finanziamento della spesa pubblica. La concorrenza fiscale dannosa rischia poi di determinare un inasprimento del carico impositivo applicato sulle ricchezze relativamente meno mobili quali la proprietà, il lavoro e i consumi, ostacolando l'applicazione di aliquote fiscali progressive e il raggiungimento di obiettivi redistributivi⁴.

Da quanto sopra si evince quindi come in un contesto economico globalizzato l'esistenza di paradisi fiscali rappresenti un fattore particolarmente destabilizzante⁵ capace di alterare la localizzazione dei flussi di ricchezza immateriale, compromettere l'integrità delle strutture fiscali esistenti nonché ridurre il livello di spesa pubblica offerto nel territorio.

² PEZZUTO G., *Paradisi fiscali e finanziari*, 2001, Milano, IL SOLE 24 ORE, p. 16.

³ Così si esprime l'OCSE nel Rapporto "*Harmful Tax competition - An Emerging Global Issue*" del 1998, p. 13, in cui evidenzia come "*globalisation has also been one of the driving forces behind tax reforms, which have focused on base broadening and rate reductions, thereby minimising tax induced distortions.*"

⁴ OCSE (1998), Report "*Harmful Tax competition - An Emerging Global Issue*", p. 14.

⁵ CARAMIGNOLI G., *I lineamenti essenziali dell'azione di contrasto*, in *Black list e paradisi fiscali*, 2011, Rimini, MAGGIOLI EDITORE, p. 11.

Per le ragioni sopra evidenziate, a partire dagli anni Novanta, le principali organizzazioni internazionali hanno avvertito l'esigenza di avviare una dura lotta contro i paradisi fiscali sviluppando varie misure dirette a contrastarne la diffusione. Nei paragrafi che seguono verranno ripercorsi i principali interventi effettuati in materia dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (di seguito OCSE) e dalla Comunità europea.

1.1 Le azioni dell'OCSE di contrasto ai paradisi fiscali

La lotta dell'OCSE all'utilizzo indebito dei paradisi fiscali ha avuto ufficialmente avvio nel 1998 con la pubblicazione del celebre Rapporto "*Harmful Tax competition - An Emerging Global Issue*", elaborato in risposta alla richiesta avanzata dai Ministri degli Stati membri di sviluppare specifiche misure atte a contrastare gli effetti distorsivi della concorrenza fiscale dannosa sulle decisioni di investimento e di finanziamento nonché sulle basi imponibili nazionali.

La prima questione affrontata dal Rapporto concerne l'individuazione dei criteri in ragione dei quali distinguere le pratiche fiscali lecite da quelle dannose. Nello specifico, il documento si focalizza sull'identificazione dei elementi che sia gli Stati membri dell'OCSE che Paesi terzi utilizzano per attrarre nel proprio territorio le attività particolarmente mobili⁶, quali quelle finanziarie e quelle di servizi, determinando l'erosione delle basi imponibili degli altri Stati membri. A tal fine vengono identificate due circostanze nelle quali l'imposta applicata sui redditi derivanti dalle attività finanziarie o di servizi è sensibilmente inferiore a quella ordinariamente applicata negli altri Stati. La prima fattispecie è rappresentata dai c.d. *tax heaven*, Stati o territori che generalmente non necessitano di prelevare imposte sui redditi, se non in misura davvero limitata, per finanziare la propria spesa pubblica⁷, risultando in tal modo particolarmente attrattivi per quegli imprenditori esteri che intendono sottrarre i propri redditi all'elevato livello di tassazione applicato dal proprio Stato di residenza. Il punto di partenza per l'individuazione di detti Stati è pertanto rappresentato dall'assenza di tassazione sui redditi delle persone fisiche e/o giuridiche ovvero dalla presenza di un'imposizione applicata a livello esclusivamente nominale (*no or only nominal taxes*). Tale fattore, tuttavia, rappresenta una condizione necessaria ma non sufficiente per qualificare un dato Stato come paradiso fiscale in quanto, ad avviso dell'Organizzazione, i *tax heavens* si caratterizzano anche per la presenza di altri elementi. Il primo è rappresentato dalla mancanza di un effettivo

⁶ Il Rapporto esclude espressamente dall'ambito di analisi gli incentivi fiscali progettati per attrarre investimenti in fattori produttivi immobili quali gli impianti, i fabbricati e le attrezzature, in quanto sarebbero stati oggetto di specifica trattazione in un momento successivo.

⁷ Tali Stati solitamente compensano l'assenza di un'imposta sui redditi con l'applicazione di numerosi prelievi indiretti sui servizi pubblici, sui trasporti oppure sui servizi alberghieri. Così CARBONE M., BOSCO M., PETESEL., *La geografia dei paradisi fiscali*, 2014, Milano, IPSOA, p. 71.

scambio di informazioni con le altre giurisdizioni estere. All'interno dei paradisi fiscali, difatti, gli investitori esteri solitamente beneficiano anche di rigorose regole di segretezza, prima fra tutte quella concernente le informazioni bancarie, che di fatto impediscono all'amministrazione finanziaria dello Stato estero un effettivo scambio di informazioni con le amministrazioni fiscali degli altri Paesi. L'assoluto anonimato che viene garantito ai capitali *ivi* localizzati rappresenta in molti casi un fattore avente una forza attrattiva quasi comparabile a quella esercitata dall'assenza di un'effettiva imposizione sui redditi⁸. Un siffatto ordinamento fiscale consente invero al soggetto non residente, non solo di ottenere ingenti risparmi d'imposta, ma anche di accumulare all'estero riserve di capitali totalmente occulte. Al riguardo, il Rapporto sottolinea come l'esistenza di norme interne che precludono il reperimento di informazioni relative ai soggetti non residenti, oltre a comportare evidenti conseguenze negative per le legislazioni estere, facilita altresì l'evasione fiscale e il riciclaggio di capitali provenienti da attività illegali quali, ad esempio, il traffico internazionale di droga e di armi.

Il secondo elemento concerne la mancanza di trasparenza. Tale criterio assolve ad una duplice funzione: da un lato garantisce che le leggi di un dato Stato vengano applicate uniformemente a tutti i contribuenti, evitando in tal modo indebite disparità di trattamento tra soggetti che si trovano nella medesima situazione; dall'altro lato, consente alle amministrazioni fiscali di accertare l'effettivo trattamento fiscale a cui i contribuenti sono sottoposti. La mancanza di trasparenza rende dunque più difficoltoso per uno Stato estero stabilire come le disposizioni fiscali previste dal paradiso fiscale vengono concretamente applicate e quale sia il trattamento fiscale a cui il proprio contribuente è effettivamente sottoposto. Al riguardo, il Rapporto evidenzia come tale situazione possa realizzarsi non solo in ragione della presenza nell'ordinamento estero di norme che tutelano in modo assoluto la *privacy* dei capitali *ivi* stabiliti, ma anche a seguito della stipulazione di accordi "segreti" tra il contribuente e lo Stato terzo che consentono al primo di operare in un contesto caratterizzato da un livello di imposizione di fatto nullo.

I paradisi fiscali, infine, si caratterizzano altresì per la mancanza di specifiche disposizioni che prevedano il requisito dell'esercizio di un'attività sostanziale nel proprio territorio. In tali Stati, infatti, l'accesso al regime fiscale privilegiato viene solitamente garantito a prescindere dall'esercizio di un'effettiva attività economica nel territorio nazionale. Tale circostanza fa quindi presumere che il sistema fiscale adottato dallo Stato

⁸ CARAMIGNOLI G., *I lineamenti essenziali dell'azione di contrasto*, in *Black list e paradisi fiscali*, 2011, Rimini, MAGGIOLI EDITORE, p. 13.

terzo sia finalizzato ad attirare investimenti supportati unicamente da ragioni fiscali anziché da motivi di natura economico - imprenditoriale.

La seconda fattispecie è invece rappresentata dai c.d. *harmful preferential tax regimes*. Rientrano in tale categoria tutti quegli Stati che generalmente riscuotono significative entrate dall'imposta sui redditi delle persone fisiche o giuridiche, ma il cui sistema fiscale ha comunque delle caratteristiche che favoriscono la concorrenza fiscale dannosa. Si tratta, in sostanza, di Stati che pur applicando un livello tassazione in linea con quello degli altri Paesi esteri, prevedono all'interno del proprio ordinamento regimi speciali che garantiscono agli investitori esteri un trattamento fiscale privilegiato. Anche in tal caso il punto di partenza per l'individuazione di tali pratiche è rappresentato da un livello di imposizione effettiva ridotto o nullo (*no or low effective tax rates*) che può derivare dall'applicazione di un'imposta sui redditi particolarmente limitata oppure di regole di determinazione della base imponibile favorevoli al contribuente. Come previsto in tema di paradisi fiscali, tale circostanza non è considerata sufficiente a qualificare un certo regime fiscale dannoso. A tal fine è necessario che sussistano anche i seguenti elementi:

- isolamento del regime fiscale privilegiato rispetto all'ordinario sistema fiscale applicato dallo Stato. Gli *harmful preferential tax regimes* rappresentano regimi fiscali speciali ovvero regimi che derogano alla disciplina ordinariamente applicata nel Paese estero. Di solito tale "isolamento" viene realizzato escludendo i soggetti residenti dal relativo ambito di applicazione e dunque dai benefici che esso offre, ovvero vietando ai soggetti non residenti di operare nel mercato interno. In tal modo lo Stato estero ottiene un duplice beneficio: da un lato attrae ingenti investimenti esteri nel proprio territorio e dall'altro lato evita che tali investimenti influiscano sull'andamento del mercato interno;
- assenza di trasparenza. Ad avviso dell'OCSE, affinché possa essere considerato trasparente un regime fiscale deve soddisfare entrambe le seguenti condizioni: in primo luogo, deve enunciare chiaramente le condizioni di applicabilità così da garantirne un'applicazione uniforme ai contribuenti; in secondo luogo, l'applicazione di detto regime ad un determinato contribuente deve poter essere reso disponibile alle autorità fiscali dei Paesi esteri. I regimi fiscali non trasparenti dunque accentuano la concorrenza fiscale dannosa tra Stati in quanto attribuiscono ai soggetti che ne beneficiano ampi margini di negoziabilità con l'amministrazione finanziaria, rischiando così di determinare notevoli disparità di trattamento tra i contribuenti stessi;
- mancanza di un scambio di informazioni effettivo con le altre giurisdizioni estere. Anche in tal caso il Rapporto riconosce nella capacità dello Stato di fornire

informazioni ad altri Paesi un criterio chiave nell'individuazione delle pratiche fiscali dannose per le medesime ragioni espresse con riguardo ai paradisi fiscali.

Le pratiche fiscali dannose sono pertanto rappresentate da tutti quei regimi fiscali, ordinari o speciali, che consentono ai soggetti non residenti di accumulare all'estero ingenti riserve di capitali protette dai controlli fiscali effettuati dal proprio Stato di residenza.

La seconda questione affrontata dal Rapporto concerne l'elaborazione di un elenco di contromisure riassunte in diciannove raccomandazioni che gli Stati membri sono invitati ad implementare al fine di ostacolare efficacemente la diffusione del fenomeno in esame. In particolare, tali raccomandazioni si propongono di aumentare l'efficacia delle misure interne già adottate dagli Stati membri⁹, evitare che l'applicazione delle convenzioni internazionali favorisca fenomeni di concorrenza fiscale dannosa¹⁰ ed infine intensificare la cooperazione internazionale¹¹.

La prima raccomandazione concerne l'introduzione di una disposizione interna in materia di CFC. Più precisamente, l'Organizzazione invita gli Stati membri che non presentano alcuna norma al riguardo a valutare l'adozione di CFC *rules* o di norme equivalenti come possibile rimedio alla concorrenza fiscale dannosa. I paesi che già presentano detta disciplina sono invece invitati ad estenderne l'ambito di applicazione a tutte le pratiche fiscali che possono essere considerate dannose in virtù dei criteri menzionati nel Rapporto.

Si vedrà in seguito come l'introduzione della disciplina sulle *Controlled Foreign Companies* all'interno dell'ordinamento fiscale italiano risponda proprio alla volontà del legislatore di uniformarsi a tale raccomandazione OCSE.

Il Rapporto del 1998 si conclude con l'impegno degli Stati membri ad astenersi dall'adottare nuove misure che possano costituire pratiche fiscali dannose, a rivedere le proprie disposizioni al fine di individuare quelle che rappresentano pratiche fiscali dannose nonché a rimuovere, entro 5 anni dalla data in cui le linee guida sono approvate dal Consiglio (ossia entro aprile 2003) gli eventuali aspetti dannosi presenti nei loro regimi fiscali.

Sulla base dei criteri precedentemente enunciati, nel giugno del 2000 l'OCSE ha pubblicato un nuovo Rapporto, *Towards Global Tax Co-operation*, nel quale sono stati individuati 47 regimi fiscali reputati potenzialmente dannosi. Per tali regimi viene confermato il 30 aprile 2003 quale termine per la loro rimozione.

All'interno del citato Rapporto è stata poi pubblicata anche la prima *black list* contenente 35 Stati o territori qualificati come paradisi fiscali il cui termine per la rimozione risultava più

⁹ Si vedano al riguardo le Raccomandazioni 1 – 7.

¹⁰ Si vedano al riguardo le Raccomandazioni 8 – 14.

¹¹ Si vedano al riguardo le Raccomandazioni 15 – 19.

stringente rispetto ai regimi fiscali potenzialmente dannosi. In particolare, gli Stati erano chiamati ad inviare entro il 31 luglio 2001 una *advance commitment letter* ossia una lettera con la quale si assumevano l'impegno di emanare misure dirette ad eliminare la pratica fiscale dannosa, si astenevano dall'introdurre di nuove ed assicuravano un adeguato scambio di informazioni con le amministrazioni finanziarie estere. L'OCSE richiedeva inoltre la predisposizione di un piano dettagliato dal quale si potessero evincere i tempi e le modalità attraverso i quali il paradiso fiscale intendeva eliminare la pratica dannosa.

Gli Stati che non avessero provveduto ad assumersi tale impegno sarebbero stati poi inclusi in una lista di Paesi non collaborativi e puniti mediante l'introduzione da parte degli Stati terzi di particolari misure sanzionatorie. Tali misure interessavano ad esempio:

- il disconoscimento dei benefici connessi ad operazioni compiute con paradisi fiscali non cooperativi quali deduzioni, esenzioni o crediti;
- l'irrelevanza delle esimenti concernenti l'applicazione di sanzioni collegate ad operazioni compiute con i suddetti Stati;
- l'applicazione di ritenute alla fonte sui pagamenti effettuati a favore di soggetti *ivi* residenti
- l'aumento dei controlli fiscali sui contribuenti che avessero compiuto operazioni con i paradisi fiscali non cooperativi;
- l'applicazione di tributi sulle operazioni che coinvolgevano detti Stati.

Un decisivo cambio di indirizzo si è verificato con la pubblicazione del Rapporto "*The OECD's Project On Harmful Tax Practices: The 2001 Progress Report*" in cui l'assenza di un adeguato scambio di informazioni diviene per l'OCSE il criterio principale per l'individuazione dei paradisi fiscali. Secondo il parere dell'Organizzazione, in un contesto economico oramai globale, i singoli governi non potevano più fare affidamento soltanto sulle informazioni di fonte interna per garantire l'adempimento degli obblighi tributari dei propri contribuenti. L'aumento esponenziale delle operazioni transazionali poste in essere da quest'ultimi richiedeva infatti una forte collaborazione tra le diverse amministrazioni fiscali estere. Sulla base di tali considerazioni, l'Organizzazione ha ritenuto necessario modificare i criteri chiave nell'individuazione delle pratiche fiscali dannose. Nello specifico, una giurisdizione non sarebbe stata inserita nella lista dei Paesi poco collaborativa se, entro il 28 febbraio 2002¹², si fosse impegnata a garantire trasparenza e un effettivo scambio di informazioni¹³.

¹² Tra le novità introdotte dal Report del 2001 rientra anche la modifica del termine per la rimozione dei paradisi fiscali, prorogato dal 31 luglio 2001 al 28 febbraio 2002.

¹³ Così OCSE, "*The OECD's project on harmful tax practices: the 2001 Progress Report*", par. 36.

Ulteriore novità concerneva l'eliminazione del criterio dell'assenza di attività sostanziali quale condizione necessaria per la qualificazione dei paradisi fiscali. Secondo il Rapporto, la verifica di tale condizione poteva risultare particolarmente difficoltosa soprattutto con riferimento alle attività che non richiedono per il loro svolgimento una significativa presenza nel territorio di ubicazione, quali sono le attività finanziarie e di servizi. Il suddetto requisito è stato pertanto escluso dalla categoria dei fattori rilevanti per l'individuazione dei Paesi poco collaborativi¹⁴. Nei successivi Rapporti, sono stati messi in luce i notevoli progressi effettuati dall'Organizzazione nella lotta contro le pratiche fiscali dannose. A seguito della pubblicazione nel 2000 della prima *black list*, infatti, gli Stati inseriti in tale elenco hanno prontamente manifestato la propria volontà di rimuovere le pratiche fiscali dannose presenti all'interno del loro ordinamento fiscale. In particolare, nel 2002 soltanto sette dei trentacinque Paesi erano considerati ancora a fiscalità privilegiata, ridotti poi a cinque nel 2003. Per quanto concerne i regimi fiscali potenzialmente dannosi, invece, il Report del 2006 ha evidenziato come dei 47 regimi inizialmente individuati, 18 erano stati aboliti, 14 modificati e 13 non ritenuti più dannosi sulla base di ulteriori analisi¹⁵.

1.1.2. Il rapporto BEPS

Con la pubblicazione nel febbraio 2013 del Rapporto *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, l'OCSE ha dato avvio ad un nuovo progetto internazionale volto a contrastare il fenomeno dell'erosione della base imponibile mediante il trasferimento fittizio di redditi in Stati a fiscalità privilegiata. A differenza dei precedenti Rapporti, tale progetto non si focalizza sull'individuazione dei tratti distintivi delle pratiche fiscali dannose bensì sui fattori che permettono alle imprese multinazionali porre in essere strategie fiscali particolarmente aggressive. In altri termini, l'attenzione dell'Organizzazione si è spostata dagli elementi che consentivano ad uno Stato di attrarre investimenti esteri nel proprio territorio a danno dei Paesi terzi, alle modalità con cui le imprese multinazionali riescono ad erodere la base imponibile del proprio Stato di residenza mediante il fittizio trasferimento di redditi nei suddetti territori.

L'esigenza di adottare un nuovo piano d'azione è nata dalla consapevolezza che le disposizioni fiscali internazionali presenti all'interno dei singoli ordinamenti non risultavano più idonee a regolare un sistema economico in cui le interazioni tra i diversi regimi fiscali erano divenute sempre più frequenti. Fino ad allora, infatti, gli Stati membri avevano

¹⁴ Si veda OCSE, "The OECD's project on harmful tax practices: the 2001 Progress Report", par. 27.

¹⁵ Si veda OCSE, "The OECD's project on harmful tax practices: 2006 update on progress in member countries", par. 9.

progettato il proprio sistema fiscale senza prendere in considerazione gli effetti determinati dalle leggi fiscali di altri Paesi esteri poiché, in un contesto di economie chiuse, le operazioni transfrontaliere erano alquanto marginali data la scarsa mobilità del capitale. Il processo di globalizzazione e il conseguente aumento degli scambi internazionali hanno fatto sì che i *mismatches* esistenti tra i diversi ordinamenti fiscali nazionali provocassero numerose fattispecie di doppia non imposizione puntualmente sfruttate dalle imprese multinazionali per ridurre il proprio carico fiscale. Recenti studi in materia avevano infatti mostrato come gli schemi di pianificazione fiscale adottati dalle società fossero diventati nel tempo particolarmente aggressivi in quanto volti a trasferire la ricchezza prodotta nei luoghi caratterizzati da un livello di imposizione particolarmente limitato. Tali strategie comportavano dunque un disallineamento tra lo Stato in cui i redditi erano stati prodotti e il Paese in cui erano poi effettivamente soggetti a tassazione. Il progetto BEPS ha quindi l'obiettivo di ricondurre l'imposizione dei profitti aziendali nei Paesi in cui le attività hanno luogo e dove il valore aggiunto è effettivamente creato, così da rendere inefficaci quelle strategie di pianificazione che sfruttando le norme obsolete e lo scarso coordinamento tra i diversi ordinamenti fiscali nazionali, riducono il gettito fiscale dei singoli Stati.

A tal fine, nel luglio del 2013, l'Organizzazione ha pubblicato l'*Action Plan*, un piano d'azione internazionale composto complessivamente da 15 interventi che gli Stati membri avrebbero dovuto implementare entro due anni dalla data di pubblicazione. Più precisamente, il Rapporto annuncia i seguenti interventi:

- 1) *Address the tax challenges of the digital economy*. Tale azione individua la necessità di introdurre nuove disposizioni fiscali in materia di economia digitale che abbiano ad oggetto sia le imposte dirette che quelle indirette. In particolare, l'intervento si focalizza sulla possibilità per un'impresa di avere una significativa *digital presence* nell'economia di uno Stato terzo senza scontare in esso alcuna imposizione, data l'assenza di un collegamento territoriale nell'accezione propria delle disposizioni internazionali allora vigenti;
- 2) *Neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements*. L'Organizzazione intende modificare le disposizioni contenute nel Modello di convenzione dell'OCSE al fine di contrastare fenomeni di doppia non imposizione;
- 3) *Strengthen CFC rules*. L'intervento mira a rafforzare le disposizioni in tema di CFC adottate dai singoli Stati membri;
- 4) *Limit base erosion via interest deductions and other financial payments*. L'OCSE intende sviluppare raccomandazioni dirette a contrastare l'erosione della base imponibile determinata dalla realizzazione di apposite operazioni di finanziamento infragruppo;

- 5) Counter harmful tax practices more effectively, taking into account transparency and substance. Tale azione mira a rafforzare la lotta contro le pratiche fiscali dannose privilegiando i principi di trasparenza, lo scambio di informazioni e l'effettività dell'attività economica esercitata;
- 6) Prevent treaty abuse. L'intervento è diretto a modificare alcune disposizioni del modello di convenzione OCSE contro le doppie imposizioni al fine di precludere l'accesso ai benefici offerti dai trattati in circostanze non appropriate;
- 7) Prevent the artificial avoidance of PE status. L'intervento mira a modificare la definizione di stabile organizzazione al fine di prevenire occultamenti artificiosi da parte delle imprese multinazionali;
- 8) Intangibles. Al fine di contrastare l'erosione della base imponibile mediante lo spostamento di attività immateriali in Stati aventi un regime fiscale privilegiato, l'Organizzazione mira ad elaborare una definizione ampia e chiara di beni immateriali, garantire che i profitti siano associati ad un'effettiva creazione di valore nonché sviluppare misure speciali per i trasferimenti aventi ad oggetto beni immateriali di difficile valutazione;
- 9) Risks and capital. Tale azione ha ad oggetto lo sviluppo di specifiche norme concernenti il trasferimento dei rischi e l'allocatione del capitale tra le società del gruppo. In particolare, l'azione mira a garantire che gli utili vengano dichiarati dal soggetto che effettivamente ha sostenuto il rischio imprenditoriale;
- 10) Other high-risk transactions. L'intervento mira a prevenire l'erosione della base imponibile mediante operazioni infragruppo che presentano un elevato rischio;
- 11) Establish methodologies to collect and analyse data on BEPS and the actions to address it. L'OCSE intende predisporre specifiche metodologie di raccolta e analisi dei dati concernenti l'impatto del BEPS e l'efficacia delle misure finalizzate a contrastarlo;
- 12) Require taxpayers to disclose their aggressive tax planning arrangements. L'azione mira ad elaborare specifiche *disclosure rules* in merito all'adozione da parte dei contribuenti di schemi di pianificazione fiscale aggressiva;
- 13) Re-examine transfer pricing documentation. L'OCSE intende riesaminare le disposizioni inerenti la documentazione dei prezzi di trasferimento al fine di garantire una maggiore trasparenza per le amministrazioni fiscali;
- 14) Make dispute resolution mechanisms more effective. L'intervento ha l'obiettivo di modificare le disposizioni del modello di convenzione OCSE in tema di procedure amichevoli al fine di eliminare gli ostacoli che impediscono agli Stati membri di risolvere le controversie mediante tale istituto;

15) *Develop a multilateral instrument*. L'obiettivo è quello di sviluppare uno strumento multilaterale per implementare le misure introdotte in ragione delle linee guida espresse nel Rapporto BEPS.

Da quanto sopra, si evince dunque come le 15 azioni dettate dall'Organizzazione abbiano in sostanza l'obiettivo di migliorare coordinamento tra i diversi ordinamenti fiscali nazionali modificando il contenuto dei trattati internazionali esistenti nonché imponendo rigidi criteri di trasparenza e un effettivo scambio di informazioni tra le amministrazioni finanziarie.

1.1.2. L'action 3: Strengthen CFC rules

Come evidenziato in precedenza, uno degli interventi che l'OCSE ritiene necessari per contrastare l'erosione della base imponibile degli Stati esteri concerne il rafforzamento delle discipline CFC da parte degli Stati Membri. Le raccomandazioni, fornite sotto forma di sei "building blocks", non rappresentano uno standard minimo a cui i Paesi sono invitati ad adeguarsi bensì vogliono permettere agli Stati membri che scelgono di implementarle di dotarsi di una disciplina effettivamente in grado di impedire ai contribuenti il trasferimento fittizio di materia imponibile in Stati esteri.

Dato che ogni Paese persegue obiettivi politici differenti, l'OCSE riconosce ad ogni Stato un certo grado di flessibilità nella loro implementazione al fine di rendere le discipline nazionali il più possibile coerenti con le priorità stabilite da ciascun sistema fiscale. Maggiore flessibilità, tuttavia, potrebbe rendere le varie discipline nazionali particolarmente differenti tra loro in termini di contenuto ed obiettivi perseguiti. In particolare, il Rapporto individua due fattori che possono influenzare le peculiarità di ciascuna disciplina CFC: il sistema di tassazione, territoriale o mondiale, adottato dallo Stato membro e l'appartenenza o meno di detto Stato all'Unione Europea. Per quanto concerne il primo fattore, l'OCSE ritiene il sistema fiscale territoriale più adeguato alla disciplina CFC in quanto garantisce la sola tassazione dei redditi che sarebbero stati oggetto di imputazione nello Stato di residenza. Il criterio della tassazione mondiale, invece, potrebbe determinare l'imposizione anche di redditi che non sono ordinariamente soggetti ad imposta nello Stato di origine del contribuente. Quanto al secondo aspetto, si evidenzia come l'appartenenza dello Stato all'Unione Europea influisca sui connotati della disciplina CFC giacché quest'ultima deve necessariamente risultare compatibile con i principi espressi dall'ordinamento comunitario, primo fra tutti il diritto di stabilimento ex art. 49 del TFUE.

Nonostante la pluralità delle varianti esistenti, vi sono alcuni elementi della disciplina in esame che non risentono delle scelte politiche adottate dal singolo Stato membro e

risultano, per tale motivo, condivisi da tutte le CFC *legislation*. Il primo elemento si riferisce al ruolo rivestito dalla CFC quale disciplina atta ad agire come misura deterrente. Le normative nazionali, infatti, non sono progettate con l'obiettivo di aumentare l'imposizione fiscale sui redditi conseguiti dalla controllata estera ma di proteggere i redditi imponibili nel territorio domestico. Si vuole garantire, infatti, che la ricchezza ascrivibile ad un dato contribuente non venga fittiziamente trasferita all'estero bensì rimanga all'interno della base imponibile nazionale.

Il secondo elemento concerne la sua interazione con la disciplina del *transfer pricing*. Com'è noto, le disposizioni in tema di *transfer pricing* sono finalizzate ad evitare che società appartenenti al medesimo gruppo manipolino i prezzi delle transazioni infragruppo al fine di localizzare i profitti in Stati aventi un regime fiscale agevolato. Dato che la disciplina CFC coinvolge per definizione soggetti appartenenti al medesimo gruppo, alcuni Stati utilizzano tali disposizioni anche per contrastare la rettifica dei prezzi delle operazioni infragruppo. Si ritiene tuttavia che le disposizioni CFC non possano in realtà essere considerate una misura sostitutiva delle regole del *transfer pricing* in quanto non idonee ad eliminare tutte le fattispecie rilevanti ai fini di tale disciplina (e viceversa). Ne consegue che le due normative, sebbene presentino notevoli aspetti in comune, dovrebbero mantenere ciascuna la propria autonomia all'interno dell'ordinamento nazionale.

La terza considerazione riguarda la necessità di bilanciare l'efficacia della normativa con il contenimento degli oneri amministrativi. In particolare, il Rapporto mette in luce come una disciplina particolarmente "meccanica", sebbene consenta una notevole riduzione degli oneri amministrativi, potrebbe non risultare così efficace come una normativa dai contenuti più flessibili. Maggiore flessibilità, tuttavia, comporta anche maggiore incertezza applicativa e dunque costi più elevati per la sua applicazione. Ciascun Stato deve dunque trovare il giusto equilibrio tra la riduzione della complessità applicativa, garantita da regole meccaniche, e l'efficacia assicurata invece da disposizioni che privilegiano aspetti più soggettivi.

L'ultimo elemento si riferisce alla necessità di evitare fattispecie di doppia imposizione. Considerato che le CFC *rules* prevedono la tassazione del reddito conseguito dalla controllata estera nel Paese di origine del socio controllante, una situazione di doppia imposizione potrebbe realizzarsi, ad esempio, nel caso in cui la società partecipata sia soggetta a tassazione anche nello Stato di insediamento. In tal caso, infatti, all'imposizione domestica si aggiunge l'imposizione applicata dallo Stato estero. Solitamente le discipline nazionali prevengono tale circostanza introducendo specifiche esenzioni d'imposta oppure riconoscendo ai soggetti residenti un credito per i tributi corrisposti allo Stato estero.

Come anticipato in premessa, le raccomandazioni di cui all'azione n. 3 sono state espresse sotto forma di sei *building blocks* che rappresentano gli elementi fondanti della disciplina in esame. Il primo elemento strutturale della disciplina concerne la definizione di *controlled foreign companies*. Sul punto l'OCSE raccomanda di adottare una nozione particolarmente ampia che comprenda, oltre ai soggetti costituiti in forma societaria, anche le stabili organizzazioni e qualsiasi altro ente giuridico in modo tale da evitare che il socio residente aggiri il presupposto applicativo modificando la forma giuridica della controllata. Ad avviso dell'Organizzazione, l'applicazione della disciplina dovrebbe trovare poi luogo anche con riferimento ai soggetti esteri fiscalmente trasparenti qualora i redditi da quest'ultimi prodotti non siano stati oggetto di tassazione nel Paese della controllante. Ci si riferisce, in particolare, alla circostanza in cui la controllata, considerata dall'ordinamento estero fiscalmente trasparente, rappresenti ai sensi della disciplina interna un autonomo soggetto passivo d'imposta.

Individuata la nozione di CFC, è necessario stabilire il tipo di controllo che deve intercorrere tra il soggetto estero e il socio residente nonché il livello di tale controllo.

Per quanto concerne il primo aspetto, la relazione raccomanda agli Stati di non limitare la propria disciplina alle sole ipotesi di controllo di diritto ossia alla detenzione della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria. Tale requisito potrebbe infatti rivelarsi eccessivamente restrittivo specialmente nei casi in cui l'ordinamento estero riconosce ai soggetti *ivi* localizzati un certo grado di flessibilità nella determinazione del contenuto delle azioni. In tal caso, invero, il contribuente potrebbe abusare di tale flessibilità per sottrarsi all'applicazione della disciplina. Per tale ragione dovrebbero essere valorizzate anche altre forme di controllo che consentono al socio residente di esercitare ugualmente un'influenza dominante nel soggetto partecipato estero. Si tratta in particolare del c.d. controllo economico concernente la detenzione di partecipazioni all'utile o al capitale della società e il c.d. controllo di fatto che si focalizza invece sul soggetto che assume le decisioni strategiche e influenza le azioni ordinariamente compiute, ovvero, sull'esistenza di particolari vincoli contrattuali che consentono al contribuente di condizionare le scelte poste in essere dalla CFC. Il controllo di fatto richiede quindi un'attenta valutazione dei fatti e delle circostanze esistenti.

In ogni caso, la definizione di controllo dovrebbe includere sia fattispecie di controllo diretto che fattispecie di controllo indiretto, esercitato dunque per tramite di una società intermedia.

Quanto al livello di controllo, la relazione afferma che se l'obiettivo della disciplina è quello di individuare tutte le situazioni in cui il soggetto controllante ha il potere di influenzare le decisioni assunte dalla controllata, il presupposto applicativo dovrebbe

considerarsi integrato nel caso in cui il soggetto detiene oltre il 50% del controllo della partecipata estera. Gli Stati membri, tuttavia, possono adottare delle soglie di riferimento più basse se le ritengono ugualmente idonee a conferire al socio residente il potere di indirizzare le decisioni assunte dalla società estera.

Il secondo *building block* concerne le cause di esclusione e i requisiti di soglia. L'introduzione di detti fattori risponde alla necessità di focalizzare l'applicazione della disciplina ai soli casi in cui il socio residente sconti effettivamente un'imposta sensibilmente inferiore a quella che avrebbe dovuto corrispondere se la CFC fosse stata localizzata nel territorio domestico. Al riguardo, il Rapporto elenca le principali tipologie di esenzioni adottate dagli Stati membri che già presentano tale disciplina nel proprio ordinamento. Una prima tipologia prevede la fissazione di un importo minimo di reddito al di sotto del quale la norma non trova applicazione (c.d. regola del *de minimis*). In particolare l'esenzione può essere riconosciuta quando il reddito imputabile al socio residente è inferiore rispetto ad una certa percentuale del reddito della CFC ovvero ad un dato importo fisso. Tale meccanismo, tuttavia, potrebbe essere facilmente aggirato dal socio residente frammentando il proprio reddito tra più controllate estere, titolari ciascuna di una ricchezza inferiore alla soglia minima. Pertanto, qualora le giurisdizioni decidano di adottare un simile meccanismo, il Rapporto raccomanda di introdurre anche specifiche disposizioni che precludano al socio residente la possibilità di parcellizzare appositamente il proprio reddito estero con lo scopo di sottrarsi all'applicazione della disciplina.

Un'altra tipologia, invece, adotta una soglia di imposizione di riferimento per cui le CFC *rules* si applicano soltanto ai soggetti residenti in Stati che presentano un livello di tassazione inferiore a quello prestabilito (c.d. *tax rate exemption*). Questa fattispecie, particolarmente diffusa tra gli Stati membri, viene adottata per una duplice ragione: da un lato assicura l'applicazione del regime ai soli soggetti che beneficiano di un effettivo livello di imposizione inferiore a quello domestico e quindi alle fattispecie in cui il rischio di abuso è più elevato; dall'altro lato, garantisce maggiore certezza per i contribuenti con notevole riduzione degli oneri amministrativi. La *tax rate exemption*, tuttavia, non consente di intercettare tutte le fattispecie di erosione della base imponibile poste in essere dai soci; in particolare restano escluse dall'ambito applicativo quelle in cui il contribuente gode di un livello di tassazione inferiore a quello domestico, ma più elevato rispetto alla soglia minima di riferimento. Al fine di stabilire se la società partecipata estera ha scontato un livello di tassazione particolarmente limitato, gli Stati solitamente confrontano di volta in volta il livello di tassazione scontato dalla CFC e il livello soglia, oppure redigono una *black list* in cui

vengono elencati tutti i Paesi considerati a tassazione privilegiata rendendo la verifica del presupposto applicativo meno onerosa per il contribuente.

Per quanto concerne il *benchmark* con cui confrontare il livello di tassazione sopportato dalla CFC, questo può essere rappresentato da un livello prestabilito di imposizione, considerato dal legislatore sensibilmente inferiore a quello domestico, ovvero da una percentuale della propria aliquota d'imposta. Entrambi gli approcci sono considerati validi dal Rapporto.

Una volta stabilito il livello di riferimento, lo Stato deve decidere quale livello di tassazione applicato dal Paese estero deve essere confrontato con quello domestico. Alcune legislazioni confrontano il *benchmark* con l'aliquota nominale di tassazione applicata dallo Stato estero; altre, invece, prendono a riferimento l'effettivo livello di imposizione sopportato dalla controllata estera. Sebbene l'adozione del primo metodo consenta di ridurre notevolmente gli oneri amministrativi, la raccomandazione è quella di utilizzare il *tax rate* effettivo in quanto consente di determinare in modo più preciso il beneficio fiscale conseguito dal socio residente, nonché di intercettare anche tutte quelle fattispecie in cui, sebbene la tassazione nominale risulti in linea con quella domestica, vi è comunque un sensibile risparmio d'imposta per il soggetto controllante¹⁶.

Una volta delimitati i presupposti soggettivi ed oggettivi, il terzo *building block* richiede la definizione del *CFC income* ossia del reddito conseguito dalla controllata estera che sarà poi oggetto di imputazione in capo al socio residente. In questa sezione, il Rapporto si limita ad elaborare una lista esemplificativa degli approcci che possono essere adottati per la definizione dei redditi rilevanti ai fini applicativi. Ad ogni Stato è perciò riconosciuta la libertà di adottare l'approccio che più si concilia con gli obiettivi perseguiti dalla propria politica fiscale.

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.

Generalmente, gli Stati ripartiscono il reddito della partecipata estera nelle seguenti categorie legali: dividendi, interessi, redditi di assicurazione, royalties e redditi derivanti dalle vendite e dalle prestazioni di servizi. Si tratta principalmente di redditi aventi natura passiva, ovvero di redditi che non richiedono per il loro conseguimento un particolare sforzo attivo da parte del soggetto che li percepisce e che per tale ragione possono essere facilmente delocalizzati dal socio residente in Stati a fiscalità privilegiata. Il rapporto evidenzia tuttavia come da tali categorie dovrebbero considerarsi esclusi quei redditi che sebbene siano formalmente

¹⁶ Una tale circostanza può essere dettata, ad esempio, dall'applicazione di particolari disposizioni fiscali che riducono l'ammontare della base imponibile ovvero dalla mancata applicazione di un'aliquota d'imposta effettiva.

assimilabili a tali fattispecie, in realtà derivano dallo svolgimento di un'effettiva attività economica da parte della CFC oppure quelli che sarebbero stati esenti da imposta se fossero stati conseguiti nel Paese di residenza della capogruppo.

Alcune legislazioni definiscono il reddito della CFC non in base alla relativa natura giuridica bensì in virtù del soggetto dal quale esso viene distribuito. In particolare si considerano inclusi nell'ambito applicativo i redditi derivanti da una società appartenente al medesimo gruppo in quanto considerati più facilmente trasferibili rispetto a quelli conseguiti da operazioni con parti terze.

Altre legislazioni, infine, distinguono la ricchezza conseguita dalla CFC in ragione della fonte di reddito. Tale approccio si basa sul principio di fondo che i redditi provenienti da un Paese diverso da quello della giurisdizione CFC potrebbero essere stati oggetto di una condotta abusiva rispetto a quelli provenienti da attività intraprese nel territorio. Più precisamente, la disciplina può assumere la forma di un *anti-base-stripping rule* oppure di una *source – country rule*. Nel primo caso i Paesi, focalizzandosi prevalentemente nella prevenzione dell'erosione della base imponibile dello Stato della controllata, considerano rilevante solo il reddito della CFC generato da operazioni intercorse con soggetti localizzati nella propria nazione, siano essi appartenenti o meno al gruppo della CFC.

I paesi che invece perseguono lo scopo di contrastare il fenomeno dell'erosione della base imponibile di qualunque Stato terzo, sono propensi a considerare rilevante qualsiasi reddito conseguito in uno Stato diverso da quello di localizzazione della CFC. Secondo il Rapporto, quest'ultimo approccio risulta sicuramente di più difficile applicazione e rischia di imputare al socio residente anche redditi che sono stati genuinamente prodotti in Stati terzi.

Il secondo approccio è quello dell'analisi sostanziale che mira 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. L'obiettivo è quello di stabilire se la controllata estera è effettivamente in grado di produrre in modo autonomo i redditi che consegue ovvero se tali redditi sono stati fittiziamente trasferiti dal soggetto residente. Tale approccio può essere applicato prevedendo una soglia limite di riferimento ovvero mediante un'analisi proporzionale. Nel primo caso viene indentificato uno standard minimo che la struttura organizzativa estera deve presentare al fine di considerare genuini i redditi *ivi* dichiarati. Nel secondo caso, invece, si esclude dall'ambito applicativo un ammontare di reddito proporzionale al livello di attività che la CFC svolge nello Stato di insediamento.

L'approccio sostanziale consente di certo un'applicazione più precisa della disciplina CFC rispetto a quello basato sulla classificazione giuridica, a prezzo però di aumento degli oneri amministrativi data la maggiore complessità applicativa.

Ultimo approccio descritto dal Rapporto è quello inerente il profitto in eccesso. Secondo questo metodo, si considera CFC *income* la quota di reddito conseguito dalla controllata che eccede il rendimento normale garantito da un investimento effettuato nel Paese a fiscalità privilegiata. Tale approccio prevede per prima cosa la determinazione del rendimento medio dell'investimento inteso quale prodotto fra il tasso di rendimento¹⁷ e il capitale investito. Questo importo viene poi sottratto dal reddito complessivamente conseguito dalla CFC, determinando così il profitto in eccesso da imputare per trasparenza al socio controllante.

A prescindere dalla tipologia di approccio adottato, il legislatore deve stabilire se intende estendere il regime a tutti i redditi conseguiti dalla CFC (c.d. *entity approach*) ovvero limitarne l'applicazione ai soli redditi la cui natura solleva maggiori preoccupazioni elusive (c.d. *transactional approach*). In base al primo metodo, se la controllata estera consegue una data percentuale di reddito rilevante ai fini applicativi, l'intero reddito da essa conseguito viene attribuito al socio residente, compreso quello derivante dall'esercizio di un'effettiva attività imprenditoriale. Secondo il *transactional approach*, invece, ogni flusso di reddito viene valutato per stabilire se rientri o meno all'interno della definizione di CFC *income*. La differenza consiste dunque nel fatto che secondo il primo approccio la ricchezza imputabile è sempre rappresentata dall'intero reddito conseguito, comportando quindi l'imposizione sia del reddito fittiziamente trasferito sia del reddito derivante da un'eventuale attività economica effettiva; in base al secondo approccio, invece, sono oggetto di imputazione soltanto alcuni flussi di reddito conseguiti dalla CFC. Ne consegue che l'approccio *transactional* risulta essere molto più preciso nell'individuazione dei redditi fittiziamente trasferiti, ma comporta maggiori oneri amministrativi rispetto al primo metodo.

Una volta definito il reddito della CFC, il quarto *building block* richiede di definire le modalità con le quali calcolare il suddetto reddito. In tal caso la raccomandazione è quella di utilizzare le disposizioni dell'ordinamento della controllante: tale soluzione, oltre a risultare in linea con la *ratio* della disciplina, limita gli oneri amministrativi dal momento che richiede l'applicazione di disposizioni già conosciute dal soggetto residente. Non si raccomanda dunque l'adozione di regimi che determinano il reddito attribuibile al socio residente in ragione delle disposizioni fiscali previste dalla legislazione estera ovvero che consentono allo

¹⁷ Per tasso di rendimento si intende la sommatoria tra il tasso privo di rischio e il premio per il rischio. Il Rapporto evidenzia, al par. 90, come solitamente gli studi economici ritengano tale livello approssimativamente compreso tra l'8% e il 10%, anche se questo varia a seconda del settore e del Paese di riferimento.

stesso contribuente di scegliere quali disposizioni applicare. Nel primo caso la quota di base imponibile erosa verrebbe colmata assoggettando ad imposta un reddito difforme rispetto a quello che sarebbe stato tassato se prodotto nel territorio domestico; nel secondo caso, invece, il socio residente sarebbe sempre incentivato ad applicare le disposizioni che garantiscono la determinazione del reddito meno elevato.

Ad avviso dell'OCSE, ai fini del calcolo del reddito CFC ogni giurisdizione dovrebbe poi introdurre specifiche disposizioni che limitino l'utilizzo delle perdite conseguite dalla controllata estera. In particolare, la loro compensazione dovrebbe essere consentita soltanto con riferimento ai profitti conseguiti della stessa CFC o da altre controllate localizzate nella stessa giurisdizione, evitando in tal modo possibili manipolazione delle perdite conseguite all'estero da parte del socio residente.

Una volta individuato il reddito imponibile, il passo successivo è la determinazione di come tale reddito debba essere imputato ai soci della CFC (quinto blocco).

Nel dettaglio, l'imputazione del reddito al soggetto residente può essere suddiviso in cinque fasi: individuazione dei contribuenti a cui deve essere imputato il reddito, determinazione della quantità di reddito da attribuire, definizione del momento in cui il reddito deve essere imputato ai contribuenti, determinazione del suo trattamento rispetto ai redditi del soggetto controllante ed infine individuazione dell'aliquota fiscale da applicare.

Il Rapporto raccomanda di imputare il reddito della CFC ai soggetti controllanti che risultano tali in ragione della definizione di controllo adottata dallo Stato. L'importo di reddito imputabile dovrebbe essere calcolato in virtù della quota di partecipazione detenuta dal socio residente nonché in ragione del effettivo periodo di possesso o di influenza. Molte CFC *legislations* prevedono l'imputazione del reddito nel momento in cui termina l'esercizio fiscale della controllata, altre invece prevedono regole differenti per stabilire il periodo d'imposta nel quale si deve procedere all'imputazione. Il Rapporto considera entrambi gli approcci efficaci nel contrastare il BEPS, pertanto non viene espressa alcuna raccomandazione al riguardo. In sostanza, spetta ai singoli Stati membri individuare quale modalità più si concilia con il proprio sistema fiscale.

Per quanto concerne il trattamento fiscale riconosciuto a tale reddito, per alcune legislazioni quest'ultimo viene attribuito a titolo di dividendo, per altre invece rappresenta un reddito direttamente conseguito dal socio residente (la CFC viene quindi considerata come un'entità fiscalmente trasparente). Anche in tal caso entrambi gli approcci sono considerati ugualmente efficaci perciò la questione di come trattare i redditi attribuiti al socio residente viene lasciata alle singole giurisdizioni. Infine, per quanto riguarda l'aliquota fiscale, si raccomanda l'applicazione dell'imposta sui redditi vigente nello Stato di residenza del contribuente.

Il sesto ed ultimo blocco illustra le raccomandazioni per prevenire o eliminare le fattispecie di doppia imposizione. In particolare, una siffatta situazione può sorgere quando:

- il reddito imputato al socio residente è stato oggetto di tassazione anche nello Stato di localizzazione della CFC;
- il reddito è soggetto all'applicazione di più discipline nazionali, data la presenza di società intermedie nella catena di controllo;
- i redditi imputati per trasparenza vengono in seguito effettivamente distribuiti al socio residente ovvero la partecipazione viene ceduta prima della distribuzione dei dividendi.

La raccomandazione per affrontare le prime due situazioni è quella di riconoscere al socio residente un credito per le imposte estere effettivamente pagate allo Stato estero, comprese quelle corrisposte alle legislazioni intermedie. Con particolare riguardo alla seconda circostanza, è necessario stabilire una gerarchia nell'applicazione della disciplina da parte dei vari Paesi coinvolti: secondo il Rapporto, la priorità dovrebbe essere accordata all'ordinamento della società che nella catena di controllo risulta essere più vicina alla CFC.

La raccomandazione per affrontare la terza situazione, invece, è quella di escludere da tassazione i dividendi e plusvalenze derivanti dalla partecipazione nella società estera se il reddito di quest'ultima è già stato assoggettato a tassazione. Nel caso di controllo indiretto, individuare il corretto ammontare di dividendi distribuiti dalla CFC potrebbe risultare difficoltoso dal momento che essi inevitabilmente vengono sommati al reddito prodotto dal soggetto intermedio. Per far fronte a questa difficoltà, i Paesi solitamente introducono una presunzione per cui i dividendi distribuiti dal soggetto intermedio si considerano prioritariamente formati dai redditi conseguiti dalla CFC, a condizione che quest'ultima abbia effettivamente distribuito i dividendi al soggetto controllato. Per quanto concerne il trattamento delle plusvalenze, i Paesi possono scegliere di non tassare i redditi conseguiti dal socio residente mediante la cessione della partecipazione fino a concorrenza dell'ammontare di reddito già tassato per trasparenza.

1.2. Le principali iniziative comunitarie

Nel corso degli anni Novanta, la necessità di dare avvio ad un'azione coordinata contro le pratiche fiscali dannose era stata avvertita anche a livello europeo. La Commissione delle Comunità europee, con comunicazione n. 495 del 1 ottobre 1997, aveva invero manifestato la propria intenzione di elaborare un dettagliato pacchetto di misure fiscali dirette a ridurre gli effetti distorsivi che la concorrenza fiscale dannosa provocava sul mercato unico

e sulle basi imponibili degli Stati membri. In particolare, il suddetto pacchetto concerneva la predisposizione di un Codice di condotta in materia di fiscalità delle imprese e l'elaborazione di una serie di misure volte ad eliminare sia le distorsioni derivanti dalla tassazione dei redditi di capitale che le ritenute di imposta applicate sui pagamenti transfrontalieri di interessi e royalties.

In data 1 dicembre 1997, il Consiglio Eurofin ha ufficialmente approvato le misure fiscali suggerite dalla Commissione riconoscendo al Codice di condotta un ruolo primario nella lotta contro le pratiche fiscali dannose.

Nel dettaglio, il Codice di condotta in materia di fiscalità delle imprese che non rappresentava uno strumento giuridicamente vincolante per i Paesi membri, si proponeva di individuare e successivamente eliminare tutte le misure fiscali¹⁸ che influenzavano o erano in grado di influenzare sensibilmente la localizzazione delle attività nel territorio comunitario. Il citato documento presentava dunque un ambito di applicazione più esteso rispetto al Rapporto OCSE del 1998. Esso infatti non si limitava alle sole attività finanziarie o di servizi bensì coinvolgeva qualsiasi attività imprenditoriale esercitata all'interno del gruppo societario¹⁹.

Ad avviso della Commissione, si consideravano potenzialmente dannose quelle pratiche fiscali che in ragione dell'aliquota nominale applicata, delle norme di determinazione della base imponibile o di altri fattori equivalenti, determinavano un livello di imposizione effettivo sensibilmente inferiore (compresa l'imposizione nulla) al livello di tassazione ordinariamente applicato nello Stato membro interessato. Ai fini della loro individuazione, il livello di tassazione previsto dal regime fiscale doveva essere confrontato con quello ordinariamente applicato nello Stato interessato. Ciò significa che, diversamente da quanto previsto nel Rapporto OCSE del 1998, il confronto fra livelli di imposizione aveva natura interna nel senso che non riguardava i livelli di tassazione applicati da due Stati distinti, ma un particolare regime fiscale previsto all'interno di uno Stato membro rispetto al trattamento fiscale dallo stesso ordinariamente applicato.

Il livello di imposizione, tuttavia, non rappresentava l'unico fattore di cui si doveva tener conto nel valutare il carattere pregiudizievole di una certa misura fiscale. Secondo la Commissione, infatti, una pratica fiscale dannosa poteva essere individuata anche sulla base dei seguenti elementi:

- l'agevolazione è accordata esclusivamente ai soggetti non residenti ovvero ha ad oggetto le sole operazioni effettuate con tali soggetti;

¹⁸ In particolare, le misure fiscali alle quali il Codice trovava applicazione comprendevano non solo le disposizioni legislative o regolamentari dello Stato membro, bensì anche le pratiche amministrative.

¹⁹ ANDREOLI F., *Il rapporto dell'Ocse sulla concorrenza fiscale dannosa*, in Riv. Dir. Trib., 1999, IV, p. 17.

- la misura è completamente isolata dal mercato interno, così da non influenzare in alcun modo la base imponibile nazionale;
- l'accesso all'agevolazione è garantito a prescindere dall'esistenza o meno di un'effettiva attività d'impresa nel territorio dello Stato interessato;
- le disposizioni in tema di determinazione degli utili delle imprese multinazionali differiscono dai principi riconosciuti a livello internazionale;
- le misure fiscali risultano non trasparenti.

Individuati i tratti distintivi delle pratiche fiscali dannose, il Codice fissava due principi chiave che ogni Stato membro era chiamato ad adottare nell'elaborazione delle proprie politiche: il principio dello *status quo* e il principio dello smantellamento. Ai sensi del principio dello *status quo*, gli Stati si impegnavano a non introdurre nel proprio ordinamento nuove misure fiscali dannose, valutando caso per caso se un determinato regime potesse o meno essere considerato pregiudizievole. Il principio dello smantellamento, invece, prevedeva che gli Stati membri revisionassero le proprie disposizioni interne al fine di rimuovere eventuali pratiche fiscali dannose entro il più breve tempo possibile. In particolare, lo smantellamento doveva essere realizzato entro cinque anni dalla pubblicazione del Codice, ossia entro il 31 dicembre del 2002.

Il Codice, inoltre, impegnava gli Stati membri a garantire uno scambio reciproco di informazioni in merito alle misure fiscali in vigore in ciascun ordinamento e qualificabili come dannose ai sensi dei criteri espressi nel Codice stesso. A ciascun Stato membro era poi riconosciuta la possibilità di segnalare le misure fiscali applicate da uno Stato terzo che considerava rientranti nell'ambito di applicazione del Codice, formulando, al riguardo, le proprie osservazioni.

In data 9 marzo 1998, il Consiglio Ecofin ha ufficialmente istituito il Gruppo "Codice di condotta" incaricato di valutare l'eventuale carattere pregiudizievole delle misure fiscali vigenti nel territorio comunitario nonché di vigilare sulla fornitura di informazioni riguardo a tali misure.

1.2.1. La c.d. *Anti Tax Avoidance Directive*

In linea con gli sviluppi OCSE in tema di BEPS, anche la Commissione Europea ha recentemente rafforzato la sua lotta contro la pianificazione fiscale aggressiva. In data 28 gennaio 2016 la Commissione ha infatti pubblicato un nuovo pacchetto di misure antielusive contenente iniziative sia legislative che non, dirette ad impedire la pianificazione fiscale

aggressiva ed aumentare la trasparenza fiscale al fine di creare all'interno del territorio comunitario un contesto più equo per le imprese.

Di particolare rilevanza è la Direttiva del Consiglio recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno²⁰ (c.d. "*Anti Tax Avoidance Directive*" o ATAD), adottata dal Consiglio in data 12 luglio 2016. Obiettivo del provvedimento è quello di agevolare l'attuazione nel territorio comunitario delle raccomandazioni OCSE contenute nel progetto BEPS. In particolare la Direttiva introduce specifiche disposizioni in tema di:

- deducibilità degli interessi passivi (art. 4). Tale norma, basata sulle conclusioni dell'azione BEPS n. 4, è finalizzata a contrastare il trasferimento fittizio dei debiti infragruppo in Paesi che applicano norme di deducibilità più favorevoli;
- imposizione in uscita (art. 5). Scopo di questa disposizione è scoraggiare il trasferimento della residenza fiscale dei contribuenti e/o i propri *assets* in Paesi a bassa fiscalità al mero fine di ridurre il carico fiscale dovuto;
- clausola generale antiabuso (art. 6). Tale disposizione è diretta a colmare ogni eventuale lacuna esistente nelle norme anti-abuso in vigore;
- società controllate estere (artt. 7 e 8). La norma, basata sulle conclusioni dell'azione BEPS n. 3, ha lo scopo di prevenire il fittizio trasferimento di profitti in giurisdizioni a bassa tassazione, al mero fine di ottenere un notevole risparmio di imposta e differire la loro tassazione da parte dello Stato di residenza;
- disallineamenti da ibridi (art. 8). Questa disposizione, basata sulle conclusioni dell'azione BEPS n. 2, ha lo scopo di contrastare quelle pratiche che sfruttando il disallineamento dei regimi fiscali nazionali ottengono situazioni di doppia non imposizione.

Quanto all'attuazione, i Paesi membri dovranno recepire la Direttiva entro il 31 dicembre 2018. Le disposizioni entreranno in vigore a partire dal 1 gennaio 2019, ad eccezione di quelle in materia di tassazione in uscita che dovranno essere recepite entro il 31 dicembre 2019, con l'applicazione a decorrere dal 1 gennaio 2020, e di quelle in materia di deducibilità degli interessi passivi che potranno continuare ad applicarsi fino al 1 gennaio 2024 a condizione che lo Stato preveda già all'interno del proprio ordinamento regole ugualmente efficaci nel contrasto ai fenomeni BEPS.

Come accennato in precedenza, tra le misure legislative racchiuse nella recentissima Direttiva, rientrano anche quelle in materia di CFC. In particolare, le disposizioni contenute negli artt. 7 e 8 del suddetto provvedimento trovano applicazione nei confronti dei

²⁰ Ci si riferisce, nel dettaglio, alla Direttiva n. 2016/1164 UE del 12 luglio 2016.

contribuenti che, da soli o assieme alle imprese consociate, detengono nella società estera una partecipazione che garantisca loro la maggioranza dei diritti di voto, al capitale ovvero agli utili.

Il citato provvedimento, quindi, include nell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina sia le fattispecie di controllo di diritto che le fattispecie di controllo economico, in ossequio a quanto raccomandato in sede OCSE.

Quanto alla nozione di soggetti partecipati esteri, le disposizioni si applicano alle entità e alle stabili organizzazioni estere, i cui redditi sono esenti da imposta nello Stato di residenza del contribuente, che beneficiano nello Stato di localizzazione di un livello di imposizione effettivo inferiore al 50% di quello che sarebbe stato applicato nel Paese del soggetto controllante. Si richiede dunque di comparare l'effettivo carico fiscale corrisposto sui redditi conseguiti dalla partecipata estera e le imposte virtualmente dovute nello Stato membro del contribuente, calcolate sulla base delle disposizioni vigenti in detto Stato. Ciò implica che il criterio rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina è quello della tassazione effettiva e non quello della tassazione nominale, in linea con le raccomandazioni OCSE.

Al verificarsi delle suddette condizioni, lo Stato membro può utilizzare due approcci per la determinazione del reddito da imputare al socio residente. Il primo, contenuto nell'art. 7, comma 2, lett. a), prevede l'imputazione dei soli redditi passivi conseguiti dalla CFC qualora quest'ultima non svolga nello Stato di localizzazione alcuna effettiva attività d'impresa. In particolare, devono essere inclusi nella base imponibile i redditi conseguiti sotto forma di interessi, dividendi, royalties, derivanti da leasing finanziario, da attività assicurativa, bancaria o finanziaria ovvero da operazioni infragruppo che non aggiungono alcun valore economico al prodotto o al servizio. Si tratta, in sostanza, del c.d. *categorical approach*.

Con riferimento a tale metodo, la Direttiva individua due fattispecie al ricorrere delle quali lo Stato membro può escludere dall'ambito applicativo le controllate estere che conseguono redditi di natura passiva. Nel dettaglio, la disciplina può non trovare applicazione nei confronti delle controllate che conseguono *passive income* in misura non superiore ad un terzo della ricchezza totale ovvero nei confronti delle imprese finanziarie i cui redditi derivanti da operazioni infragruppo sono inferiori ad un terzo dei redditi imponibili.

Il secondo metodo, contenuto nell'art. 7, comma 2, lett. b), prevede invece l'imputazione di tutti i redditi non distribuiti dalla controllata e derivanti da “*costruzioni non genuine (...) poste in essere essenzialmente allo scopo di ottenere un vantaggio fiscale*”. In tal caso, si deve considerare non genuina quella costruzione che non avrebbe posseduto gli attivi o non avrebbe assunto i rischi che generano i redditi da essa conseguiti se non fossero riferibili alle funzioni svolte dal personale del socio residente. Si tratta in sostanza di redditi

che non derivano dall'esercizio effettivo di un'attività d'impresa da parte della CFC bensì sono conseguiti grazie all'operato svolto dai dipendenti del soggetto controllante. Questo metodo sembra dunque privilegiare l'approccio dell'analisi sostanziale.

Anche in tal caso, la Direttiva introduce due possibili fattispecie di esclusione: la disciplina può non trovare applicazione nei casi in cui le entità o le stabili organizzazioni estere conseguono utili non superiori ad Euro 750.000 e redditi infragruppo non superiori ad Euro 75.000, oppure nell'ipotesi in cui gli utili prodotti sono inferiori al 10% dei suoi costi di esercizio²¹ nel periodo d'imposta. Si tratta dunque di due circostanze di esclusione basate sulla c.d. *de minimis rule*, finalizzata a limitare l'applicazione della disciplina alle sole fattispecie considerate maggiormente rilevanti.

L'art. 8 del citato provvedimento disciplina invece il calcolo dei redditi delle società controllate estere. Nello specifico, qualora lo Stato adotti quale metodo di determinazione della base imponibile del contribuente il primo approccio, i redditi si calcolano in ragione delle disposizioni in tema di imposta societaria vigenti nello Stato del controllante. Le perdite conseguite dall'entità o dalla stabile organizzazione non sono incluse nella base imponibile ma possono essere riportate in avanti in base a quanto previsto dalla normativa interna. La Direttiva quindi, in linea con quanto affermato nel Rapporto BEPS, riconosce al socio residente la possibilità di compensare le perdite della CFC soltanto con i redditi conseguiti dalla controllata nei periodi d'imposta successivi, anziché con gli utili a lui ascrivibili.

Nell'ipotesi in cui trovi applicazione il secondo metodo, devono essere inclusi nella base imponibile del socio residente soltanto i redditi derivanti dagli attivi e dai rischi fittiziamente trasferiti in capo alla società estera. Entrambi gli approcci sono dunque incentrati sul c.d. *transactional approach*, metodo preferito a livello internazionale in quanto garantisce l'applicazione del regime ai soli redditi aventi natura passiva²².

Una volta determinata la ricchezza da includere nella base imponibile del controllante, questa va imputata per trasparenza in proporzione della quota di partecipazione detenuta dal socio residente ed inclusa nel periodo d'imposta in cui termina l'esercizio fiscale della controllata.

La Direttiva conclude con alcune disposizioni atte ad evitare possibili fattispecie di doppia imposizione. Nello specifico, si prevede l'esenzione da imposta degli utili effettivamente distribuiti dalla CFC fino all'ammontare di redditi precedentemente tassati per

²¹ A tal fine, l'art. 7, comma 4, precisa che "i costi di esercizio non possono includere i costi di beni venduti al di fuori del paese in cui è residente l'entità o è situata la stabile organizzazione a fini fiscali e i pagamenti alle imprese associate."

²² BALLANCIN A., *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, 2016, Milano, CEDAM, p. 274.

trasparenza. Dall'imposta dovuta nel Paese di residenza del soggetto controllante devono essere portati in detrazione gli oneri fiscali versati dalla CFC al proprio Stato di localizzazione. Infine, nel caso in cui il contribuente ceda la partecipazione detenuta nella CFC, qualora all'interno dell'eventuale plusvalenza realizzata siano inclusi redditi precedentemente imputati per trasparenza, tali redditi sono dedotti dalla base imponibile rilevante ai fini del calcolo dell'imposta dovuta dal soggetto residente.

CAPITOLO 2

LA DISCIPLINA CFC ITALIANA: ASPETTI NORMATIVI E INCERTEZZE APPLICATIVE

SOMMARIO: 2. Premessa. La *ratio* della disciplina sulle *controlled foreign companies* – 2.1. Il presupposto del controllo – 2.1.1 Il controllo indiretto – 2.1.2 L’abrogazione della disciplina delle collegate estere – 2.2 Il tramonto della *black list* quale strumento di individuazione dei paradisi fiscali – 2.3 L’estensione della disciplina CFC ai soggetti partecipati esteri non localizzati in Paesi a fiscalità privilegiata – 2.3.1 Il *tax rate test* – 2.3.2 Il *passive income test* - 2.4 La determinazione del reddito della CFC – 2.5 La tassazione per trasparenza del reddito estero

2. Premessa. La *ratio* della disciplina sulle *controlled foreign companies*

La disciplina sulle società controllate estere ha fatto ingresso nell’ordinamento italiano per mezzo dell’art. 1 della Legge 21 novembre 2000, n. 342. Essa ha lo scopo di contrastare il trasferimento fittizio di redditi, imponibili nel territorio italiano, in Stati o territori esteri caratterizzati da un regime fiscale privilegiato al mero fine di scontare un’imposizione fiscale particolarmente mite e di differirne la tassazione da parte dello Stato di residenza.

Come si evince dalla relazione di accompagnamento al citato provvedimento, l’introduzione della disciplina CFC risponde alla volontà del legislatore di uniformarsi alle raccomandazioni OCSE contenute nel Rapporto del 1998. Come evidenziato in precedenza, l’Organizzazione aveva sollecitato gli Stati membri ad adottare specifiche misure antielusive, tra cui la disciplina CFC, volte a contrastare la diffusa tendenza delle imprese multinazionali di ricorrere ai paradisi fiscali al fine di sottrarre materia imponibile allo Stato di residenza nonché di godere di un trattamento fiscale particolarmente favorevole. Allo stesso tempo,

L'Organizzazione aveva raccomandato agli Stati membri che avessero già adottato tale disciplina di estenderne l'ambito di applicazione anche alle ipotesi di concorrenza fiscale dannosa individuate nel citato Rapporto.

Diversamente dall'Italia, infatti, molti dei principali Paesi aderenti all'OCSE²³ si erano già da tempo tutelati da questa pratica fiscale dannosa inserendo nel proprio ordinamento specifiche misure di contrasto.

Prima dell'entrata in vigore della suddetta disciplina, anche l'ordinamento italiano prevedeva al suo interno particolari disposizioni volte ad ostacolare l'indebito utilizzo dei Paesi a bassa fiscalità. Ci si riferisce nel dettaglio, all'art. 76, comma 7-*bis*²⁴, in tema di indeducibilità delle spese e dei componenti negativi di reddito derivanti da operazioni poste in essere fra l'impresa controllante residente in Italia e la partecipata estera ubicata nel territorio paradisiaco; all'art. 96, comma 1-*bis*²⁵, concernente la tassazione integrale dei dividendi provenienti da paradisi fiscali in luogo della tassazione ridotta al 40% ed infine all'art. 2, comma 2-*bis*, volto a contrastare il trasferimento fittizio della residenza delle persone fisiche nei suddetti Stati. Il ridotto ambito applicativo di tali disposizioni, però, non consentiva al nostro Paese di contrastare altresì le fattispecie aventi ad oggetto il trasferimento di ricchezza, imponibile nel territorio, mediante la costituzione di *subsidiaries* presso ordinamenti fiscali privilegiati. La disciplina CFC rappresenta pertanto una misura antielusiva integrativa rispetto a quelle già esistenti diretta a *“colmare una lacuna normativa nonché a completare un “micro – sistema” di normazione antielusiva”*²⁶.

L'introduzione della disposizione in esame ha inoltre lo scopo di uniformarsi alle iniziative di contrasto alle pratiche fiscali dannose intraprese a livello comunitario²⁷. In tal senso la relazione al provvedimento evidenzia che *“tale misure si inquadrano perfettamente nel vasto disegno di armonizzazione fiscale e lotta alla concorrenza fiscale dannosa in corso di realizzazione in sede di Unione Europea”*.

La normativa, inizialmente regolata dall'art. 127 - *bis* del TUIR, è stata trasfusa nell'art. 167 a seguito dell'entrata in vigore della riforma IRES contenuta nel D. Lgs. 12

²³ Al riguardo si segnala che la prima iniziativa relativa all'introduzione di una disciplina CFC è stata intrapresa dagli Stati Uniti nel 1962, seguono Germania e Canada negli anni '70, Giappone, Francia, Gran Bretagna e Nuova Zelanda negli anni '80, Svezia, Australia, Norvegia, Finlandia, Spagna, Portogallo, Danimarca negli anni '90. Così BIDOGLIA E., *L'imputazione del reddito derivante da partecipazioni di controllo in imprese estere (controlled foreign companies legislation)*, in Boll. Trib., 14, 2001, p. 1048.

²⁴ Attuale art. 110 del TUIR

²⁵ Attuale art. 89 del TUIR.

²⁶ Così si esprime la relazione di accompagnamento al disegno di legge n. 4336, approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 15 novembre 1999.

²⁷ Ci si riferisce nel dettaglio agli orientamenti comunitari espressi all'interno del Codice di condotta menzionato nel capitolo precedente.

dicembre 2003, n. 344. Specifiche disposizioni attuative sono poi racchiuse nel D.M. 21 novembre 2001, n. 429.

Nello specifico, la disciplina prevede che se un soggetto residente in Italia detiene, direttamente o indirettamente, una partecipazione di controllo in una società estera collocata in un paradiso fiscale, il reddito da quest'ultima conseguito viene imputato per trasparenza al soggetto controllante in proporzione alla partecipazione da esso detenuta. In materia di CFC, dunque, il legislatore adotta un criterio di tassazione che deroga al principio ordinario individuato nel momento di effettiva distribuzione della ricchezza: in tal caso, infatti, viene data rilevanza al momento di maturazione del reddito, attribuendo alla controllata estera la trasparenza fiscale propria delle società di persone residenti²⁸. La *ratio* di tale previsione è da ricercare nella volontà del legislatore di far venir meno quella “schermatura” che consente al soggetto residente di posticipare la distribuzione dei redditi esteri e la loro conseguente imponibilità in Italia. La costituzione di una società estera nella quale far affluire i redditi prodotti permette, invero, al soggetto residente di realizzare un'autonomia fiscale fra sé stesso e i redditi stranieri. La trasparenza fiscale della CFC produce così l'effetto di rendere la tassazione da parte dello Stato di residenza del tutto svincolata dalla volontà del contribuente, il quale non potrà più “*ottimizzare*”, *in relazione alla propria situazione fiscale, il momento della delibera e della effettiva distribuzione degli utili*²⁹.

Per quanto concerne l'individuazione dei soggetti nei confronti dei quali la norma trova applicazione, l'art. 167 dispone che essa si applica alle persone fisiche residenti in Italia³⁰ e ai soggetti di cui agli artt. 5 e 73, primo comma, lett. a), b) e c), del TUIR. In sostanza, destinatari della disciplina sono tutti i soggetti passivi IRPEF, esercenti o meno attività d'impresa, e tutti i soggetti passivi IRES, compresi gli enti che non svolgono un'attività commerciale, residenti nel territorio italiano³¹. Di contro, rimangono esclusi dal novero dei destinatari della disciplina le società e gli enti di ogni tipo residenti in un Paese estero³², nonché le stabili organizzazioni da quest'ultimi detenute nel territorio italiano.

Con riferimento ai soggetti controllati esteri, invece, l'art. 167 dispone che rientrano nell'ambito di applicazione della norma le partecipazioni di controllo detenute in una impresa,

²⁸ Le società di persone non residenti infatti vengono ordinariamente equiparate ai soggetti passivi IRES in ossequio a quanto previsto dall'art. 73, primo comma, lett. d), del TUIR

²⁹ Così la C.M. 16 novembre 2000, n. 207/E, par. 1.1.1.

³⁰ Ai sensi dell'art. 2, secondo comma, del TUIR, si considerano residenti in Italia, le persone fisiche che per la maggior parte del periodo di imposta sono iscritte nelle anagrafi della popolazione residente o hanno nel territorio dello Stato il domicilio o la residenza ai sensi del codice civile.

³¹ A tal proposito si considerano residenti in Italia le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede amministrativa ovvero l'oggetto principale nel territorio dello Stato. In tal senso si veda l'art. 73, comma terzo, del TUIR.

³² Nessun riferimento è invero previsto alla lettera d), dell'art. 73 secondo cui “*sono soggetti all'imposta sul reddito delle società (...) d) le società e gli enti di ogni tipo, compresi i trust, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato.*”

società o altro ente, residente o localizzato in un paradiso fiscale. Nonostante il dato testuale della disposizione non preveda alcuna precisazione in merito alla natura del reddito prodotto dal soggetto estero, si ritiene che la disciplina trovi applicazione unicamente nei confronti dei soggetti titolari di reddito d'impresa³³. Tale considerazione trova fondamento in molteplici aspetti della normativa: dalla rubrica dello stesso art. 167, intitolata “*disposizioni in materia di imprese estere controllate*”, ai criteri di determinazione del reddito della CFC che, come si vedrà in seguito, richiamano le disposizioni interne preposte al computo del reddito d'impresa. Diversamente, i redditi del soggetto estero aventi natura non imprenditoriale verrebbero irragionevolmente riliquidati in virtù di disposizioni ad essi non dedicate.

Al fine di determinare la natura imprenditoriale del reddito estero, si deve far riferimento ai criteri fissati dall'art. 55 del TUIR. In forza di tale disposizione, la qualifica di reddito d'impresa viene riconosciuta in ragione della struttura giuridica adottata dal soggetto estero (ci si riferisce nel dettaglio alle società e agli enti commerciali) oppure in virtù della tipologia di attività esercitata. In tal senso, si considerano redditi d'impresa quelli derivanti dall'esercizio “*per professione abituale, ancorché non esclusiva, delle attività indicate nell'articolo 2195 del codice civile e delle attività indicate alle lettere b) e c) del comma 2 dell'articolo 32 che eccedono i limiti ivi stabiliti, anche se non organizzate in forma d'impresa. Sono inoltre considerati redditi d'impresa (...) i redditi derivanti dall'esercizio di attività organizzate in forma d'impresa dirette alla prestazione di servizi che non rientrano nell'articolo 2195 del codice civile*”.

Per quanto concerne la definizione di soggetto partecipato estero, è interessante notare come il legislatore adotti una nozione particolarmente ampia e generica. Infatti, come evidenziato in precedenza, l'art. 167 annovera tra i possibili soggetti CFC ogni impresa, società o altro ente. La *ratio* di tale previsione non può che essere ricondotta a ragioni di carattere antielusivo: in tal modo infatti il legislatore estende l'ambito applicativo della materia a tutti i potenziali soggetti giuridici esteri titolari di reddito d'impresa, compresi quelli non espressamente disciplinati dall'ordinamento giuridico interno³⁴. Quanto al significato da attribuire a ciascuna espressione menzionata, si ritiene condivisibile l'opinione che attribuisce al termine impresa una funzione sostanzialmente residuale³⁵. In particolare, secondo tale impostazione si riconducono alla suddetta categoria tutti i soggetti che non sono costituiti in

³³ GAFFURI A. M., 2010. *La disciplina delle CFC*, in Manuale di fiscalità internazionale. 4° ed. Milano: IPSOA, p. 1245, secondo il quale ai fini dell'applicazione della disciplina CFC non è sufficiente che il soggetto controllato sia ubicato nel territorio paradisiaco, bensì è necessario che esso sia anche titolare di reddito d'impresa. In senso conforme si vedano BIDOGLIA E., *op. cit.*, p. 1049, CLEMENTI M., LUSCHI G., “*Nuova disciplina in tema di tassazione delle imprese partecipate estere cosiddette controlled foreign companies (CFC)*”, in *Il Fisco*, 2014, 14, p. 24.

³⁴ SASSO L., *La nozione di controllo nelle “controlled foreign companies”*, in *Giur. Comm.*, 2004, 3, p. 448.

³⁵ Si vedano al riguardo SASSO L., *op. cit.*, p. 44; ASSONIME, circolare 18 dicembre 2000, n. 65, par. 2.6.1.

forma societaria ovvero non rappresentano enti preposti allo svolgimento di un'attività commerciale quali, ad esempio, le associazioni, le fondazioni oppure i consorzi. Ci si riferisce in sostanza a qualsiasi altro soggetto con riferimento al quale è ravvisabile un apporto partecipativo del soggetto residente che consenta a quest'ultimo di esercitare un ruolo dominante nell'attività *ivi* svolta: le ipotesi più evidenti sono l'esistenza di un'impresa individuale oppure di un'associazione in partecipazione.

Di contro, non sembra rientrare nel concetto di “*impresa*” l'ipotesi della stabile organizzazione detenuta dal soggetto residente nel paradiso fiscale poiché, alla luce delle disposizioni contenute nell'ordinamento interno, il reddito prodotto da tale entità viene già attribuito per competenza alla casa madre italiana³⁶; pertanto non si può riscontrare in tal caso alcuna preoccupazione antielusiva.

Né la stabile organizzazione detenuta da un soggetto estero controllato si ritiene riconducibile alla suddetta nozione dal momento che l'art. 167 prevede già al riguardo una specifica precisazione³⁷.

Ulteriori precisazioni devono infine essere effettuate con riferimento alla categoria degli *altri enti*. Più precisamente, ci si è posti il dubbio se a tale nozione debbano ricondursi anche i soggetti che non svolgono prevalentemente un'attività d'impresa. L'orientamento dominante in dottrina³⁸ propende per una tesi negativa in quanto l'estensione della disciplina anche a quest'ultimi comporterebbe rilevanti conseguenze operative. È infatti noto che gli enti non commerciali, come si evince dallo stesso dato testuale della nozione, non perseguono scopi imprenditoriali bensì fini di natura ideale, sociale ovvero culturale. Ne consegue che qualora essi svolgessero in via secondaria un'attività imprenditoriale nel paradiso fiscale, il reddito da quest'ultimi prodotto sarebbe in ogni caso imputato per trasparenza al soggetto residente. L'eventuale svolgimento di un'attività d'impresa rivestirebbe infatti, in questi casi, un ruolo essenzialmente marginale poiché strumentale alla realizzazione del proprio oggetto sociale; pertanto per tali enti sarebbe impossibile disapplicare la normativa dimostrando il carattere industriale o commerciale dell'attività principalmente esercitata, come richiesto dalla prima esimente di cui all'art. 167, comma 5, lett. a).

Ne consegue che l'inclusione degli enti non commerciali nella definizione di soggetto partecipato estero è giustificabile a condizione che il legislatore provveda ad adattare le cause

³⁶ MAISTO G., “*Il regime di imputazione dei redditi delle imprese estere partecipate (cd. Controlled Foreign Companies)*”, in Riv. Dir. Trib., 2000, IV, p. 45.

³⁷ L'art. 167, primo comma, prevede infatti che “*tale disposizione si applica anche per le partecipazioni di controllo in soggetti non residenti relativamente ai redditi derivanti da loro stabili organizzazioni assoggettati ai predetti regimi fiscali privilegiati*”.

³⁸ Si vedano CLEMENTI M., LUSCHI G., *op. cit.*, p. 24; MAISTO G., *op. cit.*, p. 45.

di disapplicazione della normativa a tali fattispecie³⁹. In altri termini, deve essere riconosciuta anche a questi soggetti la possibilità di sottrarsi all'art. 167 comprovando la genuinità dell'attività imprenditoriale esercitata, sebbene essa non rappresenti l'oggetto sociale principale.

Per quanto concerne la verifica del requisito della residenza della CFC, si considera⁴⁰ rilevante quanto espresso dall'Amministrazione Finanziaria con circolare 19 febbraio 2008, n.12/E, ancorché essa abbia ad oggetto la disciplina dei costi *black list*. In particolare, al punto 8.1 del citato documento, si precisa che la verifica deve avvenire facendo riferimento a quanto definito dalla Convenzione contro le doppie imposizioni stipulata con lo Stato interessato; se non presente, trovano applicazione i principi internazionali dettati in materia, in particolare a quelli delineati dall'articolo 4 del modello di Convenzione OCSE.

La residenza, tuttavia, non rappresenta l'unico criterio di collegamento che può sussistere tra il soggetto estero e lo Stato a regime fiscale privilegiato. Il riferimento alla localizzazione implica che possa essere attribuita la qualifica di CFC anche alle entità ubicate nel paradiso fiscale in ragione di criteri di collegamento diversi dal primo. La disciplina si rende quindi applicabile anche nei casi in cui l'attività sia esercitata, ad esempio, per mezzo di proprie articolazioni societarie. La disposizione, al riguardo, precisa che la norma si applica pure alle partecipazioni in soggetti non residenti relativamente ai redditi derivanti da loro stabili organizzazioni situate in Stati o territori a regime fiscale privilegiato. L'estensione della disciplina a qualunque soggetto ubicato nel paradiso fiscale non può che muovere da ragioni di stampo antielusivo: il legislatore intende così colpire qualunque entità estera alla quale sia consentito beneficiare del regime di favore previsto dallo Stato paradisiaco⁴¹.

Infine, per quanto concerne il profilo probatorio, in mancanza di una espressa previsione legislativa, la prova della residenza o localizzazione dell'impresa estera nel paradiso fiscale può essere fornita mediante il ricorso a qualsivoglia mezzo ritenuto idoneo. A titolo esemplificativo l'Amministrazione menziona la certificazione della competente Autorità estera, la dichiarazione rilasciata ad *hoc* dall'impresa straniera ovvero qualsiasi altra documentazione di natura commerciale da cui sia possibile desumere, quale luogo della sede operativa della società, il Paese estero.

³⁹ GAFFURI A. M., *op. cit.*, p. 1247.

⁴⁰ VASAPOLLI G., VASAPOLLI A., 2015. *Dal bilancio d'esercizio al reddito d'impresa*. 22° ed. Milano: IPSOA, p. 873.

⁴¹ In tal senso si esprime la relazione di accompagnamento al disegno di legge n. 4336, approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 15 novembre 1999, nel quale si specifica che *"quanto ai soggetti partecipati esteri, la Commissione ha ritenuto opportuno individuarli in relazione al fatto che essi godano oggettivamente dei 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"*.

Il presupposto soggettivo della disciplina risulta dunque particolarmente ampio.

2.1. Il presupposto del controllo

Ai fini dell'applicazione della disciplina CFC, l'art. 167 presuppone l'esistenza di una relazione di controllo tra il soggetto residente nel territorio italiano e quello localizzato nel paradiso fiscale. La presenza di una partecipazione di controllo consente di individuare con certezza il soggetto a cui ricondurre le decisioni di *tax deferral*. Essa rappresenta, infatti, lo strumento attraverso il quale il socio residente ha il potere di influenzare le decisioni assunte dalla controllata estera in materia di distribuzione degli utili, in particolare di evitare la loro ripartizione affinché ne venga postergata la tassazione da parte dello Stato di residenza⁴². La scelta fatta dal legislatore deriva quindi dall'idea di fondo che il soggetto titolare del controllo, in quanto *dominus* dell'attività esercitata dalla CFC, non può che essere il diretto responsabile delle politiche fiscali realizzate dalla controllata estera. In tal caso, difatti, vi è una sostanziale equivalenza tra l'esercizio diretto dell'attività e l'esercizio della stessa in forma mediata⁴³.

Quanto alla definizione di controllo, il legislatore fa propria la nozione dettata dall'art. 2359 del codice civile in tema di società controllate e collegate. Ai fini civilistici si ha controllo quando un soggetto detiene la maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria (c.d. controllo di diritto), ovvero un numero di voti tali da consentirgli di esercitare comunque un'influenza dominante (c.d. controllo di fatto), oppure quando, in virtù di particolari accordi contrattuali, è in grado di condizionare le decisioni assunte dalla controparte (c.d. controllo contrattuale⁴⁴).

A prima vista il rinvio generalizzato alla disciplina codicistica induce a ritenere che tutte le ipotesi appena descritte trovino rilevanza ai fini dell'applicazione della norma in esame.

Eppure questo aspetto ha da sempre suscitato numerosi dubbi applicativi. Se da un lato è palese la compatibilità tra la fattispecie del controllo di diritto e del controllo di fatto con il

⁴² In linea di principio, infatti, i dividendi, compresi quelli di fonte estera, assumono rilevanza fiscale e dunque concorrono a determinare il reddito complessivo del soggetto residente, nel momento in cui avviene il loro effettivo percepimento (c.d. principio di cassa). In tal senso si vedano gli artt. 47, 59, e 89 del TUIR per quanto concerne rispettivamente le persone fisiche non esercenti attività d'impresa, gli imprenditori individuali e le società commerciali.

⁴³ Per esercizio dell'attività in forma mediata ci si riferisce all'esercizio della stessa mediante la predisposizione di uno schermo societario in luogo dell'esercizio diretto da parte della persona fisica o giuridica tramite una *branch*. Al riguardo si veda ASSONIME, circolare 18 dicembre 2000, n. 65, par. 2.5.

⁴⁴ A titolo esemplificativo il principio contabile n. 17, in tema di bilancio consolidato, richiama fra i diversi rapporti contrattuali idonei a determinare una situazione di influenza dominante “*i contratti di agenzia, i contratti di franchising, di licenza, di brevetto, di fornitura esclusiva e in linea generale tutti i rapporti contrattuali le cui prestazioni siano fondamentali per una delle due società*”.

meccanismo applicativo della normativa, dall'altro lato ci si chiede se anche nell'ipotesi di controllo contrattuale si possa ritenere integrato, ai fini in discorso, il requisito del controllo. L'opinione prevalente in dottrina⁴⁵ considera irrilevante quest'ultima fattispecie in quanto ad essa non è necessariamente associato il possesso di una partecipazione azionaria, requisito obbligatorio affinché i redditi prodotti dalla CFC siano poi imputati per trasparenza al socio partecipante⁴⁶. In altri termini, la stipula di particolari accordi contrattuali, per quanto notevole possa essere il loro contenuto, non assicura l'esistenza di quel collegamento tra reddito prodotto e soggetto passivo essenziale per giustificare l'imputazione dell'utile in capo a quest'ultimo⁴⁷.

Tale orientamento trova fondatezza nel dato testuale della norma il quale specifica che i redditi devono essere imputati secondo le quote di partecipazione; pertanto in assenza di un rapporto partecipativo la disciplina di fatto non può essere applicata⁴⁸. Quanto sopra significa che, se il soggetto residente detiene il controllo contrattuale di una società estera localizzata in un paradiso fiscale ma non è titolare di alcuna partecipazione nella stessa, il presupposto oggettivo non può ritenersi integrato. Viceversa, qualora al possesso del controllo contrattuale fosse associata anche la detenzione di una partecipazione azionaria, sussistendo la condizione del controllo da parte di un soggetto residente, i redditi conseguiti dalla CFC verrebbero imputati al soggetto controllante in misura pari alla percentuale di partecipazione da esso detenuta. Non sembra infatti corretto escludere a priori la fattispecie del controllo contrattuale dal campo di applicazione della disciplina in quanto il rinvio generalizzato è in ogni caso testimonianza della volontà del legislatore di non prevedere alcuna eccezione⁴⁹. Tuttavia, data la peculiarità di tale forma di controllo, essa deve essere inevitabilmente adeguata al meccanismo applicativo della norma in esame.

Non si può comunque nascondere come la rilevanza della fattispecie di controllo contrattuale richieda, sia al contribuente che all'Amministrazione Finanziaria, di effettuare ai fini della sua verifica valutazioni alquanto complesse dei fatti e delle circostanze esistenti. Se infatti in caso di controllo di diritto la verifica dell'influenza esercitata sulla controllata avviene in modo

⁴⁵ In tal senso si vedano SASSO L., *op. cit.*, p. 446; STEVANATO D., *Controlled foreign companies: concetto di controllo e imputazione del reddito*, in Riv. Dir. Trib., 2000, 7-8, p. 779.

⁴⁶ La parte minoritaria della dottrina, sebbene non escluda a priori tale fattispecie, di fatto ne evidenzia i notevoli problemi applicativi. A tal proposito si veda PEZZUTO G., *Il nuovo regime in materia di CFC (controlled foreign companies)*, in *Fisco*, 2001, 5, p. 1480, il quale sottolinea come, in assenza di un'effettiva partecipazione, l'entità del controllo esercitato non può essere desunta dal prospetto di bilancio della CFC. In tal caso quindi la determinazione della relativa percentuale non risulta per nulla agevole ben potendo il controllo essere esercitato attraverso tanto una partecipazione del 50,1% quanto una del 100%.

⁴⁷ In tal senso GAFFURI A. M., *op. cit.*, p. 1249.

⁴⁸ CAPOLUPO S., *Le modifiche alla normativa controlled foreign companies*, in *Il Fisco*, 2003, 47, I, p. 7324. In tal senso si veda anche ASSONIME, circolare 18 dicembre 2000, n. 65, § 2.5.

⁴⁹ SASSO L., *op. cit.*, p. 446.

meccanico ed oggettivo, in caso di controllo contrattuale vengono necessariamente chiamati in causa anche elementi soggettivi. Di conseguenza l'applicazione della disciplina può risultare in questi casi sicuramente più incerta⁵⁰.

Il generico rinvio all'art. 2359 solleva poi alcune perplessità circa la compatibilità tra la disciplina civilistica e la definizione di soggetto partecipato estero. L'art. 167 sancisce, invero, che la materia trova applicazione nei confronti di ogni impresa, società o altro ente residente o localizzato nel paradiso fiscale mentre la disposizione civilistica si rende applicabile alle sole imprese costituite in forma societaria. L'ambito di applicazione dell'art. 2359 risulta perciò essere molto più restrittivo rispetto alla nozione di soggetto estero a cui la disciplina si rende applicabile. Anche in questo caso si ritiene necessario conformare la disposizione codicistica alla normativa in esame: fatti salvi i principi espressi dall'art. 2359, essi dovranno inevitabilmente trovare applicazione con riferimento ad un ambito molto più esteso di quello civilistico⁵¹. Quanto sopra significa che qualora il socio residente detenga il controllo di un soggetto partecipato estero non costituito in forma societaria, data l'evidente impossibilità di verificare l'esistenza del presupposto sulla base dei diritti di voto ad esso spettanti, si dovrà focalizzare l'attenzione sulla natura del contributo apportato dal soggetto residente all'attività estera.

Sempre con riferimento alla nozione di controllo, ci si è poi chiesti se anche ai fini in esame possano essere ricondotte a tale definizione fattispecie che oltrepassano i confini dettati dall'art. 2359. Ci si riferisce, segnatamente, alle ipotesi di controllo derivanti dall'esercizio di un'influenza economica da parte di un soggetto nei confronti dell'altro la cui rilevanza, ad esempio, è ormai assodata in materia di *transfer pricing*⁵². Anche in questo caso si privilegia un'interpretazione restrittiva del concetto di controllo, per le medesime ragioni poc'anzi spiegate⁵³.

Ulteriore attenzione deve poi rivolgersi alla possibile fattispecie in cui il controllo sulla CFC è esercitato da più soggetti residenti congiuntamente. Ci si riferisce nel dettaglio ai sindacati di voto, particolari patti parasociali con i quali alcuni soci concordano preventivamente un comportamento uniforme da adottare nella votazione in assemblea al fine

⁵⁰ In tal senso si esprime VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, 1° edizione, 2014, Milano, IPSOA, p. 1522, il quale evidenzia che la valutazione dell'esistenza del controllo contrattuale, oltre a richiedere un'attenta analisi dei concreti accordi che intercorrono tra i due soggetti, deve essere eseguita con estrema cautela in virtù delle "dirompenti conseguenze" che l'applicazione della disciplina comporta.

⁵¹ In tal senso si esprime anche ASSONIME nella circolare 21 dicembre 2000, n. 65, par. 2.6.1.

⁵² Per un approfondimento in merito alla nozione di controllo societario in tema di transfer pricing si rinvia a BARGAGLI M., "Transfer price", *controllo societario e onere della prova nella recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 2016, 8-9, p. 5, il quale cita, quali possibili forme di influenza economica rilevanti, la partecipazione dell'altra impresa a centrali di approvvigionamento o di sbocco ovvero a cartelli finalizzati alla fissazione di prezzi.

⁵³ STEVANATO D., *Controlled foreign companies*, cit., p. 779

di influenzare le decisioni assunte in quella sede. In tale contesto, il ricorso a questo particolare accordo può quindi consentire al socio di raggiungere una situazione di controllo a condizione, però, che esso rivesta un ruolo dominante all'interno del patto. Anche in tal caso, infatti, si ritiene necessaria la presenza di un socio maggioritario affinché possa essere ricondotta ad un preciso soggetto la responsabilità della decisione presa. Diversamente, la qualifica di *dominus* acquisita dal socio residente sarebbe il frutto di un mero risultato casuale, ben potendo essa venir meno in occasione di una successiva consultazione⁵⁴.

Se il controllo è ascrivibile ad una persona fisica allora concorrono alla verifica del presupposto oggettivo anche i voti spettanti al coniuge, ai parenti entro il terzo grado e agli affini entro il secondo⁵⁵. La *ratio* di tale previsione muove dalla volontà del legislatore di contrastare possibili comportamenti elusivi: il frazionamento delle partecipazioni all'interno del nucleo familiare consente di fatto al soggetto residente di non realizzare la fattispecie di controllo richiesta ai sensi dell'art. 167. Sebbene le preoccupazioni del legislatore presentino indubbi elementi di ragionevolezza, l'esito di tale previsione appare assai spropositato in ragione delle notevoli conseguenze che l'applicazione della disciplina comporta⁵⁶.

L'applicazione assoluta di tale disposizione potrebbe, ad esempio, coinvolgere anche situazioni del tutto estranee alle finalità perseguite dalla norma: si pensi al caso in cui all'interno della famiglia vi sia un contrasto di interessi tale da impedire la realizzazione di qualsivoglia disegno abusivo.

In aggiunta, l'applicazione concreta di tale principio non si presenta così agevole: in primo luogo nulla è detto in merito ai criteri in base ai quali deve essere individuato il soggetto controllante; in particolar modo nell'ipotesi in cui sussista un'omogenea distribuzione delle partecipazioni tra i familiari coinvolti. Ancora, in punto di distribuzione degli utili, ci si chiede se al soggetto individuato quale *dominus* debbano essere imputati altresì i redditi spettanti ai familiari ovvero si debba dare rilevanza solamente all'entità della partecipazione da esso detenuta. È necessario rammentare, poi, che la disciplina CFC prevede già, all'art. 3, settimo comma, del decreto attuativo, specifiche disposizioni antielusive volte a contrastare comportamenti posti in essere allo scopo di frazionamento del controllo⁵⁷. Per tale ragione sarebbe auspicabile un intervento legislativo volto a precisare il rapporto intercorrente tra le due discipline, principalmente al fine di non rendere assoluta la presunzione di cui all'art. 167.

⁵⁴ SASSO L., *op. cit.*, p. 449.

⁵⁵ In tal senso l'art. 1, terzo comma, del D.M. 21 novembre 2001, n. 429, dispone 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*”.

⁵⁶ STEVANATO D., *Il controllo delle CFC ed i diritti di voto spettanti ai familiari*, in *Corr. Trib.*, 2002, 16, p. 1419.

⁵⁷ Il decreto attuativo infatti fa esplicito rinvio all'art. 37, terzo comma, e 37-*bis* del DPR 600/1973 in materia di controllo delle dichiarazioni e disposizioni antielusive.

Nessuna valenza è invece riconosciuta alle definizioni di controllo disposte dagli ordinamenti giuridici esteri a cui la società controllata appartiene⁵⁸.

Quanto al momento in cui verificare la sussistenza del presupposto la disposizione nulla dice. Essa infatti si limita ad indicare il momento rilevante ai fini dell'imputazione del reddito estero in capo al soggetto residente. La dottrina⁵⁹, prima dell'entrata in vigore del decreto attuativo, propendeva per ancorare il suddetto requisito alla data di chiusura dell'esercizio della partecipata estera senza trascurare, però, come tale criterio potesse essere facilmente aggirato dal contribuente mediante apposite operazioni di cessione ed acquisizione poste in essere in prossimità del momento critico. Un soggetto potrebbe, invero, essere incentivato a liberarsi della partecipazione prima del termine dell'esercizio della partecipata estera per poi riappropriarsene non appena trova avvio il nuovo periodo d'imposta. Era dunque stata avanzata la possibilità di ragguagliare l'ammontare del reddito imputato al periodo di possesso della partecipazione; soluzione tuttavia che mal si conciliava con il meccanismo di formazione degli utili in quanto esso risulta del tutto disomogeneo nel tempo.

Con l'entrata in vigore del decreto attuativo tale vuoto normativo è stato colmato confermando l'orientamento già espresso dalla dottrina: rileva la situazione esistente alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato⁶⁰.

La soluzione adottata dal legislatore presenta evidenti elementi di omogeneità con quanto previsto in tema di società di persone⁶¹. Come si dirà in seguito, ai fini della tassazione dei redditi esteri, la disciplina adotta il criterio dell'imputazione per trasparenza tipico delle società di persone residenti nel territorio. È ragionevole dunque pensare che il legislatore abbia attinto dalla suddetta disciplina anche il criterio rilevante ai fini della verifica del requisito del controllo.

Qualora tale momento non sia specificato all'interno dello statuto della CFC ovvero non sia ricavabile dalle disposizioni previste nell'ordinamento estero, rileva la data di chiusura dell'esercizio fiscale del soggetto residente controllante⁶².

⁵⁸ In tal senso si veda C.M. 16 novembre 2000, n. 207/E, par. 1.1.1.

⁵⁹ STEVANATO D., *Controlled foreign companies*, cit., p. 780.

⁶⁰ Così recita il terzo comma dell'art. 1 del decreto attuativo.

⁶¹ In tal caso, infatti, è previsto che gli utili siano attribuiti al socio che presenta tale qualifica al momento di chiusura del periodo d'imposta. Si veda CEPPELLINI L., 2015. *Testo unico delle imposte sui redditi*. 20° ed. Milano: Gruppo 24 Ore, p. 1521.

⁶² Così la C.M. 12 febbraio 2002, n. 18/E, par. 2.2.

2.1.1. Il controllo indiretto

La normativa in esame trova altresì applicazione nei casi in cui l'influenza sulla società estera sia esercitata, da parte del socio residente, attraverso il controllo di soggetti terzi che si interpongono tra quest'ultimo e la CFC.

La disposizione precisa che il controllo indiretto può concretizzarsi anche tramite società fiduciaria o per interposta persona. Il termine "persona" si ritiene debba essere inteso comprendente non solo delle persone fisiche ma anche delle società e qualunque altro ente composto da persone⁶³. L'utilizzo di una locuzione congiuntiva porta a considerare la fattispecie appena esposta una delle possibili alternative di realizzazione del controllo indiretto riconosciute dal legislatore, ben potendo quest'ultimo verificarsi anche nelle tipiche situazioni di controllo a catena.

Una sorta di controllo indiretto è poi ravvisabile nel caso in cui i redditi non siano prodotti direttamente dalla società partecipata, bensì da una sua stabile organizzazione localizzata nel paradiso fiscale. In tal caso la disciplina si applica relativamente ai redditi derivanti da quest'ultima: ciò significa che al soggetto residente deve essere imputato unicamente il reddito prodotto dalla *branch* e non quello complessivamente conseguito dalla società partecipata.

Le considerazioni prima esposte in merito alla conciliabilità tra controllo civilistico e controllo ai sensi dell'art. 167 producono effetti anche nel caso di controllo indiretto. Affinché il soggetto residente sia considerato controllante della CFC è infatti necessario che in ogni anello della catena partecipativa sia esercitato un controllo di diritto o di fatto ai sensi dell'art. 2359 ovvero, qualora si fosse in presenza di un controllo di natura contrattuale, è richiesta altresì la detenzione di una partecipazione azionaria.

Si pensi ad esempio al caso in cui la società Alfa, residente in Italia, possieda l'80% di Beta, non residente in un Paese *black list*, la quale detenga a sua volta il 60% di Gamma ubicata nel paradiso fiscale. Oppure al caso in cui Alfa eserciti un controllo contrattuale su Beta la quale a sua volta detenga il 60% di Gamma: Alfa potrà considerarsi controllante di Gamma soltanto se possiede una partecipazione in Beta.

A tal proposito è necessario precisare che la verifica della sussistenza del controllo indiretto prescinde dagli eventuali effetti demoltiplicativi derivanti dalle partecipazioni a cascata. Si deve perciò tenere in considerazione l'intera partecipazione detenuta in ciascun anello della catena di controllo, con evidenti conseguenze sul piano pratico. Infatti, riprendendo l'esempio

⁶³ In tal senso la C.M 16 novembre 2000, n. 207/E richiama quanto stabilito dall'art. 3 del modello Ocse sulle Convenzioni secondo il quale "the term "person" includes an individual, a company and any other body of persons".

precedente, se si attribuisse rilevanza all'effetto demoltiplicativo non si potrebbe considerare integrato il presupposto oggettivo in quanto Alfa sarebbe titolare del 48% per cento di Gamma (ipotizzando che esso non consenta di esercitare comunque un'influenza dominante nella CFC).

Tale considerazione si basa sostanzialmente sul fatto che di regola le disposizioni legislative sanciscono espressamente la rilevanza di tale effetto⁶⁴, come si potrà evidenziare in seguito in merito alla disciplina sulle società estere collegate.

Nel computo della percentuale di controllo l'art. 2359 impone di tenere in considerazione anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta; di contro non rilevano i voti spettanti per conto di terzi. Ne consegue che se Alfa detiene il 30% di Gamma, ubicata nel paradiso fiscale, nonché il 60% di Beta, titolare a sua volta del 40% di Gamma, Alfa è controllante di Gamma. Questo perché, alla percentuale di controllo detenuta dal socio residente in virtù della sua partecipazione diretta, deve essere aggiunta anche quella appartenente a soggetti terzi che risentono comunque della sua influenza.

Tuttavia, come si evince dall'esempio sopra esposto, i voti spettanti alle società interposte rilevano a condizione che la società residente ne detenga il controllo e dunque sia in grado di indirizzare le decisioni da esse assunte nell'assemblea della CFC. È facile intuire come, in caso contrario, l'applicazione incondizionata della norma comporterebbe ingiustificate conseguenze nei confronti degli altri soci del soggetto intermedio, i quali di fatto finirebbero per subire gli effetti delle scelte operate da un soggetto terzo. Si ritiene dunque condivisibile la tesi⁶⁵ che afferma l'inapplicabilità della disciplina alle situazioni in cui alle partecipazioni dirette sulla CFC si aggiungano quote indirette sulle quali non sussista alcuna forma di controllo, ancorché il tenore letterale delle disposizioni contenute nel decreto attuativo non sembri operare alcuna distinzione in merito.

Infine, nell'ipotesi in cui il controllo sia esercitato per mezzo dell'interposizione di un'altra persona o di una fiduciaria, si ritiene che il reddito vada imputato all'effettivo titolare della partecipazione nella stessa misura ascrivibile all'interposto⁶⁶.

⁶⁴ GAFFURI A. M., *op. cit.*, p. 1250.

⁶⁵ CAPPELLOTTI L., *Incertezze della disciplina CFC tra controllo diretto e collegamento*, in *Corr. Trib.*, 2004, 8, p. 590 e ss, STEVANATO D., *Controlled foreign companies, cit.*, p. 782

⁶⁶ CEPPELLINI L., *op. cit.*, p. 1521.

2.1.2. L'abrogazione della disciplina delle collegate estere

Tra le novità di maggior rilievo apportate dal D. Lgs. 14 settembre 2015, n. 147 (di seguito Decreto internazionalizzazione), rientra l'abrogazione della disciplina sulle collegate estere contenuta nell'art. 168 del TUIR.

La norma, originariamente introdotta dal D. Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, ha trovato concreta applicazione soltanto a seguito della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale delle disposizioni attuative, in particolare del D.M. 7 agosto 2006, n. 268.

Dunque, a decorrere dal periodo d'imposta 2006⁶⁷, il regime CFC è stato ampliato anche alle ipotesi in cui sussisteva, tra il soggetto residente e quello estero, un rapporto di collegamento. Segnatamente, l'art. 168 sanciva che *“salvo quanto diversamente disposto dal presente articolo, la norma di cui all'articolo 167, con l'esclusione di quanto disposto al comma 8-bis si applica anche nel caso in cui il soggetto residente in Italia detiene, direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona, una partecipazione non inferiore al 20 per cento agli utili di un'impresa, di una società o di altro ente, residente o localizzato in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis; tale percentuale è ridotta al 10 per cento nel caso di partecipazione agli utili di società quotate in borsa”*. Tuttavia, a differenza di quanto disposto in tema di controllate estere, *“non si applicano le disposizioni del comma 1 per le partecipazioni in soggetti non residenti negli Stati o territori a fiscalità privilegiata che operano in tali Stati o territori per il tramite di stabili organizzazioni”*.

In punto di verifica del presupposto oggettivo, il decreto attuativo asseriva la rilevanza dell'eventuale effetto demoltiplicativo prodotto dalla catena partecipativa. Così che se il soggetto residente deteneva una partecipazione diretta agli utili nella CFC pari al 5% e una partecipazione del 20% in una società intermedia, titolare a sua volta del 60% della società estera, il requisito del collegamento non era verificato. Viceversa, ai fini della sussistenza del controllo, come evidenziato in precedenza, alla partecipazione diretta si aggiunge per intero la partecipazione detenuta dalla società controllata. Di conseguenza la rilevanza dell'effetto demoltiplicativo comportava in alcuni casi un restringimento dell'ambito applicativo rispetto a quello dell'art. 167⁶⁸.

⁶⁷ L'art. 7 del decreto attuativo stabilisce invero che *“il presente regolamento entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale delle Repubblica italiana (ovverosia il 21 ottobre 2006). Le disposizioni in esso contenute hanno effetto per il periodo di imposta in corso a tale data”*.

⁶⁸ MASTROBERTI A., *Decreto n. 268/2006: incertezze applicative tra controllo ed estensione alle partecipazioni di collegamento*, in *Il Fisco*, 2006, 46, I, p. 7099.

Fin dalla sua introduzione, la disciplina sulle imprese estere collegate ha sollevato in dottrina⁶⁹ molteplici critiche per le ragioni di seguito esposte.

Preme anzitutto evidenziare che, diversamente da quanto stabilito nel caso di controllo, il legislatore non ha fatto rinvio alla nozione codicistica. In tema di imprese collegate, infatti, l'art. 2359 dispone che *“sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati”*. In sostanza, ai fini in commento, oltre a porsi l'attenzione sulle partecipazioni agli utili in luogo del diritto di voto esercitabile in assemblea, subentra alla definizione di influenza notevole una nozione puramente quantitativa⁷⁰.

Come sottolineato in precedenza, il requisito del controllo muove dalla considerazione che il soggetto che esercita un'influenza dominante sul soggetto estero non può che essere il diretto responsabile delle politiche di *tax deferral* attuate dalla CFC. Relativamente all'ipotesi di collegamento, invece, questa corrispondenza non può considerarsi sempre esistente poiché l'art. 168 non prevede necessariamente, quale presupposto oggettivo, il possesso di un numero di voti tali da influenzare le decisioni assembleari della società estera. Anzi, la disposizione considera rilevante la percentuale di partecipazione agli utili detenuta dal soggetto residente, a prescindere dalla categoria azionaria di provenienza⁷¹.

Come è noto, la disciplina civilistica contempla la possibilità di emettere categorie di azioni dotate di diritti sociali differenti. Alle azioni ordinarie, che attribuisco un diritto alla partecipazione agli utili e al voto esercitabile in assemblea proporzionali al numero di partecipazioni possedute, si affiancano categorie “speciali” che possono, ad esempio, attribuire una percentuale maggiore di partecipazione agli utili a scapito di minori, se non nulli, diritti di voto⁷². Ciò premesso, è palese che un soggetto titolare della maggioranza dei diritti agli utili potrebbe non disporre di altrettanti diritti di voto, così che la partecipazione non può essere in questo caso equiparata ad uno strumento elusivo.

⁶⁹ Si vedano in particolare CAPOLUPO S., *op. cit.*, p. 7324 e ASSONIME circolare 9 novembre 2006, n. 49.

⁷⁰ MONTUORI N., *Risoluzione 24 agosto 2007, n. 235/E: l'estensione del regime CFC alle società collegate*, in *Il Fisco*, 2007, 43, I, p. 6252.

⁷¹ In tal senso si veda R.M. 24 agosto 2007, n. 235/E in cui l'Amministrazione finanziaria precisa che *“rientrano nell'ambito applicativo della norma tutte le ipotesi di partecipazioni agli utili uguali o superiori alle percentuali stabilite a prescindere dall'esistenza o meno di corrispondenti diritti di voto. Tale interpretazione è confermata dalla Relazione illustrativa al D.M. 7 agosto 2006, n. 268, la quale espressamente afferma che, per la determinazione della quota di partecipazione nella società estera, “non assumono... diretta rilevanza la partecipazione al capitale e i diritti di voto in assemblea”. La quantificazione della partecipazione, pertanto, dovrà tener conto anche delle azioni prive del diritto di voto o con un limitato diritto di voto, quali ad esempio, le azioni privilegiate”*.

⁷² A tal riguardo si rammenta che le azioni senza diritto di voto, ovvero con diritto di voto limitato, non possono complessivamente superare la metà del capitale sociale. In tal senso si veda l'art. 2351 del codice civile. Di contro, non è consentito emettere categorie di azioni sprovviste del diritto agli utili in ossequio a quanto previsto dagli artt. 2247 e 2265 del codice civile.

L'applicazione del regime delle CFC rischiava perciò di coinvolgere anche fattispecie che nulla avevano a che vedere con le finalità perseguite dalla norma⁷³: il mero possesso di una partecipazione agli utili pari al 20%, infatti, non implica automaticamente la possibilità per il soggetto titolare di deliberare il differimento della distribuzione dell'utile conseguito all'estero.

Ulteriore criticità concerneva il rapporto esistente fra le due disposizioni. In particolare potevano verificarsi fattispecie in cui si manifestavano simultaneamente i presupposti del controllo e del collegamento. Si pensi, ad esempio, al caso in cui un soggetto residente detenga il 30% dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria della CFC che gli consentono di esercitare un'influenza dominante sulla società: fra i soggetti coinvolti intercorre dunque una relazione di controllo, nello specifico un controllo di fatto. Atteso che le azioni ordinarie attribuiscono al portatore diritti amministrativi e diritti patrimoniali in egual misura, una partecipazione pari al 30% integra altresì il presupposto del collegamento, determinando evidenti zone grigie che compromettono la certezza del rapporto tra Fisco e contribuente. In altri termini, non era chiaro fino a che punto l'influenza notevole non sarebbe tramutata in influenza dominante e viceversa⁷⁴.

Per di più, la potenziale sovrapponibilità dei due presupposti attribuiva al soggetto residente la possibilità di scegliere arbitrariamente⁷⁵ il regime che gli garantiva un trattamento fiscale migliore⁷⁶. In tal caso, tuttavia, dal momento che la norma sulle collegate estere rappresentava essenzialmente una disposizione di completamento della disciplina CFC, si sarebbe dovuto considerare integrato in via prioritaria il presupposto del controllo⁷⁷.

Ciò che ha destato poi particolare clamore è stata l'estensione della materia anche alla fattispecie in cui il collegamento si concretizzava in via mediata, non trovando quest'ultima alcuna corrispondenza in ambito civilistico⁷⁸.

La disposizione, tuttavia, nulla specificava in merito a quale relazione dovesse intercorrere tra il soggetto residente e la società intermedia affinché tale fattispecie potesse ritenersi verificata. In altri termini, era sufficiente l'esistenza di un mero rapporto di collegamento oppure doveva sussistere una qualche forma di controllo? Data l'irrelevanza del possesso di

⁷³ In tal senso si veda ASSONIME circolare 9 novembre 2006, n. 49, § 1.1.

⁷⁴ Si veda CAPOLUPO S., *op. cit.*, p. 7324.

⁷⁵ MARINO M., *L'estensione della normativa sulle CFC alle imprese collegate*, in *Il Fisco*, 2004, 29, I, p. 4476.

⁷⁶ La disciplina delle collegate estere, benché faccia esplicito rinvio a quanto dettato in materia di controllate estere, presenta alcuni aspetti peculiari, tra i quali rientra la determinazione del reddito estero. Ai fini dell'art. 168, infatti, il reddito non viene determinato in via analitica attraverso l'applicazione delle disposizioni interne preposte alla determinazione del reddito d'impresa, bensì forfettariamente. Successivamente, al soggetto residente viene imputato il maggiore tra il reddito così computato e l'utile ante imposte conseguito dalla società estera.

⁷⁷ GAFFURI A., *op. cit.*, p. 1261.

⁷⁸ ASSONIME circolare 9 novembre 2006, n. 49, par. 1.1.

diritti di voto ai fini dell'applicazione della materia, sembrerebbe doveroso propendere per la seconda ipotesi. Tuttavia non si può trascurare come quest'ultima, oltre a comportare notevoli difficoltà operative⁷⁹, sia palesemente in contrasto con le finalità perseguite dalla stessa disciplina.

Alcune considerazioni devono infine essere effettuate in merito al profilo probatorio. Era infatti palese come la posizione di minoranza ricoperta dal socio ostacolasse il reperimento della documentazione⁸⁰ richiesta ai fini della disapplicazione della disciplina, ben potendo quest'ultima rivelarsi perfino *diabolica*⁸¹. Di tale effetto ne ha fatto esplicito richiamo anche la prassi la quale, nella circolare 4 agosto 2016, n. 35/E, riconduce le ragioni dell'abrogazione della disciplina in esame ad *esigenze di semplificazione determinate dalla difficoltà di reperire gli elementi idonei a dimostrare le circostanze esimenti riscontrata dai contribuenti*. Alla luce di quanto detto, l'abrogazione della disciplina delle collegate estere da parte del Decreto internazionalizzazione non può che essere accolta con grande favore, mettendo finalmente termine ad una disciplina del tutto irrazionale, peraltro unica nel panorama internazionale⁸².

2.2 Il tramonto della c.d. *black list* quale strumento di individuazione dei paradisi fiscali

Ulteriore presupposto oggettivo necessario ai fini dell'applicazione della disciplina CFC è la residenza o localizzazione della controllata estera in uno Stato o territorio a regime fiscale privilegiato. Nel corso degli ultimi anni la nozione di Paese a fiscalità privilegiata è stata oggetto di numerose modifiche legislative, apportate in primo luogo dalla L. 23 dicembre 2014, n. 190 (di seguito Legge di stabilità 2015), poi dal Decreto internazionalizzazione ed infine dalla L. 28 dicembre 2015, n. 208 (di seguito Legge di stabilità 2016) che, come si vedrà in seguito, ha profondamente mutato il sistema sul quale la disciplina era da sempre incentrata. Più precisamente, i suddetti interventi legislativi hanno interessato sia il metodo di individuazione di tali Stati sia i criteri in ragione dei quali definire una nazione a fiscalità privilegiata.

⁷⁹ In tal caso, infatti, oltre alle partecipazioni detenute dal soggetto residente rilevarebbero anche tutte quelle possedute, seppur in minima parte, dai soggetti con i quali intercorre un qualsiasi rapporto indiretto di partecipazione.

⁸⁰ Al fine di dimostrare l'effettivo carattere commerciale o industriale dell'attività svolta, richiesto dal comma 5, lett. a) dell'art. 167, la prassi chiede di fornire, ad esempio, copia dei contratti di locazione degli immobili adibiti a sede degli uffici e dell'attività, copia delle fatture delle utenze elettriche e telefoniche relative agli uffici e agli altri immobili utilizzati nonché i contratti di lavoro dei dipendenti che indicano il luogo di prestazione dell'attività lavorativa e le mansioni svolte. Si veda C. M. 23 maggio 2003, n. 29/E, lett. B).

⁸¹ MONTUORI N., *op. cit.*, p. 6253.

⁸² MIELE L., *L'estensione alle società collegate della disciplina CFC*, in *Corr. Trib.*, 2006, 47, p. 3754.

Quanto al primo aspetto è necessario rammentare che al momento dell'entrata in vigore della normativa il legislatore adottò, quale metodo di individuazione dei paradisi fiscali, la predisposizione di specifiche liste ad opera del Ministero dell'economia e delle finanze. La disciplina ha così trovato concreta attuazione solamente a seguito dell'entrata in vigore del D.M. 21 novembre 2001, meglio conosciuto con il termine *black list*⁸³. Nello specifico il Decreto individuava tre distinte tipologie di paradisi fiscali: in primo luogo si elencavano gli Stati o territori considerati in ogni caso a tassazione privilegiata; seguivano gli Stati qualificati come paradisi fiscali con l'esclusione di talune fattispecie societarie ed infine gli Stati considerati tali limitatamente ai soggetti e alle attività dallo stesso provvedimento individuati. Quanto al secondo aspetto, si definivano *tax heaven* i Paesi che presentavano un livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello italiano, non garantivano un adeguato scambio di informazioni tra le Amministrazioni Finanziarie dei Paesi interessati, ovvero in ragione di altri criteri equivalenti. Come è possibile osservare, il dato testuale della disposizione che si riporta in nota⁸⁴ non forniva alcuna precisazione in merito a cosa si dovesse intendere per livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia, ostacolando in tal modo l'applicazione pratica della disciplina. Inoltre, tale ambiguità finiva per *investire l'Amministrazione Finanziaria di una eccessiva discrezionalità*⁸⁵, ragion per cui la disposizione fu oggetto di molteplici critiche da parte dei primi commentatori in dottrina⁸⁶.

Il vuoto legislativo è stato transitoriamente colmato applicando quanto proposto dalla Camera dei Deputati al Governo nella seduta del 4 ottobre 2000, ovverosia considerando tale il livello che in media si discostava di almeno il trenta per cento dal livello di tassazione medio applicato in Italia⁸⁷.

Ulteriore criticità concerneva il rapporto intercorrente fra i suddetti requisiti. Segnatamente ci si chiedeva se ad essi dovesse essere attribuito carattere di cumulabilità ovvero di alternatività. Dal momento che la norma si prefigge di contrastare comportamenti elusivi dettati dalla volontà di sfruttare l'esistenza di regimi fiscali particolarmente miti, si ritiene che il requisito del livello di tassazione sensibilmente inferiore dovesse in ogni caso sussistere,

⁸³ In tal senso l'art. 1, secondo comma, della L. 21 novembre 2000, n. 342, stabilisce che le disposizioni di cui all'art. 127 – bis del TUIR si applicano ai redditi relativi al periodo d'imposta che inizia successivamente alla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dei decreti di cui al quarto comma; pubblicazione avvenuta in data 23 novembre 2001.

⁸⁴ Ai sensi dell'art. 167, comma 4, "*si considerano 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*".

⁸⁵ ASSONIME circolare 18 dicembre 2000, n. 65, par. 2.7.

⁸⁶ In particolare si veda CORDEIRO GUERRA R., *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 Rass. Trib., 2000, 6, p. 1788.

⁸⁷ Si veda al riguardo il secondo "considerato" elencato nella premessa del D.M. 21 novembre 2001.

conferendo quindi agli altri due criteri carattere aggiuntivo⁸⁸. In particolare, al requisito dell'adeguato scambio di informazioni sembra ragionevole attribuire valore cumulativo mentre il riferimento agli *altri criteri equivalenti* si ritiene debba essere considerato alternativo a quello precedentemente citato, coerentemente con l'espressione disgiuntiva utilizzata dal legislatore.

Con l'introduzione della Legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria del 2008), il riferimento al D.M. 21 novembre del 2001 è stato sostituito in favore del riferimento alla lista di cui all'art. 168 – *bis*, c.d. *white list*. In tal senso il novellato art. 167 disponeva, quale presupposto per l'applicazione della disciplina, la residenza o localizzazione del soggetto partecipato estero “*in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis*”, ovvero sia diversi da quelli che *consentono un adeguato scambio di informazioni e nei quali il livello di tassazione non è sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia*”⁸⁹. Dunque si consideravano paradisi fiscali tutti gli Stati o territori che non trovavano puntuale collocazione all'interno della citata *white list*.

Come si evince dalla relazione illustrativa al provvedimento, la scelta di sostituire la vigente *black list* con una *white list* è espressione della volontà del legislatore di conformarsi all'evoluzione dell'orientamento OCSE in tema di criteri chiave per l'individuazione di detti Stati. Ci si riferisce, segnatamente, all'esclusiva importanza che l'Organizzazione ha attribuito al requisito dello scambio di informazioni quale indispensabile strumento di contrasto all'evasione e all'elusione fiscale⁹⁰.

Nonostante la bontà delle ragioni poste dal legislatore a supporto di tale intervento, non si può omettere di evidenziare come il nuovo criterio di individuazione dei paradisi fiscali avrebbe di certo comportato una notevole complessità operativa in capo alle Amministrazioni Finanziarie. Esso infatti richiedeva un elevato dispendio di energie in termini di stesura nonché di monitoraggio della lista stessa dal momento che essa si sarebbe basata su una visione mondiale dei paesi coinvolti. All'opposto, il sistema della *black list* si focalizzava su un numero decisamente più ristretto di fattispecie⁹¹.

⁸⁸ CORDEIRO GUERRA R., *op cit.*, p. 1789.

⁸⁹ Così l'art. 168 – *bis*, comma 2, del TUIR.

⁹⁰ Si veda al riguardo *The OECD's project on harmful tax practices: the 2001 progress report*, par. 27-28 nei quali viene sottolineato che l'individuazione dei paradisi fiscali non può prescindere dalla valutazione circa l'esistenza di un'adeguata collaborazione amministrativa. L'orientamento espresso dall'Organizzazione risulta pertanto differente rispetto alle indicazioni fornite nel Rapporto del 1998 in cui veniva attribuito un certo grado di importanza anche al criterio del livello di tassazione applicato dallo Stato estero.

⁹¹ PITARO D., *Le disposizioni italiane di contrasto all'elusione fiscale internazionale*, in Quaderni di Ricerca Giuridica, n. 65, 2009, Banca D'Italia Eurosystema, p. 42.

Per quanto concerne la decorrenza della novella, la Legge 24 dicembre 2007, n. 244, individuava, quale momento di effettiva entrata in vigore, il periodo di imposta successivo alla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del citato decreto ministeriale. Tuttavia, poiché tale provvedimento non trovò mai concreta attuazione, continuò ad applicarsi il rinvio alla *black list* di cui al D.M. 21 novembre 2001⁹².

I criteri di determinazione dei Paesi *black list* sono invece stati oggetto di modifica da parte della Legge di stabilità 2015. Fatto salvo il requisito della mancata collaborazione amministrativa, il provvedimento ha specificato quale fosse la soglia di tassazione al di sotto della quale dovesse trovare applicazione la normativa. Nel dettaglio, il comma 680 del citato provvedimento ha integrato l'art. 167, comma 4, precisando che “*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*”.

La novità suscitò pareri positivi da parte della dottrina⁹³ giacché esplicitava in via normativa una definizione di centrale rilevanza ai fini dell'applicazione della disciplina.

Per effetto delle modifiche apportate la soglia di riferimento si è quindi innalzata dal trenta al cinquanta per cento, determinando un indubbio vantaggio a favore del contribuente italiano e un inevitabile mutamento geografico dei paradisi fiscali⁹⁴. L'introduzione di un nuovo criterio di individuazione, infatti, ha comportato come effetto principale un aggiornamento delle liste contenute nel D.M. 21 novembre 2001. Precisamente, con il D.M. 30 marzo 2015 (entrato in vigore l'11 maggio 2015) sono stati espunti dall'art. 1 le Filippine, la Malesia e Singapore. Inoltre, è stato abrogato l'art. 3 in cui si elencavano i Paesi considerati paradisiaci limitatamente ai soggetti e alle attività dallo stesso provvedimento individuati⁹⁵. Successivamente il D.M. 18 novembre 2015 (entrato in vigore il 30 novembre 2015) ha rimosso Hong Kong.

Le modifiche apportate dalla Legge di stabilità 2015 hanno trovato applicazione dal periodo di imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2014. Di conseguenza, al fine di stabilire se la disciplina CFC avesse dovuto trovare applicazione nei confronti dei soggetti esteri che, durante il periodo d'imposta 2015, risultavano residenti nei Paesi espunti dalla

⁹² L'art. 1, comma ottantotto, della L. 24 dicembre 2007, n. 244 conteneva infatti una disposizione di chiusura nella quale si precisava che le disposizioni in commento “*si applicano a decorrere dal periodo di imposta che inizia successivamente alla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis del [TUIR]; fino al periodo d'imposta precedente continuano ad applicarsi le disposizioni vigenti al 31 dicembre 2007*”.

⁹³ ROLLE G., *Legge di stabilità: quali prospettive per CFC e costi “black list”?*, in Corr. Trib., 2015, 5, p. 342.

⁹⁴ Si segnala che la lista aveva già trovato parziale modifica con il mutare dello scenario internazionale. In particolare il D.M. 27 luglio 2010 ha espunto Cipro, Malta e Corea del Sud; mentre il D.M. 16 dicembre 2014 ha eliminato le holding del 1929 lussemburghesi incluse nell'art. 3 della citata *black list*.

⁹⁵ Risolvendo in tal modo la possibile sovrapposibilità tra la categoria dei regimi fiscali speciali, di cui si dirà meglio in seguito, e i regimi di cui all'art. 3 del D. M. 21 novembre 2001.

black list, era necessario confrontare la data di chiusura dell'esercizio della controllata con la data dell'entrata in vigore dei suddetti decreti ministeriali. Ciò significa che se la CFC era localizzata, ad esempio, nello Stato di Hong Kong e aveva un esercizio che terminava il 30 giugno 2015, si considerava *black list* con conseguente imputazione del reddito in capo al soggetto residente. Viceversa, in presenza di un esercizio concluso al 31 dicembre 2015, non sarebbe stata applicata alcuna disposizione.

Al fine di anticipare possibili comportamenti fraudolenti, la Legge di stabilità 2015 ha inoltre introdotto una nuova fattispecie paradisiaca: i regimi fiscali speciali. Trattasi di particolari regimi di imposizione che uno Stato, avente un regime fiscale congruo, riconosce a particolari soggetti in virtù dell'attività esercitata ovvero delle loro caratteristiche soggettive. La localizzazione della controllata estera in uno dei Paesi elencati nel D.M. 21 novembre 2001 dunque non rappresentava più l'unico presupposto territoriale per l'applicazione della disciplina CFC. Il novellato comma 4, dell'art. 167, sanciva infatti che “*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.*”.

È interessante notare come le peculiarità di tali regimi sembrino richiamare la tipologia di quelli elencati all'abrogato art. 3 del decreto attuativo nel quale, si ricorda, erano individuati gli Stati considerati paradisiaci limitatamente a particolari settori in cui il soggetto operava ovvero in virtù dell'attività da esso esercitata. Tant'è che l'introduzione di questa nuova casistica aveva inizialmente sollevato alcune incertezze circa una possibile sovrapposibilità con il regime fiscale “ordinario”⁹⁶.

Tuttavia, a differenza di quanto previsto per quest'ultimo, i regimi fiscali speciali non trovavano collocazione all'interno di alcuna lista, così che era onere del contribuente verificare di caso in caso se sussistevano i presupposti richiesti dalla novella disciplina. Inoltre, come osservato in dottrina⁹⁷, la locuzione “*in ogni caso*” sembrava addirittura introdurre un nuovo criterio di determinazione che prescindeva dalla presenza di un adeguato scambio di informazioni, determinando, se così fosse, un evidente effetto discriminatorio tra i Paesi coinvolti.

⁹⁶ A tal proposito si veda BONARELLI P., GARBARINO C., *La nuova “black list” e recenti modifiche normative in materia di CFC*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 2015, 8-9, p. 7.

⁹⁷ ROLLE G., *Legge di stabilità, cit.*, p. 344, il quale evidenzia che, a parità di aliquota d'imposta applicata (ci si riferisce ovviamente ad un'aliquota inferiore alla metà di quella italiana), un regime fiscale speciale sarebbe considerato in ogni caso paradisiaco rispetto ad un regime fiscale ordinario che garantisca un adeguato scambio di informazioni.

Per quanto concerne il profilo operativo, secondo un costante orientamento della prassi⁹⁸, la determinazione del livello di tassazione di tali regimi non si limita alla mera individuazione dell'aliquota d'imposta applicata dallo Stato estero, bensì coinvolge anche valutazioni in merito alla presenza di eventuali misure che determinano una riduzione della base imponibile in ragione, ad esempio, della tipologia di attività svolta dalla CFC ovvero del settore di appartenenza.

Alla luce di quanto detto, risulta quindi evidente come l'integrazione apportata dalla Legge di stabilità 2015 ai criteri di individuazione degli Stati paradisiaci abbia notevolmente complicato l'applicazione della disciplina da parte dei soci residenti. Quest'ultimi, infatti, fino ad ora non si erano mai confrontati con l'onere di computare il livello di tassazione estero in quanto, ai fini applicativi, era sufficiente conformarsi alle liste predisposte dal legislatore. Inoltre, come appena evidenziato, tale valutazione non si sarebbe limitata ad un mero dato oggettivo ma avrebbe richiesto un'analisi più approfondita, e dunque laboriosa, dell'intero ordinamento fiscale estero.

Per tali ragioni, congiuntamente al provvedimento legislativo, sarebbe stato per lo meno doveroso offrire al contribuente puntuali indicazioni in merito, soprattutto in ragione della centralità che questa attività di monitoraggio riveste ai fini della disciplina. Il legislatore, invece, si è limitato a prevedere l'emanazione di un elenco esemplificativo di detti regimi⁹⁹; elenco che, come si vedrà in seguito, non ha mai trovato concreta attuazione.

Per quanto concerne le modifiche apportate dal Decreto internazionalizzazione, esse hanno avuto principalmente carattere formale: il provvedimento ha infatti eliso dall'art. 167 il riferimento all'art. 168 – *bis*, ripristinando la sua formulazione originaria¹⁰⁰. Tali modifiche hanno dunque comportato, come effetto principale, un miglior coordinamento delle disposizioni dal momento che venne definitivamente posto fine al regime transitorio in corso, conferendo piena legittimità al sistema delle *black list*¹⁰¹.

⁹⁸ Già nella Circolare 16 novembre 2000, n. 207/E, l'Amministrazione precisava che il livello sensibilmente inferiore della tassazione può essere determinato non solo dall'aliquota d'imposta applicata dal Paese estero bensì “*anche dalle caratteristiche strutturali dei tributi la cui applicazione comporti, di fatto, una tassazione inferiore in capo al contribuente*”. Orientamento che trova conferma anche nella recente Circolare 4 agosto 2016, n. 35/E, par.1.2.3.

⁹⁹ L'art. 167, comma 4, terminava infatti precisando che “*con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate viene fornito un elenco non tassativo dei regimi fiscali speciali*”.

¹⁰⁰ Nel dettaglio il Decreto internazionalizzazione precisa all'art. 8 che il comma 1 dell'art. 167 è sostituito dal seguente periodo: “*se un soggetto residente in Italia detiene, direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona, il controllo di un'impresa, di una società o altro ente, residente o localizzato in Stati o territori a regime fiscale privilegiato di cui al decreto o al provvedimento emanati ai sensi del comma 4, i redditi conseguiti dal soggetto estero controllato sono imputati, a decorrere dalla chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato, ai soggetti residenti in proporzione alle partecipazioni da essi detenute (...)*”.

¹⁰¹ GIUSTI I., 2016. *Stati e territori a fiscalità privilegiata (cc.dd. Paesi “black list”) nel reddito d'impresa: il nuovo criterio di individuazione*. FNC. P. 7.

Il formale ritorno al D.M. 21 novembre 2001 è apprezzabile anche in termini di minor impegno operativo richiesto all'Amministrazione Finanziaria per il suo continuo aggiornamento. Infatti, l'estrema laboriosità del nuovo metodo introdotto dalla finanziaria del 2008, è stata evidenziata anche nella stessa relazione al Decreto internazionalizzazione nella quale si legge che l'art. 168 del TUIR "*si è rivelato di difficile attuazione soprattutto con riferimento all'emanazione della lista, prevista al comma 2 dello stesso articolo, di Stati e territori che consentono un adeguato scambio di informazioni e "nei quali il livello di tassazione non è sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia"*". In aggiunta, sempre nella relazione illustrativa viene affermato che, in virtù delle modifiche apportate dal citato Decreto, l'art. 168 – *bis* non sarebbe risultato più coerente con il nuovo sistema introdotto¹⁰².

Come in precedenza accennato, un decisivo cambio di rotta si è riscontrato con l'emanazione della Legge di stabilità 2016, la quale ha completamente rivoluzionato la tecnica di individuazione degli Stati paradisiaci. Il riferimento alla *black list* ha infatti lasciato posto ad una generica definizione di Paese a fiscalità privilegiata, decretando così il definitivo passaggio da un sistema basato su liste ad un sistema avente carattere meramente normativo. Ciò implica che a decorrere dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2015 la lista di cui al D.M. 21 novembre 2001 non ha più effetto ai fini in esame: ad oggi si definiscono a fiscalità privilegiata i regimi fiscali di Stati o territori che presentano un livello nominale di tassazione inferiore al cinquanta per cento di quello applicabile in Italia. La scelta di eliminare il rigido sistema di liste, sul quale la disciplina si era finora incentrata, può essere interpretata come volontà del legislatore di uniformare con maggiore tempestività la normativa alle modifiche introdotte negli ordinamenti giuridici esteri oltre che in quello nazionale¹⁰³.

Il nuovo criterio di individuazione dei Paesi a fiscalità privilegiata, tuttavia, sebbene possa sembrare a prima vista di semplice interpretazione, a livello operativo genera notevoli difficoltà applicative. Anzitutto l'eliminazione della *black list* fa sì che l'onere di individuazione dei suddetti Paesi sia oggi traslato interamente sul contribuente al quale viene perciò imposta un'incessante attività di monitoraggio delle legislazioni estere, esistenti in

¹⁰² Ai sensi dell'art. 10, comma 3, infatti, "*quando leggi, regolamenti, decreti o altre norme o provvedimenti fanno riferimento agli Stati o territori diversi da quelli che consentono un adeguato scambio di informazioni e nei quali il livello di tassazione non è sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia di cui al comma 2 dell'articolo 168-bis del testo unico delle imposte sui redditi approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, vigente anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto, il riferimento si intende agli Stati o territori di cui al decreto e al provvedimento emanati ai sensi dell'articolo 167, comma 4, del citato testo unico*". In sostanza, all'art. 168 - *bis* del TUIR non sarebbe stata riconosciuta più alcuna rilevanza, motivo per cui è stato abrogato.

¹⁰³ BAGNOLI N., *Stati a regime fiscale privilegiato: dalle black list al nominal tax rate*, in Riv. Dir. Trib., 2016, p. 1.

grande varietà¹⁰⁴ ed in continua evoluzione. Spetta infatti a quest'ultimo valutare caso per caso se il livello nominale di tassazione applicato dallo Stato in cui è ubicata la CFC possa ritenersi congruo rispetto a quello applicato in Italia. Prima dell'entrata in vigore del citato provvedimento, invece, alla lista ministeriale era riconosciuto carattere tassativo¹⁰⁵ così che uno Stato estero, se non inserito nell'elenco, non poteva subire gli effetti della disciplina. In altri termini, al soggetto residente non era richiesto di determinare il livello di tassazione applicato dal Paese straniero bensì era sufficiente verificare se lo Stato di residenza della CFC fosse o meno incluso nella lista nera.

Per quanto concerne la nozione di “*livello nominale di tassazione*” l'art. 167, comma 4, non fornisce alcuna precisazione in merito alla relativa modalità di determinazione. Il legislatore dunque ha di fatto traslato in capo al socio residente l'attività di monitoraggio delle legislazioni estere senza conferire a quest'ultimo lo strumento necessario a realizzarla.

Secondo l'orientamento prevalente in dottrina¹⁰⁶, dato il silenzio della norma, il confronto fra il livello di tassazione estero e quello applicabile in Italia dovrebbe essere operato facendo esclusivo riferimento all'imposta sui redditi delle società prevista dall'ordinamento della CFC e all'aliquota IRES italiana. Di conseguenza, secondo tale impostazione, si deve reputare paradisiaco uno Stato in cui l'aliquota di imposta ordinariamente applicata ai soggetti ivi ubicati si riveli inferiore alla metà dell'aliquota IRES in vigore in Italia, attualmente pari al 24%.

A sostegno di tale tesi, la dottrina richiama quanto già affermato dalla prassi in tema di CFC *white list* di cui al comma 8-*bis* dell'art. 167¹⁰⁷. In tale contesto, ai fini della determinazione del livello di tassazione virtuale domestico da confrontare poi con quello effettivo scontato dalla CFC, la circolare 6 ottobre 2010, n. 51/E, precisa, al punto 5.1, che “*il confronto tra la tassazione effettiva estera e quella "virtuale" interna vada condotto considerando esclusivamente le imposte sul reddito, da individuare facendo riferimento, qualora esistente, alla Convenzione per evitare le doppie imposizioni vigente con lo Stato estero, ed escludendo in ogni caso l'IRAP*”.

¹⁰⁴ BELOTTI R., QUARANTINI S., *Disciplina CFC a “geometria variabile”*, in *Il Fisco*, 2016, 25, p. 2466, evidenziano come la struttura stessa del sistema fiscale estero può notevolmente complicare la determinazione del livello nominale di tassazione qualora essa contempli, ad esempio, franchigie oppure aliquote d'imposta differenti in ragione della localizzazione dell'impresa all'interno dello Stato. In tali casi quindi l'individuazione dei Paesi paradisiaci può risultare particolarmente laboriosa.

¹⁰⁵ CORDEIRO GUERRA R., *op cit*, p. 1789.

¹⁰⁶ PAPOTTI R. A., MOLINARI F., *L'evoluzione della normativa sulle CFC alla luce delle modifiche della Legge di stabilità 2016*, in *Corr. Trib.*, 2016, 6, p. 419; BELOTTI R., QUARANTINI S., *op. cit.*, p. 2465.

¹⁰⁷ Come si vedrà in seguito, l'applicazione della disciplina è stata estesa anche alle CFC ubicate in Paesi che, seppur non elencati all'interno della lista nera, presentano una doppia condizione: scontano un livello di tassazione effettiva inferiore al cinquanta per cento di quella virtualmente applicabile in Italia e conseguono proventi prevalentemente qualificabili come “*passive income*”.

A conclusioni diametralmente opposte è invece giunta l'Amministrazione Finanziaria la quale, con la recente circolare 4 agosto 2016, n.35/E, ha affermato che ai fini della determinazione del livello nominale di tassazione per il territorio italiano rilevano sia l'aliquota IRES, senza eventuali addizionali, che l'aliquota IRAP nella sua misura ordinaria. Con riferimento all'ordinamento estero, invece, si conferma il rinvio alle imposte sui redditi previste dalla Convenzione contro le doppie imposizioni, ove esistente, nonché eventuali imposte aventi analoga natura. Inoltre, qualora il regime fiscale estero adotti un sistema basato sulla progressività per scaglioni o per detrazione, è necessario calcolare la media aritmetica ponderata delle aliquote vigenti¹⁰⁸.

La prassi giustifica il proprio orientamento definendo tale principio fedele ai tradizionali criteri su cui si basava la *black list*¹⁰⁹. Tuttavia, più che per ragioni di carattere storico, la tesi sostenuta dalla prassi sembra, a parere di chi scrive, condivisibile in quanto rispetta il reale sistema impositivo applicato in Italia ai soggetti titolari di reddito d'impresa. Infatti, se si condivide l'idea per cui la normativa mira a ripristinare la situazione che si sarebbe realizzata nel territorio italiano, non si può negare come tale valutazione debba giustamente considerare tutti i tributi ordinariamente applicati. Di contro, se si privilegia l'ipotesi per cui si deve dare rilevanza alla fonte di provenienza dei redditi della CFC, sembrerebbe più condivisibile l'opinione espressa dalla dottrina¹¹⁰ la quale attribuisce rilevanza solamente all'aliquota IRES in virtù della peculiarità dell'IRAP quale imposta di natura territoriale.

Va inoltre evidenziato che il provvedimento in esame ha confermato l'estensione della disciplina anche alla categoria dei regimi fiscali speciali, introdotta ad opera della Legge di stabilità 2015. Il novellato art. 167, comma 4, infatti, introduce il livello nominale di tassazione quale criterio di individuazione dei regimi fiscali, anche speciali. La difficoltà diventa pertanto duplice. Infatti, al fine di stabilire il carattere paradisiaco del Paese estero, il contribuente non si deve limitare ad individuare l'aliquota dell'imposta sui redditi ordinariamente applicata, bensì deve monitorare, in ossequio a quanto precisato in precedenza, anche tutte le misure agevolative che contribuiscono a rendere più mite il sistema impositivo. Tale impostazione ha trovato conferma anche nella recente circolare ministeriale¹¹¹ in cui si definiscono speciali i regimi fiscali che, oltre ad essere fruibili dalla generalità dei contribuenti destinatari delle CFC *rules*, implicano una riduzione dell'aliquota

¹⁰⁸ A tal proposito la citata circolare introduce quale limite massimo necessario, ai fini del calcolo dell'imposta dovuta nell'ultimo scaglione, un reddito convenzionalmente pari ad un milione di Euro.

¹⁰⁹ Critici sono al riguardo ARGINELLI P., SILVANI C., *L'individuazione dei regimi fiscali privilegiati ai fini dell'applicazione della disciplina CFC*, in Riv. Dir. Trib., 2016, p. 2, secondo i quali la tesi della prassi non appare poi così condivisibile poiché prende in considerazione provvedimenti oramai non più efficaci.

¹¹⁰ BAGNOLI N., *op. cit.*, p. 2; ARGINELLI P., SILVANI C., *op. cit.*, p. 2

¹¹¹ Si veda la C.M. 4 agosto 2016, n. 35/E, p. 1.2.3.

d'imposta applicabile ovvero della base imponibile¹¹² comportando, quale risultato finale, un livello di imposizione fiscale non congruo rispetto a quello italiano.

Viene infine ribadito, come già previsto dall'abrogato art. 3 del D. M. 21 novembre 2001, che si considerano altresì speciali i regimi che producono effetti sostanzialmente equivalenti in ragione di specifici accordi stipulati con lo Stato estero.

È agevole comprendere dunque come la valutazione del presupposto applicativo in esame risulti davvero laboriosa e foriera di notevoli incertezze operative. L'applicazione della disciplina infatti non potrà più avvenire in modo oggettivo, ovvero sia in ragione dell'inclusione o meno di uno Stato nella lista nera, ma sarà inevitabilmente inquinata dalle valutazioni soggettive di volta in volta effettuate dal socio residente.

Sempre con riferimento all'estensione della materia ai suddetti regimi speciali, è stato sottolineato come essa possa, in primo luogo, privare di effetto gli incentivi che gli ordinamenti giuridici solitamente riconoscono ai soggetti che intraprendono una nuova attività (incentivi pienamente fruibili da coloro che operano nel territorio mediante una stabile organizzazione, dal momento che le *CFC rules* non trovano in tal caso alcuna applicazione)¹¹³; in secondo luogo, l'equiparazione tra regimi speciali e regimi ordinari fa sì che la disciplina possa ora trovare applicazione anche nei confronti di Stati in precedenza esclusi dalla *black list* limitatamente a particolari settori o attività¹¹⁴, provocando per quest'ultimi forti penalizzazioni.

Ciò nonostante, la novella presenta senz'altro anche aspetti positivi. Anzitutto è da accogliere con favore l'adozione di un livello nominale il cui computo risulta molto più agevole rispetto a quello effettivo¹¹⁵. L'utilizzo dell'espressione "*nominale*", infatti, si ritiene risponda alla volontà del legislatore di introdurre un criterio opposto al citato principio della tassazione effettiva sancito per le CFC di cui al comma 8 – *bis*¹¹⁶. Ciò significa che il livello di tassazione in esame deve essere determinato dando rilevanza solamente alle fattispecie di cui la CFC potrebbe potenzialmente godere in ragione delle circostanze ascrivibili ad essa. In altri termini, si dovranno considerare rilevanti le misure fiscali astrattamente fruibili

¹¹² A titolo esemplificativo, si considerano regimi fiscali speciali quelli che prevedono l'applicazione di un'aliquota d'imposta ridotta in virtù del settore ovvero dell'area geografica in cui la società opera, oppure la prevedono per un determinato arco temporale.

¹¹³ ROLLE G., *Effetti su CFC, dividendi esteri e plusvalenze della nuova nozione di "regimi fiscali privilegiati"*, in *Il Fisco*, 2016, 9, p. 862.

¹¹⁴ PAPOTTI R. A., MOLINARI F., *op. cit.*, p. 419.

¹¹⁵ BAGNOLI N., *op. cit.*, p. 2; PAPOTTI R. A., MOLINARI F., *op. cit.*, p. 419

¹¹⁶ In occasione dell'estensione della disciplina alle partecipate estere localizzate in Paesi *white list*, nella relazione illustrativa del provvedimento si precisava che "*il riferimento alla "tassazione inferiore" si intende relativo al carico effettivo di imposizione (e non solo all'aliquota nominale di imposizione societaria) gravante sulla società estera controllata*". Ciò porta ad affermare che il richiamo alla tassazione nominale debba quindi limitarsi alla sola aliquota nominale delle imposte sui redditi applicate dal Paese estero.

dall'impresa in ragione, ad esempio, dell'attività ovvero del settore in cui opera mentre si dovranno escludere i regimi di favore il cui beneficio dipende dalla sua concreta situazione economica¹¹⁷.

In aggiunta, il riferimento al dato nominale in luogo di quello effettivo favorisce la posizione del soggetto residente in virtù delle maggiori variazioni in aumento che l'ordinamento nazionale generalmente presenta rispetto alle giurisdizioni estere. Il criterio della tassazione effettiva richiede invero di confrontare il carico effettivo di imposizione scontato dalla CFC con quello che sarebbe stato virtualmente richiesto in Italia. Quest'ultimo viene determinato applicando l'aliquota vigente nel territorio al reddito della CFC riliquidato in ragione delle disposizioni interne. È dunque palese come ad una maggiore base imponibile segua una più alta tassazione con conseguente aumento delle probabilità di applicazione della disciplina¹¹⁸.

Ancora, l'abolizione della *black list* comporta, come già evidenziato, l'applicazione istantanea della disciplina. Così che, se una legislazione estera modifica il proprio ordinamento tributario, innalzando il regime impositivo ad un livello superiore al cinquanta per cento di quello applicato in Italia, il contribuente può immediatamente disapplicare la disciplina CFC per la società ivi localizzata, senza dover attendere l'aggiornamento della lista da parte del Ministero.

La legge di stabilità 2016 non si è limitata a modificare la modalità di individuazione dei paradisi fiscali, bensì ha mutato anche i criteri di determinazione di detti Stati. Tra le novità apportate, infatti, rientra altresì l'eliminazione del requisito della mancanza di un adeguato scambio di informazioni. La scelta del legislatore di eliminare tale criterio deve essere letta alla luce dei recenti avvenimenti in ambito internazionale: il proliferare delle Convenzioni stipulate tra i diversi Stati nel corso dell'ultimo decennio fa sì che il criterio dello scambio di informazioni non abbia più ragione di esistere in quanto non più efficace come strumento di individuazione dei paradisi fiscali¹¹⁹. Tale considerazione trova fondamento anche nell'ultimo intervento dell'OCSE nel quale viene individuato, quale unico criterio rilevante ai fini dell'individuazione dei paradisi fiscali, il livello di tassazione del Paese estero¹²⁰.

¹¹⁷ Così ROLLE G., *Effetti su CFC, cit.*, p. 863, il quale sostiene che dovrebbero concorrere a determinare il livello nominale di tassazione ad esempio le eventuali esenzioni d'imposta per i primi anni di attività dell'impresa, mentre non rilevarebbero le misure il cui beneficio può essere determinato solamente in ragione dell'effettiva situazione economico-finanziaria dell'impresa, e dunque non esprimibile in termini nominali.

¹¹⁸ A tal proposito si veda l'esempio numerico proposto da VIAL E., *Costi da paradisi fiscali e disciplina CFC*, in La settimana fiscale del 2 marzo 2016, n. 9, p. 35, dal quale si evince che un'aliquota d'imposta estera nominalmente superiore alla metà di quella applicata in Italia, può determinare un livello di tassazione effettivo inferiore, proprio in ragione delle numerose variazioni in aumento previste dall'ordinamento interno.

¹¹⁹ ROLLE G., *Effetti su CFC, op. cit.*, p. 862.

¹²⁰ Ci si riferisce nel dettaglio al Final Report, 2015, Action 3, "Designing Effective Controlled Foreign Company Rules", par. 51.

La legge di stabilità 2016 ha infine escluso dalla categoria dei Paesi a bassa fiscalità gli Stati appartenenti all'Unione Europea o aderenti allo SEE qualora garantiscano un adeguato scambio di informazioni con lo Stato italiano.

In conclusione, sebbene la Legge di stabilità 2016 abbia chiaramente comportato una semplificazione normativa nonché la riduzione dei costi in capo all'Amministrazione Finanziaria, l'onere gravante sul contribuente appare alquanto sproporzionato, specialmente in virtù dell'importanza che la determinazione del livello nominale di tassazione riveste ai fini dell'applicazione della materia, nonché in ragione dell'eccessiva incertezza applicativa determinata dall'assenza di indicazioni circa il calcolo del suddetto livello. Inoltre, la presenza di un elenco predeterminato garantiva altresì un'applicazione uniforme della materia¹²¹. Ora invece, specialmente in fase di prima attuazione, la complessità applicativa del nuovo criterio può originare differenti interpretazioni circa le concrete modalità con le quali computare il livello di tassazione, generando in tal modo terreno fertile per futuri accertamenti da parte dell'amministrazione finanziaria.

Si può facilmente intuire poi come le modifiche apportate dalla Legge di stabilità 2016, benché volte ad agevolare l'applicazione della normativa, abbiano in realtà accentuato le difficoltà operative già esistenti a causa dei precedenti interventi legislativi: ad oggi infatti il completo abbandono del metodo delle liste fa sì che ricada in capo al contribuente non solo l'onere di individuare i regimi fiscali speciali bensì anche quelli ordinari.

Infine è necessario rammentare che la nozione di Stato a fiscalità privilegiata provoca effetti su molteplici piani normativi. Essa è infatti richiamata da numerose discipline¹²² con la conseguenza che gli effetti negativi delle modifiche apportate alla disciplina CFC hanno un campo di applicazione che va ben oltre all'art. 167: le difficoltà finora denunciate avranno, proprio per questo motivo, un impatto ancora più forte tra la platea dei contribuenti italiani.

2.3 L'estensione della disciplina CFC ai soggetti partecipati esteri non localizzati in Paesi a fiscalità privilegiata

Con l'entrata in vigore del Decreto Legge 1 luglio 2009, n. 78¹²³, la disciplina CFC è stata estesa, al ricorrere di particolari condizioni, anche ai soggetti partecipati esteri non localizzati in Stati o territori fiscalmente privilegiati. In particolare, l'art. 13, primo comma, lettera c), del

¹²¹ BELOTTI R., QUARANTINI S., *op. cit.*, p. 2464.

¹²² A tal proposito si rammenta l'art. 47, quarto comma, in tema di dividendi percepiti dalle persone fisiche non esercenti attività d'impresa; l'art. 87, primo comma, lett. c), in materia di *participation exemption*; l'art. 89, terzo comma, in merito ai dividendi percepiti dai soggetti passivi IRES.

¹²³ Provvedimento convertito, con modificazioni, dalla Legge 3 agosto 2009, n. 102.

citato provvedimento ha introdotto, nell'art. 167 del Tuir, il comma 8 – *bis* secondo il quale “la disciplina di cui al comma 1 trova applicazione anche nell'ipotesi in cui i soggetti controllati ai sensi dello stesso comma sono localizzati in Stati o territori diversi da quelli ivi richiamati, qualora ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni: a) sono assoggettati a tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella a cui sarebbero stati soggetti ove residenti in Italia; b) hanno 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 [infragrupo], ivi compresi i servizi finanziari”.

Come si evince dal dato letterale della novella, l'estensione della disciplina ha luogo nei casi in cui si verificano congiuntamente due presupposti attinenti il livello di imposizione effettivo e la composizione dei proventi conseguiti dalla CFC.

La scelta di ampliare l'ambito oggettivo della norma risponde alla volontà del legislatore di uniformarsi a quanto previsto dai principali Paesi europei nonché di adeguarsi agli orientamenti espressi a livello comunitario. In tal senso si esprime lo stesso Decreto il quale, nell'introdurre il nuovo comma, precisa che “per analogia e armonizzazione con quanto già disposto in altri ordinamenti europei, allo scopo di evitare indebiti arbitraggi fiscali l'accesso a regimi che possono favorire disparità di trattamento, con particolare riferimento ad operazioni infragrupo, è sottoposto ad una verifica di effettività sostanziale”. Inoltre, nella relazione di accompagnamento al citato provvedimento¹²⁴ si afferma che l'introduzione di questa nuova fattispecie ha lo scopo di uniformarsi alle indicazioni espresse a livello comunitario. Ci si riferisce, nel dettaglio, alla comunicazione del 10 dicembre 2007, n. 785, nella quale la Commissione Europea invita gli Stati membri a rivedere le proprie norme antielusione con particolare attenzione alle fattispecie in cui i soggetti residenti si avvalgono all'estero di costruzioni prive di una reale sostanza economica, c.d. costruzioni di puro artificio.

La novella presenta senza dubbio numerosi aspetti innovativi rispetto al *modus operandi* fino a quel momento adottato dal legislatore italiano. In primo luogo, i Paesi o territori destinatari della disciplina non sono individuati mediante la redazione di apposite liste bensì attraverso l'introduzione di un criterio meramente normativo. Dal punto di vista operativo, difatti, non si chiede di verificare l'inclusione o meno di uno Stato in un particolare elenco, come allora previsto per l'individuazione dei paradisi fiscali, ma di determinare l'effettivo *tax rate* applicato dal legislatore estero nonché la natura dei proventi conseguiti

¹²⁴ Relazione illustrativa al disegno di legge di conversione n. 2561 AC.

dalla CFC. Il ricorso ad un criterio normativo anziché ad un sistema basato su liste rende l'applicazione della norma certamente più laboriosa. Come evidenziato in precedenza, infatti, la verifica del presupposto applicativo non si risolve in un mero controllo oggettivo e meccanico dei requisiti dello Stato estero, bensì impone al soggetto residente l'onere di monitorare annualmente l'impatto effettivo delle disposizioni fiscali straniere sui redditi prodotti dalle proprie partecipate¹²⁵. Questo nuovo meccanismo applicativo implica quindi un notevole dispendio di energie per il contribuente italiano anche perché, come si vedrà in seguito, la determinazione del *tax rate* effettivo estero si rivela un'attività tutt'altro che agevole.

Con l'introduzione del nuovo comma 8 – *bis*, la disciplina di cui all'art. 167 si rende pertanto applicabile a due distinte tipologie di CFC: una in ragione della residenza o localizzazione della partecipata in uno Stato a fiscalità privilegiata e l'altra in virtù dell'effettivo livello di tassazione scontato nonché del conseguimento di proventi di natura prevalentemente passiva.

Con l'entrata in vigore della Legge di stabilità 2016, l'applicazione pratica di tale disciplina è diventata ancora più laboriosa. A decorrere dal periodo d'imposta 2016, infatti, l'individuazione dei paradisi fiscali non avviene più mediante l'elaborazione della c.d. *black list*, bensì in ragione del livello nominale di tassazione applicato dallo Stato estero alla partecipata. Detta modifica ha quindi trasferito in capo al soggetto residente l'onere di determinare ben due livelli di tassazione, quello nominale e quello effettivo, tra loro decisamente differenti, senza trascurare le molteplici incertezze operative che ciascun metodo presenta. Nello specifico, nel caso in cui alla partecipata estera si rendano applicabili entrambe le normative, il socio residente dovrà effettuare una duplice verifica. In particolare, sarà necessario accertare per prima cosa se lo Stato estero presenta, in virtù di quanto disposto dal quarto comma dell'art. 167, un regime fiscale privilegiato e, in caso di esito negativo, verificare la sussistenza dei presupposti richiesti dal comma 8 – *bis*¹²⁶.

Il doppio *test*, tuttavia, non deve essere effettuato se la CFC è localizzata in Stati appartenenti all'Unione Europea ovvero aderenti allo Spazio economico europeo, con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo che garantisca un effettivo scambio di informazioni. Tali Paesi, infatti, sono stati definitivamente esclusi dall'ambito di applicazione del primo comma dell'art. 167.

¹²⁵ A tal riguardo ASSONIME, in Note e Studi n.15/2009, evidenzia come la verifica annuale di tale requisito possa rivelarsi “una situazione di impossibile gestione, soprattutto per i gruppi multinazionali di medie e grosse dimensioni”. In tal caso, infatti, la verifica del presupposto potrebbe coinvolgere un numero notevole di società “per le quali si dovrebbe di volta in volta procedere ad una fiscalizzazione dei relativi risultati reddituali, spesso sulla base di notizie che non è facile reperire”.

¹²⁶ Con circolare 4 agosto 2016, n. 35, la prassi ha infatti precisato, al par. 2.2, che nel caso in cui una controllata estera rientri in entrambi gli ambiti applicativi, si ritiene prioritariamente applicabile l'art. 167, comma 1, del TUIR.

Di conseguenza, nell'ipotesi in cui la controllata estera risulti residente in uno Stato europeo con il quale sussista un effettivo scambio di informazioni, essa non potrà mai essere soggetta alla disciplina rivolta ai paradisi fiscali in quanto il territorio in cui è localizzata non è considerato dal legislatore uno Stato a fiscalità privilegiata. In sostanza, ai soggetti ivi localizzati potrà rendersi applicabile solamente la disciplina di cui al comma 8 – *bis*¹²⁷.

Per quanto concerne gli ulteriori presupposti applicativi della novella, dato l'esplicito richiamo alla disposizione di cui al primo comma, si ritiene che le considerazioni in precedenza effettuate circa il presupposto soggettivo e oggettivo, quest'ultimo limitatamente al concetto di controllo, trovano rilevanza anche ai fini in esame¹²⁸.

Quanto alla decorrenza della nuova disciplina, la disposizione nulla dice. Tuttavia, atteso il carattere non interpretativo dell'art. 13, si ritiene che essa debba trovare applicazione dal periodo di imposta successivo a quello di entrata in vigore della disposizione¹²⁹. Tale conclusione trova fondamento nell'art. 3 dello Statuto dei contribuenti il quale sancisce il carattere irretroattivo delle disposizioni tributarie, ad eccezione delle leggi di interpretazione autentica. La disposizione precisa poi che *“relativamente ai tributi periodici le modifiche introdotte si applicano solo a partire dal periodo d'imposta successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore delle disposizioni che le prevedono”*. Di conseguenza, l'estensione della disciplina CFC ai soggetti non localizzati in paradisi fiscali si rende applicabile a decorrere dal periodo d'imposta successivo a quello in corso alla data del 1 luglio 2009, giorno di pubblicazione del provvedimento nella Gazzetta Ufficiale.

Riassunti gli aspetti principali della novella, si passa ora ad analizzare in dettaglio la portata delle due condizioni necessarie ai fini della sua applicazione.

2.3.1. Il tax rate test

La prima condizione necessaria affinché la disciplina CFC possa essere estesa anche ai soggetti controllati non localizzati in paradisi fiscali concerne il livello di tassazione effettiva

¹²⁷ L'art. 8 del Decreto internazionalizzazione ha infatti apportato due modifiche all'art. 167 del TUIR: da un lato ha escluso dalla categoria degli Stati o territori a fiscalità privilegiata, di cui al comma 4, *“quelli appartenenti all'Unione europea ovvero da quelli aderenti allo Spazio economico europeo con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni”*; dall'altro lato ha integrato il comma 8 – *bis* precisando che, al ricorrere di particolari condizioni, *“la disciplina di cui al comma 1 trova applicazione anche nell'ipotesi in cui i soggetti controllati ai sensi dello stesso comma sono localizzati in stati o territori diversi da quelli ivi richiamati o in Stati appartenenti all'Unione europea ovvero a quelli aderenti allo Spazio economico europeo con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni”*.

¹²⁸ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, 1° edizione, 2014, Milano, IPSOA, p. 1482.

¹²⁹ In tal senso si esprimono LA CANDIA I, TRONCONI S., *Modifiche alla disciplina CFC*, in Corr. Trib., 2015, 5, p. 394; ASSONIME in Note e Studi n.15 del 2009, p. 12 e l'Amministrazione Finanziaria nella circolare 6 ottobre 2010, n. 51/E, par. 7.

applicato dalla legislazione estera. Più precisamente, l'art. 167, comma 8 – *bis*, lett. a), afferma che la disciplina CFC trova applicazione altresì quando i soggetti partecipati esteri sono “*assoggettati a tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella a cui sarebbero stati soggetti ove residenti in Italia*”¹³⁰. La condizione in oggetto presuppone dunque il confronto fra due distinti requisiti: il livello effettivo di tassazione estero (c.d. *effective tax rate* estero) e il livello di tassazione a cui sarebbero stati soggetti i redditi della CFC se interamente prodotti nel territorio italiano (c.d. *virtual tax rate* domestico). Per quanto concerne la modalità di determinazione dei singoli parametri, la norma non fornisce alcuna indicazione. La dottrina¹³¹, difatti, aveva fin da subito denunciato come l'applicazione pratica di tale presupposto potesse, per tale ragione, rivelarsi particolarmente difficoltosa per il contribuente italiano. A tal riguardo, un notevole contributo è stato apportato dai molteplici interventi effettuati dalla prassi¹³² i quali, sebbene non sempre condivisibili, hanno senza dubbio delineato con maggiore chiarezza le modalità applicative del nuovo regime.

Per quanto concerne la definizione di “*tassazione effettiva*”, la relazione di accompagnamento al Decreto Legge n. 78 del 2009 precisa che si considera tale l'effettivo onere fiscale gravante sulla controllata estera. Come evidenziato in precedenza, ciò significa che, diversamente da quanto previsto per gli Stati paradisiaci, la verifica di tale presupposto non si limita al mero apprezzamento dell'aliquota nominale di imposta applicata, bensì richiede la determinazione delle imposte concretamente dovute in relazione al reddito conseguito dalla CFC. Il livello effettivo di imposizione è in sostanza rappresentato dal rapporto tra l'onere fiscale effettivamente corrisposto allo Stato estero e l'utile ante imposte. Secondo il recente intervento di prassi¹³³, al fine di determinare l'*effective tax rate* estero devono essere prese in considerazione le imposte sui redditi elencate nella Convenzione contro le doppie imposizioni stipulata tra i Paesi interessati, nonché quelle aventi natura analoga eventualmente introdotte in un momento successivo alla sua sottoscrizione. Qualora non sia stato stipulato alcun accordo, si deve invece far riferimento alle imposte sui redditi

¹³⁰ A tal proposito deve essere evidenziato che la citata disposizione è stata recentemente oggetto di modifica da parte dell'art. 8 del Decreto internazionalizzazione il quale, integrando la formulazione allora vigente, ha annunciato la pubblicazione di un provvedimento da parte dell'Amministrazione Finanziaria con il quale sarebbero stati indicati specifici criteri volti a semplificare la verifica di tale condizione. La previsione si è poi concretamente realizzata con la pubblicazione del documento del 16 settembre 2016, n. 143239.

¹³¹ Si vedano BONARELLI P., *La disciplina in materia di CFC: misure più restrittive*, in *Fiscalità Internazionale*, 2009, 5, p. 377 e ROLLE G., *Modifiche alla “CFC legislation” dopo la conversione del decreto “anticrisi”*, in *Corr. Trib.*, 2009, 34, p. 2805, i quali evidenziano come la nuova misura, non fornendo alcuna indicazione pratica, sollevi numerose perplessità circa la corretta interpretazione dell'espressione “livello di tassazione effettivo” nonché la modalità con cui procedere alla relativa determinazione. In senso conforme si esprime altresì ASSONIME in Note e Studi n. 15 del 2009, p. 21 e ss.

¹³² Ci si riferisce, nel dettaglio, alla circolare 6 ottobre 2010, n. 51/E, alla circolare 26 maggio 2011, n. 23/E nonché al recente provvedimento del 16 settembre 2016, n. 143239.

¹³³ Si veda il provvedimento del 16 settembre 2016, n. 143239, par. 3.2.

assimilabili all'IRES, a prescindere dalla natura dell'ente impositore¹³⁴. In quest'ultimo caso spetta quindi al contribuente individuare quali sono i tributi ordinariamente applicati nel territorio estero che più si accostano all'imposta sul reddito delle società italiana, con un evidente aumento degli oneri amministrativi posti a suo carico: in tal caso, infatti, la determinazione del livello di imposizione estero presuppone una dettagliata analisi dell'ordinamento tributario estero.

Ai fini della determinazione della tassazione virtuale domestica, invece, rilevano l'IRES e le relative addizionali mentre deve essere in ogni caso esclusa l'IRAP. L'irrelevanza di quest'ultima imposta agevola senza dubbio l'applicazione del nuovo regime in quanto evita al contribuente l'onere di individuare, all'interno dell'ordinamento fiscale estero, tributi aventi natura analoga¹³⁵. Tale impostazione appare poi coerente con lo stesso contenuto dell'art. 167 il quale, come si vedrà in seguito, assoggetta il reddito imputato per trasparenza al socio residente unicamente all'IRES e non anche all'IRAP¹³⁶.

Allo scopo di garantire un confronto omogeneo fra la tassazione estera e quella domestica, si precisa¹³⁷ che la determinazione del livello di imposizione deve avvenire, in entrambi i casi, facendo riferimento alle sole imposte correnti. La scelta di escludere eventuali imposte anticipate e/o differite è giustificata dal fatto che quest'ultime non sono funzionali alla determinazione delle imposte effettivamente dovute dal soggetto estero, bensì all'individuazione del carico fiscale di competenza dell'esercizio¹³⁸.

Sempre al fine di garantire un confronto il più possibile omogeneo, l'Amministrazione Finanziaria considera escluse dal computo del livello di tassazione estero le variazioni in diminuzione operate sulla base delle differenze temporanee che si sono realizzate in esercizi antecedenti. Per comprendere appieno tale previsione è necessario anticipare alcune precisazioni. La quantificazione del livello di imposizione domestica richiede, per prima cosa, la riliquidazione del reddito della CFC sulla base delle disposizioni interne preposte alla determinazione del reddito d'impresa. A tal fine, al ricorrere di certe condizioni, si considerano fiscalmente rilevanti i valori patrimoniali risultanti dal bilancio della partecipata estera relativo all'esercizio o periodo di gestione anteriore all'applicazione della disciplina.

¹³⁴ Ne consegue che ai fini del calcolo dell'imposta effettivamente dovuta nello Stato estero rilevano, oltre alle imposte proprie dello Stato, anche eventuali tributi federali, comunali e così via.

¹³⁵ BAGNOLI N., *Stati a regime fiscale privilegiato: dalle black list al nominal tax rate*, in Riv. Dir. Trib., 2016, p. 2, ritiene infatti che, per ragioni di omogeneità, l'eventuale inclusione di tale imposta nel calcolo del livello di imposizione domestico implicherebbe l'inclusione delle imposte estere ad essa assimilabili anche ai fini del computo dell'*effective tax rate* estero.

¹³⁶ ROLLE G., *Circolare n. 51/E del 6 ottobre 2010 – la CFC non black – list: i presupposti di applicazione*, in Il fisco, I, 2010, 41, p. 6644.

¹³⁷ Così la circolare 6 ottobre 2010, n. 51/E, par. 5.1.

¹³⁸ L'Amministrazione Finanziaria, tuttavia, riconosce al socio residente la possibilità di evidenziare, in sede di interpello, eventuali effetti distorsivi determinati dall'irrelevanza di tali voci contabili.

Relativamente agli ammortamenti e ai fondi per rischi ed oneri, questi si considerano in ogni caso alimentati da accantonamenti interamente deducibili. Quanto sopra implica che nel primo esercizio di applicazione della normativa, ai fini della determinazione del livello di imputazione domestica, non verrà apportata alcuna variazione fiscale al reddito della CFC inerente a tali poste di bilancio. È chiaro allora che, se si vuole garantire un'omogeneità nel confronto fra i due parametri, l'assenza di tali rettifiche deve essere controbilanciata dall'irrilevanza di quelle eventualmente apportate nello Stato estero. Per quanto concerne eventuali variazioni in aumento, invece, sebbene la prassi non abbia fornito alcun chiarimento in merito, sembra ragionevole ritenere anche tali rettifiche irrilevanti ai fini del computo della tassazione effettiva estera¹³⁹.

Una questione tuttora aperta concerne il trattamento riservato alle eventuali imposte corrisposte dalla CFC ad uno Stato diverso da quello di localizzazione. Secondo un costante orientamento della prassi, ai fini della determinazione di entrambi i livelli di imposizione, assumono rilevanza le sole imposte dovute dalla CFC allo Stato in cui è ubicata, a nulla rilevando l'eventuale utilizzo di crediti d'imposta relativi ai redditi prodotti in Stati diversi da quello di localizzazione.

Tale impostazione appare decisamente penalizzante per il socio residente poiché rischia di includere nell'ambito applicativo della disciplina anche fattispecie con riferimento alle quali non è possibile ravvisare alcun indebito vantaggio fiscale che possa giustificare l'applicazione del regime CFC. Si pensi, in particolare, all'ipotesi in cui i redditi conseguiti dal soggetto partecipato estero siano prevalentemente rappresentati da proventi già assoggettati ad imposta in uno Stato terzo perché derivanti, ad esempio, da una stabile organizzazione ovvero dalla partecipazione in soggetti *ivi* localizzati. In questo caso, infatti, l'irrilevanza della tassazione applicata dallo Stato della fonte non sempre consente di determinare con esattezza il carico fiscale effettivamente gravante sui redditi conseguiti dalla CFC. In particolare, qualora la legislazione estera adotti, quale metodo di eliminazione della doppia imposizione, quello dell'esenzione da imposta, la determinazione del livello effettivo di tassazione condurrà di certo ad un risultato orientativamente pari a zero. Di conseguenza, il livello virtuale di imposizione applicato dallo Stato italiano risulterebbe in ogni caso superiore al cinquanta per cento di quello straniero, con conseguente applicazione del regime antielusivo. Autorevole dottrina¹⁴⁰ ha evidenziato come tale impostazione risulti anzitutto confliggente con il dato

¹³⁹ PIAZZA M., MAINESE V., *L'Agenzia delle entrate spiega come verificare il "tax rate test" per le CFC "non black list"*, in Corr. Trib., 2011, 26, p. 2109.

¹⁴⁰ MIELE L., ROLLE G., RUSSO V., *Società estere: regime delle CFC ed esteroinvestizione*, 2011, Milano, IPSOA, p. 121; GARUFI S., *La nuova disciplina delle CFC*, in Rass. Trib., 2010, 3, p. 621; ROLLE G.,

letterale della disposizione la quale si limita ad individuare, quale presupposto necessario per l'applicazione della disciplina CFC, il livello effettivo di tassazione senza prevedere alcuna eccezione. In secondo luogo, la tesi non appare coerente con le finalità perseguite dalla disciplina che la stessa relazione illustrativa al Decreto Legge n. 78 del 2009 riconduce alla volontà del legislatore di contrastare il conseguimento di indebiti risparmi d'imposta¹⁴¹. Dall'esempio sopra proposto, infatti, si evince come l'irrilevanza dei suddetti tributi possa comportare l'applicazione della disciplina CFC anche alle ipotesi in cui i redditi prodotti dal soggetto estero abbiano scontato in realtà una tassazione congrua rispetto a quella applicata in Italia. La soluzione corretta sarebbe allora quella di considerare al numeratore del rapporto la somma delle imposte corrisposte rispettivamente allo Stato estero e allo Stato di residenza, al netto dell'eventuale credito d'imposta riconosciuto, e al denominatore l'utile prima delle imposte sia estere che locali¹⁴².

In tale contesto, particolare attenzione è stata riservata al caso delle c.d. *holding* pure ovvero soggetti che detengono esclusivamente partecipazioni in altre società. Più precisamente, l'attenzione è stata posta sulla fattispecie delle *holding* titolari di partecipazioni dotate dei requisiti per la *participation exemption* di cui all'art. 87 del TUIR. Con riferimento a tali soggetti, l'irrilevanza delle imposte corrisposte a Stati terzi rischia di rendere l'applicazione della disciplina pressoché automatica. Com'è noto, invero, i redditi derivanti dalle suddette partecipazioni, sotto forma di dividendi o plusvalenze, sono soggetti in Italia ad una tassazione pari all'1,2%¹⁴³. Pertanto, qualora lo Stato estero adotti un regime impositivo incentrato sull'esenzione totale di tali proventi, l'*effective tax rate* estero risulterebbe pari a zero e dunque inferiore a più della metà di quello che sarebbe stato applicato nel territorio italiano.

In un primo momento, probabilmente per ragioni prudenziali¹⁴⁴, l'Amministrazione finanziaria, nonostante riconoscesse la sostanziale equivalenza fra i due regimi impositivi, non considerava tale circostanza esclusa dall'ambito applicativo della disciplina¹⁴⁵. La valutazione di detta equivalenza era infatti rinviata al momento di presentazione dell'interpello disapplicativo. Con la pubblicazione del recente provvedimento, invece, la prassi sembra aver

Disciplina delle società controllate estere e imposte pagate in Stati diversi da quello di residenza, in *Il Fisco*, 2016, 5, p. 447.

¹⁴¹ Finalità peraltro confermata dalla stessa prassi nella circolare 6 ottobre 2010, n. 51/E, par. 5.1.

¹⁴² Conformemente a quanto sostenuto da PIAZZA M., *Condizione della tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella italiana*, in *Corr. Trib.*, 2010, 42, p. 3443.

¹⁴³ L'1,2% è infatti il prodotto tra l'aliquota IRES, pari al 24%, e l'ammontare di reddito imponibile, pari al 5%.

¹⁴⁴ ANTONACCHIO F., *Le criticità connesse all'estensione del regime CFC alle controllate fuori dalla black list*, in *Il Fisco*, 2010, I, 46, p. 7480.

¹⁴⁵ Si veda la circolare 6 ottobre 2010, n. 51/E, par. 5.1.

superato tale interpretazione restrittiva¹⁴⁶. Nella fattispecie, il citato documento si limita a precisare che “*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, si considera equivalente a un regime di esenzione totale che preveda, nello Stato di localizzazione della controllata, l'integrale indeducibilità dei costi connessi alla partecipazione*”. L'assenza di ulteriori precisazioni fa dunque presupporre che l'equivalenza fra i due regimi sia data per certa al momento della verifica dei presupposti applicativi.

Con riguardo alle società che non detengono esclusivamente partecipazioni aventi i requisiti *pex*, sebbene non sia mai stata fornita al riguardo alcuna precisazione, sembra ragionevole sostenere che anche in tal caso si debba pervenire alla medesima conclusione¹⁴⁷.

Un altro aspetto rilevante concerne la disciplina delle perdite fiscali pregresse. Relativamente ad entrambi i requisiti, infatti, il livello di imposizione deve essere determinato al netto di tali poste. Ciò significa che in presenza di una perdita fiscale pregressa idonea a compensare il reddito conseguito in un esercizio successivo, il rispettivo livello di tassazione deve essere considerato pari a zero. A tal proposito, era stato osservato¹⁴⁸ come le diverse discipline nazionali in tema di riporto delle perdite fiscali pregresse potessero determinare forti penalizzazioni per il socio residente. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui la legislazione estera, a differenza di quella interna, ammetta il riporto in avanti delle suddette perdite senza alcun limite temporale o quantitativo. In tal caso, ad un livello di tassazione estero nullo, conseguito grazie all'utilizzo delle perdite pregresse, poteva infatti contrapporsi un livello virtuale di tassazione positivo, con conseguente applicazione del regime.

Ad oggi questo effetto distorsivo è stato del tutto superato. Il recente intervento di prassi¹⁴⁹ ha sancito l'irrelevanza di tutte le disposizioni, sia estere che interne, concernenti la disciplina delle perdite fiscali. Più precisamente, il citato documento afferma che, ai fini del calcolo di entrambi i livelli di tassazione, le perdite fiscali pregresse possono essere compensate senza alcun limite di utilizzo. Ne consegue che, con riferimento alla disciplina interna, tali perdite potranno essere utilizzate fino a capienza del reddito conseguito dalla CFC, a nulla rilevando il limite dell'80% di cui al primo comma dell'art. 84 del Tuir, con evidenti effetti positivi per il socio residente.

¹⁴⁶ *CFC white list e imposte pagate in Stati diversi da quello di residenza*, in Quotidiano IPSOA del 27 settembre 2016.

¹⁴⁷ PIAZZA M., *Condizione della tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella italiana*, in Corr. Trib., 2010, 42, p. 3445.

¹⁴⁸ ROLLE G., *Circolare n. 51/E del 6 ottobre 2010 – la CFC non black – list: i presupposti di applicazione*, in Il fisco, I, 2010, 41, p. 6645

¹⁴⁹ Si veda il provvedimento del 16 settembre 2016, n. 143239, par. 5, lett. h).

Condizione necessaria affinché le perdite fiscali pregresse possano essere utilizzate per abbattere il reddito conseguito dalla CFC è che le stesse siano state realizzate in un esercizio successivo a quello di prima applicazione della disciplina in esame. Tale preclusione mira essenzialmente a rendere il confronto fra i due parametri più semplice ed omogeneo. La suddetta misura, infatti, consente al socio residente, da un lato, di non azzerare i redditi conseguiti dalla CFC, riducendo così la probabilità che venga applicata la disciplina, e, dall'altro lato, di non dover rideterminare il reddito conseguito dalla controllata in esercizi precedenti. Solo in questo modo, difatti, sarebbe garantita una continuità dei dati fiscali di riferimento e dunque l'utilizzabilità, ai fini domestici, delle eventuali perdite conseguite dalla controllata in periodi di gestione precedenti.

Qualora il bilancio della partecipata estera evidenzia una perdita civilistica, al fine di non pervenire a risultati poco significativi, il confronto deve realizzarsi in termini assoluti anziché percentuali¹⁵⁰. Diversamente, il carico fiscale dovuto dalla CFC sarebbe rapportato ad un valore negativo con la conseguenza che anche il livello di tassazione effettivo avrebbe il medesimo segno.

Individuati i criteri comuni ai due livelli di imposizione, si passa ora ad analizzare le loro modalità di determinazione. Il computo del livello di tassazione effettiva estera presuppone anzitutto l'individuazione delle imposte effettivamente corrisposte allo Stato estero. A tal fine rilevano i dati emergenti dal bilancio d'esercizio, o rendiconto, della CFC redatto nel rispetto delle disposizioni locali, la dichiarazione dei redditi presentata oppure le relative ricevute di versamento. Si deve inoltre tener conto anche delle ritenute d'imposta corrisposte allo Stato di localizzazione, se operate a titolo definitivo¹⁵¹.

Ancora, concorrono a determinare il livello effettivo di imposizione le agevolazioni riconosciute dallo Stato estero alla singola CFC. Ci si riferisce, nel dettaglio, alle particolari misure fiscali che il legislatore straniero ha concesso alla partecipata in ragione, ad esempio, di uno specifico *ruling* concluso fra le parti. Nessuna valenza è invece riconosciuta alle misure agevolative riservate, per un periodo non superiore ai 5 anni, all'intera platea di contribuenti, qualora presentino carattere temporaneo. L'irrilevanza di queste agevolazioni può essere letta come volontà dell'Amministrazione Finanziaria di privilegiare il trattamento fiscale a cui la partecipata estera è soggetta nel medio – lungo termine, evitando così che misure meramente occasionali penalizzino eccessivamente il soggetto partecipato¹⁵². Il

¹⁵⁰ Si veda la circolare 26 maggio 2011, n. 23/E, par. 2.3.

¹⁵¹ Si veda la circolare 26 maggio 2011, n. 23/E, par. 2.8.

¹⁵² Si veda al riguardo ROLLE G., *Circolare n. 51/E del 6 ottobre 2010 – la CFC non black – list: i presupposti di applicazione*, in *Il fisco*, I, 2010, 41, p. 6645, il quale sostiene che deve essere accolto con favore l'intento dell'Agenzia di evitare che benefici fiscali occasionali incidano sull'applicazione della nuova disciplina a soggetti che, nel medio termine, ne sarebbero esclusi.

contribuente dovrà quindi valutare caso per caso se l'eventuale disposizione estera faccia riferimento ad una agevolazione temporaneamente concessa ai contribuenti ovvero rappresenti una misura strutturale.

Se la partecipata estera aderisce ad una tassazione consolidata, si dovrà fare riferimento alle imposte dovute dalla singola società, coerentemente con le finalità perseguite dalla disposizione. Quest'ultima, infatti, mira ad accertare se il reddito conseguito dalla CFC, e non dal gruppo al quale essa appartiene, abbia scontato all'estero una tassazione congrua. La determinazione dell'imposta assolta dalla singola partecipata si dovrà pertanto effettuare scomputando, dal reddito complessivamente ascrivibile al gruppo, la quota imputabile alla CFC e le relative imposte dovute. In tal caso, tuttavia, il confronto fra i due parametri perde inevitabilmente il suo significato originale¹⁵³: il *virtual tax rate* domestico, difatti, non viene posto a confronto con l'onere fiscale effettivamente corrisposto dalla CFC, bensì con il *tax rate* che quest'ultima avrebbe dovuto corrispondere se non avesse preso parte al consolidato fiscale.

Una volta determinato l'effettivo carico di imposizione corrisposto allo Stato estero, questo deve essere rapportato all'utile ante imposte risultante dal bilancio della CFC: si ottiene così l'*effective tax rate* estero.

Passando alla determinazione della tassazione virtuale domestica, essa presuppone per prima cosa la riliquidazione del reddito estero sulla base alle disposizioni interne deputate alla determinazione del reddito d'impresa. Infatti, sebbene la disposizione nulla dica in merito, si ritiene che il computo del *virtual tax rate* non possa prescindere dalla rideterminazione del reddito conseguito dalla CFC sulla base di quanto previsto dalla disciplina interna¹⁵⁴. Per ragioni di semplificazione, la prassi consentiva che tale valore venisse individuato facendo riferimento alle sole disposizioni contenute nel TUIR volte a determinare il reddito d'impresa ai fini IRES¹⁵⁵. Non trovavano quindi applicazione le norme contenute in disposizioni speciali. In particolare, era stata confermata l'irrelevanza delle norme concernenti la disciplina sulle società di comodo¹⁵⁶ e quella relativa all'indeducibilità degli interessi passivi¹⁵⁷ poiché

¹⁵³ Si vedano MIELE L., ROLLE G., RUSSO V., *Società estere: regime delle CFC ed esteroinvestizione*, 2011, Milano, IPSOA, p. 122, ROLLE G., *Circolare n. 51/E del 6 ottobre 2010 – la CFC non black – list: i presupposti di applicazione*, in *Il fisco*, I, 2010, 41, p. 6645, i quali evidenziano come in tal caso si finisce per effettuare un confronto dai termini evanescenti.

¹⁵⁴ ASSONIME, Note e studi n. 15 del 2009. In senso analogo si esprime anche l'Agenzia nella circolare 6 ottobre 2010, n. 51/E, par. 5.1.

¹⁵⁵ Circolare 26 maggio 2011, n. 23/E, par. 2.1. In tale circostanza viene poi precisato, al par. 2.3., che nell'ipotesi in cui il bilancio del soggetto estero sia stato redatto in base ai principi contabili IAS/IFRS, il reddito virtualmente imponibile in Italia deve essere rideterminato in ragione delle disposizioni fiscali interne applicabili ai soggetti *IAS/IFRS adopter*. I principi contabili IAS/IFRS trovano poi applicazione anche nel caso in cui il soggetto estero ricorra ai principi contabili US GAAP, considerata la loro maggiore similitudine ai principi internazionali rispetto a quelli domestici.

¹⁵⁶ Nella fattispecie la disciplina è contenuta nell'art. 30 della Legge 23 dicembre 1994, n. 724.

in tale fase non era ancora possibile constatare l'eventuale artificiosità della struttura estera, giudizio che doveva invece esprimersi in un momento successivo. Ci si riferiva, nel dettaglio, alla fase di determinazione del reddito da imputare al soggetto residente con riferimento alla quale la prassi, in palese contrasto con il dato letterale della disciplina, affermava l'applicabilità anche di disposizioni contenute in provvedimenti extra TUIR, prima fra tutte quella relativa alla disciplina sulle società di comodo¹⁵⁸. In sostanza, solo ai fini della determinazione del *virtual tax rate* domestico trovava applicazione quanto letteralmente previsto dall'art. 167, comma 6, in tema di determinazione del reddito da imputare per trasparenza al socio residente. Tuttavia, come si vedrà in seguito, i suddetti criteri di determinazione sono stati oggetto di modifica da parte del Decreto internazionalizzazione. Più precisamente, il legislatore ha sostituito il rinvio alle sole disposizioni contenute nel TUIR con il generico richiamo alle disposizioni riservate ai soggetti residenti titolari di reddito d'impresa, comprese dunque quelle contenute in provvedimenti speciali. Si rende quindi necessario stabilire se tali modifiche producono effetti anche ai fini della determinazione del livello di tassazione virtuale domestico. A prima vista, l'Amministrazione Finanziaria sembra essersi conformata alla novella in quanto definisce il *virtual tax rate* domestico come il rapporto fra il reddito imponibile rideterminato secondo le disposizioni fiscali italiane in materia di reddito d'impresa e l'utile ante imposte risultante dal bilancio della controllata¹⁵⁹. Quanto alla determinazione, tuttavia, essa si limita a riconoscere l'applicabilità della sola disciplina relativa all'ACE. Non è chiaro, dunque, se il computo di tale indice debba avvenire applicando tutte le disposizioni extra Tuir previste dall'ordinamento italiano in tema di reddito d'impresa, tra cui la disciplina ACE, ovvero se si debba continuare a fare riferimento unicamente alle disposizioni contenute nel Tuir, con la sola aggiunta della disciplina ACE. Considerata la finalità esplicita del provvedimento e le ragioni che giustificavano l'esclusione delle regole extra – Tuir dall'ambito applicativo in esame, sembra ragionevole propendere per la seconda ipotesi.

Al fine di determinare il reddito fiscalmente imponibile, rilevano, quali valori fiscali di partenza, quelli risultanti dal bilancio relativo all'esercizio o periodo di gestione anteriore a quello da cui si verificano i presupposti per l'applicazione della disciplina CFC, purché

¹⁵⁷ Ci si riferiva, in dettaglio, alle disposizioni speciali richiamate dall'art. 96 del TUIR ovvero all'art. 3, comma 115, della Legge 28 dicembre 1995, n. 549, in materia di interessi su titoli obbligazionari, e all'art. 1, comma 465, della Legge 30 dicembre 2004, n. 311, in materia di interessi sui prestiti dei soci delle società cooperative.

¹⁵⁸ Per maggiori dettagli in merito alla determinazione del reddito da imputare al socio residente si veda il par. 1.4.

¹⁵⁹ In tal senso si esprime ALBANO G., "*CFC*", *test sul prelievo dal 2015 ma solo sull'Ires*, in *Sole 24 Ore* del 17 settembre 2016, p. 21, secondo il quale mediante tale modifica viene formalmente superata la precedente impostazione che prevedeva la rilevanza delle norme extra – Tuir ai fini della determinazione del reddito tassato per trasparenza, ma non ai fini del calcolo del *tax rate* virtuale domestico.

conseguenti dall'impiego di criteri contabili già adottati in precedenza dalla controllata ovvero ne venga attestata, da parte di un revisore contabile, la loro conformità ai principi di redazione del bilancio. Come anticipato in precedenza, il valore fiscalmente riconosciuto degli ammortamenti e degli accantonamenti per rischi ed oneri è pari al relativo valore contabile, benché essi non siano ammessi in deduzione dal Tuir ovvero lo siano in misura differente da quanto indicato nel bilancio della controllata estera. Individuato il reddito fiscalmente imponibile, si procede a determinare il carico fiscale dovuto applicando al primo l'aliquota d'imposta prevista a livello interno. Il *virtual tax rate* domestico sarà dunque rappresentato dal rapporto tra il carico fiscale dovuto in relazione alle disposizioni interne e l'utile ante imposte emergente dal bilancio della CFC.

Alla luce di quanto detto, si può facilmente intuire come l'adozione del criterio sulla tassazione effettiva renda la verifica del presupposto applicativo sicuramente più complessa rispetto al criterio del livello nominale di tassazione. Va evidenziato, inoltre, come il ricorso al suddetto criterio renda l'applicazione della disciplina anche particolarmente incerta: la verifica del presupposto applicativo, infatti, deve essere necessariamente effettuata con cadenza annuale, essendo quest'ultimo ancorato all'ammontare di reddito effettivamente conseguito dalla CFC in ogni esercizio.

2.3.2. Il *passive income test*

Come evidenziato in premessa, la seconda condizione necessaria affinché la disciplina in esame trovi applicazione anche alle CFC non ubicate in territori a fiscalità privilegiata concerne la composizione dei proventi da quest'ultime conseguiti. In particolare, la disposizione si rende applicabile quando i redditi del soggetto estero sono formati in prevalenza da proventi derivanti 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.

Come si può notare, la norma richiama in sostanza tutti quei proventi che generalmente non richiedono, per il loro conseguimento, uno sforzo attivo da parte del soggetto che li percepisce bensì provengono dal mero sfruttamento passivo di un *asset* finanziario. I titoli, le partecipazioni, i beni immateriali rappresentano, invero, cespiti di per sé idonei a generare ricchezza sotto forma, ad esempio, di interessi passivi, dividendi, plusvalenze, ovvero royalties. Il mero possesso di tali attività consente dunque al soggetto che

le detiene di realizzare un guadagno senza dover necessariamente svolgere un'effettiva attività economica. Per tale motivo detti proventi sono menzionati nella letteratura tributaria anche con il termine di “*passive income*”.

La finalità di tale disposizione sembra pertanto essere quella di evitare che cespiti particolarmente mobili vengano delocalizzati all'estero al mero fine di sottrarre, dall'imposizione domestica, i redditi da essi prodotti nonché di beneficiare della tassazione estera più vantaggiosa.

La localizzazione di redditi prevalentemente passivi in Stati che ne consentono una tassazione mite fa infatti supporre che la partecipata ivi localizzata rappresenti in realtà un soggetto privo di contenuto imprenditoriale, la cui finalità è essenzialmente quella di subentrare alla controllante nella percezione dei proventi passivi¹⁶⁰. L'estensione del regime CFC anche ai soggetti localizzati in Stati a fiscalità ordinaria consente pertanto al legislatore di contrastare qualsiasi insediamento estero che sia manifestazione di un fenomeno elusivo, a prescindere dal luogo di insediamento¹⁶¹.

Dal punto di vista operativo, il c.d. *passive income test* solleva numerose perplessità circa la corretta individuazione dei proventi passivi rilevanti ai fini della sua effettuazione. Le incertezze applicative hanno origine anzitutto dall'assenza di una analitica definizione di proventi passivi. Quest'ultimi, infatti, sono individuati dal comma 8 – *bis* mediante un generico rinvio al concetto di detenzione, investimento e gestione di attività finanziarie. Per quanto concerne le attività di investimento e detenzione, non sembrano emergere particolari dubbi in merito alla loro compatibilità con la *ratio* della disposizione giacché entrambi richiamano aspetti tipici dei *passive investments*¹⁶². Alcune perplessità emergono invece con riferimento al concetto di gestione in quanto ad essa sono riconducibili anche attività che non si esauriscono nel mero sfruttamento passivo di *asset* finanziari, bensì richiedono per il loro espletamento l'esistenza di una reale struttura organizzativa. È stato infatti evidenziato¹⁶³ come il contenuto di tale nozione possa in realtà variare in ragione della modalità con cui vengono coordinati i fattori produttivi. Più precisamente, nell'ipotesi in cui la gestione si sostanzia in una mera amministrazione degli strumenti finanziari, i redditi da quest'ultimi prodotti rappresentano senza dubbio l'esito del loro mero sfruttamento. In alcuni casi, tuttavia, l'amministrazione delle attività finanziarie viene effettuata in modo molto più dinamico con la

¹⁶⁰ THIONE M., BARGAGLI M., *Normativa CFC: dall'attuale “concetto” concetto di passive income ai possibili sviluppi de lege ferenda*, in *Il Fisco*, 2015, 18, p. 1768.

¹⁶¹ COVINO S., “*CFC, mercato locale e rapporti intragruppo in Paesi white – list: una normativa mediatica da non sopravvalutare*”, in *Dialoghi Tributarî*, 2014, 6, p. 657.

¹⁶² Così BARGAGLI M., *La corretta qualificazione dei passive income nel regime CFC*, in *Amministrazione & finanza*, 2015, 6, p. 19; GHISELLI F., *Circolare n. 23/E del 26 maggio 2011 – applicazione del regime CFC agli Stati o territori diversi dai paradisi fiscali*, in *Il Fisco*, 2011, parte I, 30, p. 4849.

¹⁶³ GHISELLI F., *op. cit.*, p. 4849

conseguenza che i proventi da essa derivanti non possono essere qualificati come passivi. Si pensi, ad esempio, al settore bancario, finanziario nonché assicurativo in cui l'attività di gestione per conto terzi di titoli, partecipazioni, crediti o l'esercizio di altre attività finanziarie rappresenta il *core business* dei soggetti ivi operanti, e in quanto tale può generare unicamente proventi di natura attiva. È dunque palese come il mero rinvio al concetto di gestione rischi di estendere l'applicazione del regime CFC anche a soggetti ai quali non può essere attribuito alcun intento elusivo.

La questione ha trovato definitiva soluzione con la circolare 26 maggio 2011, n.23/E¹⁶⁴, nella quale l'Amministrazione Finanziaria, analogamente a quanto suggerito in dottrina¹⁶⁵, esclude dalla nozione di *passive income* i proventi derivanti dalla gestione di *asset* finanziari, di proprietà di terzi, da parte di soggetti qualificabili come intermediari finanziari. In questo caso, infatti, benché l'attività in oggetto si realizzi fondamentalmente mediante lo sfruttamento passivo di cespiti finanziari, essa non può essere considerata priva di contenuto imprenditoriale.

Nel citato documento di prassi viene poi specificato che i proventi in esame si considerano esclusi anche nell'ipotesi in cui l'attività finanziaria è esercitata in virtù di un rapporto di delega di gestione. Pertanto i redditi passivi derivanti dallo svolgimento della propria attività caratteristica devono considerarsi sempre esclusi dall'ambito applicativo della disposizione, a prescindere dalla modalità con la quale detta attività è svolta. Ad avviso dell'Amministrazione Finanziaria, infatti, sia nel caso di esercizio diretto che nell'ipotesi di esercizio su delega, l'attività mantiene sempre la natura di gestione finanziaria svolta per conto di soggetti terzi e quindi di attività imprenditoriale. È da valutare senza dubbio con favore l'intento dell'Agenzia di privilegiare la *ratio* della disposizione piuttosto che l'oggettiva sussistenza della condizione applicativa prevista.

L'irrelevanza dei suddetti proventi, tuttavia, mantiene la propria validità a condizione che le attività di gestione, investimento e detenzione siano esercitate nei confronti di soggetti terzi, ovvero sia soggetti che non presentano alcun rapporto partecipativo con la CFC. In quest'ultimo caso, invero, la fattispecie si configurerebbe come una prestazione di servizi erogata a soggetti appartenenti al medesimo gruppo societario e come tale inclusa nell'ambito di applicazione della novella.

¹⁶⁴ Si veda in particolare il punto 5.1 del suddetto documento.

¹⁶⁵ La necessità di escludere dall'ambito applicativo della disciplina in esame le società operanti nel settore bancario e assicurativo è stata evidenziata in particolare da MONTI M., *Per banche e assicurazioni serve un'esclusione esplicita*, in *Sole 24 ore* del 10 luglio 2009, p. 27 e BONNARELLI P., *L'attività bancaria nel nuovo regime CFC*, in *Fiscalità & commercio internazionale*, 2011, 3, p. 17.

Come evidenziato in precedenza, i *passive income* non rappresentano l'unica categoria di proventi rilevanti ai fini dell'applicazione del nuovo comma 8 – *bis*: rientrano nell'ambito applicativo della disposizione anche le società che conseguono più del cinquanta per cento dei propri proventi dall'erogazione di servizi, anche di natura finanziaria., nei confronti di soggetti appartenenti al medesimo gruppo. Tale previsione suscita alcune perplessità in quanto estende l'applicazione della disciplina CFC anche a fattispecie che, a prima vista, non sembrano rientrare tra quelle che la norma intende contrastare¹⁶⁶. L'erogazione di prestazioni di servizio, infatti, generalmente presuppone l'esistenza di un minimo radicamento territoriale in termini di locali e dipendenti, ovvero l'esistenza di una realtà economica effettiva. Tuttavia, considerata la facilità con la quale alcune attività possono essere delocalizzate, la scelta di assimilare i proventi derivanti dai servizi infragruppo ai *passive income* può essere letta come volontà del legislatore di evitare che attività, potenzialmente esercitabili anche in Italia, vengano formalmente delocalizzate all'estero e ivi svolte da un soggetto privo di sostanza economica¹⁶⁷. I soggetti residenti potrebbero infatti essere incentivati a trasferire formalmente in capo alla controllata estera quelle attività che per loro caratteristiche non presuppongono un significativo legame con il territorio, al fine di accumulare all'estero utili tassati ad aliquote particolarmente ridotte.

Se è la *ratio* della norma è dunque quella di ostacolare il fittizio trasferimento di attività particolarmente “mobili”, sembra ragionevole escludere dalla nozione di proventi infragruppo quelli derivanti dall'espletamento di servizi di lavorazione in ragione della loro natura puramente industriale. In tal caso, infatti, l'erogazione di tali prestazioni presuppone l'esistenza di una effettiva struttura organizzativa nel territorio in cui la società estera è localizzata.

Analogamente dovrebbero considerarsi esclusi i proventi delle le c.d. *trading companies*, ovvero sia quelle società che effettuano operazioni di compravendita di merci o prodotti finiti in nome e per conto proprio, ancorché quest'ultime siano rese nei confronti di un soggetto appartenente al medesimo gruppo. In questo caso, infatti, l'attività esercitata dalla società non può essere qualificata come una prestazione di servizi, presentando a tutti gli effetti i connotati di una cessione di beni¹⁶⁸. Sempre con riferimento alla corretta qualificazione dei

¹⁶⁶ Si veda ASSONIME, Nota e Studi n. 15 del 2009, la quale sostiene che i proventi derivanti dalla prestazione di servizi sembrerebbero presentare più i connotati dei proventi attivi rispetto a quelli dei redditi passivi, considerato che essi derivano dallo svolgimento di una reale attività economica.

¹⁶⁷ GHISELLI F., *op. cit.*, p. 4851.

¹⁶⁸ In tal senso si esprimono AVOLLO D., SANTACROCE B., “*Trading companies*” e “*service provider*” ... *ma sono proprio la stessa cosa?*, in *Corr. Trib.*, 2013, 38, p. 3059; ANTONACCHIO F., *Le criticità connesse all'estensione del regime CFC alle controllate fuori dalla black list*, in *Il Fisco*, 2010, I, 46, p. 7480., i quali sostengono che l'unica ipotesi in cui le c.d. *trading companies* potrebbero essere assimilate a dei *service provider*, e dunque potenzialmente incluse nell'ambito di applicazione della norma, è quando l'attività di

passive income, il riferimento ai servizi infragruppo andrebbe poi circoscritto alle sole prestazioni erogate a soggetti localizzati in Italia¹⁶⁹. I servizi c.d. estero su estero, invero, se concretamente erogati, non comportano una riduzione della base imponibile italiana poiché il costo della prestazione viene dedotto da un soggetto localizzato in uno Stato straniero.

A conclusioni diametralmente opposte è invece giunta l'Amministrazione Finanziaria la quale considera tutte le fattispecie sopra evidenziate rilevanti ai fini del c.d. *passive income test*. Più precisamente, secondo l'opinabile pensiero dell'Agenzia "l'attività di trading, rappresentata nelle sue caratteristiche essenziali, non esclude, in sostanza, la configurabilità di una prestazione di servizi". Per quanto concerne invece i servizi di lavorazione e le operazioni c.d. estero su estero, la loro inclusione trova fondamento nel fatto il dato letterale della norma non prevede alcuna limitazione al concetto di servizi infragruppo. Si tratta, tuttavia, di un'interpretazione eccessivamente restrittiva che, oltre a poggiare su motivazioni particolarmente deboli¹⁷⁰, appare in palese contrasto con la finalità perseguita dalla disposizione.

Alcune considerazioni devono infine essere effettuate con riferimento al reddito oggetto di imputazione per trasparenza. In particolare, al verificarsi della duplice condizione, la norma prevede che vengano attribuiti al socio residente tutti i proventi conseguiti dalla CFC, siano essi di natura attiva ovvero passiva¹⁷¹. Secondo autorevole dottrina¹⁷², invece, analogamente a quanto disposto dalle normative comunitarie a cui il legislatore sembra essersi ispirato, l'imputazione dovrebbe essere limitata ai soli *passive income*. L'introduzione del comma 8 – *bis* ha infatti comportato l'inserimento nella disciplina CFC italiana, tradizionalmente basata su un approccio *jurisdictional*, del tema dei proventi passivi, tipico della logica *transactional*. Il *jurisdictional approach* e il *transactional approach* rappresentano i due differenti modelli adottati dagli Stati per formulare la propria disciplina CFC. In particolare, il primo modello prevede la tassazione in capo al socio residente di tutti i redditi prodotti dalle controllate estere localizzate in Stati a fiscalità privilegiata, generalmente individuati mediante la stesura di un'apposita lista nera. La logica *transactional*, in cambio,

compravendita viene esercitata sulla base di un rapporto di andato o commissione poiché in tal caso si realizzerebbe un servizio per conto del gruppo.

¹⁶⁹ Si veda GAIANI L., *Lavorazioni intercompany: white list ancora in bilico*, in Sole 24 ore del 6 giugno 2011, p. 42. In senso conforme si era espressa anche ASSONIME in Note e studi n. 15 del 2009, p. 18

¹⁷⁰ Sul punto si vedano LUGANO R., CEPPELLINI P., *Interpello CFC per le lavorazioni infragruppo*, in Sole 24 ore del 28 gennaio 2011, p. 32., i quali evidenziano come l'aspetto più sorprendente della risposta espressa dalla prassi riguardi proprio la motivazione fornita in merito alle c.d. *training companies*. Si veda inoltre GHISELLI F., *op. cit.*, p. 4851, il quale afferma che, sebbene le preoccupazioni antielusive del legislatore siano del tutto condivisibili, la finalità della norma non può essere perseguita al prezzo di riqualificare irragionevolmente una palese cessione di beni in una prestazione di servizi.

¹⁷¹ In tal senso si esprime l'art. 167, comma 6, del TUIR

¹⁷² GARUFI S., *La nuova disciplina delle CFC*, in Rass. Trib., 2010, 3, p. 620

non dà rilevanza al Paese di localizzazione della CFC bensì alla natura del reddito da quest'ultima conseguito. In particolare, tale modello si focalizza sui redditi di natura passiva perché reputati più facilmente trasferibili e dunque occultabili. Ciò premesso, la disciplina italiana sembra presentarsi come una versione rivisitata della logica *transactional* in cui al presupposto in oggetto il legislatore ha attribuito la sola funzione di identificare l'*an* della tassazione per trasparenza, e non anche il *quantum*¹⁷³.

In conclusione, l'estensione della disciplina ai soggetti localizzati in Paesi a fiscalità ordinaria, seppur giustificata da valide ragioni antielusive, presenta ad oggi troppe incertezze applicative che, oltre a rendere la verifica dei presupposti applicativi un'attività tutt'altro che agevole, rischiano di penalizzare eccessivamente le attività internazionali dei soci residenti¹⁷⁴. Si è infatti evidenziato come la presenza di una definizione eccessivamente generica di *passive income* rischi di estendere il regime CFC anche a fattispecie in cui non è possibile ravvisare alcun intento elusivo. Pertanto, data l'assoluta importanza che la nozione di *passive income* assume ai fini dell'applicazione della disciplina, nonché le notevoli conseguenze che ne deriverebbero per il socio residente in caso di esito positivo del *test*, si ritiene che tali incertezze debbano essere prontamente risolte dal nostro legislatore.

2.4. La determinazione del reddito della CFC

Con l'introduzione del Decreto internazionalizzazione sono stati riscritti i criteri di determinazione del reddito estero da imputare per trasparenza al socio residente. L'art. 167, comma 6, prevede infatti che il reddito prodotto dalla controllata venga dapprima ricalcolato in ragione delle disposizioni interne deputate alla determinazione del reddito d'impresa. Ciò reca come conseguenza principale che il reddito oggetto di imputazione in capo al socio residente non corrisponde al risultato civilistico conseguito dalla controllata. La scelta del legislatore di imporre la riliquidazione del reddito estero può essere letta come volontà di neutralizzare i possibili effetti agevolativi prodotti dalle disposizioni estere in tema di determinazione del reddito, nonché di garantire la tassazione di una ricchezza equiparabile a quella che sarebbe stata determinata se interamente prodotta in Italia.

Per quanto concerne il novero di disposizioni a cui far riferimento, il citato articolo prevedeva, nella sua precedente formulazione, che il reddito fosse rideterminato in base alle

¹⁷³ GARUFI S., *La nuova disciplina delle CFC*, in *Rass. Trib.*, 2010, 3, p. 620

¹⁷⁴ In tal senso si esprimono THIONE M., BARGAGLI M., *op. cit.*, p. 1771 secondo i quali la risoluzione di tali incertezze consentirebbe non solo di agevolare l'applicazione della disciplina da parte del socio residente, ma anche di conferire maggiore certezza al rapporto tra Fisco e contribuente nonché di favorire la competitività e la crescita del nostro Paese.

sole regole contenute nel TUIR deputate alla determinazione del reddito d'impresa ai fini IRES¹⁷⁵, eccetto quanto previsto dall'art. 86, comma quarto, in tema di rateizzazione delle plusvalenze¹⁷⁶. La scelta di escludere tale disposizione muove probabilmente dalla volontà del legislatore di precludere ai soci residenti l'accesso a disposizioni agevolative, in ossequio allo spirito punitivo della norma¹⁷⁷. Nessuna rilevanza era invece attribuita alle disposizioni fiscali contenute nell'ordinamento estero.

Quanto sopra significa che al reddito della CFC dovevano essere apportate le note variazioni in aumento e in diminuzione previste dagli artt. 83 e ss. del TUIR. Si può facilmente intuire che, sebbene il socio residente fosse chiamato ad applicare disposizioni a lui familiari, il meccanismo di determinazione del reddito poteva rivelarsi comunque particolarmente laborioso. La presenza di marcate differenze tra ordinamenti nazionali in tema di principi contabili e di documentazione¹⁷⁸ da produrre a supporto, può infatti essere motivo di notevole difficoltà nella corretta individuazione delle corrispondenti voci¹⁷⁹.

In tale ottica, il legislatore ha introdotto una specifica norma volta ad agevolare l'individuazione dei valori fiscali di partenza. A mente dell'art. 2, comma 2, del decreto attuativo possono essere assunti quali valori fiscali iniziali quelli risultanti dal bilancio relativo all'esercizio o periodo di gestione anteriore a quello da cui si verificano i presupposti per l'applicazione della disciplina CFC, purché conseguenti dall'impiego di criteri contabili già adottati in precedenza dalla controllata, ovvero, ne venga attestata da parte di un revisore contabile la loro conformità ai principi di redazione del bilancio. Il legislatore si tutela dunque da possibili comportamenti fraudolenti richiedendo che sia garantita una certa continuità delle politiche adottate dalla CFC in tema di redazione del bilancio ovvero sia certificato il rispetto dei principi generali dettati in materia.

¹⁷⁵ Il testo originario dell'art. 167 faceva rinvio a specifiche disposizioni contenute nel TUIR la cui numerazione risultava, per ovvie ragioni temporali, oramai superata. L'introduzione di una nuova versione del Testo unico delle imposte sui redditi, ad opera del D. Lgs. 12 dicembre 2003, n.344, ha infatti reso necessario coordinare il dato testuale dell'art. 167 con la nuova numerazione. Così che il rinvio alle disposizioni del Titolo I, Capo IV, del TUIR è stato interpretato quale richiamo all'attuale Titolo II, Capo II, Sezione I, in tema di determinazione della base imponibile delle società e degli enti commerciali. Al riguardo si veda MIELE L., ROLLE G., RUSSO V., *Società estere: regime delle CFC ed esteroinvestizione*, 2011, Milano, IPSOA, p. 134-135.

¹⁷⁶ La formulazione originaria prevedeva altresì l'esclusione delle disposizioni di cui all'art. 102, terzo comma, del TUIR (ex art. 67, comma 3) in materia di ammortamenti anticipati. Tuttavia, tale rinvio si considera superato a seguito dell'abrogazione della disposizione richiamata ad opera dell'art. 1, comma 33, lett. n), n. 1), della Legge 24 dicembre 2007, n. 244.

¹⁷⁷ LISI F., MURANO G., NUZZOLO A., *Il nuovo regime tributario delle operazioni con i paradisi fiscali*, 2014, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, p. 93.

¹⁷⁸ Si veda PEZZUTO G., *op. cit.*, p. 1481, il quale individua la possibile mancanza di scritture contabili tenute dal soggetto partecipato estero quale principale problematica in punto di determinazione del reddito. L'autore infatti precisa che "nel nostro ordinamento la contabilità soggiace ad un regime non soltanto sostanziale ma anche formale piuttosto rigido, che verosimilmente sarà assai difficile riscontrare anche (e proprio) in quei Paesi che hanno indotto il legislatore ad introdurre una normativa di questo tipo".

¹⁷⁹ In tal senso si veda ASSONIME, Circolare 18 dicembre 2000, n. 65, par. 2.9.

La semplificazione è comunque davvero evidente¹⁸⁰: in tal caso infatti il bilancio redatto dalla CFC offre già al contribuente la possibilità di individuare il valore fiscalmente riconosciuto delle voci di natura patrimoniale. Una particolare precisazione è poi fornita in merito agli ammortamenti e agli accantonamenti per rischi ed oneri. Nel dettaglio, il valore fiscale di tale voci si considera pari al relativo valore contabile, ancorché essi non siano ammessi in deduzione dal TUIR ovvero lo siano in misura differente da quanto indicato nel bilancio della controllata estera. Ne consegue che i fondi ammortamento e i fondi per rischi ed oneri si devono sempre considerare alimentati da ammortamenti e accantonamenti fiscalmente dedotti.

Con l'introduzione del citato Decreto è stato ampliato il novero di disposizioni a cui far riferimento. Nello specifico, il rinvio alle sole regole contenute nel TUIR è stato sostituito da un generico richiamo alle disposizioni riservate ai soggetti residenti titolari di reddito d'impresa. Per effetto della modifica in esame, vengono ora incluse nel novero delle disposizioni applicabili anche le norme che trovano la propria collocazione in provvedimenti extra TUIR.

La *ratio* di tale intervento è da ricercare nella volontà del legislatore di imputare alla controllante un reddito il più possibile equivalente a quello che sarebbe stato oggetto di tassazione se prodotto *in toto* nello Stato di residenza. La relazione illustrativa al Decreto evidenzia, appunto, che in tal modo “*viene garantita (...) una maggiore equivalenza della base imponibile del reddito estero, imputato per trasparenza in capo al socio italiano, rispetto a quella del reddito prodotto in Italia*”.

In sostanza, l'irrilevanza delle disposizioni estere da un lato, e l'applicazione dell'intero sistema di norme domestiche, dall'altro, fa sì che al soggetto residente venga imputato il reddito della CFC come se quest'ultimo non fosse mai transitato per il paradiso fiscale.

In realtà, questo nuovo criterio di determinazione del reddito aveva già trovato parziale applicazione da parte dell'Amministrazione Finanziaria. Quest'ultima infatti aveva sostenuto, a più riprese¹⁸¹, l'applicabilità al reddito estero di disposizioni extra TUIR, prima fra tutte quella in materia di società di comodo di cui all'art. 30 della Legge 23 dicembre 1994, n. 724. Nello specifico, la prassi riteneva che all'interno del TUIR fossero contenute sostanzialmente tutte le disposizioni che i soggetti residenti applicavano al fine di computare il reddito imponibile. Così che, il rinvio a tali norme implicava la determinazione di un reddito equivalente a quello quantificato da un soggetto residente titolare di reddito d'impresa.

¹⁸⁰ In tal senso si esprimono VASAPOLLI G., VASAPOLLI A., *Dal bilancio d'esercizio al reddito d'impresa*. 22° edizione, 2015, Milano, IPSOA, p. 907; VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, 1° edizione, Milano, 2014, IPSOA, p. 1452.

¹⁸¹ Si vedano la R.M. 16 novembre 2007, n. 331/E e la C.M. 26 maggio 2011, n. 23/E.

In ragione di tale assimilazione, l'Amministrazione riteneva quindi necessario “confrontare il reddito della CFC determinato in via ordinaria con quello minimo presunto previsto dalla disciplina sulle società non operative”¹⁸².

Molteplici erano tuttavia le ragioni per opporsi a questa impostazione. In particolare, le disposizioni in tema di società di comodo non potevano considerarsi incluse nell'ambito applicativo in quanto non espressamente citate dalla norma: il dato letterale dell'art. 167, comma 6, infatti, annoverava tra le disposizioni applicabili esclusivamente quelle contenute nel TUIR laddove la disciplina delle società non operative è racchiusa in un provvedimento esterno, segnatamente nella Legge 23 dicembre 1994, n. 724, in tema di misure di razionalizzazione della finanza pubblica.

In secondo luogo, i soggetti residenti in uno Stato estero non sono menzionati dalla disciplina sulle società di comodo quali potenziali soggetti non operativi. Infatti, ai sensi dell'art. 30, primo comma, la disciplina trova applicazione anche alle società e gli enti di ogni tipo non residenti, purché detengano una stabile organizzazione nel territorio dello Stato. È pertanto evidente come il presupposto soggettivo della suddetta disciplina non sia compatibile con la definizione di soggetto partecipato estero espressa dall'art. 167¹⁸³. A prescindere dalla fondatezza che si vuole riconoscere a tali considerazioni, ciò che desta più clamore, a parere di chi scrive, è la possibilità, del tutto illegittima¹⁸⁴, che un documento di prassi determini l'emersione di materia imponibile non intercettata da alcuna disposizione normativa¹⁸⁵. Infatti, nonostante questa palese problematicità, l'Amministrazione Finanziaria diede comunque attuazione in via regolamentare¹⁸⁶ al proprio orientamento. L'unico aspetto che può essere accolto con favore è l'estensione, anche ai fini in discorso, delle fattispecie di esclusione

¹⁸² Si veda la C. M. 26 maggio 2011, n. 23/E, par. 2.1.

¹⁸³ In particolare si veda TRETTEL S., *CFC e società non operative: impossibile convivenza fra discipline*, in *Fiscalità Internazionale*, 2012, 39, p. 3010 e ss.

¹⁸⁴ Si veda al riguardo DE MITA E., *Il giusto «peso» delle circolari interpretative*, in *Sole 24 Ore* del 9 settembre 2012, p. 17, il quale evidenzia che, nonostante le circolari dell'Agenzia delle Entrate non presentino alcun carattere vincolante per il contribuente, di fatto esercitano un potere di influenza notevole su tutti i soggetti chiamati ad operare nell'ambito tributario: dalla stessa autorità finanziaria, al contribuente, ai professionisti nonché ai giudici.

¹⁸⁵ TRETTEL S., *CFC e società non operative, op. cit.*, p. 3010-3011.

¹⁸⁶ Il modello della dichiarazione dei redditi del 2002 prevedeva, infatti, al suo interno, un apposito riquadro in cui verificare il requisito di operatività imposto dalla disciplina nonché computare l'eventuale reddito minimo presunto. Al riguardo si veda FURLAN A., GALVAGNO P., *CFC alla “prova” di società di comodo e in perdita sistematica*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 2012, 7, p. 16.

puntualmente elencate dal citato art. 30¹⁸⁷, sebbene non sempre si sarebbero rivelate di agevole applicazione¹⁸⁸.

Con la circolare ministeriale 26 maggio 2011, n. 23/E¹⁸⁹, l’Agenzia aveva poi riconosciuto l’applicabilità delle disposizioni in materia di ineducibilità degli interessi passivi contenute in leggi speciali richiamate dall’art. 96, sesto comma, del TUIR¹⁹⁰. Indicazione che appare più condivisibile dal momento che le leggi speciali erano comunque oggetto di un esplicito rinvio da parte di una disposizione contenuta nel Testo unico.

A conclusioni diametralmente opposte era invece giunta in merito all’applicabilità della disciplina concernente l’Aiuto alla crescita economica. Ci si riferisce, nel dettaglio, alla circolare 23 maggio 2014, n. 12/E, in cui la prassi esclude categoricamente l’applicazione dell’agevolazione poiché, come evidenziato dal legislatore stesso nella relazione illustrativa al decreto attuativo¹⁹¹, prevista da disposizioni esterne al TUIR.

È possibile notare, dunque, come il *modus operandi* dell’Amministrazione si rivelasse particolarmente penalizzante per i soggetti residenti¹⁹². In particolare, a parere di chi scrive, se si condivideva la tesi per cui il rinvio al TUIR operava come rinvio all’intero gruppo di disposizioni applicate a livello domestico dai soggetti titolari di reddito d’impresa, doveva essere altresì riconosciuta l’applicazione di ulteriori disposizioni extra TUIR ordinariamente attuate, tra cui la disciplina ACE.

In ogni caso, la questione ha trovato definitiva soluzione con l’introduzione del generico rinvio alle regole interne poste a presidio del computo del reddito d’impresa. Il novellato comma 6 dell’art. 167 precisa invero che *“i redditi sono determinati in base alle*

¹⁸⁷ Tra i soggetti esclusi rientrano ad esempio i soggetti ai quali, per la particolare attività svolta, è fatto obbligo di costituirsi sotto forma di società di capitali, le società in amministrazione controllata o straordinaria nonché le società in stato di fallimento, assoggettate a procedure di liquidazione giudiziaria, di liquidazione coatta amministrativa ed in concordato preventivo.

¹⁸⁸ In tal senso si veda GAIANI L., *Normativa CFC: problemi applicativi vecchi e nuovi per la tassazione delle controllate estere*, in *Il Fisco*, 2015, 26, p. 2562, il quale evidenzia che le differenze tra ordinamenti giuridici esteri potrebbero causare notevoli difficoltà in merito alla dimostrazione delle cause di esclusione: si pensi, ad esempio, ai soggetti che in virtù dell’attività svolta sono obbligati a costituirsi sotto forma di società di capitali. In tal caso, la causa di esclusione potrà considerarsi verificata solamente se anche l’ordinamento giuridico estero presenta una simile fattispecie. La disciplina interna deve perciò essere conformata a quanto previsto dallo Stato della CFC.

¹⁸⁹ In particolare si veda il paragrafo 2.9 della suddetta circolare.

¹⁹⁰ Ci si riferisce nel dettaglio all’art. 3, comma 115, della Legge 28 dicembre 1995, n. 549, in materia di interessi su titoli obbligazionari, e all’art. 1, comma 465, della Legge 30 dicembre 2004, n. 311, in materia di interessi sui prestiti dei soci delle società cooperative.

¹⁹¹ Nel dettaglio la relazione illustrativa precisa che *“l’ACE non trova applicazione in sede di determinazione del reddito delle partecipate estere per le quali opera l’art. 167 del Tuir; per tali società, infatti, la determinazione del reddito imputato ai soggetti residenti avviene secondo le specifiche regole domestiche espressamente previste dal medesimo articolo 167”*.

¹⁹² L’applicazione della disciplina sulle società non operative rappresenta, senza dubbio, una posizione *pro fisco* in quanto comporta, in caso di esito positivo del test di operatività, l’attribuzione al soggetto residente di un reddito più elevato rispetto al reddito effettivamente conseguito, nonché maggiori imposte da versare. Di contro, l’applicazione della disciplina ACE, introducendo una deduzione per il capitale proprio investito, rappresenta una posizione opposta poiché riduce la base imponibile e dunque il gettito fiscale dello Stato.

disposizioni applicabili ai soggetti residenti titolari di reddito d'impresa, ad eccezione dell'articolo 86, comma 4". Dunque dal periodo di imposta in corso all'entrata in vigore del Decreto internazionalizzazione (ovverosia dal periodo d'imposta 2015), il socio residente è legittimato a determinare il reddito della CFC facendo altresì ricorso a tutte le disposizioni agevolative ordinariamente applicate in Italia tra le quali si richiamano, a titolo esemplificativo, l'ACE e il super – ammortamento. Rimane invece confermata l'esclusione delle disposizioni in tema di rateizzazione delle plusvalenze.

L'inclusione di tutte le norme contenute in provvedimenti extra TUIR trova esplicita conferma anche nel recente documento di prassi¹⁹³ in cui l'Amministrazione Finanziaria ha dovuto inevitabilmente superare i precedenti chiarimenti forniti, riconoscendo piena validità a tutte le normative *estrane all'ordinata codificazione nel TUIR*. Unica eccezione introdotta nel citato documento concerne le disposizioni che presuppongono l'utilizzo di strumenti presuntivi, quali studi di settore e parametri, in quanto esse sono *funzionali alla determinazione dei ricavi (...), e non già alla determinazione del reddito d'impresa (...)*. *Inoltre l'utilizzo, a tal fine, di dati non solo contabili ma anche extracontabili, renderebbe difficile e inadeguata la loro applicazione ad una società estera*". Alla luce di tale analisi, potrebbe allora considerarsi eccettuabile anche la disciplina delle società di comodo dal momento che essa dispone, quale presupposto di applicazione, la determinazione in via presuntiva di un ammontare di ricavi superiori a quelli dichiarati. Il calcolo del reddito minimo presunto è difatti una mera conseguenza del superamento del test di operatività.

Ulteriori considerazioni devono essere poi effettuate in merito alla puntualizzazione che il citato documento di prassi opera con riferimento alla decorrenza delle disposizioni già oggetto di chiarimento da parte dell'Amministrazione stessa. In particolare, si precisa che la rilevanza delle discipline in tema di società di comodo e di ineducibilità degli interessi passivi, in quanto già affermata in precedenza, deve considerarsi valida anche con riferimento ai periodi d'imposta anteriori. L'indubbio carattere innovativo¹⁹⁴ della modifica introdotta fa invece sorgere forti incertezze in merito alla valenza della tesi fino ad ora sostenuta dalla prassi. Infatti, non sussistendo i connotati propri della legge di interpretazione autentica¹⁹⁵, non può

¹⁹³ Si veda la C. M. 4 agosto 2016, n. 35/E, par. 1.4.

¹⁹⁴ Sostengono questa impostazione COMMITTERI G. M., SCIFONI G., *Regime CFC e società estere: risolta la penalizzazione per quelle che non producono reddito d'impresa?*, in *Il Fisco*, 2015, 38, p. 3640; MIELE L., RAMAGLIONI V., *"CFC rules" più aderenti alle "best practices" internazionali*, in *Corr. Trib.*, 2015, 38, p. 3875; PELLIZZARI S., *Partecipazioni estere: destinati a cessare gli effetti distorsivi imposti dalla prassi attuale?*, in *IPSOA Quotidiano* del 25 giugno 2015; TRETTEL S., *La "nuova" disciplina CFC*, in *Il Fisco*, 2015, 38, p. 3634.

¹⁹⁵ Si definisce legge di interpretazione autentica la disposizione con cui il legislatore individua la regola da attribuire ad una certa disposizione di legge al fine di porre rimedio alla sua incertezza applicativa causata dalla presenza di interpretazioni fra loro divergenti. Sebbene l'art. 1, comma 2, dello Statuto del contribuente si occupi di individuare i requisiti formali che devono sussistere per qualificare come tale una legge, al fine di stabilire con

essere attribuita alla disposizione efficace retroattiva, con la conseguenza che dovrebbe essere riconosciuto un diritto di rimborso ai contribuenti che si erano adeguati alla posizione del fisco, per quanto eventualmente versato in eccesso.

Dal punto di vista operativo, la novità aveva sollevato¹⁹⁶ in un primo momento numerosi dubbi applicativi legati sostanzialmente alla presenza nel nostro ordinamento di regole di determinazione del reddito d'impresa differenti a seconda della natura soggettiva del contribuente. In particolare, l'utilizzo generico dell'espressione "*soggetti titolari di reddito d'impresa*" non consentiva di stabilire con certezza se ci si dovesse focalizzare sulla natura della controllata estera ovvero del soggetto residente. Se si appoggiava la prima ipotesi, ulteriore incertezza derivava dal fatto che non si comprendeva se si dovessero differenziare i criteri di determinazione del reddito in ragione delle caratteristiche della controllata, ovvero, se si dovesse dare rilevanza a quanto disposto dall'art. 73, primo comma, lett. d) del TUIR, secondo il quale "*sono soggetti all'imposta sul reddito delle società (...) le società e gli enti di ogni tipo, compresi i trust, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato*". Nel primo caso, dunque, sarebbe stato necessario riqualificare la natura della controllata estera in ragione delle tipologie societarie previste dall'ordinamento interno, con evidenti difficoltà applicative. Nel secondo caso, invece, al reddito della CFC sarebbero state applicate le disposizioni destinate ai soggetti passivi IRES.

Di contro, con riferimento alla seconda ipotesi, l'applicazione delle disposizioni si sarebbe diversificata in ragione della natura di soggetto passivo IRPEF ovvero IRES a cui ascrivere il controllo della CFC¹⁹⁷.

Secondo il recente intervento¹⁹⁸ dell'Amministrazione finanziaria, il "*reddito della CFC va rideterminato facendo riferimento alle sole regole applicabili ai soggetti IRES*", in ossequio a quanto stabilito dal citato art. 73, comma 1, lett. d), del TUIR. Ciò reca come conseguenza principale l'irrelevanza della natura soggettiva sia della controllata estera che del soggetto residente a cui vengono imputati i redditi per trasparenza. È doveroso riconoscere come questa impostazione presenti un decisivo profilo di continuità con quanto precedentemente affermato dalla disposizione. Prima dell'entrata in vigore del Decreto

certezza la sua natura interpretativa si ritiene debba farsi riferimento ai seguenti aspetti sostanziali: a) la legge di interpretazione autentica non apporta alcuna modifica al testo legislativo della disposizione in esame; b) tra i possibili risultati interpretativi ne viene scelto solamente uno. In tal senso si veda BEGHIN M., *Diritto tributario*, 2013, CEDAM, p. 103 e ss.

¹⁹⁶ Si vedano SCIFONI G., *Modifiche alla disciplina CFC: un tentativo di semplificazione rimasto a metà del guado*, in *Corr. Trib.*, 2015, 2248, p. 2248; ROLLE G., *La disciplina delle CFC fra nuovi oneri e semplificazioni*, in *Il Fisco*, 2015, 23, p. 2239.

¹⁹⁷ L'ordinamento tributario prevede infatti regimi differenti in virtù della natura soggettiva del contribuente: si richiamano a titolo esemplificativo le disposizioni in materia di interessi passivi e quelle in tema di *participation exemption*.

¹⁹⁸ Si veda la C.M. 4 agosto 2016, n. 35/E, par. 1.4.

internazionalizzazione, infatti, trovavano applicazione le disposizioni proprie dei soggetti passivi IRES, a prescindere dalla natura del soggetto estero.

Ulteriore argomentazione a favore della tesi sostenuta dalla prassi è rappresentata dal fatto che essa indirettamente agevola l'applicazione operativa della disciplina: ricondurre di volta in volta la natura della CFC alla relativa tipologia interna richiederebbe invero notevoli sforzi applicativi, senza tralasciare il fatto che l'orientamento estero potrebbe presentare anche fattispecie non contemplate dal nostro legislatore.

L'irrelevanza della forma giuridica del soggetto estero spinge poi la prassi ad affermare l'applicabilità della materia anche nei confronti delle CFC che non svolgono attività d'impresa nell'accezione fatta propria dall'art. 55 del TUIR. Secondo tale orientamento la disciplina deve quindi essere estesa a tutti i soggetti partecipati esteri, a prescindere dalla tipologia di reddito prodotto.

Tra le ragioni a sostegno di questa tesi si invoca anzitutto l'ampiezza della nozione di soggetto partecipato estero che sembra ricomprendere qualunque entità giuridica ubicata nel paradiso fiscale, senza alcuna distinzione. In secondo luogo, si fa rinvio al principio sancito dall'art. 81 del TUIR secondo il quale il reddito complessivo delle società e degli enti commerciali si considera in ogni caso reddito d'impresa, commettendo, a parere di chi scrive, un palese errore. Il dato testuale della citata disposizione infatti non coincide con l'interpretazione fornita dalla prassi. Nel dettaglio il citato articolo di legge considera in ogni caso redditi d'impresa quelli conseguiti dai soggetti di cui all'art. 73, comma 1, lett. a) e b), mentre nessun riferimento è inserito con riguardo ai soggetti esteri di cui alla lettera d), a cui la stessa prassi aveva precedentemente assimilato le CFC¹⁹⁹. Inoltre, come evidenziato in premessa, sebbene la nozione di soggetto partecipato estero non precisi tale distinzione, l'applicazione della disciplina ai soli soggetti titolari di reddito d'impresa è rinvenibile in molteplici aspetti della stessa²⁰⁰.

La tesi sostenuta dalla prassi provocherebbe poi un'ingiustificata disparità di trattamento nei confronti degli enti esteri non commerciali, il cui reddito verrebbe inspiegabilmente riliquidato con disposizioni ad essi non deputate. Un simile meccanismo sarebbe oltretutto in contrasto con la stessa finalità del provvedimento di garantire una equivalenza tra la base imponibile estera e quella italiana.

¹⁹⁹ In senso conforme si esprime PELLIZZARI S., *op. cit.*, p. 3.

²⁰⁰ Si rammenta, al riguardo, la rubrica dell'art. 167 intitolata "disposizioni in materia di imprese estere controllate" e il criterio di determinazione del reddito conseguito che segue i principi preposti al computo del reddito d'impresa.

Il nuovo criterio di determinazione del reddito interrotto dal Decreto internazionalizzazione non è stato sempre accolto con favore dalla dottrina²⁰¹. Secondo i citati autori, il susseguirsi di tali modiche stanno portando la materia sempre più ad allontanarsi dalle sue finalità ovvero a anticipare il momento impositivo degli utili prodotti all'estero al fine di contrastare possibili differimenti della loro distribuzione: oggetto della disciplina è quindi il reddito effettivo prodotto dalla CFC. Ad oggi, invece, oggetto di tassazione finisce per essere un reddito che nulla ha a che vedere con quello prodotto all'estero: il rinvio alle società di comodo, ad esempio, fa sì che venga imputato al socio residente addirittura un reddito (presunto) maggiore di quello effettivo.

A parere di chi scrive, la finalità perseguita dalla normativa non può essere semplicemente ricondotta alla volontà di contrastare possibili differimenti della distribuzione degli utili prodotti all'estero. Il trasferimento fittizio dei redditi in territori stranieri comporta di fatto un'erosione della base imponibile dei Paesi di residenza. Pertanto, l'obiettivo della disciplina dovrebbe altresì ricondursi alla volontà del legislatore di ripristinare la situazione che si sarebbe verificata se tale ricchezza fosse stata da sempre prodotta in Italia, per consentire allo Stato di residenza di "riappropriarsene". Inoltre, se i redditi della CFC non venissero riliquidati in ragione delle disposizioni interne, potrebbe originarsi una disparità di trattamento tra i soggetti residenti che si sono avvalsi del regime fiscale privilegiato, pur non esercitando all'estero alcuna attività economica effettiva, e quelli che all'opposto si sono astenuti dal ricorrere a pratiche elusive.

Alcune considerazioni devono infine essere effettuate in merito alle possibili penalizzazioni che l'applicazione assoluta delle disposizioni rivolte ai soggetti passivi IRES potrebbe comportare nei confronti delle persone fisiche titolari di partecipazioni in società non esercenti alcuna attività commerciale.

Frequenti sono invero i casi in cui soggetti residenti si dotano di strutture societarie estere al fine di detenere beni immobili situati in territori stranieri²⁰². La detenzione di una partecipazione nel soggetto estero dunque non sempre risponde a ragioni di natura fiscale ma può essere dettata anche da cause di forza maggiore. La scelta di ricorrere ad una struttura societaria può invero dipendere, oltre che da una mera preferenza del contribuente, anche da particolari vincoli burocratici fissati dall'Amministrazione estera ovvero dal fatto che le giurisdizioni straniere non prevedono una struttura societaria assimilabile alla nostra società semplice. L'applicazione *erga omnes* delle disposizioni destinate ai soggetti IRES reca dunque, come possibile conseguenza, l'applicazione di un regime fiscale peggiorativo rispetto

²⁰¹ Si veda nel dettaglio SCIFONI G., *op. cit.*, p. 2250.; ROLLE G., *op. cit.*, p. 2241.

²⁰² In tal senso si veda COMMITTERI G. M., SCIFONI G., *op. cit.*, p. 3640

a quello applicabile in Italia²⁰³. La critica, nello specifico, non ha ad oggetto la modalità di determinazione del reddito, giacché in ogni caso avrebbe trovato applicazione l'art. 70 del TUIR. Ciò che viene contestato è, da un lato, l'eccessiva riqualificazione²⁰⁴ del reddito risultante dall'applicazione di norme extra TUIR, in particolare la disciplina delle società di comodo²⁰⁵, e, dall'altro lato, l'impossibilità di godere delle disposizioni di favore generalmente riconosciute ai soggetti non titolari di redditi d'impresa²⁰⁶.

L'obiettivo di garantire una maggiore equivalenza delle basi imponibili non può allora considerarsi in questo caso del tutto conseguito. Inoltre, l'eccessiva snellezza organizzativa della società estera, dettata dall'inesistenza di fini imprenditoriali, rischia di precludere al socio residente la possibilità di invocare l'esimente di cui al quinto comma, lett. a), dell'art. 167. Più precisamente, il soggetto controllante non riuscirebbe a dimostrare l'effettiva natura commerciale o industriale dell'attività principalmente esercitata dalla controllata nello Stato di localizzazione²⁰⁷.

Alla luce di tali penalizzazioni, sarebbe dunque auspicabile l'introduzione di un meccanismo che mitigasse questi effetti dando maggiore rilevanza alla natura non imprenditoriale dell'attività esercitata rispetto alla forma del soggetto estero (seppur commerciale). In sostanza, la disposizione dovrebbe escludere dall'ambito di applicazione i soggetti che, benché costituiti in forma societaria e quindi potenzialmente destinatari della disciplina, di fatto perseguono fini non commerciali. E questo non può che essere garantito attraverso una verifica *fattuale* del presupposto oggettivo²⁰⁸.

In conclusione è possibile constatare che il Decreto internazionalizzazione ha di certo contribuito a fare chiarezza su molti aspetti dibattuti, ponendo finalmente termine ad un

²⁰³ Autorevole dottrina aveva inizialmente interpretato l'utilizzo dell'espressione "soggetti residenti titolari di reddito d'impresa" quale volontà del legislatore di focalizzare il regime sulle sole controllate estere produttive di reddito d'impresa, ponendo finalmente termine alle citate penalizzazioni. Si vedano TRETTEL S., *La "nuova" disciplina CFC*, op. cit., p. 3633; PELLIZZARI S., op. cit., p. 3.

²⁰⁴ A tal proposito significativa è l'espressione affermata da TRETTEL S., *La "nuova" disciplina CFC*, op. cit., p. 3634: "la finalità di assoggettare ad un prelievo congruo i redditi delocalizzati, combattendone altresì il discrezionale differimento, non può essere conseguita a prezzo di una irragionevole riqualificazione dei redditi stessi".

²⁰⁵ PELLIZZARI S., op. cit., p. 2.

²⁰⁶ Ai fini fiscali, infatti, i soggetti che non esercitano attività d'impresa determinano il proprio reddito complessivo in ragione delle disposizioni previste per ogni singola categoria reddituale. Ciò significa, ad esempio, che ad essi è consentito fruire del regime agevolativo previsto dall'art. 67, primo comma, lett. b), in materia di redditi diversi, a mente del quale non concorrono a formare il reddito imponibile le plusvalenze realizzate mediante cessione a titolo oneroso di beni immobili acquistati o costruiti da più di cinque anni; agevolazione non riconosciuta ai soggetti titolari di reddito d'impresa.

²⁰⁷ A mente dell'art. 167, comma 5, lett. a), la disciplina non trova applicazione se "la società o altro ente non residente svolga un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività, nel mercato dello Stato o territorio di insediamento; 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".

²⁰⁸ COMMITTERI G. M., SCIFONI G., op. cit., p. 3642.

atteggiamento della prassi assai penalizzante per i soci residenti. Inoltre, l'estensione delle disposizioni rilevanti ai fini della determinazione del reddito a tutte quelle ordinariamente applicate dai soggetti titolari di reddito d'impresa, siano esse contenute o meno nel TUIR, sicuramente ha contribuito a garantire una maggiore equivalenza tra la base imponibile estera e quella che sarebbe stata determinata in Italia. Tuttavia, alla luce delle costanti denunce avanzate dalla dottrina, sarebbe stato necessario porre maggiore attenzione anche all'analisi sostanziale delle fattispecie, al fine di non coinvolgere situazioni che nulla hanno a che vedere con le finalità perseguite dal legislatore. Si auspica pertanto che in occasione di un prossimo intervento legislativo non vengano tralasciate tali penalizzazioni che, sebbene secondarie, si devono considerare comunque meritevoli di attenzione da parte del legislatore.

2.5 La tassazione per trasparenza del reddito estero

Per quanto concerne il meccanismo di imputazione, l'art. 167, comma 1, afferma che i redditi della CFC sono imputati, a decorrere dalla chiusura dell'esercizio o del periodo di gestione del soggetto estero, ai soggetti residenti in proporzione alle partecipazioni da essi detenute. Analogamente, l'art. 3, comma 1, del decreto attuativo sancisce che i redditi rideterminati in base alle disposizioni in precedenza analizzate, sono imputati al soggetto residente che esercita il controllo, in proporzione alla sua quota di partecipazione agli utili. Ciò significa che la ricchezza prodotta all'estero concorre a determinare il reddito del socio residente nello stesso periodo d'imposta in cui è avvenuta la chiusura dell'esercizio o del periodo di gestione del soggetto partecipato.

Si ricorda che, a mente dell'art. 1, comma 3, del decreto attuativo, ai fini della verifica del controllo, rileva la situazione *“esistente alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato”*. Ciò significa che i redditi dovranno imputarsi al soggetto che risulta titolare del controllo a quella data certa. Nel caso in cui non sia possibile individuare tale momento dallo statuto della CFC ovvero dall'ordinamento dello Stato estero, dovrà attribuirsi rilevanza alla situazione esistente al momento di chiusura del periodo d'imposta del soggetto residente²⁰⁹.

Il riferimento al soggetto titolare del controllo implica, inoltre, che i destinatari per trasparenza dei redditi esteri siano solamente i soggetti residenti che esercitano un'influenza dominante nella CFC, dovendosi quindi escludere eventuali altri soggetti che detengono in essa partecipazioni minoritarie, *rectius* non di controllo. Si pensi ad esempio al caso in cui Alfa e Beta, residenti in Italia, siano titolari rispettivamente del 70% e del 30% di una società

²⁰⁹ Così la C.M. 12 febbraio 2002, n. 18, par. 2.2.

residente in un paradiso fiscale. In tal caso, alla data di chiusura dell'esercizio del soggetto estero, il reddito da quest'ultimo conseguito andrà imputato per trasparenza unicamente ad Alfa nella misura del 60% mentre Beta non sarà coinvolto in quanto non integra il presupposto oggettivo.

Per quanto concerne il profilo operativo, alcune precisazioni devono essere effettuate nel caso in cui il controllo sulla CFC sia esercitato dal soggetto residente in via mediata. La modalità di imputazione del reddito infatti differisce a seconda dello stato di residenza dei soggetti intermedi²¹⁰.

Segnatamente, qualora il controllo indiretto sia esercitato per il tramite di imprese residenti o di stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti, i redditi della società estera devono essere ripartiti tra i vari soggetti intermedi residenti in Italia. Di conseguenza, se un soggetto italiano detiene il 60% rispettivamente delle società Alfa e Beta, residenti in Italia, le quali detengono a loro volta il 30% ciascuna della CFC, il reddito conseguito da quest'ultima verrà imputato ai primi soggetti residenti che si incontrano risalendo la catena partecipativa, ovvero sarà attribuito ad Alfa e Beta nella misura del 30% ciascuna. Diversamente, nel caso di controllo indiretto tramite società estera non residente in un paradiso fiscale, il reddito della CFC è imputato direttamente al soggetto residente in proporzione alla sua quota di partecipazione agli utili. Pertanto, riprendendo l'esempio di cui sopra, qualora Alfa risulti residente in un Paese *white list*, il reddito della CFC sarà imputato per il 30% a Beta e per il 18% al soggetto capofila.

Alla luce degli esempi appena esposti si evince che solamente nel caso in cui la partecipazione indiretta coinvolge soggetti esteri, l'imputazione del reddito tiene conto dell'effetto demoltiplicativo delle partecipazioni possedute. All'opposto, in presenza di soggetti partecipati residenti in Italia, la distribuzione degli utili dovrà avvenire in ragione delle partecipazioni detenute dal primo soggetto della catena partecipativa residente nel territorio (a prescindere quindi dall'effetto demoltiplicativo).

Altro aspetto da precisare concerne il caso in cui il controllo è detenuto da un soggetto non titolare di reddito d'impresa. Sempre all'art. 3 del decreto attuativo, si afferma che al socio residente devono essere imputati non solo i redditi a lui dovuti in virtù del rapporto partecipativo nella CFC, bensì anche *i compensi ad esso spettanti a qualsiasi titolo*. La ratio di tale disposizione ha chiaramente carattere antielusivo: si vuole invero contrastare possibili

²¹⁰ Tale distinzione è sancita dall'art. 3, comma 1, del decreto attuativo il quale afferma che “*i redditi determinati ai sensi dell'articolo 2 (...) sono imputati al soggetto residente che esercita il controllo (...) in proporzione alla sua quota di partecipazione agli utili diretta o indiretta*”. Il citato articolo procede introducendo la seguente eccezione: “*in caso di partecipazione indiretta per il tramite di soggetti residenti o di stabili organizzazioni nel territorio dello Stato di soggetti non residenti, i redditi sono ad essi imputati in proporzione alle rispettive quote di partecipazione*”.

riqualificazioni ad *hoc* dei redditi spettanti al socio residente. Tali voci infatti, in qualità di costi per la CFC, verrebbero dedotte per competenza con conseguente riduzione del reddito conseguito dalla partecipata, mentre in capo al socio residente non sconterebbero alcuna tassazione poiché non erogati. Com'è noto, i redditi diversi da quelli aventi natura d'impresa acquisiscono rilevanza fiscale al momento del loro effettivo percepimento, in ossequio al c.d. principio di cassa. Quanto sopra significa che, qualora la CFC non provvedesse ad erogare i suddetti compensi, si verificherebbe un evidente salto d'imposta.

Una volta attribuiti i redditi al socio residente, essi scontano una tassazione separata. In tal modo si preclude al contribuente la possibilità di portare a diminuzione del proprio reddito le perdite conseguite della controllata estera ovvero di neutralizzare l'utile conseguito nel territorio straniero grazie ai risultati negativi ottenuti in Italia. La scelta del legislatore di imporre l'indipendenza del reddito della CFC rispetto al reddito complessivamente ascrivibile al soggetto residente può essere letta come volontà di prevenire possibili utilizzi impropri della controllata volti a ridurre il reddito imponibile nella giurisdizione di residenza. In altri termini, tale misura sembra voler scoraggiare eventuali manipolazioni delle perdite della CFC²¹¹.

È consentito invece, nei successivi esercizi, portare in diminuzione del reddito della partecipata estera la perdita da essa eventualmente conseguita. In tal senso depone l'art. 2 del decreto attuativo in cui si afferma che *“se risulta una perdita, questa è computata in diminuzione dei redditi dell'impresa, società o ente, ai sensi dell'articolo 102 (ora art. 84) del testo unico delle imposte sui redditi”*. In mancanza di tale previsione si ritiene che tale principio avesse dovuto comunque trovare applicazione in ragione del rinvio da parte dell'art. 167 alle disposizioni contenute nel TUIR, tra cui quella in materia di riporto delle perdite²¹². A tal proposito, si rammenta che ai fini della determinazione della base imponibile dei soggetti IRES, l'art. 84 del TUIR riconosce la possibilità di computare in diminuzione dell'utile fiscale prodotto nei periodi d'imposta successivi le perdite conseguite, in misura non superiore all'ottanta per cento del reddito imponibile e per l'intero importo che trova in esso capienza.

Il suddetto principio di autonomia impositiva trova luogo anche con riferimento ai redditi prodotti da CFC differenti. Infatti, qualora il soggetto residente detenga partecipazioni in più società localizzate in paradisi fiscali, i redditi da esse conseguiti ed imputati per trasparenza devono essere assoggettati a tassazione autonomamente²¹³. In altri termini, la

²¹¹ In tal senso si esprime anche l'OCSE al par. 103 del Report *“Designing Effective Controlled Foreign Company Rules”* in ACTION 3: 2015 Final Report.

²¹² Si veda MIELE L., ROLLE G., RUSSO V., *op. cit.*, p. 143.

²¹³ Circolare 12 dicembre 2000, n. 65/E, par. 2.10.

compensazione non può essere operata né con riferimento al reddito del controllante, né tra redditi delle diverse CFC a cui esso partecipa.

Per quanto concerne il profilo operativo, al reddito precedentemente rideterminato deve essere applicata l'aliquota media complessiva del soggetto residente, e comunque non inferiore all'aliquota ordinaria IRES. Si deve precisare, al riguardo, che la Legge di stabilità 2016 è intervenuta sostituendo il precedente riferimento all'aliquota minima del 27%²¹⁴ con il richiamo all'aliquota ordinaria dell'imposta sui redditi delle società, in previsione della sua riduzione al 24% a partire dal periodo d'imposta 2017. La presenza di un'aliquota minima assicura la tassazione della ricchezza estera anche nei casi in cui il contribuente consegua redditi domestici nulli o negativi²¹⁵. Merita inoltre evidenziare che i redditi imputati sono rilevanti solamente ai fini delle imposte sui redditi: ciò significa che la ricchezza imputata al socio residente non sarà soggetta ad IRAP²¹⁶.

A livello operativo il contribuente sarà quindi chiamato a determinare l'ammontare dell'imposta dovuta sul reddito complessivo netto, calcolare l'aliquota media applicata rapportando l'ammontare del tributo alla ricchezza complessivamente determinata ed infine applicare al reddito imputato per trasparenza la maggiore tra detta aliquota media e quella minima. La disposizione sembrerebbe avvantaggiare i soggetti passivi IRPEF titolari di redditi particolarmente elevati in quanto il reddito della CFC viene sottratto dalla progressività che caratterizza tale imposta.

Ai fini del calcolo dell'aliquota media, merita segnalare che l'art. 167 e il decreto attuativo presentano una difformità circa l'individuazione del reddito complessivo che deve essere preso in considerazione. Nel dettaglio l'art. 167 utilizza l'espressione *reddito complessivo* in luogo del riferimento al *reddito complessivo netto* introdotto invece dal decreto attuativo. Si ritiene si debba privilegiare l'impostazione prevista dal decreto attuativo, in quanto il riferimento al solo reddito complessivo andrebbe irragionevolmente a sfavore dei soggetti non titolari di perdite fiscali pregresse. Il riferimento al reddito complessivo netto è inoltre avvalorato anche dalla R. M. 12 febbraio 2008, n. 12/E.

La disposizione detta infine specifiche misure volte ad evitare doppie imposizioni che potrebbero verificarsi in ragione del meccanismo di imputazione per trasparenza dei redditi. In particolare, la prima fattispecie di doppia imposizione si realizza al momento di tassazione del reddito imputato per trasparenza. In questo caso, infatti, sulla ricchezza prodotta dalla CFC si abbatte anzitutto la tassazione imposta dalla giurisdizione estera al momento di

²¹⁴ Probabilmente l'intento iniziale del legislatore fu quello di introdurre una tassazione meno penalizzante rispetto all'aliquota ordinaria IRES, allora stabilita nella misura del 33%. Così VALENTE P., *op. cit.*, p. 1534.

²¹⁵ In tal senso la R. M. 12 febbraio 2008, 43/E.

²¹⁶ VASAPOLLI G., VASAPOLLI A., *op. cit.*, p. 900.

chiusura dell'esercizio e in secondo luogo il tributo applicato dallo Stato italiano. Il legislatore riconosce allora al contribuente il diritto a detrarre dall'imposta liquidata i tributi pagati all'estero a titolo definitivo dalla CFC. Pertanto, una volta computate le imposte dovute sulla quota di reddito attribuito, dovranno sottrarsi quelle già versate dalla controllata nel territorio paradisiaco nella stessa proporzione in cui sono a stati imputati i redditi della CFC; ovviamente fino a concorrenza delle imposte italiane.

Una seconda fattispecie si concretizza nel momento in cui gli utili conseguiti dalla CFC vengono poi effettivamente distribuiti. In tal caso, i dividendi non concorreranno alla formazione del reddito del soggetto italiano fino all'ammontare della ricchezza già assoggettata a tassazione. Per la parte che eccede la quota già soggetta ad imposizione troveranno invece applicazione le ordinarie disposizioni contenute nell'art. 89 del TUIR. Inoltre, anche in questa ipotesi il legislatore ammette in detrazione le imposte eventualmente corrisposte in occasione della distribuzione, considerando tuttavia anche quelle già scomputate. In sostanza il contribuente potrà sottrarre le imposte pagate dalla CFC nella misura pari alla differenza tra le quelle corrisposte in Italia sul reddito imputato per trasparenza e quelle già detratte in tale occasione.

In caso di partecipazione indiretta nella CFC tramite soggetti non residenti, risulta più laborioso individuare la quota di utili provenienti dal paradiso fiscale in quanto essi vengono sostanzialmente aggregati al reddito della società intermedia e poi da quest'ultima distribuiti al soggetto residente. Al riguardo, l'art. 3, comma 4, del decreto attuativo introduce una presunzione volta a semplificare tale calcolo. Infatti gli utili distribuiti dal soggetto intermedio si considerano prioritariamente formati da quelli conseguiti dalla CFC, a condizione che si sia effettivamente verificata una distribuzione degli utili da quest'ultima al soggetto intermedio²¹⁷. Diversamente, i dividendi saranno oggetto di tassazione in base alle ordinarie regole contenute nell'art. 89 del TUIR.

Ulteriori considerazioni devono essere infine effettuate con riguardo alla possibile doppia imposizione che si realizzerebbe nel caso di cessione della partecipazione da parte del soggetto residente. Il comma 5 del decreto attuativo afferma che *“il costo delle partecipazioni nell'impresa, società o ente non residente è aumentato dei redditi imputati ai sensi del comma 1, e diminuito, fino a concorrenza di tali redditi, degli utili distribuiti”*. La finalità della disposizione è dunque quella di evitare che gli utili della CFC vengano tassati prima per trasparenza e poi in qualità di maggiori plusvalenze, in capo al soggetto residente. La doppia imposizione è in sostanza scongiurata grazie al riconoscimento di un maggior costo fiscale della partecipazione pari al reddito attribuito per trasparenza. Ovviamente, qualora nel corso

²¹⁷ Di tale complessità ne aveva dato evidenza anche ASSONIME che nella Circolare 12 dicembre 2000, n.65, al par. 2.11, in cui aveva suggerito quale possibile rimedio quello di *“introdurre regole presuntive che consentano di riferire gli utili “rimpatriati” attraverso il soggetto “collettore”, prioritariamente e fino a concorrenza, ai dividendi posti in distribuzione della CFC”*.

del possesso della partecipazione, la CFC abbia distribuito dividendi, questi vanno scomputati dal costo della partecipazione.

CAPITOLO 3

LE CAUSE DI DISAPPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA CFC

SOMMARIO: 3. Premessa – 3.1. La prima esimente: effettivo esercizio di un'attività industriale o commerciale nel mercato dello Stato o territorio a fiscalità privilegiata – 3.2 La seconda esimente: localizzazione della CFC nel paradiso fiscale non finalizzata all'esclusivo conseguimento di un indebito risparmio d'imposta – 3.3 L'esimente di cui al comma 8-ter: le costruzioni di puro artificio – 3.3.1 La compatibilità della legislazione CFC con le Convenzioni contro le doppie imposizioni – 3.2 L'interpello in materia di CFC: dall'interpello preventivo all'interpello facoltativo

3. Premessa

Come evidenziato nel secondo capitolo, la disciplina sulle *controlled foreign companies* è stata introdotta per contrastare il fittizio trasferimento di utili, imponibili in Italia, in Stati a fiscalità privilegiata con il mero fine di differirne la tassazione da parte dello Stato di residenza del soggetto controllante. Al ricorrere di determinate circostanze, infatti, è ragionevole presumere che la localizzazione della società partecipata estera in un certo Stato non risponda alla volontà del socio controllante di esercitare in tale territorio un'effettiva attività economica, bensì di accumulare all'estero redditi tassati ad aliquote ridotte. In tal caso, il legislatore supera lo schermo societario appositamente innalzato dal socio residente mediante l'imputazione dei redditi conseguiti dalla controllata estera al momento della loro maturazione anziché dell'effettiva distribuzione.

Ciò premesso, qualora i redditi ascrivibili alla CFC derivassero dallo svolgimento di un'effettiva attività d'impresa, il socio controllante può legittimamente rinviarne la tassazione

da parte dello Stato di residenza al momento della loro distribuzione; in tal caso, infatti, non sarebbe ravvisabile alcuna forma di abuso da parte del contribuente italiano²¹⁸.

Al fine di evitare indebite penalizzazioni, la disciplina di cui all'art. 167 contempla complessivamente tre ipotesi di disapplicazione attraverso le quali il socio residente può dimostrare che la scelta di localizzare la CFC in quel particolare Stato estero è suffragata da valide ragioni imprenditoriali.

Nel dettaglio, alla lett. a) e b) del comma 5, sono contemplate le cause di disapplicazione alle quali il contribuente può alternativamente ricorrere al fine di disapplicare la disciplina di cui al comma 1, ovvero quella rivolta alle CFC localizzate in Stati o territori a fiscalità privilegiata. Esse concernono rispettivamente la dimostrazione dell'effettiva attività industriale o commerciale svolta dalla controllata estera, come sua principale attività, nel mercato dello Stato o territorio di insediamento e la dimostrazione che dalla partecipazione nella CFC non si consegue una sensibile riduzione dell'onere fiscale dovuto.

La terza ed ultima ipotesi di disapplicazione interessa, invece, la disciplina delle società controllate estere localizzate in Stati o territori a fiscalità ordinaria di cui al comma 8 – *bis*. In particolare, essa consente la disapplicazione della suddetta disposizione a condizione che il socio residente dimostri il carattere non artificioso della partecipata estera.

3.1 La prima esimente: effettivo esercizio di un'attività industriale o commerciale nel mercato dello Stato o territorio a fiscalità privilegiata

Il comma 5, lett. a), dell'art. 167 prevedeva, nella sua formulazione iniziale, che la disciplina di cui al comma 1 non trovava applicazione qualora il socio residente dimostrava che la partecipata estera svolgeva un'effettiva attività industriale o commerciale nello Stato o territorio in cui era localizzata. A mente dell'art. 5, comma 3, del decreto attuativo, tale condizione si considerava verificata quando la controllata estera disponeva, nello Stato di localizzazione, di una struttura organizzativa idonea allo svolgimento della propria attività. La dimostrazione della reale presenza fisica della CFC nel territorio estero era dunque considerata dal legislatore condizione sufficiente ad attestare il fine non elusivo della localizzazione del soggetto controllato nel Paese a fiscalità privilegiata. Per quanto concerne la natura dell'attività effettivamente svolta, sebbene la disposizione si limiti a menzionare le sole attività industriali o commerciali, in realtà deve considerarsi inclusa nell'ambito

²¹⁸ INGRAO G., *D.L. anti anticrisi e "stretta" sulla normativa CFC: contrasto agli abusi fiscali o miopia del legislatore?*, in *Rass. Trib.*, 2010, 1, p. 88.

applicativo dell'esimente in esame qualsiasi attività imprenditoriale ai sensi dell'art. 2195 del codice civile²¹⁹.

Il contenuto di tale esimente è stato sensibilmente modificato a seguito dell'entrata in vigore del D.L. 78 del 2009. Nello specifico, l'art. 13 del citato provvedimento ha sostituito il riferimento allo Stato o territorio in cui la CFC era localizzata con il riferimento al "mercato" dello Stato o territorio di insediamento. La novità concerne quindi il luogo nel quale l'attività da parte della controllata estera deve essere esercitata per poter usufruire della disapplicazione; novità che ha reso senza dubbio il contenuto dell'esimente molto più stringente. Prima della suddetta modifica, invero, la disapplicazione del regime in esame era riconosciuta ogni qual volta veniva documentato il grado di presenza fisica²²⁰ della CFC nello Stato estero, a nulla rilevando il mercato a cui l'attività esercitata si rivolgeva. La nuova formulazione della disposizione sembra invece richiedere che ai fini del riconoscimento della causa esimente venga dimostrato, non solo l'effettiva presenza fisica della CFC nel territorio estero, ma anche che l'attività da essa svolta sia in prevalenza destinata al mercato locale, quale indice di un reale radicamento della controllata estera nel territorio di insediamento²²¹.

Una simile impostazione era stata peraltro già adottata dall'Amministrazione Finanziaria²²² la quale, superando i precedenti orientamenti citati in nota, considerava la mera presenza di una reale struttura organizzativa nello Stato di insediamento condizione non

²¹⁹ L'art. 5, comma 3, del D. M. 21 novembre 2001, n. 429 afferma che "ai fini della risposta positiva 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, 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". Ne consegue che la prima esimente può essere invocata per disapplicare la disciplina anche nei confronti di partecipate estere che svolgono attività non propriamente industriali o commerciali quali le attività finanziarie, bancarie, assicurative o di servizi. In senso conforme si esprimono MARONGIU G., *Imprese estere partecipate: prime riflessioni sulle circostanze escludenti l'imputazione dei redditi ai soggetti controllanti*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2001, 1, p. 10142; LISI F., MURANO G., NUZZOLO A., *Il nuovo regime tributario delle operazioni con i paradisi fiscali*, 2004, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, p. 112.

²²⁰ Si veda, ad esempio, la risoluzione 31 ottobre 2002, n. 343/E, nella quale l'Agenzia riconosce l'applicazione della prima esimente in virtù della presenza di una reale struttura organizzativa della CFC nello Stato estero. Nella fattispecie, il radicamento della partecipata nello Stato di localizzazione era stato documentato mediante la presentazione dei contratti di locazione della sede, degli uffici e del magazzino, nonché i contratti di assunzione e assicurazione del personale.

A dire il vero, a parere dell'Amministrazione Finanziaria, affinché un'attività di commercializzazione possa effettivamente considerarsi localizzata in un territorio estero ai fini della disapplicazione dell'art. 167 del TUIR, occorre che in tale territorio si svolga, oltre alla fase prettamente esecutiva, anche un'autonoma attività strategica e decisionale di penetrazione nel mercato estero. Al riguardo, si veda la risoluzione 19 dicembre 2002, n. 387/E, nella quale l'applicazione della prima esimente non è stata riconosciuta possibile in quanto, sebbene si fosse dimostrata la disponibilità in loco di una reale struttura organizzativa, l'amministratore unico della partecipata estera, dipendente della società controllante residente in Italia, non svolgeva alcun ruolo attivo nell'espletamento dell'attività estera.

²²¹ Nella relazione illustrativa al D.L. 78/2009, la modifica apportata alla prima esimente viene infatti motivata quale misura "volta ad affermare, ai fini della disapplicazione della disciplina antielusiva, l'effettivo radicamento economico del soggetto estero nel territorio di insediamento, mediante attività che abbiano sbocco nel mercato di riferimento".

²²² Si vedano la risoluzione 10 novembre 2008, n. 427/E e la risoluzione 8 aprile 2009, n. 100/E.

sufficiente a dimostrare l'effettività dell'attività esercitata. Più precisamente, ad avviso dell'Agenzia, il radicamento della CFC si considerava effettivo quando si dimostrava la sua reale partecipazione alla vita economica e sociale dello Stato estero, ovvero che la sua attività era destinata al mercato locale. Tale interpretazione era stata fin da subito oggetto di molteplici critiche da parte della dottrina²²³ sia perché in contrasto con il dato letterale della disposizione allora vigente, sia perché non in linea con il principio espresso dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee nella sentenza *Cadbury Schweppes*, alla quale l'Agenzia si era esplicitamente ispirata²²⁴.

Con l'introduzione del riferimento al mercato dello Stato o territorio di insediamento della controllata estera sembra, dunque, che il legislatore abbia voluto assecondare la linea interpretativa sostenuta dalla prassi²²⁵. Tale previsione tuttavia non può considerarsi condivisibile. Anzitutto l'esercizio dell'attività nel mercato locale, quale condizione necessaria ai fini della disapplicazione, fa sì che insediamenti dotati di un effettivo contenuto imprenditoriale siano, per il solo fatto di svolgere la propria attività in mercati esteri, irragionevolmente assimilati ad una costruzione di puro artificio finalizzata al mero risparmio d'imposta²²⁶. La disciplina così formulata, infatti, rischia di essere applicata non solo alle delocalizzazioni motivate da mere ragioni fiscali, bensì anche agli investimenti giustificati da valide ragioni imprenditoriali, spingendosi in tal modo ben oltre la *ratio* che la caratterizza²²⁷. Se il fine ultimo della disciplina in esame è quello di contrastare la costituzione all'estero di insediamenti che abbiano un fine diverso dallo svolgimento di un'effettiva attività industriale o commerciale, allora la stessa disciplina non può che riconoscere l'assenza di un intento elusivo di fronte alla presenza di una struttura organizzativa idonea allo svolgimento di un'attività imprenditoriale. Si è dell'avviso, invero, che la presenza di una struttura concretamente operativa rappresenti di per sé la prova della reale sostanza economica

²²³ PIAZZA M., SIMONTACCHI S., *Senza mercato locale il Fisco applica la CFC*, in *Sole 24 Ore* del 16 febbraio 2009, p. 29, GABELLI M., *CFC e controllate svizzere: brevi note critiche sulla svolta dell'amministrazione*, in *Fiscalità Internazionale*, 2009, 1, p.9, ROLLE G., *Clients esteri, niente sconti*, in *Sole 24 Ore* del 9 aprile 2009, p. 26, FERRANTI G., *Entrate e Unione in cerca di intesa*, in *Sole 24 Ore* del 15 giugno 2009, p. 34

²²⁴ Ci si riferisce, nel dettaglio, alla sentenza della Corte di Giustizia 12 settembre 2006, causa C196/04, nella quale la Corte afferma che una normativa nazionale che restringe la libertà di stabilimento è ammessa solo se finalizzata a contrastare l'utilizzo di costruzioni di puro artificio in Stati esteri ovvero sia costruzioni prive di un insediamento reale nel territorio di localizzazione. Ciò premesso, FERRANTI G., op cit., p. 34, evidenzia come la prassi abbia in realtà effettuato un'interpretazione distorta delle conclusioni a cui sono giunti i giudici comunitari. All'interno di tale sentenza, infatti, non si ravvisa alcun riferimento alla nozione di mercato quale condizione necessaria affinché la controllata estera sia considerata una concreta realtà economica. L'unico fattore rilevante è rappresentato dall'esistenza di un'effettiva struttura organizzativa nello Stato di localizzazione.

²²⁵ ROLLE G., *Modifiche alla "CFC legislation" dopo la conversione del decreto "anticrisi"*, in *Corr. Trib.*, 2009, 34, 2804.

²²⁶ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, 2014, Milano, IPSOA, p.1470

²²⁷ INGRAO G., *D.L. anti anticrisi e "stretta" sulla normativa CFC: contrasto agli abusi fiscali o miopia del legislatore?*, in *Rass. Trib.*, 2010, 1, p. 89; MARINO G., *La nozione di mercato nella disciplina CFC: verso una probatio diabolica?*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2011, 12, p. 1119.

dell'insediamento estero in quanto essa presuppone la realizzazione da parte del socio residente di effettivi investimenti in termini di locali, attrezzature, macchinari nonché dipendenti. La presenza di una reale struttura organizzativa, in altri termini, è già espressione della volontà del socio residente di instaurare una concreta connessione economica con il territorio estero²²⁸.

Una siffatta impostazione, se effettivamente adottata, risulterebbe poi del tutto inconciliabile con le logiche che caratterizzano l'economia attuale. Come evidenziato da autorevole dottrina, *“di fronte ad un mercato che si è fatto “globale”, la legge italiana pretende, in modo stravagante, che la “produzione” avvenga a domicilio, nel luogo in cui si trova il “mercato” di collocamento dei beni e/o servizi”*²²⁹. La norma, in sostanza, sembra non prendere in considerazione la circostanza che ad oggi, in un sistema economico globalizzato, è irragionevole supporre che il mercato di sbocco delle imprese sia limitato al solo mercato dello Stato in cui sono localizzate. Questa apparente miopia del legislatore rischia di penalizzare eccessivamente la competitività dei gruppi societari italiani i quali, pur di non incorre nell'applicazione della disciplina, potrebbero essere portati a rinunciare a tutti quegli investimenti che non prevedono, come unica finalità, l'aggressione del mercato estero: solo tale obiettivo difatti sembra essere considerato dal legislatore meritevole di tutela. La diretta conseguenza di tale approccio legislativo potrebbe pertanto essere quella di un totale disincentivo ad effettuare investimenti esteri²³⁰.

Va evidenziato, poi, che la localizzazione di una propria articolazione in un dato Stato estero risulta, in alcuni casi, una scelta imposta dalle stesse caratteristiche oggettive che detto Stato presenta²³¹. È il caso, ad esempio, delle attività estrattive o minerarie, per il cui svolgimento è necessario dislocare la propria attività negli Stati che offrono la materia prima necessaria. In tal caso, i soggetti operanti nei suddetti settori sarebbero irragionevolmente obbligati a commercializzare i propri prodotti solamente all'interno del Paese di insediamento²³².

È evidente dunque come il riferimento al mercato di insediamento non rappresenti un valido criterio da cui desumere il reale radicamento della società estera e quindi l'effettività dell'attività da essa svolta. Si ritiene invece condivisibile l'interpretazione suggerita dalle

²²⁸ LA CANDIA I., TRONCONI S., *Modifiche alla disciplina CFC*, in Corr. Trib., 2010, 5, p. 392

²²⁹ STEVANATO D., *Lo strumento tributario contro la delocalizzazione produttiva: decreto anticrisi e modifiche alle CFC*, in Dialoghi Tributari, 2009, 4, 359.

²³⁰ MARINO G., *La nozione di mercato nella disciplina CFC: verso una probatio diabolica?*, in Riv. Dir. Trib., 2011, 12, p. 1119.

²³¹ STEVANATO D., *op. cit.*, 360.

²³² COVINO S., *CFC, mercato locale e rapporti intragruppo in Paesi “white – list”: una normativa mediatica da non sopravvalutare*, in Dialoghi Tributari, 2014, 6, p. 658, il quale afferma che se l'esimente in esame andasse letta nel senso che l'attività industriale debba essere destinata al mercato del Paese ospitante, si dovrebbe concludere che i redditi di una miniera di diamanti in Sudafrica controllata dall'Italia devono essere attratti nel territorio italiano se non venduti nel mercato interno sudafricano.

principali associazioni di categoria²³³ secondo cui, mediante l'introduzione del riferimento al mercato, il legislatore ha soltanto inteso rafforzare il principio espresso dall'esimente già contemplata nell'ordinamento. Pertanto, nonostante il contenuto letterale della disposizione, sembra ragionevole sostenere che la presunzione di elusività dovrà essere superata avendo riguardo più che al mercato (di sbocco o di approvvigionamento) in cui si sostanzia l'attività della CFC, alle concrete ragioni che hanno spinto il soggetto residente a delocalizzare la controllata in quel determinato Stato paradisiaco. Tale interpretazione sembra essere condivisa anche dalla stessa Amministrazione Finanziaria la quale, nonostante continui ad intendere il riferimento al mercato come collegamento al mercato di sbocco o al mercato di approvvigionamento, afferma che la circostanza per cui la CFC non si rivolge al mercato locale né in fase di approvvigionamento, né in fase di distribuzione, non impedisce di valorizzare anche altri elementi eventualmente prodotti dal contribuente a supporto della richiesta di disapplicazione, tra i quali rientrano anche le ragioni economico-imprenditoriali che hanno portato l'impresa residente a investire nello Stato o territorio a fiscalità privilegiata. Considerate le notevoli penalizzazioni che un'interpretazione restrittiva potrebbe comportare, l'apertura dimostrata dall'Agenzia non può che essere accolta positivamente.

Per quanto concerne i soggetti operanti nel settore bancario, finanziario o assicurativo, il D.L. 78/2009 ha introdotto una specifica previsione secondo la quale la condizione in esame si realizza quando la maggior parte delle fonti, degli impieghi o dei ricavi provengono dallo Stato o territorio di insediamento. Per quanto concerne il rapporto intercorrente tra i suddetti requisiti, la relazione illustrativa al citato provvedimento precisa che *“si prevede che il collegamento con il mercato di insediamento ricorra qualora oltre la metà delle fonti oppure degli impieghi o dei ricavi della società controllata estera derivi da operazioni effettuate nel predetto mercato”*. Di conseguenza, la disapplicazione della disciplina dovrebbe considerarsi possibile anche al verificarsi di uno solo dei requisiti sopra menzionati.

Il dato letterale di tale disposizione suscita diverse perplessità in merito alla sua corretta portata applicativa. Esso, infatti, sembra introdurre una presunzione assoluta di artificiosità per gli intermediari finanziari che ottengono la maggior parte delle loro fonti, impieghi o ricavi da Stati differenti rispetto a quello di insediamento. Se così fosse, la disapplicazione del regime CFC sarebbe consentita dimostrando unicamente la seconda esimente ovvero che dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori a fiscalità privilegiata.

²³³ ASSONIME in Note e Studi n. 15 del 2009, p. 13.

Secondo la condivisibile opinione della dottrina²³⁴, una siffatta impostazione appare eccessivamente penalizzante in quanto non prende in considerazione le logiche che caratterizzano l'economia attuale: è infatti del tutto irragionevole pretendere che l'attività degli intermediari finanziari sia ad oggi limitata al solo mercato dello Stato di insediamento. Di analogo indirizzo è l'Amministrazione Finanziaria²³⁵ la quale riconosce ai soggetti che si trovano in una circostanza diversa da quella descritta dal comma 5 lett. a), la possibilità di dimostrare comunque la propria sostanza economica facendo ricorso ad altri elementi.

Tra le novità apportate dal D.L. 78/2009 rientra infine l'introduzione del comma 5 - *bis* secondo il quale l'esimente in esame non può essere invocata "*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*". La formulazione adottata dal legislatore coincide con quella utilizzata nel comma 8 - *bis* per individuare i proventi rilevanti ai fini dell'estensione del regime alle CFC localizzate in Stati a fiscalità ordinaria. Di conseguenza, le considerazioni in precedenza effettuate in merito al tema dei *passive income* trovano rilevanza anche ai fini in esame. In sostanza, dalla nozione di proventi passivi si devono considerare esclusi quelli derivanti dall'esercizio di un'attività bancaria, finanziaria o assicurativa in quanto, sebbene conseguiti mediante lo sfruttamento di *asset* finanziari, presuppongono lo svolgimento di una reale attività economica. L'inclusione di tali proventi risulterebbe peraltro contraddittoria rispetto alla precisazione fornita dal legislatore proprio con riferimento a tali attività²³⁶. Dalla nozione di *passive income* dovrebbero poi considerarsi esclusi anche i servizi di lavorazione, i proventi conseguiti dalle c.d. *trading companies* nonché i servizi c.d. estero su estero.

Quanto alla portata applicativa della disposizione, anche in questo caso la formulazione adottata dal legislatore sembra introdurre una presunzione assoluta di artificiosità per quei soggetti i cui proventi sono in prevalenza formati da redditi passivi. L'Amministrazione Finanziaria, tuttavia, adottando un'interpretazione meno rigida del dato letterale, sostiene che alla presunzione in oggetto debba attribuirsi natura relativa e non assoluta²³⁷. In tal caso, però, la dimostrazione della commercialità dell'attività svolta dovrà

²³⁴ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, 2014, Milano, IPSOA, p.1472.

²³⁵ Si veda la circolare 6 ottobre 2010, n. 51/E, par. 3.

²³⁶ In tal senso si esprime ASSONIME in Note e studi n. 15 del 2009, p. 18.

²³⁷ Si veda la circolare 6 ottobre 2010, n. 51/E, par. 3.1.

essere effettuata attestando, non solo la sussistenza degli elementi normalmente rilevanti ai fini della dimostrazione della prima esimente, ma anche l'assenza di intenti o effetti elusivi finalizzati alla distrazione di utili dall'Italia verso Paesi o territori a fiscalità privilegiata. L'Amministrazione Finanziaria, in sostanza, richiede una prova rafforzata dell'esimente in quanto, in questo caso, la partecipata si trova in una circostanza in cui rischio di abuso è potenzialmente più elevato.

3.2. La seconda esimente: localizzazione della CFC nel paradiso fiscale non finalizzata all'esclusivo conseguimento di un indebito risparmio d'imposta

Come anticipato in premessa, il socio controllante può inibire l'imputazione per trasparenza dei redditi prodotti dalla CFC dimostrando, alternativamente, che dalla partecipazione nella controllata estera non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori sottoposti a regimi fiscali privilegiati. Tale alternatività deve essere intesa nel senso che è sufficiente dimostrare anche solo una delle due esimenti per ottenere la disapplicazione della disciplina antielusiva²³⁸.

Ai sensi dell'art. 5, comma 3, del Decreto attuativo, l'esimente in esame ricorre quando i redditi conseguiti dal soggetto partecipato estero sono prodotti in misura non inferiore al 75% in altri Stati o territori diversi da quelli a fiscalità privilegiata ed ivi soggetti ad una tassazione ordinaria, ovvero, quando i redditi di una stabile organizzazione localizzata in un paradiso fiscale siano integralmente sottoposti a tassazione ordinaria nello Stato di residenza del soggetto partecipato dal socio residente.

In tali casi, l'imposizione applicata dallo Stato terzo di fatto neutralizza il potenziale vantaggio fiscale che il socio residente avrebbe potuto ottenere in virtù della localizzazione della controllata in un paradiso fiscale²³⁹. La finalità di tale disposizione risulta dunque essere quella di evitare l'applicazione della disciplina antielusiva alle fattispecie in cui i redditi conseguiti dalla CFC, sebbene localizzati in uno Stato a fiscalità privilegiata, abbiano comunque scontato un'imposizione congrua rispetto a quella che sarebbe stata applicata nel territorio italiano.

Ai fini dell'operatività dell'esimente in esame, è necessario anzitutto stabilire a quali condizioni i redditi conseguiti dalla controllata estera possono considerarsi prodotti in uno Stato terzo.

²³⁸ In tal senso si esprime l'Amministrazione Finanziaria nella circolare 12 febbraio 2002, 18/E, par. 3.1.

²³⁹ MIELE L., ROLLE G., RUSSO V., *Società estere: regime delle CFC ed esteroinvestizione*, 2011, Milano, IPSOA, p. 157.

Secondo un primo orientamento della prassi²⁴⁰, l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori sottoposti a regimi fiscali privilegiati dipendeva dalle modalità con cui la CFC conseguiva i propri redditi. Più precisamente, l'Agenzia considerava di fonte estera solamente i proventi derivanti da un'effettiva presenza fisica della CFC nel territorio a fiscalità ordinaria. Ci si riferisce, dunque, all'ipotesi in cui tali redditi risultano in prevalenza ascrivibili ad una stabile organizzazione detenuta dalla partecipata nel Paese non paradisiaco. Viceversa, i redditi derivanti dalla partecipazione in società localizzate in territori a fiscalità ordinaria si consideravano prodotti nello Stato di localizzazione della CFC in quanto la fonte produttiva di tale reddito, ovvero sia l'*asset* finanziario, era localizzato nel paradiso fiscale²⁴¹. Secondo la prassi dunque condizione necessaria per beneficiare della causa di disapplicazione era l'esistenza di una diretta articolazione della controllata estera nel territorio terzo.

Secondo la condivisibile opinione della dottrina²⁴², tale impostazione restringeva eccessivamente l'ambito applicativo dell'esimente in esame, ben potendo essa sussistere anche nei casi in cui i redditi della CFC, ancorché non ascrivibili ad una stabile organizzazione, risultavano comunque assoggettati ad un'imposizione in linea a quella a cui sarebbero stati soggetti se prodotti in Italia. Ciò in quanto si riteneva che la *ratio* della disposizione fosse quella di privilegiare l'effettiva tassazione complessivamente applicata ai redditi della CFC, a prescindere dalle modalità con cui quest'ultimi risultavano prodotti. Tale interpretazione trova fondamento nella relazione illustrativa al disegno di legge²⁴³ in cui si specifica che *“si è inteso in tal modo escludere dall'ambito applicativo del provvedimento in esame anche i gruppi che dimostrino di subire, comunque, una tassazione congrua all'estero e per i quali, quindi, la localizzazione di imprese in Stati o territori aventi regimi fiscali privilegiati costituisce una modalità legata al loro assetto operativo”*. Va osservato, poi, come la posizione espressa dalla prassi risulta essere in palese contrasto anche con il dato letterale della disposizione nel quale non si ravvisa alcun particolare riferimento all'esistenza di una stabile organizzazione²⁴⁴.

Un decisivo mutamento di indirizzo si è verificato con la pubblicazione della Risoluzione n. 63 del 2007, nella quale è stato riconosciuto all'esimente in esame un ambito applicativo decisamente più esteso. Nella fattispecie, l'Amministrazione non ha considerato

²⁴⁰ Si vedano in particolare la risoluzione 16 agosto 2002, n. 285/E, la risoluzione 19 dicembre 2002, n. 387/E e la risoluzione 29 gennaio 2003, n. 18/E.

²⁴¹ In tal senso si è espressa l'Agenzia delle Entrate nella Risoluzione del 29 gennaio 2003, n. 18/E.

²⁴² MIELE L., *Le esimenti per il regime CFC*, in Corr. Trib., 2010, 42, p. 3451, SALLUSTIO C., *La disapplicazione della disciplina CFC in presenza dell'esimente di cui all'art. 167, comma 5, lettera b), del TUIR. Nuovi sviluppi alla luce della risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 63/E del 2007*, in Il Fisco, 2007, 29, I, p. 4266.

²⁴³ Ci si riferisce, nel dettaglio, alla relazione di accompagnamento al disegno di legge n. 4336, approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 15 novembre 1999, p. 4.

²⁴⁴ SALLUSTIO C., *op. cit.*, p. 4266.

applicabile il regime CFC ad una società italiana che controllava una società americana (soggetta ad un'aliquota del 35%) la quale deteneva, a sua volta, partecipazioni in una società residente in Cipro, considerato paradiso fiscale, e ivi soggetta ad un'aliquota del 10%. Nel citato documento di prassi si precisa che, sebbene i redditi conseguiti dalla società cipriota non siano ascrivibili ad una stabile organizzazione da essa posseduta in uno Stato terzo, la condizione di cui al comma 5, lett. b), si considera comunque integrata poiché la tassazione complessivamente applicata su tali redditi risulta in linea a quella che avrebbero scontato se prodotti interamente in Italia²⁴⁵. In tal caso, quindi, la condizione per cui la ricchezza ascrivibile alla CFC, sebbene atta a beneficiare di una tassazione particolarmente mite, subisca complessivamente un'imposizione ordinaria, attesta il fine non elusivo della localizzazione del soggetto controllato nel paradiso fiscale. L'Agenzia, invero, superando il precedente orientamento, ha riconosciuto che la finalità dell'ipotesi disapplicativa è quella di garantire che i redditi conseguiti nel paradiso fiscale siano sottoposti almeno una volta a congrua tassazione, indipendentemente dal luogo di produzione del reddito e dallo Stato in cui avviene a loro tassazione. Ciò implica che le ipotesi di disapplicazione individuate dal decreto attuativo devono ritenersi menzionate a titolo esemplificativo e non esaustivo.

A tal punto, si rende necessario stabilire quando il livello di tassazione estero può considerarsi congruo rispetto a quello vigente in Italia. Ad avviso dell'Amministrazione finanziaria²⁴⁶, il *tax rate* effettivamente supportato dalla CFC, inteso come rapporto tra le imposte complessivamente assolte sui redditi e l'utile ante imposte, deve essere anzitutto confrontato con l'aliquota nominale di tassazione vigente in Italia. Pertanto, la presunzione di elusività si considera superata quando i redditi conseguiti dalla CFC sono tassati ad un'aliquota effettiva superiore al 15,7%²⁴⁷. In caso di esito negativo, la disciplina può comunque trovare disapplicazione a condizione che la tassazione effettiva estera risulti superiore al 50% della tassazione virtuale domestica, con un meccanismo quindi analogo a quello contenuto nel comma 8 – *bis*. Quest'ultima previsione fa sì che il socio residente non venga eccessivamente penalizzato quando la tassazione effettiva che la CFC avrebbe subito in Italia si riveli, per effetto della concorrenza alla formazione dell'utile civilistico di redditi esenti o esclusi, inferiore al livello nominale di imposizione.

²⁴⁵ Gli utili della CFC erano infatti tassati, al momento della loro produzione, ad un'aliquota del 10% e in seguito, al momento della loro distribuzione alla società americana, ad un'aliquota del 35%.

²⁴⁶ Si vedano la circolare 6 ottobre 2010, n. 31/E, par. 4 e la circolare 4 agosto 2016, n. 35/E, par. 1.3.

²⁴⁷ L'aliquota nominale di tassazione applicata in Italia è infatti rappresentata dalla sommatoria tra l'aliquota IRES e l'aliquota ordinaria IRAP, pari rispettivamente al 27,5% e 3,9%. Si rammenta che, a decorrere dal 2017, l'aliquota IRES scenderà al 24%; la soglia di riferimento passerà dunque al 13,95%.

3.3 L'esimente di cui al comma 8 – ter: le costruzioni di puro artificio

La terza ed ultima ipotesi di disapplicazione concerne la disciplina delle società controllate estere localizzate in territori a fiscalità ordinaria di cui al comma 8 – *bis* dell'art. 167. Come illustrato nel precedente capitolo, la suddetta norma, introdotta dal D. L. n. 78 del 2009, estende l'applicazione del regime CFC anche alle controllate estere non localizzate in paradisi fiscali qualora conseguano proventi di natura prevalentemente passiva e scontino una tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella che avrebbero corrisposto se localizzate in Italia. In tal caso, la simultanea presenza delle suddette condizioni fa presumere che la localizzazione della controllata in un dato Stato estero non abbia la finalità di esercitare in quel territorio un'effettiva attività economica, bensì di accumulare utili, imponibili in Italia, in Stati fiscalmente più vantaggiosi.

Si tratta, tuttavia, di una presunzione legale relativa ben potendo il socio residente fornire prova contraria. Ai sensi del comma 8- *ter*, infatti, “*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*”.

Per quanto concerne il significato dell'espressione *costruzione artificiosa*, si ritiene²⁴⁸ che il suo utilizzo risponda alla volontà del legislatore di richiamare il concetto di costruzione di puro artificio, elaborato dalla Corte di Giustizia nel caso *Cadbury Schweppes*.

Ci si riferisce, nel dettaglio, alla sentenza del 12 dicembre 2006, causa C - 196/04, nella quale la Corte definisce una costruzione di puro artificio quella entità che non risulta realmente insediata nello Stato di localizzazione e dunque non esercita in esso alcuna effettiva attività d'impresa. Si tratta in sostanza di soggetti che non dispongono di una concreta struttura organizzativa che permetta loro di svolgere nel territorio estero una reale attività economica. Per tale ragione le costruzioni di puro artificio vengono definite anche società *fantasma* o *schermo*²⁴⁹. Di contro, la circostanza per cui l'attività ivi esercitata possa essere potenzialmente espletata anche nel territorio di residenza della controllante non assume alcuna rilevanza in quanto non rappresenta un fattore di per sé idoneo a considerare la CFC un soggetto privo di sostanza economica.

²⁴⁸ ROLLE G., *La disapplicazione della disciplina CFC nella circolare n. 51/E*, in *Il Fisco*, 2010, 43, I, p. 6997; LA CANDIA I., TRONCONI S., *Modifiche alla disciplina CFC*, in *Fiscalità Internazionale*, 2010, 5, p. 394; PAPOTTI R., SACCARDO N., *L'estensione della disciplina CFC alle società controllate localizzate in Stati o territori non black – list*, in *Boll. Trib.*, 2010, 6, p.429. VALENTE P., SALVATORE M., “CFC rule” per le costruzioni di puro artificio, in *Corr. Trib.*, 2010, 42, 3455, ZOCCALI A., *CFC: quando ricorrono le “costruzioni di puro artificio” in Paesi white – list*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 2011, 2, p. 22. In senso conforme si esprime anche l'Amministrazione Finanziaria nella circolare 6 ottobre 2010, n. 51/E, par. 5.2.

²⁴⁹ Si veda il punto 68 della citata sentenza.

Al fine di disapplicare la disciplina di cui al comma 8 – *bis*, il socio controllante deve pertanto dimostrare l'esistenza di un effettivo radicamento fisico della CFC nello Stato di localizzazione attraverso il ricorso ad “*elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi, relativi, in particolare al livello di presenza fisica della SEC in termini di locali, di personale e di attrezzature*”²⁵⁰. A tal proposito, il Consiglio dell'Unione Europea ha fornito un elenco esemplificativo di possibili indicatori²⁵¹ in presenza dei quali è ragionevole supporre che la partecipata estera sia stata costituita al mero fine di deviare i redditi, imponibili in Italia, in paradisi fiscali. Ci si riferisce, ad esempio, alla mancanza di ragioni economiche o commerciali valide per l'attribuzione degli utili, all'inadeguatezza della struttura fisica utilizzata rispetto alle attività esercitate dalla controllata ovvero alla presenza di un eccessivo capitale proprio rispetto al fabbisogno richiesto dall'attività svolta.

È stato tuttavia osservato²⁵² come la dimostrazione dell'esimente in esame potrebbe rivelarsi particolarmente problematica per quei soggetti che svolgono attività che non richiedono, per il loro espletamento, la presenza di una struttura fisica particolarmente significativa nello Stato di insediamento. Si pensi, ad esempio, al settore finanziario, bancario o assicurativo per i quali le circostanze atte a dimostrare l'esistenza di una realtà economica effettiva potrebbero essere ben differenti da quelle proprie del settore industriale.

Pertanto, al fine di evitare indebite penalizzazioni, la verifica dell'artificialità della struttura estera dovrebbe in questi casi focalizzarsi più sugli aspetti “immateriali” dell'attività esercitata, anziché sulle risorse puramente materiali²⁵³. Ci si riferisce, ad esempio, al grado di competenza professionale dei dipendenti, alla natura degli *assets* effettivamente gestiti ovvero all'attinenza tra i redditi conseguiti e il *core business* della società. Diversamente, la rilevanza dei soli requisiti fisici rischierebbe di influenzare eccessivamente le strategie imprenditoriali adottate dai soggetti residenti. Quest'ultimi infatti, al fine di evitare possibili contestazioni da parte del Fisco italiano, potrebbero essere indotti a dotarsi di un significativo apparato strutturale, ancorché non necessario all'espletamento dell'attività economica²⁵⁴.

²⁵⁰ Si veda il punto 67 della citata sentenza.

²⁵¹ Si veda la Risoluzione del Consiglio dell'Unione Europea dell'8 giugno 2010, n. 156/01, sul coordinamento delle norme sulle società estere controllate (SEC) e sulla sottocapitalizzazione nell'Unione europea. I suddetti indicatori sono stati richiamati anche dall'Amministrazione Finanziaria nella circolare 6 ottobre 2010, n.51/E.

²⁵² Si veda la comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo in merito all'applicazione di misure antiabuso nel settore dell'imposizione diretta – all'interno dell'UE e nei confronti dei paesi terzi (COM. n. 785 del 10 dicembre 2007), p. 5. In senso analogo si è espressa anche l'Amministrazione Finanziaria nella circolare 6 ottobre 2010, n.51/E, par. 5.2.

²⁵³ Si vedano PAPOTTI R., SACCARDO N., *op. cit.*, p.431.

²⁵⁴ In tal senso si esprime GARUFI S., *La nuova disciplina delle CFC*, in *Rass. Trib.*, 2010, 3, p. 623, il quale evidenzia come la scelta di imporre un livello strutturale minimo finirebbe per attribuire paradossalmente maggiore importanza alla forma piuttosto che alla sostanza.

La scelta di ancorare la disapplicazione della disciplina CFC al concetto di costruzione artificiosa risponde alla volontà del legislatore di prevenire possibili conflitti tra la normativa interna e quella comunitaria²⁵⁵. L'estensione dell'ambito applicativo del regime CFC alle partecipate non localizzate in paradisi fiscali potrebbe infatti comportare l'applicazione della norma anche a quei soggetti esteri localizzati in Stati membri dell'Unione Europea. In tal caso, la disciplina interna si pone in potenziale conflitto con la normativa comunitaria, in particolare con il principio della libertà di stabilimento di cui all'art. 49 del TFUE. Tale disposizione afferma che *“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”*.

Da quanto sopra si evince che l'obiettivo perseguito dalla suddetta libertà è quello di consentire ai cittadini della Comunità di svolgere la propria attività in qualunque Paese membro essi desiderino mediante la costituzione di società controllate, succursali ovvero agenzie e dunque di accedere ai benefici fiscali previsti dalla legislazione di detto Stato. Come sottolineato dalla Corte, 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 ostacolare lo stabilimento dei propri cittadini in un altro Paese membro della Comunità²⁵⁶.

Il diritto ad accedere ai benefici previsti dalle giurisdizioni estere, tuttavia, è riconosciuto a condizione che il cittadino comunitario si insidi fisicamente nel territorio e *ivi* eserciti un'effettiva attività economica. Diversamente, l'assenza di effettività fa presumere che la controllata estera sia stata localizzata in tal territorio con il mero fine di eludere la normativa applicata dal proprio Stato di residenza. In altri termini, il godimento del trattamento fiscale previsto dall'ordinamento estero è consentito purché la controllata estera partecipi in maniera stabile e continuativa alla vita economica dello Stato membro diverso dal proprio Stato di origine. Questo perché, ad avviso della Corte, il cittadino comunitario *“non può essere privato della possibilità di avvalersi delle disposizioni del Trattato solo perché ha inteso approfittare dei vantaggi offerti dalle norme in vigore in uno Stato membro diverso da quello in cui*

²⁵⁵ In tal senso ZOCCALI A., *op. cit.*, p. 22; ROLLE G., *op. cit.*, p. 6997; GARUFI S., *op. cit.*, p. 622.

²⁵⁶ Si veda il punto 42 della citata sentenza.

risiede”. L’esistenza di un vantaggio fiscale dunque non giustifica di per sé un restringimento delle libertà fondamentali dei cittadini, avendo quest’ultimi il diritto di localizzare le proprie articolazioni in qualunque Stato membro essi desiderino²⁵⁷. Così che, se la partecipata estera dispone di una reale struttura organizzativa, anche in presenza di un palese vantaggio fiscale, essa non può essere considerata artificiosa, pena la violazione del diritto di stabilimento di cui all’art. 49 del TFUE. In sostanza, una condotta in linea con le finalità della libertà di stabilimento rende del tutto irrilevanti i motivi del suo esercizio da parte del cittadino comunitario²⁵⁸.

Ciò significa che l’esercizio della libertà di stabilimento può essere ostacolato soltanto nell’ipotesi in cui il conseguimento del vantaggio fiscale avvenga attraverso un abuso di detta libertà, ossia quando la partecipata rappresenta una costruzione puramente fittizia. Più precisamente, la Corte afferma che una normativa antielusiva nazionale è compatibile con le libertà fondamentali previste dai Trattati europei se volta specificatamente a contrastare l’utilizzo di costruzioni di puro artificio dirette a distogliere materia imponibile dallo Stato di residenza del soggetto controllante. Soltanto in questo caso, dunque, i singoli ordinamenti nazionali possono neutralizzare le disparità di trattamento esistenti tra i diversi sistemi fiscali; disparità che in presenza di un soggetto realmente insediato nel territorio estero sono invece costretti ad accettare²⁵⁹.

La disciplina CFC, rappresentando una palese limitazione all’esercizio di tale libertà, potrebbe perciò porsi in potenziale conflitto con il diritto comunitario. Essa infatti, prevedendo la tassazione per trasparenza dei redditi conseguiti dalla CFC, di fatto discrimina la localizzazione delle società in Paesi esteri neutralizzando il vantaggio fiscale da essi concesso. Risulta quindi necessario stabilire se, e a quali condizioni, tale restrittività possa essere giustificata. Come evidenziato in precedenza, la Corte ha affermato che una misura restrittiva del suddetto principio è giustificata a condizione che sia volta a contrastare le costruzioni di puro artificio finalizzate a sottrarre materia imponibile alla legislazione dello Stato di residenza del controllante. In tal caso, infatti, viene meno l’obiettivo che il diritto di stabilimento si prefigge di conseguire. Ne consegue che la compatibilità tra la disciplina CFC italiana e il diritto comunitario è garantita a condizione che la prima sia finalizzata a contrastare l’utilizzo in Stati terzi di società costituite al mero fine di distrarre materia

²⁵⁷ In senso analogo si esprime anche la Commissione Europea nella Comunicazione n. 785 del 10 dicembre 2007, p. 3, secondo la quale quella fiscale è una variabile di cui le società tengono giustamente ed inevitabilmente conto nelle scelte di localizzazione.

²⁵⁸ CIPOLLINA S., *CFC legislation e abuso della libertà di stabilimento: il caso Cadbury Schweppes*, in Riv. Dir. Fin., 2007, 1, p. 3.

²⁵⁹ BEGHIN M., *La sentenza Cadbury – Schweppes e il “malleabile” principio della libertà di stabilimento*, in Rass. Trib., 2007, 3, p. 984.

imponibile dallo Stato di residenza del socio controllante, e dunque di eludere l'imposta nazionale normalmente dovuta. A tal punto, è facile intuire la ragione per cui il legislatore ha ancorato la disapplicazione di tale disciplina proprio al concetto di costruzione artificiosa.

Alcune considerazioni devono infine essere effettuate in relazione al concetto di "indebito vantaggio fiscale" presente nel dato letterale della disposizione. Più precisamente, è necessario stabilire se tale precisazione debba essere considerata quale ulteriore condizione necessaria affinché sia possibile disapplicare la disciplina ovvero quale mera specificazione del concetto di costruzione artificiosa. Nel silenzio della norma sembra doversi privilegiare la seconda ipotesi, anche perché un'interpretazione opposta non risulterebbe conforme alla giurisprudenza comunitaria²⁶⁰. Come evidenziato in precedenza, infatti, la variante fiscale è irrilevante ai fini della valutazione dell'effettiva sostanza della CFC.

Alla luce di quanto finora detto si evince come la compatibilità tra la disciplina CFC italiana e il diritto comunitario dipenda fundamentalmente dal significato che l'Amministrazione Finanziaria attribuisce al concetto di costruzione artificiosa²⁶¹. Un'impostazione eccessivamente restrittiva che presupponga, ad esempio, non solo l'assenza di una struttura economica reale, ma anche l'esistenza di un vantaggio fiscale, risulterebbe senza dubbio contraria all'orientamento comunitario, e per questo motivo suscettibile di una possibile censura da parte dei giudici comunitari.

Vale osservare, tuttavia, che dall'analisi degli interventi di prassi in materia²⁶², sembra che l'Agenzia si sia fin da subito uniformata alle indicazioni espresse a livello comunitario²⁶³. Al momento, pertanto, non si ravvisa alcuna preoccupazione circa un possibile conflitto con l'ordinamento comunitario.

3.3.1. La compatibilità della legislazione CFC con le Convenzioni contro le doppie imposizioni

Le disposizioni contenute all'interno della disciplina nazionale devono risultare compatibili non solo con il diritto comunitario, ma anche con le eventuali disposizioni pattizie esistenti fra gli Stati coinvolti. È possibile, infatti, che fra lo Stato italiano e lo Stato di residenza o localizzazione della controllata estera sia in vigore una Convenzione contro le doppie imposizioni. Si tratta, in particolare, di disposizioni dirette a regolare la potestà

²⁶⁰ In tal senso BONARELLI P., *La disciplina in materia di CFC: misure più restrittive*, in *Fisc. Int.*, 2009, 5, p. 378.

²⁶¹ In tal senso LA CANDIA I., TRONCONI S., *op. cit.* p. 394.

²⁶² Si veda in particolare la circolare 6 ottobre 2010, n. 51/E, par. 5.2.

²⁶³ ZOCCALI A., *op. cit.*, p. 23.

impositiva degli Stati contraenti al fine di prevenire possibili fattispecie di doppia imposizione nei confronti delle persone fisiche e giuridiche residenti in uno o entrambi i Paesi interessati.

A prima vista la legislazione in esame, prevedendo l'imputazione in capo al socio residente dei redditi conseguiti dalla controllata estera al momento della loro maturazione, sembrerebbe confliggere con gli artt. 7 e 10 del Modello di convenzione OCSE, documento al quale si ispirano i trattati stipulati dallo Stato italiano. L'art. 7, comma 1²⁶⁴, sancisce invero l'impossibilità per uno Stato contraente di assoggettare ad imposizione i redditi conseguiti da un soggetto estero qualora quest'ultimo non detenga, nel territorio nazionale, alcuna stabile organizzazione alla quale possano essere ascritti i suddetti redditi. L'art. 10, comma 5²⁶⁵, invece, preclude allo Stato contraente di tassare gli utili non ancora distribuiti di un soggetto estero, ancorché derivanti, in tutto o in parte, da fonti localizzate nel proprio territorio. A tale Stato è infatti consentita l'imputazione dei soli dividendi percepiti da un proprio residente ovvero da una stabile organizzazione *ivi* localizzata. Ne consegue che, secondo un'interpretazione letterale, i Paesi contraenti possono tassare gli utili non distribuiti di una società non residente (in questo caso la CFC) soltanto nell'ipotesi in cui essa operi nel territorio nazionale attraverso una propria *branch*. La disciplina CFC, tuttavia, prevedendo l'imputazione per trasparenza di utili non conseguiti da stabili organizzazioni localizzate nel territorio domestico ma da autonomi soggetti passivi d'imposta ubicati in un Paese estero, sembra confliggere con quanto dettato dalle suddette disposizioni pattizie²⁶⁶.

A sostegno dell'incompatibilità della disciplina CFC con le convenzioni bilaterali, si evidenzia poi come l'applicazione di una siffatta normativa comporterebbe altresì la violazione del divieto di doppia imposizione economica sancito dal Modello stesso²⁶⁷. Si ritiene, infatti, che il riferimento alla ricchezza dell'entità estera anziché al soggetto destinatario di tali redditi, testimonia la volontà del Modello di prevenire non solo le fattispecie di doppia imposizione giuridica bensì anche quelle aventi natura economica. La disciplina in

²⁶⁴ Nel dettaglio la disposizione prevede 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. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits that are attributable to the permanent establishment in accordance with the provisions of paragraph 2 may be taxed in that other State*”.

²⁶⁵ Precisamente si afferma che “*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, 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*”.

²⁶⁶ MAYR S., FORT G., *Compatibilità delle norme “CFC” con le Convenzioni internazionali*, in *Corr. Trib.*, 2001, 9, p. 645.

²⁶⁷ MORRI S., *Il regime delle CFC e i trattati contro le doppie imposizioni: la giurisprudenza francese attesta il conflitto*, in *Fisc. Inter.*, 2003, 1, p. 12.

esame non risulterebbe quindi in linea con le disposizioni pattizie in quanto il medesimo reddito (quello conseguito dalla CFC) viene assoggettato a tassazione sia in capo al soggetto estero che in capo al socio residente.

A favore della compatibilità, si ritiene invece che il Modello OCSE sia finalizzato ad eliminare le sole fattispecie di doppia imposizione giuridica pertanto l'applicazione della legislazione CFC, potendo comportare unicamente situazioni di doppia imposizione economica, si deve considerare applicabile anche nell'ipotesi in cui gli Stati interessati abbiano stipulato una Convenzione internazionale²⁶⁸. Tale argomentazione sembra trovare conferma all'interno del Modello stesso in cui si legge che *“the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital (...) provides a means of settling on a uniform basis the most common problems that arise in the field of international juridical double taxation”*²⁶⁹ ossia *“the imposition of comparable taxes in two (or more) State on the same taxpayer in respect of the same matter and for identical periods”*²⁷⁰.

Sempre a sostegno della compatibilità, si evidenzia come le disposizioni interne e quelle convenzionali in realtà attengono a due fattispecie differenti. Nello specifico, la disciplina CFC interessa la tassazione in capo ad un soggetto residente degli utili prodotti da una partecipata estera localizzata in uno Stato a fiscalità privilegiata, mentre le disposizioni del Modello Ocse riguardano l'imputazione in capo a soggetti non residenti dei redditi prodotti nel territorio domestico. Pertanto, non essendo gli ambiti applicativi sovrapponibili, l'applicazione della disciplina CFC non solleva alcuna questione di incompatibilità con le disposizioni pattizie²⁷¹.

Tale tesi viene valorizzata anche all'interno del Commentario Ocse in cui, con specifico riferimento alla disciplina CFC, si afferma che essa deve essere considerata sempre compatibile con le disposizioni del Modello, in particolare con il par. 1 dell'art. 7 e il par. 5 dell'art. 10, in quanto essa comporta la tassazione di un soggetto residente e non della società controllata estera, e tale compatibilità deve essere riconosciuta a prescindere dalla presenza o meno di un'apposita clausola di salvaguardia²⁷². In particolare, con riferimento all'art. 7 si

²⁶⁸ SACCHETTO C., PLEBANI S., *Compatibilità della legislazione CFC italiana con le norme convenzionali e con l'ordinamento comunitario*, in Dir. Prat. Trib. Int., 2002, p. 21.

²⁶⁹ Così il par. 3 dell'introduzione al Modello di convenzione OCSE.

²⁷⁰ Così il par. 1 dell'introduzione al Modello di convenzione OCSE.

²⁷¹ In tal senso si esprimono ANELLO P., *Controlled foreign companies rules: luci e ombre*, in Corr. Trib., 2000, 3, p. 165, BACCO P., *CFC legislation e trattati internazionali: le recenti integrazioni al commentario OCSE e il loro valore ermeneutico*, in Riv. Dir. Trib., 2004, 2, p. 181, IMBESI M. G., *CFC: compatibilità tra la norma convenzionale, la norma comunitaria e quella interna*, in Il Fisco, 2003, 11, p. 1645, SACCHETTO C., PLEBANI S., *op. cit.*, p. 20.

²⁷² L'ultimo periodo del par. 23 del commento all'art. 1 del Modello di convenzione OCSE afferma invero che *“thus, whilst some countries have felt it useful to expressly clarify, in their conventions, that controlled foreign companies legislation did not conflict with the Convention, such clarification is not necessary. It is recognised*

precisa che lo scopo di tale disposizione è quello di limitare il diritto di uno Stato contraente di assoggettare ad imposta i redditi di una società estera; nessun limite è invece previsto al diritto di tassare i propri residenti in ragione delle CFC *rules* previste all'interno del proprio ordinamento domestico²⁷³. Quanto all'art. 10, invece, si precisa che l'ambito di applicazione di tale disposizione è limitato alle fattispecie di tassazione da parte dello Stato della fonte e quindi non influenza il diritto dell'altro Stato contraente di assoggettare ad imposta i soggetti residenti nel proprio territorio²⁷⁴.

Anche a livello giurisprudenziale si ravvisano pareri contrastanti. Da un lato, il Consiglio di Stato francese, con sentenza del 28 giugno 2002²⁷⁵, ha sancito l'incompatibilità della disciplina CFC interna con la Convenzione contro le doppie imposizioni stipulata con la Svizzera. In particolare i giudici francesi hanno affermato l'inapplicabilità della propria disciplina sulle CFC, di cui all'art. 209 B del CGI, per incompatibilità con l'art. 7 della Convenzione internazionale Francia – Svizzera. Infatti, atteso che l'art. 55 della Costituzione francese sancisce la superiorità degli accordi internazionali sulle disposizioni interne, i benefici previsti nella Convenzione possono essere disconosciuti soltanto in presenza di un'apposita clausola di salvaguardia che autorizzi espressamente l'applicazione delle disposizioni antiabuso interne. Nel caso specifico, data l'assenza di tale clausola, l'applicazione della disciplina interna avrebbe consentito allo Stato francese di tassare redditi di competenza della giurisdizione svizzera, con evidente violazione del trattato bilaterale: i redditi della partecipata svizzera, infatti, potevano essere assoggettati ad imposta nel Paese francese soltanto nell'ipotesi in cui risultavano conseguiti da una stabile organizzazione *ivi* localizzata.

Di orientamento opposto, invece, la Suprema corte finlandese che, con decisione del 20 marzo 2002²⁷⁶, si è espressa a favore dell'applicabilità della propria disciplina CFC nei confronti di una partecipata estera residente in Belgio, data la compatibilità della normativa interna con la Convenzione in vigore tra i due Paesi interessati. In particolare, i giudici finlandesi hanno reputato le proprie CFC *rules* in linea con il Modello Ocse in quanto si sostanziano nella tassazione del soggetto residente e non di un'entità estera, nonché

that controlled foreign companies legislation structured in this way is not contrary to the provision of the Convention".

²⁷³ Così il par. 14 del Commentario all'art. 7 del Modello di convenzione OCSE

²⁷⁴ Così il par. 37 del Commentario all'art. 10 del Modello di convenzione OCSE

²⁷⁵ Sentenza richiamata da ANTONINI P., *La definizione del caso finlandese "A Oyj Abp" anticipa le novità del Commentario al Modello OCSE sulla compatibilità dei "CFC regimes" con i Trattati contro le doppie imposizioni*, in *Rass. Fisc. Int.*, 2003, 3, p. 243 e ss.

²⁷⁶ Sentenza richiamata da CERIANI V., *Problemi attuali dell'imposizione sulle società*, in *Rass. Trib.*, 2006, 5, p. 1622.

perseguono, analogamente al modello OCSE, lo scopo di contrastare l'elusione ovvero l'evasione fiscale realizzata mediante un utilizzo indebito delle Convenzioni.

In senso analogo si è recentemente espressa anche la Corte di Cassazione²⁷⁷, la quale non ravvisa alcuna incompatibilità tra le disposizioni interne in materia di CFC e le Convenzioni contro le doppie imposizioni. In particolare, ad avviso della Corte le disposizioni pattizie sono destinate ad operare, e dunque devono esserne riconosciuti i benefici, soltanto con riferimento alle situazioni in cui il loro utilizzo non risulti abusivo. Con riferimento al caso specifico, l'inapplicabilità della disciplina CFC consentirebbe alla società italiana di attuare una pianificazione fiscale particolarmente aggressiva e pregiudizievole per la concorrenza tra le imprese, pertanto deve essere riconosciuta allo Stato italiano la possibilità di tassare i redditi della controllata estera imputati per trasparenza al socio residente.

A favore della compatibilità della normativa italiana con le Convenzioni internazionali si è espressa infine pure l'Amministrazione Finanziaria²⁷⁸ ad avviso della quale *“le disposizioni introdotte dalla normativa in esame (ossia le disposizioni in tema di CFC) non appaiono in contrasto con quelle convenzionali e pertanto si dovranno ritenere operanti anche in presenza di Convenzioni che non contengano apposite clausole dirette a salvaguardare l'applicabilità della normativa CFC”*.

Da quanto sopra si evince quindi come la compatibilità della legislazione CFC con le convenzioni contro le doppie imposizioni rappresenti ad oggi una questione ancora irrisolta sia in dottrina che in giurisprudenza. Tuttavia, alla luce della recente interpretazione giurisprudenziale e dell'impostazione adottata nel Commentario Ocse, sembra prevalere la tesi a favore della compatibilità la quale appare, a parere di chi scrive, la più condivisibile. Si deve ricordare, infatti, che in base alla disciplina CFC oggetto della tassazione da parte dello Stato di residenza del controllante non sono gli utili conseguiti dalla controllata estera bensì il reddito riqualficato in base alle disposizioni interne deputate alla determinazione del reddito d'impresa. L'utile della controllata estera rappresenta quindi soltanto il punto di partenza per tale determinazione, pertanto la fattispecie in esame non dovrebbe considerarsi inclusa nell'ambito applicativo delle disposizioni pattizie²⁷⁹.

²⁷⁷ Cass., sez. trib., sentenza 16 dicembre 2015, n. 25281, in Banca Dati *DeJure*.

²⁷⁸ Si veda il par. 1.1 1. della Circolare 16 novembre 2000, n. 207/E.

²⁷⁹ In tal senso si esprime ANTONINI P, *La definizione del caso finlandese “A Oyj Abp” anticipa le novità del Commentario al Modello OCSE sulla compatibilità dei “CFC regimes” con i Trattati contro le doppie imposizioni*, in *Rass. Fisc. Int.*, 2003, 3, p. 254, ad avviso del quale l'opinione del Commentario secondo cui l'applicazione delle regole CFC si sostanzia nella tassazione di un soggetto residente anziché estero è condivisibile a condizione che la normativa interna preveda espressamente che il reddito del soggetto estero rappresenti un mero ausilio numerico con cui determinare il reddito imponibile nel territorio; diversamente, in caso di tassazione del reddito effettivamente conseguito dalla CFC, il regime non può che essere considerato incompatibile con le disposizioni convenzionali in quanto comporta l'imposizione del reddito, non distribuito, di un soggetto non residente.

3.4 L'interpello disapplicativo in materia di CFC: dall'interpello obbligatorio all'interpello facoltativo

Nei precedenti paragrafi sono state analizzate le tre cause esimenti al ricorrere delle quali l'art. 167 del Tuir consente al socio residente di sottrarsi all'applicazione della disciplina CFC. L'operatività di dette esimenti, tuttavia, era inizialmente subordinata alla preventiva²⁸⁰ presentazione da parte del soggetto residente di un'apposita istanza di interpello attraverso la quale fornire, all'Amministrazione Finanziaria, idonea documentazione in merito all'effettiva esistenza delle circostanze disapplicative. La disapplicazione della disciplina CFC era pertanto consentita a condizione che si realizzassero le condizioni previste dall'art. 167 e che tali condizioni fossero portate preventivamente a conoscenza dell'Amministrazione Finanziaria mediante attivazione dell'interpello. L'art. 167, comma 5, disponeva infatti che per ottenere la disapplicazione della disciplina *“il contribuente deve interpellare preventivamente l'amministrazione finanziaria, ai sensi dell'articolo 11 della legge 27 luglio 2000, n. 212, recante lo statuto dei diritti del contribuente”*. Analoga formulazione era contenuta nel comma 8 – *ter* concernente la disapplicazione della disciplina CFC per le controllate estere localizzate in Stati a fiscalità non privilegiata. Precisamente, la suddetta disposizione sanciva che, ai fini della disapplicazione, *“il contribuente deve interpellare l'amministrazione finanziaria secondo le modalità indicate nel precedente comma 5”*. Il dato letterale delle sopracitate disposizioni sembrava dunque suggerire che, in assenza di interpello preventivo, i redditi conseguiti dalla CFC sarebbero stati automaticamente imputati per trasparenza al socio residente, senza possibilità per quest'ultimo di dimostrare, in un'eventuale fase successiva, l'esistenza delle circostanze esimenti²⁸¹. Questo era anche l'iniziale orientamento espresso dall'Amministrazione Finanziaria la quale, nei diversi documenti di prassi²⁸², non aveva mai previsto per l'istante la possibilità di fornire la dimostrazione della circostanza disapplicativa anche in un momento successivo. La rigidità di tale impostazione aveva suscitato diverse critiche in dottrina²⁸³ in quanto comportava una palese violazione dei principi costituzionali in materia di diritto di difesa e di

²⁸⁰ Nello specifico, l'istanza doveva essere presentata entro 120 giorni dalla scadenza del termine per la presentazione della dichiarazione dei redditi nella quale si sarebbe eventualmente proceduto all'imputazione per trasparenza dei redditi conseguiti dalla CFC.

²⁸¹ LISI F., MURANO G., NUZZOLO A., *Il nuovo regime tributario delle operazioni con i paradisi fiscali*, 2014, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, p. 145.

²⁸² Ci si riferisce, nel dettaglio, alla circolare 12 febbraio 2002, n. 18/E, alla circolare 29/E del 23 maggio 2003, e alla circolare 5/E del 2009.

²⁸³ BRUZZONE M., *L'interpello per le “CFC”*, in *Corr. Trib.*, 2002, 2, p. 115, CERIANA E., *Le conseguenze processuali dell'interpello preventivo ai fini della “normativa CFC”*, in *Corr. Trib.*, 2002, 37, p. 3331,

diritto alla tutela giurisdizionale. Più precisamente, la citata dottrina sosteneva che, nel caso di omessa presentazione dell'istanza o di adozione di un comportamento difforme rispetto al parere espresso dalla prassi, si doveva comunque riconoscere all'istante la possibilità di provare, anche nella successiva fase di accertamento o contenzioso, l'effettiva esistenza delle circostanze disapplicative, pena la violazione degli artt. 24 e 113 della Costituzione²⁸⁴. Tale tesi trovava conferma nel consolidato orientamento della Corte Costituzionale ad avviso della quale *“l'ampiezza della copertura offerta dai principi posti dai richiamati parametri costituzionali [nella fattispecie gli artt. 24 e 113 Cost.] è infatti tale da colpire, non solo l'esclusione della tutela giurisdizionale, soggettiva od oggettiva, ma anche qualsiasi limitazione che ne renda impossibile o anche difficile l'esercizio”*²⁸⁵.

A seguito di tali osservazioni, l'Amministrazione finanziaria superò il proprio orientamento adottando un'interpretazione più attenuata del carattere obbligatorio dell'interpello disapplicativo. In particolare, nella circolare 6 ottobre 2010, n. 51/E, è stato precisato che *“l'obbligatorietà dell'istanza non muta il carattere non vincolante della risposta quale atto avente natura di parere, né tantomeno preclude all'istante la possibilità di dimostrare anche successivamente la sussistenza delle condizioni che legittimano l'accesso al regime derogatorio”*. Si era dunque verificato un sostanziale allineamento tra l'orientamento espresso dalla dottrina e quello della prassi.

L'interpello disapplicativo, tuttavia, continuava a mantenere la propria natura obbligatoria. L'eventuale comportamento omissivo, infatti, era punito, ai sensi all'art. 11, comma 1, lettera a) del D. Lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, mediante l'irrogazione di una sanzione amministrativa il cui ammontare variava in ragione della situazione che si sarebbe poi effettivamente riscontrata²⁸⁶. Qualora fosse stata accertata in sede di controllo anche l'insussistenza delle condizioni disapplicative, le sanzioni sarebbero state erogate nella misura massima prevista dalla legge²⁸⁷.

GIOVANNINI A., *L'interpello preventivo all'Agenzia delle entrate (C.F.C. e Statuto dei diritti del contribuente)*, in Rass. Trib., 2002, 2, p. 452, NISCO L., *Interpello disapplicativo della normativa CFC: disciplina attuale e novità della riforma del sistema fiscale*, in Il Fisco, 2004, 6, p. 827, SOZZA G., *Aspetti sostanziali e processuali dell'interpello obbligatorio ex art. 127 – bis del Tuir*, in Il Fisco, 2002, 22, p. 3388.

²⁸⁴ Nel dettaglio, l'art. 24 dispone che *“tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari”*. L'art. 113, invece, precisa che *“contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti. La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa”*.

²⁸⁵ Corte cost., 4 luglio 1996, n. 233, in Banca Dati *DeJure*.

²⁸⁶ Nel dettaglio, la sanzione amministrativa variava da un minimo di euro 258 ad un massimo di euro 2.065.

²⁸⁷ Così si esprime la circolare 14 giugno 2010, n. 32/E, par. 8.

Con l'entrata in vigore del Decreto Internazionalizzazione, la natura dell'interpello in esame è divenuta facoltativa. L'art. 8, comma 1, lett. b) ed e), del citato provvedimento ha infatti sostituito, all'interno del comma 5 e del comma 8 – *ter* dell'art. 167, il verbo “deve” con l'espressione “può”, rendendo quindi la presentazione dell'istanza una mera facoltà del socio residente. È il contribuente in sostanza che decide se dimostrare le cause disapplicative in via preventiva, tramite l'attivazione della procedura di interpello, ovvero in una eventuale successiva fase di controllo. La novella comporta senza dubbio una notevole semplificazione in termini di minor oneri procedurali da sostenere ai fini della disapplicazione del regime, specialmente per i gruppi societari particolarmente articolati, oltre che una sensibile riduzione del numero di istanze presentate all'Amministrazione Finanziaria. Il venir meno dell'obbligo di interpello determina altresì l'eliminazione delle conseguenze sanzionatorie legate alla mancata presentazione dell'istanza.

Si tratta, tuttavia, di una semplificazione più teorica che effettiva. La dimostrazione dell'effettiva sussistenza della causa esimente anche in un momento successivo alla presentazione della dichiarazione rappresenta, infatti, una possibilità già contemplata dal precedente regime. Si è visto, invero, come al contribuente fosse comunque riconosciuto il diritto alla sua difesa tributaria anche nell'ipotesi in cui non avesse adempiuto all'obbligo di presentazione dell'istanza di interpello ovvero non si fosse attenuto alla risposta fornita dall'Agenzia. Il decreto internazionalizzazione, pertanto, più che introdurre una vera e propria novità, ha fondamentalmente allineato il testo normativo dell'art. 167 al consolidato orientamento interpretativo che caratterizzava tale disposizione²⁸⁸.

La trasformazione della natura dell'interpello disapplicativo non rappresenta l'unica modifica apportata alla disciplina CFC. Con l'entrata in vigore del D. Lgs n. 156/2015, infatti, anche la tipologia di interpello a cui far riferimento per la disapplicazione è stata oggetto di cambiamento. Più precisamente, il suddetto provvedimento ha apportato significative modifiche alla disciplina contenuta nell'art. 11 dello Statuto del contribuente, finalizzate a sostituire l'istituto dell'interpello c.d. ordinario (a cui il vecchio regime faceva esplicito rinvio) con una pluralità di nuovi interpelli. Nello specifico, al comma 1 del nuovo art. 11, sono stati introdotti i seguenti istituti: l'interpello ordinario “puro” relativo all'applicazione delle disposizioni tributarie, quando vi sono condizioni di obiettiva incertezza sulla corretta interpretazione di tali disposizioni; l'interpello qualificatorio inerente la corretta qualificazione di fattispecie alla luce delle disposizioni tributarie applicabili alle medesime, ove ricorrano condizioni di obiettiva incertezza; l'interpello probatorio concernente la

²⁸⁸ ALBANO G., SPAZIANI R., *Aspetti procedurali e obblighi di segnalazione in materia di CFC*, in Corr. Trib., 2016, 14, p. 3609.

sussistenza delle condizioni e la valutazione della idoneità degli elementi probatori richiesti dalla legge per l'adozione di specifici regimi fiscali nei casi espressamente previsti, ed infine l'interpello antiabuso riguardante l'applicazione della disciplina sull'abuso del diritto ad una specifica fattispecie.

Al secondo comma, invece, è stato inserito il c.d. interpello obbligatorio volto alla disapplicazione di norme tributarie che, allo scopo di contrastare comportamenti elusivi, limitano deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta, o altre posizioni soggettive del soggetto passivo altrimenti ammesse dall'ordinamento tributario. Stante il rinvio operato dal nuovo comma 5, lett. b), all'art. 1, comma 1, lett. b), dello Statuto dei contribuenti, l'interpello CFC rientra ora nella categoria degli interpelli probatori.

Dal punto di vista procedimentale, il passaggio dall'interpello c.d. ordinario all'interpello probatorio non ha comportato notevoli cambiamenti rispetto al vecchio regime. In particolare, il socio residente che intende dimostrare preventivamente l'esistenza della causa esimente deve proporre istanza di disapplicazione entro il termine ordinario di presentazione della dichiarazione relativa al periodo d'imposta al quale si riferisce l'istanza ²⁸⁹. L'Amministrazione Finanziaria è chiamata a rendere il proprio parere nel termine di 120 giorni, pena il consolidamento del silenzio-assenso. Quest'ultima, tuttavia, ha la possibilità di richiedere, una sola volta, ulteriore documentazione al socio residente; in tal caso, il termine per la risposta viene prorogato di 60 giorni dalla data di ricezione della documentazione richiesta.

Quanto al contenuto dell'istanza, esso necessariamente varia a seconda della tipologia di esimente che il soggetto intende dimostrare. Con riferimento alla prima causa disapplicativa, l'istanza verterà principalmente sulla descrizione dell'attività industriale o commerciale effettivamente espletata dalla controllata estera. A tal riguardo, l'Amministrazione Finanziaria ha fornito un dettagliato elenco della documentazione che deve essere allegata all'istanza di interpello²⁹⁰. Si menzionano, ad esempio, i contratti di locazione degli immobili adibiti a sede degli uffici e dell'attività, le fatture delle utenze elettriche e telefoniche relative agli uffici e agli altri immobili utilizzati, i contratti di lavoro dei dipendenti che indicano il luogo di prestazione dell'attività lavorativa e le mansioni svolte nonché eventuali contratti di assicurazione relativi ai dipendenti e agli uffici. Quanto alla seconda esimente, si dovrà in cambio privilegiare la documentazione provante l'effettivo ed integrale assoggettamento dei redditi conseguiti dalla CFC ad imposta ordinaria in un territorio terzo nonché la misura della

²⁸⁹ Nel vecchio regime, invece, l'istanza doveva essere presentata almeno 120 giorni prima la data di presentazione della dichiarazione. La novella ha dunque sensibilmente esteso il termine utile per la dimostrazione preventiva delle cause esimenti.

²⁹⁰ Si veda circolare 6 ottobre 2010, 51/E, par. 6.1.

tassazione a cui è stato complessivamente assoggettato il reddito conseguito dalla CFC. Per la predisposizione della documentazione provante l'esistenza della terza esimente, il socio controllante potrà invece far riferimento agli indicatori di artificiosità individuati dal Consiglio dell'Unione Europea nella risoluzione 8 giugno 2010, n. 156/01, espressamente richiamati dai documenti di prassi²⁹¹.

Alcune considerazioni devono infine essere effettuate con riferimento alla portata dei nuovi commi 8 – *quater* e 8- *quinquies* introdotti dal Decreto Internazionalizzazione.

In particolare, i primi due periodi del comma 8 – *quater* disciplinano un nuovo procedimento accertativo: prima di procedere all'emissione dell'avviso di accertamento, l'Amministrazione è obbligata a notificare al socio residente uno specifico avviso con cui viene concessa a quest'ultimo la possibilità di fornire, entro 90 giorni, le prove in merito all'esistenza delle cause disapplicative. La previsione in esame introduce in sostanza un contraddittorio anticipato volto fondamentalmente ad evitare l'emissione di avvisi di accertamento infondati²⁹². Qualora l'Agenzia non ritenga idonee le prove addotte dal contribuente, dovrà integrare la motivazione dell'avviso di accertamento indicando le ragioni a supporto di tale decisione.

L'ultimo periodo del citato comma, invece, introduce un nuovo obbligo di segnalazione nella dichiarazione del socio residente. Nello specifico, qualora il socio decida di procedere autonomamente alla disapplicazione della disciplina CFC è tenuto a segnalare all'interno della propria dichiarazione dei redditi la detenzione di partecipazioni rilevanti ai fini dell'art. 167. Si tratta, oltretutto, di un obbligo pesantemente sanzionato dall'Amministrazione: l'omessa segnalazione, infatti, viene punita con l'irrogazione di una sanzione amministrativa pari al 10% del reddito conseguito dalla CFC e imputabile al socio residente²⁹³.

L'adempimento a tale obbligo presuppone di fatto che il socio residente abbia una piena sicurezza nell'applicazione delle disposizioni. La segnalazione deve invero essere effettuata limitatamente ai casi in cui il contribuente ritiene di detenere delle partecipazioni che integrano i presupposti applicativi di cui all'art. 167. Si è visto, tuttavia, come la verifica delle circostanze applicative non risulti sempre così agevole. È il caso, ad esempio, del nuovo criterio di individuazione dei paradisi fiscali, del livello effettivo di tassazione di cui al comma 8 – *bis*, del concetto di servizi infragruppo quali prestazioni rilevanti ai fini del c.d. *passive income test*. In tutte queste circostanze l'assenza di precise indicazioni da parte del

²⁹¹ Si veda in particolare la circolare 6 ottobre 2010, 51/E, par. 5.2.

²⁹² ALBANO G., MARANI M., *Nuove CFC senza obbligo di interpello preventivo*, in Corr. Trib., 2015, 23, p. 1776.

²⁹³ Nello specifico, la sanzione applicabile varia da un minimo di euro 1.000 ad un massimo di euro 50.000 ed è applicabile anche nel caso in cui la CFC abbia conseguito un risultato negativo.

legislatore rende la traduzione pratica delle disposizioni spesso particolarmente incerta. Ciò detto, nell'ipotesi in cui vi siano delle oggettive incertezze in merito all'effettiva sussistenza dei presupposti applicativi, la scelta più ragionevole sembra essere quella di procedere comunque alla segnalazione delle partecipazioni nella dichiarazione dei redditi al fine di non incorrere nell'applicazione del pesante regime sanzionatorio²⁹⁴.

Infine, per quanto concerne il contenuto del nuovo comma 8 – *quinquies*, si prevede che qualora il contribuente abbia ricevuto risposta favorevole dall'Amministrazione, non si debbano dimostrare anche in fase di controllo le cause esimenti. L'Agenzia, tuttavia, mantiene il potere di accertare la veridicità e la completezza degli elementi di prova allegati all'istanza.

²⁹⁴ ALBANO G., SPAZIANI R., *op. cit.*, p. 3612.

CONCLUSIONI

Il presente elaborato ha messo in luce come i recenti interventi legislativi abbiano notevolmente mutato il contenuto della disciplina CFC italiana.

L'art. 167 del Tuir, infatti, nella sua iniziale formulazione, prevedeva l'applicazione del regime antielusivo alle sole imprese, società o altri enti che fossero residenti o localizzati in uno Stato a fiscalità privilegiata e controllati, direttamente o indirettamente, da un soggetto residente nel territorio italiano. Il presupposto soggettivo quindi si presentava fin da subito particolarmente ampio. Tra i soggetti destinatari della disciplina rientravano, invero, tutti i soggetti passivi IRPEF ed IRES, esercenti o meno attività d'impresa, residenti in Italia. Quanto ai soggetti controllati esteri, invece, rientravano nell'ambito di applicazione della norma le partecipazioni di controllo detenute in una impresa, società o altro ente, residente o localizzato in un paradiso fiscale. La disciplina coinvolgeva dunque non solo i soggetti costituiti in forma societaria, bensì anche tutte le imprese o altri enti con riferimento ai quali era ravvisabile un apporto del soggetto residente tale da consentire a quest'ultimo di influenzare la loro attività nello Stato estero. La disposizione si applicava infine pure alle partecipazioni in soggetti non residenti che operavano nel territorio estero mediante proprie stabili organizzazioni, relativamente ai redditi da quest'ultime conseguiti. Oltre alla residenza, infatti, rilevava quale criterio di collegamento tra il soggetto estero e lo Stato a regime fiscale privilegiato, anche la semplice localizzazione nel Paese straniero. L'obiettivo del legislatore era in sostanza quello di colpire qualunque entità estera alla quale fosse consentito beneficiare del regime di favore previsto dallo Stato paradisiaco.

Con l'entrata in vigore del D. Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, concernente la riforma dell'imposizione sul reddito delle società, il regime antielusivo è stato esteso anche alle imprese collegate, residenti o localizzate in Stati a fiscalità privilegiata. In particolare, la disciplina di cui all'art. 167 trovava applicazione anche nell'ipotesi in cui il contribuente deteneva, direttamente o indirettamente, una partecipazione agli utili della entità estera non inferiore al venti per cento, ovvero al dieci per cento in caso di società quotata. Come si è visto, tale novella suscitò fin da subito notevoli perplessità in quanto estendeva l'applicazione del regime antielusivo anche a fattispecie in cui non necessariamente il soggetto residente era in grado di influenzare la gestione della partecipata estera. Diversamente da quanto stabilito in tema di controllo, infatti, il legislatore non fece rinvio alla nozione codicistica bensì introdusse una definizione propria di impresa collegata incentrata esclusivamente sulla detenzione di partecipazioni agli utili. L'applicabilità del regime CFC risultava quindi completamente svincolata dal possesso da parte del socio residente di un numero di voti tali

da influenzare le decisioni assembleari del soggetto estero, specie quelle in tema di distribuzione dei dividendi, e dunque dalla sua possibilità di esercitare effettivamente un'influenza dominante su di esso. In sostanza, una disciplina così formulata rischiava di colpire anche quei contribuenti a cui non poteva essere attribuita alcuna responsabilità in merito alle decisioni di *tax deferral* assunte dalla CFC. Ulteriore criticità emergeva poi con riferimento alla difficoltà che il socio residente poteva riscontrare nella dimostrazione delle circostanze esimenti. Era infatti palese come la posizione di minoranza ricoperta dal contribuente potesse ostacolare il reperimento della documentazione necessaria ai fini della disapplicazione della disciplina, potendo quest'ultima rivelarsi perfino diabolica.

Particolarmente significative si sono poi rivelate le modifiche introdotte dall'art. 13 del D. L. 1 luglio 2009, n. 78, le quali hanno interessato un duplice aspetto della disciplina: il presupposto soggettivo e le cause di disapplicazione.

Quanto al primo aspetto, il regime di imputazione previsto per le CFC localizzate in Stati a fiscalità privilegiata è stato esteso anche alle entità ubicate in Paesi a fiscalità ordinaria, qualora fossero risultate titolari di proventi prevalentemente passivi e soggette ad un livello di tassazione effettivo inferiore a più della metà di quello a cui sarebbero state assoggettate se residenti in Italia. La finalità di tale novella era in sostanza quella di contrastare qualunque fattispecie di abuso posta in essere dal contribuente, a prescindere dalla localizzazione della partecipata estera. Il provvedimento in esame rappresenta senza dubbio uno degli interventi normativi che più hanno inciso sulla disciplina italiana²⁹⁵. Esso infatti, focalizzandosi sulla natura dei redditi conseguiti dalla CFC ha introdotto nella disciplina italiana, storicamente incentrata sul c.d. *jurisdictional approach*, elementi distintivi del c.d. *transactional approach*, comportando in capo al socio residente un notevole aumento degli oneri amministrativi. Quest'ultimo approccio, infatti, non prevede l'individuazione dei Paesi o territori destinatari del regime mediante la predisposizione di una apposita lista nera, bensì tramite il ricorso ad un criterio puramente normativo. In particolare, la verifica del presupposto applicativo non si risolve nel mero apprezzamento dell'aliquota d'imposta nominale prevista nell'ordinamento estero, ma nella determinazione analitica dell'onere fiscale effettivamente versato dalla controllante nello Stato estero nonché il suo livello di *passive income*, verifica che come si è visto risulta tutt'altro che agevole. Quanto al livello effettivo di imposizione, ad esempio, la disposizione nulla dice in merito alla sua determinazione, investendo in tal modo l'Amministrazione finanziaria di una notevole discrezionalità. A tal riguardo, una delle principali criticità risulta essere quella concernente le imposte versate dalla CFC ad uno Stato

²⁹⁵ BALLANCIN A., *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, 2016, Milano, CEDAM, p. 302.

diverso da quello di localizzazione. Secondo un costante orientamento della prassi, infatti, non rileva l'utilizzo di crediti di imposta relativi ai redditi prodotti in uno Stato terzo, penalizzando in particolare le controllate estere localizzate in Stati che adottano, quale metodo di eliminazione della doppia tassazione, quello dell'esenzione: in tal caso, infatti, i redditi prodotti dalla CFC in un Paese terzo sono esclusi dalla sua base imponibile, pertanto il livello di imposizione effettivo calcolato su tale base non rispecchia il reale carico fiscale complessivamente scontato dalla partecipata sui propri redditi, rischiando così l'applicazione del regime anche in quelle circostanze in cui la ricchezza prodotta all'estero sia stata in realtà assoggettata ad una tassazione congrua rispetto a quella che sarebbe stata applicata in Italia. Va infine ricordato come il ricorso al criterio della tassazione effettiva abbia reso l'applicazione della disciplina particolarmente incerta: la verifica del presupposto applicativo infatti fondamentalmente dipende dall'ammontare di ricchezza conseguita dalla CFC al termine di ciascun periodo d'imposta.

Anche con riferimento ai *passive income* e ai servizi infragruppo la disposizione non fornisce alcuna indicazione utile alla loro individuazione. Sul punto si è evidenziato come l'Amministrazione adotti un'interpretazione particolarmente restrittiva della norma, considerando rilevanti i redditi conseguiti da qualunque prestazione di servizi erogata ad una società del gruppo compresi i servizi di lavorazione, quelli estero su estero nonché i proventi conseguiti dalle c.d. *trading companies*. Si tratta dunque di redditi che in linea di principio non sembrano rientrare nell'ambito applicativo del regime in quanto derivanti dall'esercizio di un'effettiva attività economica da parte della CFC.

Ultima criticità attiene al metodo di determinazione del reddito imputabile al socio residente. Atteso che la disciplina si focalizza sui redditi aventi natura passiva, sarebbe risultato più ragionevole introdurre nella base imponibile del contribuente soltanto tali redditi anziché l'intera ricchezza della CFC, in ossequio a quanto previsto dal c.d. *transactional approach* a cui il legislatore sembra essersi ispirato.

Il secondo aspetto oggetto di modifica da parte dell'art. 13 del D. L. 1 luglio 2009, n. 78, concerne invece la prima causa di disapplicazione. In particolare, il citato provvedimento ha inserito nel quinto comma dell'art. 167 il riferimento al mercato dello Stato di localizzazione della CFC quale luogo in cui il soggetto estero deve dimostrare di svolgere un'effettiva attività industriale o commerciale. Ciò significa che non era più sufficiente dimostrare l'esistenza nel territorio estero di una struttura organizzativa idonea allo svolgimento dell'attività economica della controllata estera, ma era necessario provare che tale attività si rivolgeva in prevalenza al mercato di sbocco o di approvvigionamento dello Stato estero. Una tale previsione tuttavia non può considerarsi condivisibile sia perché confliggente con la

finalità della norma di contrastare solo le costruzioni estere che risultano prive di sostanza economica, sia perché inconciliabile con le logiche che caratterizzano l'attuale contesto economico. Sulla base di tali considerazioni, si ritiene che la disapplicazione della disciplina antielusiva debba essere riconosciuta anche ai contribuenti che, pur non operando prevalentemente nel mercato locale della CFC, dimostrano che l'investimento estero è reale e non fittizio.

Sempre con riferimento alla prima esimente, il D. L. 78/2009 ha poi introdotto due particolari presunzioni di artificiosità. La prima interessa i soggetti esteri operanti nel settore bancario, assicurativo o finanziario per i quali la causa di disapplicazione si considera integrata quando la maggioranza delle loro fonti, impieghi o ricavi deriva da operazioni effettuate nello Stato estero. La seconda, invece, ha ad oggetto tutti i soggetti che conseguono prevalentemente proventi di natura passiva o derivanti da servizi infragruppo, ai quali viene precluso l'accesso a tale esimente. Al fine di evitare indebite penalizzazioni, alle suddette presunzioni si ritiene debba essere attribuita natura relativa e non assoluta come invece sembra suggerire il dato letterale. Con riferimento alla seconda fattispecie, tuttavia, per disapplicare la disciplina sarà necessario fornire una prova rafforzata che dimostri cioè che la partecipata estera esercita 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.

La legge di stabilità 2015 ha invece apportato rilevanti modifiche ai criteri di individuazione dei Paesi a fiscalità privilegiata di cui al comma 4 dell'art. 167. Più precisamente, il citato provvedimento ha contribuito a dare maggiore certezza alla disciplina specificando in via normativa cosa si dovesse intendere per livello di tassazione sensibilmente inferiore rispetto a quello italiano. Punto di partenza per l'individuazione di detti Stati era infatti la presenza di un livello di imposizione particolarmente limitato rispetto a quello domestico. La disposizione, tuttavia, non forniva alcuna precisazione al riguardo così che il vuoto normativo è stato transitoriamente colmato considerando tale il livello che si discostava di almeno il trenta per cento da quello interno. La legge di stabilità 2015 ha quindi avuto il pregio di integrare la normativa definendo sensibilmente inferiore quel livello che si discosta di almeno il cinquanta per cento da quello italiano.

Allo stesso tempo, però, all'interno del comma 4, è stata introdotta una nuova fattispecie paradisiaca che ha comportato non pochi problemi applicativi. Si tratta dei c.d. regimi fiscali speciali ossia regimi che uno Stato, avente un sistema fiscale congruo, riconosce ai soggetti non residenti in virtù dell'attività svolta, del settore di appartenenza ovvero delle caratteristiche soggettive. La novità consisteva nel fatto che l'individuazione di tali regimi non si basava sulla predisposizione di una lista nera, bensì su un criterio meramente

normativo in ragione del quale si dovevano considerare tali i regimi che in ogni caso presentavano un livello di tassazione inferiore alla metà di quello italiano. Ciò ha comportato un aumento notevole della complessità applicativa e dunque degli oneri amministrativi sopportati dai contribuenti. Quest'ultimi, infatti, non si erano mai occupati di determinare analiticamente il livello di imposizione applicato dallo Stato estero in quanto la verifica del presupposto applicativo richiedeva soltanto di verificare l'inclusione o meno del Paese estero nella *black list*.

In tal caso la verifica richiedeva invece la determinazione del livello di imposizione previsto dal regime e dunque sia dell'aliquota d'imposta applicata che di eventuali disposizioni agevolative che determinavano una riduzione della base imponibile estera, con conseguente diminuzione del carico fiscale dovuto. Data la centralità che tale attività di monitoraggio riveste ai fini della disciplina, il legislatore avrebbe dovuto accompagnare tale modifica con l'introduzione di specifiche indicazioni operative.

A meno di un anno di distanza, la disciplina CFC è stata nuovamente oggetto di modifica da parte del D. Lgs. 14 settembre 2015, n. 147, c.d. Decreto internazionalizzazione, il quale ha senza dubbio reso il contenuto del regime più coerente con la sua finalità. Il citato provvedimento ha infatti per prima cosa abrogato la disciplina delle società collegate estere che, come evidenziato in precedenza, non rispecchiava l'idea di fondo sulla quale la disciplina era incentrata.

Ugualmente positiva è risultata la modifica apportata alla natura dell'interpello disapplicativo divenuta, da obbligatoria, facoltativa. L'operatività delle cause esimenti, invero, era inizialmente subordinata alla preventiva presentazione da parte del soggetto residente di un'apposita istanza di interpello attraverso la quale fornire, all'Amministrazione Finanziaria, idonea documentazione in merito all'effettiva esistenza delle circostanze disapplicative. Tuttavia, nonostante il dato letterale della norma, sia la giurisprudenza che la prassi riconoscevano al socio residente la possibilità di dimostrare l'esistenza delle cause esimenti anche in sede di accertamento o contenzioso, pena la violazione dei principi costituzionali in materia di diritto di difesa e di diritto alla tutela giurisdizionale. La novella ha comportato senza dubbio una notevole semplificazione in termini di minor oneri procedurali da sostenere ai fini della disapplicazione del regime, specialmente per i gruppi societari particolarmente articolati, nonché una sensibile riduzione del numero di istanze presentate all'Amministrazione Finanziaria. Il venir meno dell'obbligo di interpello ha determinato poi anche l'eliminazione delle conseguenze sanzionatorie legate alla mancata presentazione dell'istanza. Si è trattato, tuttavia, di una semplificazione più teorica che effettiva in quanto la dimostrazione dell'effettiva sussistenza della causa esimente anche in un momento successivo

alla presentazione della dichiarazione rappresentava, in realtà, una possibilità già contemplata dal precedente regime. Sempre con riguardo alla disapplicazione della disciplina, il Decreto Internazionalizzazione ha introdotto una seconda misura di favore per il contribuente contenuta nel nuovo comma 8 – *quater*. Prima di procedere all'emissione dell'avviso di accertamento, l'Amministrazione finanziaria è infatti obbligata ad avviare un contraddittorio anticipato con il socio residente, invitando quest'ultimo a fornire, entro il termine di 90 giorni, le prove in merito all'esistenza delle cause disapplicative. Questo nuovo procedimento accertativo evita in sostanza l'emissione di avvisi di accertamento di fatto infondati.

A fronte della facoltatività dell'interpello disapplicativo, il legislatore ha introdotto in capo al socio residente l'obbligo di segnalare nella dichiarazione dei redditi la detenzione di partecipazioni rilevanti ai fini dell'applicazione della disciplina CFC, laddove non abbia presentato istanza di interpello ovvero abbia ricevuto parere negativo dall'Amministrazione finanziaria. Come già sottolineato, un siffatto obbligo presuppone di fatto che il socio residente abbia una piena sicurezza nell'applicazione delle disposizioni. Come si è visto, tuttavia, la verifica dei presupposti applicativi risulta tutt'altro che agevole, date le numerose incertezze applicative provocate dai recenti interventi legislativi. Pertanto, nell'ipotesi in cui vi siano delle oggettive perplessità in merito all'effettiva sussistenza dei presupposti applicativi, la soluzione ottimale sembra essere quella di segnalare comunque la partecipazione detenuta al fine di prevenire l'applicazione della pesante sanzione amministrativa prevista in caso di inadempimento.

Il Decreto internazionalizzazione ha infine modificato le regole di determinazione del reddito della CFC di cui al comma 6. Al fine di garantire una maggiore equivalenza tra il reddito imputato per trasparenza al socio residente e quello che sarebbe stato dichiarato da quest'ultimo se la CFC fosse stata localizzata nel territorio italiano, il riferimento alle sole disposizioni contenute nel TUIR è stato sostituito dal rinvio alle norme applicabili dai soggetti titolari di reddito d'impresa. La novella deve essere accolta senza dubbio con favore nella misura in cui ha posto finalmente termine al *modus operandi* dell'Amministrazione finanziaria, particolarmente penalizzante per il soggetto residente. Si rammenta, invero, come l'Agenzia, contrariamente al dato letterale della norma, sostenesse l'applicabilità anche di disposizioni extra Tuir di sfavore per il contribuente quali quelle inerenti la disciplina delle società di comodo ovvero l'indeducibilità degli interessi passivi, mentre quelle agevolative erano prontamente escluse dall'ambito applicativo sulla base di motivazioni alquanto opinabili.

Il ciclo evolutivo della disciplina CFC si è concluso con l'entrata in vigore della legge di stabilità 2016, la quale ha completamente rivoluzionato il criterio di individuazione dei

paradisi fiscali. Il riferimento alla *black list* ha infatti lasciato posto ad una generica definizione di Paese a fiscalità privilegiata, segnando così il passaggio da un sistema basato su liste ad un sistema incentrato su un criterio meramente normativo: ad oggi si definiscono a fiscalità privilegiata i regimi fiscali, sia ordinari che speciali, che presentano un livello nominale di tassazione inferiore al cinquanta per cento di quello applicabile in Italia. La novella presenta aspetti sia positivi che negativi. Anzitutto, l'eliminazione della *black list* fa sì che l'onere di individuazione dei suddetti Paesi sia oggi traslato interamente sul contribuente al quale viene così imposta un'incessante attività di monitoraggio delle legislazioni estere, esistenti in grande varietà ed in continua evoluzione. In sostanza, al fine di verificare la sussistenza del presupposto applicativo il soggetto residente non si limita più ad accertare se lo Stato di residenza della CFC sia o meno incluso in una lista nera, ma valuta caso per caso se il livello nominale di tassazione applicato dallo Stato estero possa ritenersi congruo rispetto a quello applicato in Italia. A tale difficoltà si aggiunge la completa assenza di indicazioni da parte del legislatore in merito alle modalità in base alle quali tali livello debba essere effettivamente determinato. La disposizione, infatti, trasla in capo al socio residente l'attività di monitoraggio delle legislazioni estere senza tuttavia conferire a quest'ultimo lo strumento necessario a realizzarla. Ciò significa che la verifica del presupposto applicativo sarà inevitabilmente inquinata dalle valutazioni soggettive di volta in volta effettuate dal socio residente.

Il provvedimento in esame ha poi confermato l'applicazione della disciplina antielusiva anche alla categoria dei regimi fiscali speciali, introdotta ad opera della Legge di stabilità 2015, accentuandone la complessità applicativa. Al fine di stabilire il carattere paradisiaco del Paese estero, il contribuente infatti non può limitarsi ad individuare l'aliquota dell'imposta sui redditi ordinariamente applicata, bensì deve monitorare anche tutte le misure agevolative che contribuiscono a rendere più mite il sistema impositivo estero.

Quanto agli effetti positivi, si è evidenziato come l'abolizione della *black list* consenta l'applicazione istantanea della disciplina. Infatti, se una legislazione estera modifica il proprio ordinamento tributario, innalzando il regime impositivo ad un livello superiore al cinquanta per cento di quello applicato in Italia, il contribuente può immediatamente disapplicare il regime CFC per la società *ivi* localizzata, senza dover attendere l'aggiornamento della lista da parte del Ministero. Ciononostante, l'onere gravante sul contribuente appare alquanto sproporzionato, specialmente in virtù dell'importanza che la determinazione del livello nominale di tassazione riveste ai fini dell'applicazione della materia, nonché in ragione dell'eccessiva incertezza applicativa determinata dall'assenza di indicazioni in merito alla determinazione del suddetto livello. Va infine rammentato che in capo al socio residente

gravava già l'onere di determinare un livello di imposizione ossia quello effettivamente scontato dalla CFC di cui al comma 8 – *bis*. Vi è pertanto il concreto rischio che tale soggetto sia chiamato ad individuare ben due livelli di tassazione, quello nominale e quello effettivo, tra loro decisamente differenti e contraddistinti ciascuno da molteplici incertezze operative.

Alcune considerazioni devono infine essere effettuate con riguardo alle indicazioni recentemente espresse a livello internazionale ed europeo. Nella prima parte dell'elaborato si è infatti messo in luce come le principali organizzazioni internazionali abbiano recentemente avvertito la necessità di rafforzare la propria azione contro l'utilizzo indebito dei paradisi fiscali, introducendo nuove misure volte a contrastare il fenomeno dell'erosione della base imponibile mediante il trasferimento fittizio di redditi in Stati a fiscalità privilegiata. In particolare, si è assistito alla pubblicazione del piano d'azione BEPS, da parte dell'OCSE, e del pacchetto antielusione da parte della Comunità Europea, al cui interno riveste un ruolo preminente la Direttiva ATAD. Atteso che i contenuti di quest'ultimo provvedimento devono essere recepiti dagli Stati membri entro il 31 dicembre 2018, appare particolarmente interessante individuare le potenziali diversità tra la disciplina interna e le previsioni europee, così da prevederne i possibili sviluppi futuri.

L'attuale formulazione della normativa, invero, non appare pianamente in linea con le ultime indicazioni espresse a livello internazionale ed europeo. La prima difformità attiene al concetto di controllo. La disciplina interna presuppone l'esistenza di un controllo di diritto, di fatto ovvero contrattuale tra il socio residente e il soggetto partecipato estero che consenta al primo di esercitare un'influenza dominante nella CFC, laddove in ambito internazionale viene valorizzata anche l'ipotesi del controllo c.d. economico.

In presenza di un controllo economico, tuttavia, sembra ragionevole presumere che lo stesso sia in realtà affiancato anche dalla detenzione di un certo numero di voti esercitabili in assemblea che consentano al socio residente di esercitare un'influenza dominante sulle decisioni assunte dalla partecipata estera. È difficile, infatti, che un soggetto detenga il diritto di percepire la maggioranza degli utili prodotti all'estero senza contribuire attivamente alla produzione del reddito distribuito. Sulla base di tale considerazione, si ritiene che la fattispecie di controllo di fatto di cui all'art. 2359, comma 1, n. 2, del codice civile, intercetti nella sostanza anche le circostanze che sarebbero colpite dal controllo economico, con conseguente riduzione della potenziale difformità tra la normativa interna e la proposta comunitaria²⁹⁶.

²⁹⁶ BALLANCIN A., *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, 2016, Milano, CEDAM, p. 319.

La seconda differenza concerne la natura del livello di tassazione del soggetto controllato estero rilevante ai fini dell'applicazione del regime CFC. In particolare, la Direttiva prevede che il suddetto regime debba trovare applicazione ogniqualvolta le imposte realmente versate dalla CFC sui propri redditi sono inferiori alla metà di quelle che avrebbe dovuto corrispondere se localizzata nello Stato di residenza del socio controllante. Sul fronte interno, invece, si è visto come in realtà l'art. 167 contenga una disciplina diversa a seconda che la controllata estera sia localizzata in un paradiso fiscale ovvero in uno Stato a fiscalità ordinaria. Precisamente, nel primo caso rileva il livello nominale di imposizione applicato dallo Stato estero mentre, con riferimento alle controllate localizzate in Stati a fiscalità ordinaria, viene valorizzato il livello di tassazione effettivamente scontato dalla CFC con la conseguenza che solo la disciplina di cui al comma 8 – *bis* risulta allineata alle indicazioni espresse a livello comunitario. Sembra pertanto ragionevole presumere che la disciplina in esame possa essere nuovamente oggetto di modifica da parte del legislatore italiano. In particolare, l'attuale dualità dovrebbe venir meno a favore di un criterio unitario focalizzato sul carico fiscale effettivamente versato allo Stato estero; criterio quindi applicabile sia alle controllate estere localizzate in paradisi fiscali che a quelle ubicate in Stati a fiscalità ordinaria.

La terza difformità si riferisce alla determinazione del reddito della CFC imputabile al socio residente. L'attuale regime domestico si basa sul c.d. *entity approach* in base al quale, al ricorrere dei presupposti applicativi, tutto il reddito conseguito dalla controllata estera viene imputato al soggetto controllante in ragione della quota di partecipazione dallo stesso detenuta. Di contro, la Direttiva adotta un approccio c.d. *transactional* prevedendo l'inclusione nella base imponibile del contribuente dei soli redditi aventi natura passiva, puntualmente individuati dal provvedimento, ovvero quelli derivanti da costruzioni non genuine. Sebbene la differenza tra le due disposizioni sia notevole, essa non dovrebbe comportare alcuna modifica in quanto le previsioni contenute nella Direttiva rappresentano uno *standard* minimo al quale gli Stati comunitari devono uniformare il proprio ordinamento. La disciplina interna, prevedendo un criterio più stringente rispetto a quello europeo, si colloca ben al di sopra di tale *standard*, risultando quindi già in linea con l'art. 8 del provvedimento europeo²⁹⁷.

Ciononostante, sarebbe preferibile mutare comunque la disciplina interna così da garantire la sua applicazione alle fattispecie in cui è ravvisabile un effettivo intento elusivo da parte del

²⁹⁷ PAPOTTI R.A., MOLINARI F., *La disciplina CFC alla prova della Direttiva Anti-elusione dell'Unione Europea*, in Corr. Trib., 2016, 34, p. 2611.

contribuente²⁹⁸. Si è visto, infatti, come il *transactional approach* attribuisca al regime maggiore coerenza poiché evita di imputare al socio residente anche i redditi che derivano dallo svolgimento di un'effettiva attività d'impresa nel territorio estero.

Nel caso in cui il suddetto intervento normativo trovasse effettiva realizzazione, pure le cause di disapplicazione potrebbero essere oggetto di modifica. In particolare, fatta salva l'ipotesi di non applicazione nel caso in cui l'entità estera svolga un'effettiva attività d'impresa, la Direttiva introduce tre ulteriori cause esimenti che gli Stati membri possono eventualmente introdurre nel proprio ordinamento.

Due fattispecie, come visto, riguardano il primo metodo e prevedono l'esclusione dall'ambito applicativo delle imprese che conseguono un ammontare di redditi passivi inferiore ad un terzo di quelli complessivamente prodotti all'estero, richiamando in parte quanto già previsto nel nostro ordinamento dai commi 5, 5 – *bis* e 8 – *bis* dell'art. 167.

La previsione contenuta nella Direttiva, tuttavia, si presenta molto più stringente²⁹⁹. Essa, infatti, individua quale *benchmark* un livello massimo pari ad un terzo dei redditi complessivamente conseguiti, laddove per la disciplina interna i *passive income* non devono rappresentare più del cinquanta per cento della ricchezza estera. Ciò implica che, qualora lo Stato decidesse di adottare tale metodo, è ragionevole presumere che la soglia di riferimento di detta causa esimente venga innalzata di circa venti punti percentuali.

La terza fattispecie, invece, concerne il secondo metodo in ragione del quale si includono nella base imponibile del contribuente i redditi derivanti da costruzioni non genuine. In tal caso, la Direttiva introduce una c.d. *de minimis rule*, concedendo l'esclusione di quelle entità che conseguono redditi non significativi ovvero di fattispecie che presentano un limitato rischio di abuso. L'introduzione di una siffatta causa esimente rappresenterebbe una modifica di autentica portata innovativa per l'ordinamento italiano, contraddistinto unicamente dalle c.d. *tax rate exceptions*.

A conclusione di tale elaborato, si può dunque affermare come le modifiche apportate alla disciplina CFC, sebbene dirette a semplificarne l'applicazione da parte dei contribuenti, di fatto ne hanno complicato la sua traduzione pratica. La semplificazione sembra essere andata ad esclusivo vantaggio dell'Amministrazione finanziaria i cui oneri sono stati *in toto* traslati in capo ai soggetti residenti, senza che fossero fornite puntuali indicazioni in merito al loro espletamento.

²⁹⁸ ARGINELLI P., SILVANI C., *L'individuazione dei regimi fiscali privilegiati ai fini dell'applicazione della disciplina CFC*, in Riv. Dir. Trib., 2016, supplemento online, p. 6.

²⁹⁹ PAPOTTI R.A., MOLINARI F., *op. cit.*, p. 2612.

L'auspicio è dunque quello per cui il legislatore colga il recepimento della Direttiva ATAD quale occasione per porre definitivamente termine alle penalizzazioni che la disciplina attualmente in vigore rischia di comportare nonché sciogliere i dubbi interpretativi provocati dalle recenti modifiche normative così da definire con maggiore chiarezza il perimetro applicativo del regime antielusivo.

BIBLIOGRAFIA

Libri e Riviste

ANTONINI P., *La definizione del caso finlandese “A Oyj Abp” anticipa le novità del Commentario al Modello OCSE sulla compatibilità dei “CFC regimes” con i Trattati contro le doppie imposizioni*, in *Rass. Fisc. Int.*, 2003, 3, p. 243.

ALBANO G., *“CFC”, test sul prelievo dal 2015 ma solo sull’Ires*, in *Sole 24 Ore* del 17 settembre 2016, p. 21.

ALBANO G., MARANI M., *Nuove CFC senza obbligo di interpello preventivo*, in *Corr. Trib.*, 2015, 23, p. 1773.

ALBANO G., SPAZIANI R., *Aspetti procedurali e obblighi di segnalazione in materia di CFC*, in *Corr. Trib.*, 2016, 14, p. 3607.

ANDREOLI F., *Il rapporto dell’Ocse sulla concorrenza fiscale dannosa*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1999, IV, p. 7.

ANELLO P., *Controlled foreign companies rules: luci e ombre*, in *Corr. Trib.*, 2000, 3, p. 161.

ANTONACCHIO F., *Le criticità connesse all’estensione del regime CFC alle controllate fuori dalla black list*, in *Il Fisco*, 2010, I, 46, p. 7478.

ARGINELLI P., SILVANI C., *L’individuazione dei regimi fiscali privilegiati ai fini dell’applicazione della disciplina CFC*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2016. Supplemento online: <http://www.rivistadirittotributario.it/2016/10/05/lindividuazione-dei-regimi-fiscali-privilegiati-ai-fini-dellapplicazione-della-disciplina-cfc/> <18/10/2016>

AVOLLO D., SANTACROCE B., *“Trading companies” e “service provider” ... ma sono proprio la stessa cosa?*, in *Corr. Trib.*, 2013, 38, p. 3058.

BACCO P., *CFC legislation e trattati internazionali: le recenti integrazioni al commentario OCSE e il loro valore ermeneutico*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2004, 2, p. 179.

BAGNOLI N., *Stati a regime fiscale privilegiato: dalle black list al nominal tax rate*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2016. Supplemento online: <http://www.rivistadirittotributario.it/2016/04/18/stati-regime-fiscale-privilegiato-dalle-black-list-al-nominal-tax-rate/> <18/10/2016>

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

BARGAGLI M., *La corretta qualificazione dei passive income nel regime CFC*, in *Amministrazione & Finanza*, 2015, 6, p. 16.

BARGAGLI M., *“Transfer price”, controllo societario e onere della prova nella recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 2016, 8-9, p. 5.

- BEGHIN M., *La sentenza Cadbury – Schweppes e il “malleabile” principio della libertà di stabilimento*, in *Rass. Trib.*, 2007, 3, p. 983.
- BEGHIN M., *Diritto tributario*, 2013, CEDAM.
- BELOTTI R., QUARANTINI S., *Disciplina CFC a “geometria variabile”*, in *Il Fisco*, 2016, 25, p. 2462.
- BIDOGGIA E., *L'imputazione del reddito derivante da partecipazioni di controllo in imprese estere (controlled foreign companies legislation)*, in *Boll. Trib.*, 14, 2001, p. 1048.
- BONARELLI P., *La disciplina in materia di CFC: misure più restrittive*, in *Fiscalità Internazionale*, 2009, 5, p. 373.
- BONNARELLI P., *L'attività bancaria nel nuovo regime CFC*, in *Fiscalità & Commercio internazionale*, 2011, 3, p. 16.
- BONARELLI P., GARBARINO C., *La nuova “black list” e recenti modifiche normative in materia di CFC*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 2015, 8-9, p. 5.
- BRUZZONE M., *L'interpello per le “CFC”*, in *Corr. Trib.*, 2002, 2, p. 113.
- CAPOLUPO S., *Le modifiche alla normativa controlled Foreign companies*, in *Il Fisco*, 2003, 47, I, p. 7322.
- CAPPELLOTTO L., *Incertezze della disciplina CFC tra controllo diretto e collegamento*, in *Corr. Trib.*, 2004, 8, p. 589.
- CARAMIGNOLI G., DE VITA A., GIOVE G., LAMANUZZI C., *Black list e paradisi fiscali*, 2011, Rimini, MAGGIOLI EDITORE.
- CARBONE M., BOSCO M., PETESEL., *La geografia dei paradisi fiscali*, 2014, Milano, IPSOA.
- CEPPELLINI L., *Testo unico delle imposte sui redditi*, 2015, 20° edizione, Milano, Gruppo 24 Ore.
- CERIANA E., *Le conseguenze processuali dell'interpello preventivo ai fini della “normativa CFC”*, in *Corr. Trib.*, 2002, 37, p. 3326.
- CERIANI V., *Problemi attuali dell'imposizione sulle società*, in *Rass. Trib.*, 2006, 5, p. 1605.
- CIPOLLINA S., *CFC legislation e abuso della libertà di stabilimento: il caso Cadbury Schweppes*, in *Riv. Dir. Fin.*, 2007, 1, p. 3.
- CLEMENTI M., LUSCHI G., *“Nuova disciplina in tema di tassazione delle imprese partecipate estere cosiddette controlled foreign companies (CFC)”*, in *Il Fisco*, 2014, 14, p. 5425.
- COMMITTERI G. M., SCIFONI G., *Regime CFC e società estere: risolta la penalizzazione per quelle che non producono reddito d'impresa?*, in *Il Fisco*, 2015, 38, p. 3639.

- CORDEIRO GUERRA R., *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 *Rass. Trib.*, 2000, 6, p. 1788.
- COVINO S., *“CFC, mercato locale e rapporti intragruppo in Paesi white – list: una normativa mediatica da non sopravvalutare*, in *Dialoghi Tributari*, 2014, 6, p. 657.
- DE MITA E., *Il giusto «peso» delle circolari interpretative*, in *Sole 24 Ore* del 9 settembre 2012, p. 17.
- FERRANTI G., *Entrate e Unione in cerca di intesa*, in *Sole 24 Ore* del 15 giugno 2009, p. 34.
- FURLAN A., GALVAGNO P., *CFC alla “prova” di società di comodo e in perdita sistematica*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 2012, 7, p. 15.
- GABELLI M., *CFC e controllate svizzere: brevi note critiche sulla svolta dell’amministrazione*, in *Fiscalità Internazionale*, 2009, 1, p. 9.
- GAFFURI A. M., 2010. *La disciplina delle CFC*, in *Manuale di fiscalità internazionale*. 4° ed. Milano: IPSOA.
- GAIANI L., *Lavorazioni intercompany: white list ancora in bilico*, in *Il Sole 24 ore* del 6 giugno 2011, p. 42.
- GAIANI L., *Normativa CFC: problemi applicativi vecchi e nuovi per la tassazione delle controllate estere*, in *Il Fisco*, 2015, 26, p. 2560.
- GARUFI S., *La nuova disciplina delle CFC*, in *Rass. Trib.*, 2010, 3, p. 619.
- GHISELLI F., *Circolare n. 23/E del 26 maggio 2011 – applicazione del regime CFC agli Stati o territori diversi dai paradisi fiscali*, in *Il Fisco*, 2011, parte I, 30, p. 4848.
- GIOVANNINI A., *L’interpello preventivo all’Agenzia delle entrate (C.F.C. e Statuto dei diritti del contribuente)*, in *Rass. Trib.*, 2002, 2, p. 449.
- IMBESI M. G., *CFC: compatibilità tra la norma convenzionale, la norma comunitaria e quella interna*, in *Il Fisco*, 2003, 11, p. 1644.
- INGRAO G., *D.L. anti anticrisi e “stretta” sulla normativa CFC: contrasto agli abusi fiscali o miopia del legislatore?*, in *Rass. Trib.*, 2010, 1, p. 87.
- LA CANDIA I, TRONCONI S., *Modifiche alla disciplina CFC*, in *Corr. Trib.*, 2015, 5, p. 391.
- LISI F., MURANO G., NUZZOLO A., *Il nuovo regime tributario delle operazioni con i paradisi fiscali*, 2014, Santarcangelo di Romagna, MAGGIOLI EDITORE.
- LUGANO R., CEPPELLINI P., *Interpello CFC per le lavorazioni infragruppo*, in *Sole 24 ore* del 28 gennaio 2011, p. 32.
- MAISTO G., *“Il regime di imputazione dei redditi delle imprese estere partecipate (cd. Controlled Foreign Companies)”*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2000, IV, p. 39.

MARINO G., *La nozione di mercato nella disciplina CFC: verso una probatio diabolica?*, in Riv. Dir. Trib., 2011, 12, p. 1113.

MARINO M., *L'estensione della normativa sulle CFC alle imprese collegate*, in Il Fisco, 2004, 29, I, p. 4475.

MARONGIU G., *Imprese estere partecipate: prime riflessioni sulle circostanze escludenti l'imputazione dei redditi ai soggetti controllanti*, in Diritto e Pratica Tributaria, 2001, 1, p. 10137.

MASTROBERTI A., *Decreto n. 268/2006: incertezze applicative tra controllo ed estensione alle partecipazioni di collegamento*, in Il Fisco, 2006, 46, I, p. 7097.

MAYR S., FORT G., *Compatibilità delle norme "CFC" con le Convenzioni internazionali*, in Corr. Trib., 2001, 9, p. 643.

MIELE L., *L'estensione alle società collegate della disciplina CFC*, in Corr. Trib., 2006, 47, p. 3752.

MIELE L., *Le esimenti per il regime CFC*, in Corr. Trib., 2010, 42, p. 3449.

MIELE L., ROLLE G., RUSSO V., *Società estere: regime delle CFC ed esterovestizione*, 2011, Milano, IPSOA.

MIELE L., RAMAGLIONI V., *"CFC rules" più aderenti alle "best practies" internazionali*, in Corr. Trib., 2015, 38, p. 3873.

MONTI M., *Per banche e assicurazioni serve un'esclusione esplicita*, in Sole 24 ore del 10 luglio 2009, p. 27.

MONTUORI N., *Risoluzione 24 agosto 2007, n. 235/E: l'estensione del regime CFC alle società collegate*, in Il Fisco, 2007, 43, I, p. 6250.

MORRI S., *Il regime delle CFC e i trattati contro le doppie imposizioni: la giurisprudenza francese attesta il conflitto*, in Fisc. Inter., 2003, 1, p. 10.

NISCO L., *Interpello disapplicativo della normativa CFC: disciplina attuale e novità della riforma del sistema fiscale*, in Il Fisco, 2004, 6, p. 824.

PAPOTTI R., SACCARDO N., *L'estensione della disciplina CFC alle società controllate localizzate in Stati o territori non black – list*, in Boll. Trib., 2010, 6, p.427.

PAPOTTI R. A., MOLINARI F., *L'evoluzione della normativa sulle CFC alla luce delle modifiche della Legge di stabilità 2016*, in Corr. Trib., 2016, 6, p. 417.

PAPOTTI R., MOLINARI F., *La disciplina CFC alla prova della Direttiva Anti-elusione dell'Unione Europea*, in Corr. Trib., 2016, 34, p. 2611.

PELLIZZARI S., *Partecipazioni estere: destinati a cessare gli effetti distorsivi imposti dalla prassi attuale?*, in IPSOA Quotidiano del 25 giugno 2015.

- PEZZUTO G., *Paradisi fiscali e finanziari*, 2001, Milano, IL SOLE 24 ORE.
- PEZZUTO G., *Il nuovo regime in materia di CFC (controlled foreign companies)*, in *Il Fisco*, 2001, 5, p. 1472.
- PIAZZA M., *Condizione della tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella italiana*, in *Corr. Trib.*, 2010, 42, p. 3441.
- PIAZZA M., MAINESE V., *L'Agenzia delle entrate spiega come verificare il "tax rate test" per le CFC "non black list"*, in *Corr. Trib.*, 2011, 26, p. 2106.
- PIAZZA M., SIMONTACCHI S., *Senza mercato locale il Fisco applica la CFC*, in *Sole 24 Ore* del 16 febbraio 2009, p. 29.
- ROLLE G., *Clienti esteri, niente sconti*, in *Sole 24 Ore* del 9 aprile 2009, p. 26.
- ROLLE G., *Modifiche alla "CFC legislation" dopo la conversione del decreto "anticrisi"*, in *Corr. Trib.*, 2009, 34, p. 2803.
- ROLLE G., *Circolare n. 51/E del 6 ottobre 2010 – la CFC non black – list: i presupposti di applicazione*, in *Il fisco*, I, 2010, 41, p. 6643.
- ROLLE G., *La disapplicazione della disciplina CFC nella circolare n. 51/E*, in *Il Fisco*, 2010, 43, I, p. 6995.
- ROLLE G., *Legge di stabilità: quali prospettive per CFC e costi "black list"?*, in *Corr. Trib.*, 2015, 5, p. 341.
- ROLLE G., *La disciplina delle CFC fra nuovi oneri e semplificazioni*, in *Il Fisco*, 2015, 23, p. 2239.
- ROLLE G., *Disciplina delle società controllate estere e imposte pagate in Stati diversi da quello di residenza*, in *Il Fisco*, 2016, 5, p. 446.
- ROLLE G., *Effetti su CFC, dividendi esteri e plusvalenze della nuova nozione di "regimi fiscali privilegiati"*, in *Il Fisco*, 2016, 9, p. 861.
- SACCHETTO C., PLEBANI S., *Compatibilità della legislazione CFC italiana con le norme convenzionali e con l'ordinamento comunitario*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2002, p. 13.
- SALLUSTIO C., *La disapplicazione della disciplina CFC in presenza dell'esimente di cui all'art. 167, comma 5, lettera b), del TUIR. Nuovi sviluppi alla luce della risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 63/E del 2007*, in *Il Fisco*, 2007, 29, I, p. 4265.
- SASSO L., *La nozione di controllo nelle "controlled foreign companies"*, in *Giur. Comm.*, 2004, 3, p. 444.
- SOZZA G., *Aspetti sostanziali e processuali dell'interpello obbligatorio ex art. 127 – bis del Tuir*, in *Il Fisco*, 2002, 22, p. 3386.
- STEVANATO D., *Controlled foreign companies: concetto di controllo e imputazione del reddito*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2000, 7-8, p. 777.

STEVANATO D., *Il controllo delle CFC ed i diritti di voto spettanti ai familiari*, in Corr. Trib., 2002, 16, p. 1419.

STEVANATO D., *Lo strumento tributario contro la delocalizzazione produttiva: decreto anticrisi e modifiche alle CFC*, in Dialoghi Tributari, 2009, 4, p. 358.

SCIFONI G., *Modifiche alla disciplina CFC: un tentativo di semplificazione rimasto a metà del guado*, in Corr. Trib., 2015, 2248.

THIONE M., BARGAGLI M., *Normativa CFC: dall'attuale "concetto" concetto di passive income ai possibili sviluppi de lege ferenda*, in Il Fisco, 2015, 18, p. 1767.

TRETTEL S., *CFC e società non operative: impossibile convivenza fra discipline*, in Fiscalità Internazionale, 2012, 39, p. 3010.

TRETTEL S., *La "nuova" disciplina CFC*, in Il Fisco, 2015, 38, p. 3633.

VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, 1° edizione, 2014, Milano, IPSOA.

VALENTE P., SALVATORE M., *"CFC rule" per le costruzioni di puro artificio*, in Corr. Trib., 2010, 42, p. 3454.

VASAPOLLI G., VASAPOLLI A., *Dal bilancio d'esercizio al reddito d'impresa*. 22° edizione, 2015, Milano, IPSOA.

VIAL E., *Costi da paradisi fiscali e disciplina CFC*, in La settimana fiscale del 2 marzo 2016, n. 9, p. 33.

ZOCCALI A., *CFC: quando ricorrono le "costruzioni di puro artificio" in Paesi white – list*, in Fiscalità & Commercio Internazionale, 2011, 2, p. 21.

Prassi amministrativa

Agenzia delle Entrate, circolare del 16 novembre 2000, n. 207/E, *Collegato fiscale alla legge finanziaria 2000. Primi chiarimenti*.

Agenzia delle Entrate, circolare del 12 febbraio 2002, 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*.

Agenzia delle Entrate, risoluzione del 16 agosto 2002, n. 285/E, *Istanza di Interpello presentato ai sensi del comma 5 articolo 127-bis, DPR 22 dicembre 1986, n. 917. Controllante XX Spa, Controllata ZZ Ltd con stabile organizzazione in Singapore*.

Agenzia delle Entrate, risoluzione del 31 ottobre 2002, n. 343/E, *Interpello presentato ai sensi del comma 5 articolo 127-bis, DPR 22 dicembre 1986, n. 917. Controllante JX Spa., Controllata YJ istanza ricevuta il 3 luglio 2002*.

Agenzia delle Entrate, risoluzione del 19 dicembre 2002, n. 387/E, *Istanza di interpello presentato ai sensi dell'articolo 127-bis, comma 5, del Testo Unico delle Imposte sui Redditi approvato con D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (TUIR). Controllante XX Spa. Controllata WK LTD con sede legale in Singapore.*

Agenzia delle Entrate, risoluzione del 29 gennaio 2003, n. 18/E, *Istanza di interpello presentato ai sensi del comma 5 dell'articolo 127-bis, DPR 22 dicembre 1986, n. 917. Controllante: XZ S.p.a. Controllata: YZ Holding company S.A. con sede in Lussemburgo.*

Agenzia delle Entrate, circolare del 23 maggio 2003, n. 29/E, *Gestione istanze di interpello per la disapplicazione dell'articolo 127-bis, comma 1, del testo unico delle imposte sui redditi (TUIR), approvato con DPR 22 dicembre 1986, n. 917, presentate ai sensi del comma 5 dello stesso articolo 127-bis.*

Agenzia delle Entrate, risoluzione del 24 agosto 2007, n. 235/E, *Interpello art. 168 TUIR. Modalità di applicazione della normativa CFC in presenza di più società dello stesso gruppo, tra cui società holding, localizzate in paesi a fiscalità privilegiata.*

Agenzia delle Entrate, risoluzione del 16 novembre 2007, n. 331/E, *Criteri per la disapplicazione della disciplina delle società non operative, ai sensi dell'art. 37-bis, comma 8, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, nei confronti di una società holding che detiene partecipazioni all'estero.*

Agenzia delle Entrate, risoluzione del 12 febbraio 2008, 43/E, *Interpello Art. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212. Determinazione del reddito da assoggettare a tassazione separata ai sensi dell'art. 168 TUIR per un soggetto che aderisce al consolidato nazionale.*

Agenzia delle Entrate, circolare del 19 febbraio 2008, n.12/E, *Profili interpretativi emersi nel corso della manifestazione "Telefisco 2008" del 29 Gennaio 2008 e risposte ad ulteriori quesiti.*

Agenzia delle Entrate, risoluzione del 10 novembre 2008, n. 427/E, *Richiesta di disapplicazione della disciplina prevista dell'articolo 167 del TUIR per una società localizzata in Svizzera.*

Agenzia delle Entrate, circolare del 24 febbraio 2009, n. 5/E, *Decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2 - Modifiche normative in tema di gestione delle istanze di interpello.*

Agenzia delle Entrate, risoluzione del 8 aprile 2009, 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.*

Agenzia delle Entrate, circolare del 14 giugno 2010, n. 32/E, *Nuove istruzioni sulla trattazione delle istanze di interpello.*

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

Agenzia delle Entrate, circolare del 26 maggio 2011, n. 23/E, *Ulteriori chiarimenti in materia di Controlled Foreign Companies (CFC) — Risposte a quesiti.*

Agenzia delle Entrate, circolare del 23 maggio 2014, n. 12/E, *Chiarimenti in tema di “Aiuto alla crescita economica” (ACE) - Articolo 1 del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214 e Decreto del Ministro dell’economia e delle finanze del 14 marzo 2012.*

Agenzia delle Entrate, circolare del 4 agosto 2016, 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.*

Provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle Entrate del 16 settembre 2016, 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.*

Altra documentazione di prassi

ASSONIME, circolare del 18 dicembre 2000, 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 Finanziaria per il 2000) – Circolare 16 novembre 2000, n. 207/E del Ministero delle Finanze.*
ASSONIME, circolare del 9 novembre 2006, n. 49, *Imposte sui redditi – Attuazione dell’art. 168 del TUIR – Estensione del regime di imposizione per trasparenza dei redditi delle società controllate residenti in Stati o territori a regime fiscale privilegiato di cui all’art. 167 del TUIR (“Cfc”) alle imprese, società ed enti “collegati” residenti in tali Stati e territori – Decreto del Ministero dell’Economia e delle Finanze 7 agosto 2006, n. 268.*

ASSONIME, Note e Studi n.15 del 2009, *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.* Fondazione Nazionale dei Commercialisti. Reperibile al sito: <http://www.fondazioneNazionaleCommercialisti.it/node/1016>
<12/10/2016>

PITARO D., 2009. *Le disposizioni italiane di contrasto all'elusione fiscale internazionale*, in Quaderni di Ricerca Giuridica, n. 65, Banca D'Italia Eurosystema.

Reperibile al sito: <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/quaderni-giuridici/2009-0065/index.html>
<18/11/2016>

Normativa di riferimento

D. L. 1 luglio 2009, n. 78

D. Lgs. 14 settembre 2015, n. 147

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*.

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")*.

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*.

L. 21 novembre 2000, n. 342

L. 24 dicembre 2007, n. 244

L. 23 dicembre 2014, n. 190

L. 28 dicembre 2015, n. 208

Fonti normative e documenti ufficiali comunitari

Commissione delle Comunità Europee, Comunicazione della Commissione al Consiglio, 1 ottobre 1997, COM (97) 495, *Verso il coordinamento fiscale nell'Unione europea. Un pacchetto di misure volte a contrastare la concorrenza fiscale dannosa*.

Commissione delle Comunità Europee, Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo, 10 dicembre 2007, COM (2007) 785, *L'applicazione di misure antiabuso nel settore dell'imposizione diretta – all'interno dell'UE e nei confronti dei paesi terzi*.

Consiglio dell'Unione Europea, risoluzione del 8 giugno 2010, n. 156/01, sul coordinamento delle norme sulle società estere controllate (SEC) e sulla sottocapitalizzazione nell'Unione europea.

Direttiva n. 2016/1164/UE, del 12 luglio 2016, n. 1164, recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno.

Giurisprudenza

Corte cost., 4 luglio 1996, n. 233, in Banca Dati *DeJure*

Corte di Giustizia, 12 dicembre 2006, causa C – 196/04, sentenza *Cadbury Schweppes*, in Banca Dati *DeJure*

Cass., sez. trib., sentenza 16 dicembre 2015, n. 25281, in Banca Dati *DeJure*.

Altra documentazione consultata

OCSE, 1998. Report “*Harmful Tax competition - An Emerging Global Issue*”. Disponibile al sito: <https://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf>.

OCSE, 2001. Report “*The OECD’s project on harmful tax practices: the 2001 Progress Report*”. Disponibile al sito: <https://www.oecd.org/ctp/harmful/2664450.pdf>.

OCSE, 2006. Report “*The OECD’s project on harmful tax practices: 2006 update on progress in member countries*”. Disponibile al sito: <https://www.oecd.org/ctp/harmful/37446434.pdf>.

OCSE, 2015. Report “*Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*” in ACTION 3: 2015 Final Report. Disponibile al sito: <http://www.oecd.org/ctp/designing-effective-controlled-foreign-company-rules-action-3-2015-final-report-9789264241152-en.htm>.

RINGRAZIAMENTI

Un lungo percorso di studi è finalmente giunto al termine e le persone da ringraziare sono davvero tante.

Ringrazio innanzitutto il mio relatore, il Professor Marcello Poggioli, per avermi seguita in quest'ultima tappa della mia carriera universitaria. Lo ringrazio per avermi assegnato questo argomento che fin da subito aveva suscitato in me particolare interesse e per la disponibilità mostrata ad ogni ricevimento.

Un grazie speciale va alla mia famiglia, costante punto di riferimento nella mia vita. Ringrazio i miei genitori per aver sempre creduto in me e per tutti i sacrifici fatti per farmi raggiungere questo importante traguardo della mia vita; mia sorella Elisa per sapermi ogni giorno regalare quella spensieratezza che a volte un po' mi manca, e mio fratello Alberto, che sebbene abbia deciso di scappare in Australia, so che mi è vicino in questo momento.

Ringrazio Alberto per tutta la forza che ha saputo darmi in questo periodo. Grazie per essermi rimasto sempre accanto e per avermi ascoltata nei momenti di difficoltà.

Ringrazio tutte le persone che ho incontrato lungo questo cammino. Un pensiero speciale va alle mie compagne di viaggio con cui ho condiviso questi ultimi anni di Università. Grazie per tutti i bei momenti passati assieme, per le grandi risate, per i consigli e per le lunghe giornate di studio disperato. Sono sicura che il nostro rapporto rimarrà vivo anche in futuro.

Grazie di cuore a tutti!