



**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA**

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

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

**TESI DI LAUREA**

**"CONTROLLED FOREIGN COMPANIES: LA DISCIPLINA ITALIANA  
ALLA LUCE DEL DECRETO LEGISLATIVO N. 142/2018"**

**RELATRICE:  
CH.MA PROF.SSA Daniela Scandiuzzi**

**LAUREANDO: Cristiano Fincato  
MATRICOLA N. 1143983**

**ANNO ACCADEMICO 2018 - 2019**



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.

*The candidate declares that the present work is original and has not already been submitted, totally or in part, for the purposes of attaining an academic degree in other Italian or foreign universities. The candidate also declares that all the materials used during the preparation of the thesis have been explicitly indicated in the text and in the section "Bibliographical references" and that any textual citations can be identified through an explicit reference to the original publication.*

Firma dello studente

---



*Alla mia famiglia*



# Indice

|   |    |
|---|----|
| <i>Introduzione</i> .....   | 1  |
| <b>CAPITOLO PRIMO: Il contesto di riferimento: le attività economiche sviluppate su scala transnazionale e le disposizioni di contrasto all’elusione fiscale.</b> ..... | 3  |
| 1.1. Le ragioni della delocalizzazione delle attività economiche e il fenomeno della pianificazione fiscale su scala internazionale dei soggetti economici. ....        | 3  |
| 1.2. Il nesso tra delocalizzazione ed elusione fiscale e gli strumenti a disposizione del legislatore per arginare i fenomeni di abuso del diritto. ....                | 11 |
| 1.2.1. Presunzione di residenza ed esteroinvestizione .....   | 14 |
| 1.2.2. La disciplina del <i>Transfer Pricing</i> .....  | 20 |
| 1.2.3. La disciplina delle <i>Controlled Foreign Companies</i> (cenni).....   | 24 |
| <b>CAPITOLO SECONDO: L’evoluzione normativa della disciplina italiana in tema di <i>controlled foreign companies</i>.</b> .....   | 25 |
| 2.1. Premessa .....   | 25 |
| 2.2. L’origine e la <i>ratio</i> della disciplina italiana sulle CFC.....   | 27 |
| 2.3. La nascita della normativa CFC in Italia: l’articolo 127-bis del TUIR .....  | 32 |
| 2.3.1. La tassazione per trasparenza nella disciplina CFC.....  | 33 |
| 2.3.2. Il presupposto soggettivo disposto dall’articolo 127-bis del TUIR .....  | 35 |
| 2.3.3. Il requisito del controllo ai sensi dell’articolo 2359 c.c. ....   | 37 |
| 2.3.4. La circostanza esimente originariamente prevista dalla normativa domestica. ..   | 37 |
| 2.3.5. La tassazione del reddito proveniente dalla CFC.....   | 41 |
| 2.4. Le modifiche normative del 2003, del 2008 e del 2009, le “ <i>black list</i> ” e le “ <i>white list</i> ”.....   | 43 |
| 2.4.1. La Riforma della tassazione societaria del 2003: l’introduzione dell’articolo 168 del Tuir.....  | 43 |
| 2.4.2. La legge finanziaria del 2008: l’introduzione delle c.d. <i>white list</i> .....   | 45 |
| 2.4.3. La modifica del 2009: l’ampliamento dell’ambito soggettivo ai soggetti residenti in stati a fiscalità “non privilegiata”.....                                    | 46 |
| 2.5. La disciplina CFC in seguito alle modifiche del 2015, in vigore fino al 31 dicembre 2018.....  | 50 |
| 2.5.1. La nuova dicotomia del concetto di “regime fiscale privilegiato” .....   | 52 |
| 2.5.2. Le circostanze esimenti.....   | 56 |
| 2.5.3. Le perplessità sulla disciplina domestica in vigore fino al 31 dicembre 2018 ....  | 59 |

|  |            |
|--|------------|
| <b>CAPITOLO TERZO: La novellata disciplina italiana sulle CFC in seguito al recepimento della direttiva ATAD 1 .....</b>   | <b>63</b>  |
| 3.1. Il progetto BEPS dell’OCSE e la Direttiva UE Anti Tax Avoidance .....   | 63         |
| 3.2. Le modifiche normative introdotte all’articolo 167 del Tuir in vigore dal 01.01.2019 .....  | 70         |
| 3.2.1. Il presupposto soggettivo: i soggetti residenti coinvolti nella disciplina e i soggetti esteri controllati.....   | 72         |
| 3.2.2. I presupposti applicativi della disciplina: il controllo ai sensi dell’articolo 2359 c.c. e il controllo mediante partecipazione agli utili della CFC.....                                    | 77         |
| 3.2.3. L’uniformazione del concetto di Paese a “regime fiscale privilegiato” .....   | 83         |
| 3.2.4. La circostanza esimente unica.....  | 88         |
| 3.2.5. La determinazione e l’imputazione per trasparenza del reddito generato dalla CFC in capo al soggetto domestico controllante: determinazione della base imponibile e calcolo delle imposte.... | 91         |
| 3.2.6. Gli ulteriori elementi della norma: l’interpello facoltativo e l’obbligo di segnalazione in dichiarazione dei redditi.....  | 95         |
| 3.3. Osservazioni in merito al nuovo articolo 167 Tuir. Compatibilità rispetto alle libertà fondamentali del diritto europeo e rispetto del principio costituzionale di capacità contributiva.....   | 98         |
| 3.3.1. I principi comunitari di riferimento e gli orientamenti della Corte di Giustizia UE.....  | 98         |
| 3.3.2. Compatibilità della nuova normativa con i principi comunitari .....   | 109        |
| 3.3.3. I principi costituzionali e la disciplina italiana sulle CFC.....   | 112        |
| <b>Conclusioni .....</b>   | <b>115</b> |
| <b>BIBLIOGRAFIA .....</b>  | <b>121</b> |



## *Introduzione*

La crescente globalizzazione dei mercati ha portato nel recente passato gli operatori economici ad assumere un profilo sempre più improntato all'internazionalizzazione. Variabili di varia natura, dalla facilità di circolazione delle merci allo sviluppo tecnologico, hanno infatti semplificato le interrelazioni tra soggetti esteri e soggetti domestici, garantendo uno sviluppo costante del commercio su scala internazionale, nonché la nascita di vere e proprie nuove economie dematerializzate.

Tale fenomeno ha portato con sé, oltre agli indubbi benefici in termini economici ed occupazionali, una serie di risvolti non propriamente ottimali sotto il profilo dell'efficienza del mercato e del gettito tributario dei singoli Stati. Quest'ultimo aspetto, peraltro, assume particolare rilevanza nel momento in cui il soggetto economico intenda operare presso Stati esteri non già tramite meri scambi di natura commerciale, ma attraverso vere e proprie forme di delocalizzazione dell'attività economica, giustificate da motivi di ordine economico, finanziario e, talvolta, tributario.

Come facilmente osservabile, la materia è estremamente delicata e foriera di un possibile contrasto tra gli interessi del legislatore nazionale nel voler conservare per quanto possibile il gettito erariale, e la legittima esigenza dei soggetti privati nel trasferire parte della loro attività economica, quandanche in virtù di ragioni di natura meramente fiscale.

È all'interno di questa tendenza naturale dei soggetti economici che il legislatore nazionale rinviene una seria e potenziale minaccia per il sistema fiscale domestico. Segnatamente, egli si preoccupa di vigilare a che il predetto fenomeno non sfoci in circostanze meramente fittizie di delocalizzazione, giustificate sì da legittime dinamiche di costo ma non accompagnate da una effettiva collocazione geografica del soggetto economico. Evidentemente, una casistica di siffatta natura genererebbe un ammanco difficilmente legittimabile dalle casse dello Stato, che vedrebbe così venir meno la propria autorità impositiva.

Ecco che il legislatore, preoccupato da tale tendenza, ha disposto una serie di disposizioni specifiche, volte a contrastare quei fenomeni di stampo elusivo. Tra queste possiamo individuare una disposizione, universalmente nota come *Controlled Foreign Companies* (CFC),

che colpisce i soggetti residenti che controllano entità stabilite presso uno Stato estero, dove vige un livello di tassazione particolarmente basso, talvolta nullo.

Il meccanismo tipicamente adoperato da questa disciplina è quello della tassazione per trasparenza dei redditi prodotti dal soggetto estero, in capo al socio domestico. Tale meccanismo, come vedremo, in deroga alla normativa ordinaria in tema di tassazione del reddito d'impresa, si impone quale strumento di contrasto ad una situazione patologica del sistema, che può essere evitata solo attraverso la dimostrazione di specifiche circostanze disapplicative.

Il presente elaborato si pone come obiettivo primario quello di esaminare la disciplina italiana sulle CFC vigente, recentemente modificata tramite il decreto legislativo numero 142 del 29 novembre 2018, entrato in vigore a decorrere dal primo gennaio 2019.

Tale disamina non può prescindere da un precedente tentativo di esaminare il continuo mutamento che ha caratterizzato la normativa nell'ultimo ventennio. L'evoluzione della disciplina, come si avrà modo di dimostrare, si è dimostrata essere tutto fuorché lineare, indice di una oggettiva complessità e, va sottolineato, di una mancanza di coerenza da parte del legislatore domestico che, in talune circostanze, sembra aver interpretato in modo distorto le ragioni della norma, confondendola con una disciplina di stampo protezionistico e disattendendone lo scopo antielusivo.

Diversamente, la disposizione attualmente in vigore sembra essersi riallineata alle intenzioni antielusive a cui la norma risponde. L'intervento è sorto come diretta conseguenza di una spinta unificatrice proveniente dal legislatore comunitario che, premurandosi di vincolare gli Stati membri all'adozione di *standard* comuni, ha fornito delle linee guida su cui basare una disciplina nazionale in tema di CFC.

# **CAPITOLO PRIMO: Il contesto di riferimento: le attività economiche sviluppate su scala transnazionale e le disposizioni di contrasto all'elusione fiscale.**

## **1.1. Le ragioni della delocalizzazione delle attività economiche e il fenomeno della pianificazione fiscale su scala internazionale dei soggetti economici.**

L'economia moderna è segnata da una crescente globalizzazione dei mercati che nell'ultimo trentennio ha mutato le dinamiche dei rapporti commerciali tra imprese e spinto gli Stati a collaborare tra loro in maniera più intensa. Lo sviluppo tecnologico esponenziale ha progressivamente ridotto quelle barriere che limitavano un incremento degli scambi e delle comunicazioni su scala globale, determinando l'inizio di una concezione di mercato internazionale, nonché l'avvio di un'epoca caratterizzata da ingenti investimenti da e verso l'estero. I paesi economicamente avanzati hanno cercato di sfruttare il fenomeno a proprio vantaggio, al fine di stimolare la ricchezza domestica generata da un dimensionamento dei rapporti commerciali su scala globale<sup>1</sup>. Al contempo, essi si sono preoccupati di adottare delle misure interne, talvolta restrittive, volte a gestire e regolamentare i cambiamenti in atto<sup>2</sup>.

Osservando il fenomeno da una prospettiva nazionale, l'influenza determinante che la globalizzazione ha avuto sui processi interni è di tutta evidenza, poiché la crescente velocità nel

---

<sup>1</sup> Il Professor Giorgio Rodano, nel saggio "Crisi di Rappresentanza e globalizzazione dei mercati", suddivide il processo di globalizzazione dei mercati in quattro fasi: (i) durante la prima fase si assiste all'allargamento del mercato dei prodotti, ovvero ad un ampliamento dell'offerta disponibile sul mercato; (ii) Apertura dei mercati finanziari, ovvero un dimensionamento della domanda e dell'offerta di risparmio su scala globale, con conseguente possibilità di investire all'estero e di trovare investitori esteri; (iii) la mobilità delle risorse, ovvero la libertà di spostamento dei capitali e dei lavoratori ; (iv) decentramento produttivo, con conseguente spostamento di parte delle attività verso i paesi in via di sviluppo. Cfr. G. Rodano, "*Crisi di Rappresentanza e globalizzazione dei mercati*", in *Filosofia in movimento*, 2017.

<sup>2</sup> Particolarmente delicata risulta essere la situazione all'interno dell'Unione Europea, il cui mercato interno si basa sull'istituzione di quattro libertà fondamentali che hanno di fatto abbattuto qualsiasi barriera di tipo economico, fisico e finanziario nei rapporti tra gli Stati membri. Tale cooperazione a livello continentale si è sviluppata in Europa a partire dall'istituzione della CECA (Comunità europea del carbone e dell'acciaio) nel 1951, evoluta poi nel Trattato istitutivo della CEE (Comunità Economica Europea) del 1957 e quindi con l'istituzione dell'attuale Unione Europea (Trattato di Maastricht del 1992). Le suindicate quattro libertà fondamentali sono le seguenti: libera circolazione delle persone (art. 20 del TFUE) a cui va affiancata la libertà di stabilimento delle attività imprenditoriali (art. 49 del TFUE); libera circolazione dei servizi (art. 56 del TFUE); libera circolazione delle merci (art. 28 del TFUE); libera circolazione dei capitali (art. 63 del TFUE). In questo contesto, gli interessi e le prerogative dei singoli Stati membri vengono in qualche modo scavalcati da quelli dell'Unione, intesa come unico soggetto interlocutore del mercato globale. Cfr. T. Groppi e A. Simoncini, *Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti*, Torino, 2012 ; F. Tesaurò, *Istituzioni di diritto tributario*, Milano, 2015.

trasporto delle merci e delle persone e l'immediatezza dello scambio di informazioni hanno reso i confini nazionali una barriera meramente politica e non più geografica. Questa evoluzione ha inevitabilmente creato delle conseguenze socio-economiche di grande impatto, soprattutto per quanto concerne le dinamiche del mercato locale, che ha subito un mutamento legato ad un duplice fenomeno economico. Da una parte si è assistito all'ingresso di strutture societarie organizzate su scala multinazionale, le quali, in netto contrasto con il dimensionamento medio delle imprese italiane, hanno imposto le loro regole del gioco al mercato interno. Dall'altra parte si è affermato un fenomeno diametralmente opposto, legato alla propensione all'internazionalizzazione delle imprese nostrane. Tali fenomeni hanno portato ad un'implementazione considerevole del volume degli investimenti diretti esteri, talvolta a discapito del mercato nazionale.

La globalizzazione ha infatti spinto i soggetti economici ad ampliare i propri orizzonti commerciali, portandoli ad espandersi e ad esportare sempre più prodotti fuori dai confini nazionali, guardando altrove per cercare nuovi mercati di sbocco e di approvvigionamento. Questo ha portato all'affermazione di un ulteriore fenomeno, denominato "delocalizzazione", che implica lo spostamento geografico di un'azienda (o di una parte di essa) in uno stato estero.

Numerosi sono i motivi che spingono un imprenditore a decidere di delocalizzare la propria attività produttiva. Tra questi troviamo, primariamente, ragioni legate al costo di produzione, in virtù del fatto che il soggetto economico è spinto a ricercare le condizioni che garantiscano il miglior risultato al minor costo possibile. Ma troviamo altresì ragioni di stampo commerciale, come il tentativo di approcciarsi a nuovi mercati, oppure ragioni aziendalistiche, quale potrebbe essere la scelta di avvicinare parte della propria produzione a determinate aree geografiche considerate strategiche. Tutte queste opzioni rientrano nella sfera privata delle decisioni imprenditoriali. La proprietà, in quanto detentrica del potere decisionale, è libera di adottare scelte che reputa ottimali per sé e per la propria azienda, senza dover subire alcuna limitazione o restrizione, purché le proprie decisioni rientrino nei ranghi di quanto disposto dalla legge.

Tuttavia, non è possibile ignorare gli effetti dirompenti che questa spinta verso l'estero produce nella società e nell'economia reale. Se da un lato la massimizzazione del profitto è un principio caratterizzante di un'economia di stampo capitalista, dall'altro bisogna capire se questa ricerca produca altresì distorsioni dell'economia tali da generare effetti negativi e, quindi, inefficienze. Su tutte, si pensi alle ricadute occupazionali che gravano sul paese di provenienza dell'impresa delocalizzante e, nondimeno, alle conseguenze economiche subite dalla filiera che attorno a tale impresa gravitava. Impossibile inoltre non citare le questioni di carattere etico, legate alle scelte

(talvolta discutibili) di localizzare la produzione dove il costo della manodopera è esiguo, anche in ragione di una mancanza di tutele da parte dei lavoratori<sup>3</sup>.

Ci troviamo quindi di fronte ad un fenomeno dal duplice risvolto, che contrappone una serie di interessi tutti legittimi ma allo stesso momento difficilmente conciliabili. È in tale contesto che va analizzata la globalizzazione e, conseguentemente, la delocalizzazione: due fenomeni economico-sociali ricchi di sfaccettature, che hanno saputo generare effetti positivi all'economia internazionale, dando nuova linfa a quei mercati considerati poveri e generando nuova ricchezza per le economie avanzate, ma che al tempo stesso si è trascinata dietro una serie di effetti negativi non trascurabili.

Passiamo ora ad un'elencazione delle principali forme di delocalizzazione che un'impresa può decidere di adottare. Esistono diverse modalità tramite le quali un'impresa può spostare in uno Stato estero una parte o tutta la propria attività. La scelta dell'una e dell'altra comporterà dei risultati differenti sia da un punto di vista sostanziale, sia da un punto di vista giuridico e fiscale. Pertanto è evidente come l'imprenditore, nell'adottare una soluzione di questo tipo per la propria azienda, sarà tenuto a prendere in considerazione molteplici variabili al fine di stabilire quale sia la soluzione ottimale.

La prima tipologia di delocalizzazione che solitamente viene valutata da un manager è la stipulazione di semplici contratti di sub-fornitura con aziende stabilite all'estero. Questa è senza dubbio la dinamica più rapida e meno rischiosa per il soggetto committente che voglia approcciarsi ad un mercato straniero. In conseguenza egli si lega al soggetto estero solo tramite un contratto di natura commerciale, senza doversi curare di ulteriori problematiche derivanti dal paese di residenza del sub-fornitore. Ragionando sotto un profilo fiscale, tale operazione risulta essere neutrale, poiché ad oggi non sono presenti nel sistema tributario nazionale delle specifiche disposizioni inerenti i costi derivanti da operazioni con soggetti non residenti<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Sul tema si veda il celebre libro di Naomi Klein, *No Logo*, Milano, 2000, Baldini&Castoldi. Il testo tratta, tra le altre, la tematica dello sfruttamento della manodopera operaia nonché di quella minorile dislocata nei paesi in via di sviluppo, ovvero in quelli sottosviluppati (in particolare in Asia e America Latina), da parte delle grandi multinazionali provenienti dai paesi occidentali. Secondo la tesi dell'autrice, tale sfruttamento garantisce alle aziende occidentali dei significativi margini economici che vengono poi reinvestiti nella ricerca e lo sviluppo di risorse immateriali. Questo circolo profitto-investimenti garantisce ai grandi gruppi una crescita esponenziale nonché un potere economico (e talvolta politico) tale da non trovare alcun ostacolo di ordine etico-sociale. Si veda anche di K. Werner-Lobo e Hans Weiss, *I crimini delle multinazionali*, Newton Compton, 2010.

<sup>4</sup> Fino all'anno d'imposta 2015 era prevista una specifica disciplina riguardante le operazioni con imprese localizzate in paradisi fiscali (c.d. disciplina dei costi black list), la quale comportava una limitazione della deducibilità dei costi derivanti da operazioni poste in essere con soggetti localizzati presso paradisi fiscali (black list). A partire dall'anno d'imposta 2016, con l'approvazione della Legge di Stabilità 2016, tale disciplina è stata abbandonata, con la conseguente ammissibilità di una ordinaria deducibilità dei costi derivanti da operazioni con qualsiasi soggetto estero.

Complessivamente, possiamo affermare che la stipulazione di questo tipo di contratti garantisca un grado di sofisticazione e di rischiosità relativamente ridotto, cosicché le variabili di programmazione saranno qui limitate al solo rapporto di sub-fornitura. Tuttavia, è opportuno tenere in considerazione i maggiori costi organizzativi (trasporto, logistica, etc.) derivanti dalla complessità di un rapporto sviluppato su scala internazionale.

Una seconda forma di investimento estero è l'impianto di una o più stabili organizzazioni presso un paese diverso da quello di residenza. La stabile organizzazione altro non è che un braccio operativo della sede principale, tramite il quale la società madre gestisce e regola i rapporti commerciali nel territorio di insediamento<sup>5</sup>. Tale forma di delocalizzazione deve fare i conti con l'insorgenza di una problematica di tipo fiscale, giacché sia lo Stato estero ove risiede la stabile organizzazione da una parte, che lo Stato di provenienza della casa madre dall'altra, rivendicheranno entrambi la propria autorità impositiva sui redditi generati dalla sede di affari estera. Ci troviamo quindi di fronte ad un possibile rischio di doppia imposizione economica, che può essere superato tramite un accordo di natura convenzionale posto in essere tra i due Stati che contendono l'autorità impositiva. Tipicamente, lo strumento maggiormente utilizzato a livello internazionale è il meccanismo del credito d'imposta, tramite il quale lo Stato di residenza della casa madre riconosce l'imposta già assolta nello Stato di insediamento della stabile, e la ammette in detrazione dall'imposta dovuta sulla base delle disposizioni nazionali. Evidentemente, tale meccanismo vanifica qualsiasi tentativo di ricerca di risparmio d'imposta, pertanto si può affermare che una pianificazione esclusivamente di natura fiscale basata sulla creazione di stabili organizzazioni estere potrebbe rivelarsi una scelta non vantaggiosa<sup>6</sup>. Ma non solo, bisogna altresì considerare il fatto che eventuali operazioni poste in essere tra la casa madre e la stabile potrebbero far scattare la disciplina sul *transfer pricing*, di cui si dirà oltre.

---

<sup>5</sup> Il Testo Unico delle imposte sui redditi (D.P.R. 917/1986) all'articolo 162 fornisce una descrizione ampia di stabile organizzazione. In particolare modo, al comma due vengono elencate le tipologie di stabilimento che possano essere considerate "stabile organizzazione", che sono le seguenti: << a) una sede di direzione; b) una succursale; c) un ufficio; d) un'officina; e) un laboratorio; f) una miniera, un giacimento petrolifero o di gas naturale, una cava o altro luogo di estrazione [...]; f-bis) una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello stato costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio stesso. >>

<sup>6</sup> A tal proposito bisogna tuttavia considerare la recente introduzione normativa (articolo 168-bis del D.P.R. 917/1986) denominata *branch exemption*, che consente alle società residenti di optare per l'esenzione degli utili e delle perdite generate dalle proprie stabili organizzazioni collocate all'estero, creando così una netta indipendenza tra la casa madre e le sue sedi fisse d'affari estere, in modo tale da garantire un'autonomia fiscale senza generare quella commistione di imponente che, come è stato rilevato, non permetteva alcun vantaggio fiscale. Tuttavia, l'imprenditore dovrà ponderare attentamente tale scelta che: è esercitabile per opzione, è irrevocabile e può essere utilizzata solo come criterio generale da applicare a tutte le stabili organizzazioni esistenti. Sull'istituto della *branch exemption* cfr. A. Trabucchi, F. Cerulli Irelli, *Il regime opzionale di "branch exemption"*, Corriere tributario 2015, p. 1610 ; T. Gasparri, *Il nuovo regime di branch exemption per le stabili organizzazioni all'estero*, il Fisco, 2015, p. 2448.

Proseguendo con l'esame delle tipologie di delocalizzazione, la creazione *ex novo* di una società estera controllata, ovvero l'acquisto della maggioranza delle partecipazioni di una società estera già esistente, è sicuramente una delle strade maggiormente percorse da parte dei soggetti domestici. È su questa particolare situazione, e sugli effetti che produce, che si soffermerà gran parte del presente elaborato. Se è vero che una società è un soggetto giuridico autonomo che ricade sotto la potestà impositiva dello Stato in cui risiede, nel caso in cui questa società sia controllata da un soggetto domestico entrano in gioco delle disposizioni fiscali che stravolgono il contesto normativo ordinario. Stiamo parlando in particolare delle disposizioni sulle CFC (*Controlled Foreign Companies*, delle quali mi occuperò diffusamente), una disciplina che attira a tassazione domestica gli utili generati dalle società estere controllate prima ancora del momento della loro effettiva distribuzione, sotto determinate condizioni. Ulteriormente, così come evidenziato per la costituzione di una stabile organizzazione, le operazioni poste in essere tra società controllante e controllata rendono necessaria l'applicazione della disciplina sui prezzi di trasferimento. Anche in questa situazione, quindi, l'imprenditore non potrà porre in essere una strategia di delocalizzazione della propria attività senza tenere in considerazione quell'insieme di disposizioni fiscali che vengono attivate nel momento in cui decide di portare fuori dai confini nazionali una parte della propria attività.

Infine, un ulteriore *modus operandi* per ottenere la delocalizzazione della propria impresa è quello di spostare la residenza della società in un altro Stato. In questo caso, nel ponderare tale scelta, si dovrà tenere bene a mente l'effetto fiscale generato da una possibile generazione di plusvalenze imponibili che lo Stato di origine non vuole vedere sfuggire. Il riferimento va alla disciplina dalla c.d. *exit tax* (ai sensi dell'articolo 166 del Tuir) che prevede la tassazione dei plusvalori latenti emergenti dal trasferimento all'estero di un soggetto economico residente nel territorio dello Stato. La norma mira ad escludere che questo imponibile venga perduto dal Paese di provenienza<sup>7</sup>. Inoltre, si dovrà affrontare il tema dell'esterovestizione, assicurandosi che il trasferimento di sede all'estero non rischi di trascinare con sé eventuali problematiche connesse all'elusione fiscale.

---

<sup>7</sup> Con il decreto legislativo n. 142 del 29 novembre 2018 il legislatore domestico è andato ad apportare una serie di rilevanti modifiche all'articolo 166 del D.P.R. 917/1986, al fine di recepire quanto disposto dalla direttiva 2016/116/Ue (c.d. Direttiva ATAD 1). La novellata disciplina vede tra le sue principali novità un'individuazione più puntuale (rispetto alla normativa precedente) delle fattispecie di applicazione; una specificazione del valore di mercato da adottare per il calcolo delle plusvalenze latenti (tale criterio fa espresso riferimento al novellato criterio di prezzo in libera concorrenza adottato per la disciplina sul *transfer pricing*); viene disconosciuta la possibilità di sospendere il versamento della *exit tax*; infine, viene ridotto da sei a cinque il numero di rate disponibili per il versamento. Cfr. A. Germani, "*Exit tax senza sospensione per la società che lascia l'Italia*", in "*Il focus del Sole*", inserto de Il sole 24 ore, 30 gennaio 2019, p. 12.

Abbiamo dunque osservato quali sono gli strumenti giuridici maggiormente adoperati dai soggetti domestici per operare una localizzazione estera della propria attività, e quanto sia importante tenere correttamente in considerazione la variabile fiscale nella sua complessità ed interezza. Al fine di comprendere la portata del fenomeno, è opportuno ora porsi la seguente domanda: perché un imprenditore dovrebbe essere portato a spostare all'estero la propria attività? La risposta è già stata parzialmente fornita, ma è utile analizzare più a fondo quali siano le motivazioni che tipicamente spingono il soggetto economico ad adottare questa soluzione così radicale e complessa.

Come è stato già rilevato, quasi tutte le azioni intraprese dall'imprenditore hanno un unico grande fine, che secondo molti è il fine stesso dell'attività economica: la massimizzazione del profitto. Tutte le scelte imprenditoriali sono finalizzate all'ottenimento di un aumento dei ricavi, da un lato, e di una diminuzione dei costi dall'altro<sup>8</sup>. È in questa logica meramente economica ma al tempo stesso razionale che possiamo ricercare le ragioni stesse che spingono un imprenditore a spostare geograficamente la propria attività economica, qualsiasi sia l'aspetto che si decida di prendere in considerazione (un mercato delle materie prime più competitivo, la manodopera meno onerosa, maggiori opportunità nel mercato di sbocco, etc.). Per dare maggior schematicità al presente fenomeno, lo possiamo suddividere in due dinamiche che tipicamente vengono prese in considerazione dal soggetto imprenditore. Queste sono: le ragioni economico-aziendalistiche e le ragioni fiscali.

Le prime, le ragioni economico-aziendalistiche, sono riconducibili ad un insieme eterogeneo di elementi. Innanzitutto, è opportuno considerare il contesto di riferimento nel quale si sono sviluppate le dinamiche di internazionalizzazione dell'economia, un contesto caratterizzato da una crescita esponenziale di quei Paesi chiamati "in via di sviluppo". Questi Stati (su tutti Cina, India, Brasile, Russia e Sudafrica) a partire dagli anni novanta hanno conosciuto un periodo di forte espansione, demografica ed economica, vivendo una sorta di rivoluzione industriale. Le imprese di questi Paesi sono riuscite a varcare in modo dirompente le porte del mercato globale,

---

<sup>8</sup> Il quadro è volutamente esposto in maniera riassuntiva, e non intende essere una descrizione esaustiva del complesso sistema riguardante la gestione aziendale. E' evidente come la variabile economica non possa essere la sola analisi di riferimento, ma che questa si intrecci durante tutte le fasi della vita aziendale con una miriade di altre dimensioni, su tutte, si pensi a quella finanziaria e a quella patrimoniale. Altresì, non si percepisca l'importanza attribuita al profitto come un tentativo di sminuire le ulteriori caratteristiche che fanno parte della vita dell'impresa, dalla valorizzazione dei beni intangibili alla gestione della liquidità. Tuttavia, a parere dello scrivente, è indubbia l'affermazione secondo la quale il fine ultimo di ogni attività economica di stampo liberista sia la ricerca del profitto, inteso come mera differenza tra valore della produzione e fattori produttivi impiegati, nonché come remunerazione aleatoria del rischio d'impresa assunto dall'imprenditore. Sul tema del profitto e della sua massimizzazione si veda: D. Ricardo, *Principi di Economia Politica e dell'Imposta*, 1817, UTET, p.261; F. Volpi, *Massimizzazione del profitto e motivazioni dell'imprenditore*, in *Giornale degli Economisti e Annali di Economia*, Nuova Serie, Anno 24, No. 1/2 (Gennaio-Febbraio 1965), pp. 66-84.



imponendosi grazie ad una concorrenza serrata alle imprese occidentali che ha costretto queste ultime ad adeguarsi<sup>9</sup>.

I mutamenti in esame hanno offerto alle economie sviluppate una serie di opportunità commerciali, generate dalla presenza di nuovi mercati di approvvigionamento e di sbocco. Parallelamente, la capacità delle imprese emergenti di offrire materie prime, servizi e manodopera a basso costo ha spinto le società occidentali a rivolgersi sempre più verso questi territori, con le inevitabili conseguenze in termini di ricaduta occupazionale sul mercato del lavoro interno delle economie di quei Paesi definiti avanzati. Detti fenomeni hanno trovato terreno fertile anche (e soprattutto) grazie alla crescita repentina del progresso tecnologico che ha portato alla diffusione di nuovi mezzi di telecomunicazione, allo sviluppo di nuovi processi industriali e alla creazione di nuove fette di mercato fino a quel momento inesistenti. A questo, si aggiunga l'abbassamento dei costi di trasporto delle merci e delle persone ed una regolamentazione dei rapporti commerciali su scala internazionale, che hanno portato ad un abbattimento delle barriere economiche e legali presenti, elemento che si è rivelato essenziale allo sviluppo dell'economia globale.

Il secondo fattore che spinge le imprese a delocalizzare la propria attività economica è rinvenibile nella sfera fiscale. Possiamo in via preliminare identificare il fattore fiscale come una ragione a sua volta legata a delle dinamiche di costo (d'altronde le imposte, agli occhi dell'imprenditore, sono un onere al quale non può sottrarsi), le cui conseguenze impattano sulla massimizzazione del profitto dell'azienda. Tuttavia una visione del tema così schematica rischia di essere limitativa, ed è opportuno che questo profilo venga analizzato separatamente rispetto agli altri fattori, giacché legato ad aspetti che riguardano la sovranità degli Stati e il loro diritto a vedere assicurate le entrate tributarie derivanti dai soggetti giuridici che risiedono, ovvero che operano, nel territorio di quel determinato Paese.

Lo Stato italiano ha infatti la piena sovranità nella determinazione del prelievo fiscale da applicare nei confronti dei soggetti residenti. Tale sovranità trova tuttavia alcuni limiti, stabiliti dalla Costituzione stessa<sup>10</sup>, nel momento in cui essa entra in contatto con ordinamenti giuridici di rango superiore, come gli ordinamenti internazionali. In questo senso, possiamo affermare

---

<sup>9</sup> Cfr. C. Dematté, *La concorrenza montante dei paesi a basso costo*, Economia & Management, 1/2003, pag. 5 e ss.;

<sup>10</sup> In particolar modo l'articolo 10 della Costituzione stabilisce che <<l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute>>. Ulteriormente, l'articolo 117 della Costituzione della Repubblica Italiana dispone che tutte le leggi nazionali devono essere conformi agli obblighi internazionali. Cfr. G. U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico XVI edizione*, Bologna, Zanichelli editore, 2017, pag. 112 ss.

che la sovranità nazionale viene limitata da un fine più alto: la ricerca di un'armonia giuridica tra Stati, dove il fenomeno fiscale risulta essere un elemento centrale. Nella stessa Unione Europea è in corso un lungo processo di armonizzazione fiscale, dal quale tuttavia la normativa inerente la fiscalità diretta è stata per lungo tempo esclusa e lasciata alla completa libertà dei singoli Paesi membri, pur con qualche recente orientamento che sembra cambiare questa visione<sup>11</sup>. La mancata armonizzazione della fiscalità diretta (sia a livello europeo, ma soprattutto a livello internazionale) ha determinato una vera e propria “guerra” al ribasso delle aliquote fiscali relative alle imposte sui redditi da parte di alcuni Stati che, per attirare le aziende estere ad investire nel proprio territorio, hanno preferito adottare una politica fiscale più compiacente nei loro confronti, generando così quello che può essere chiamato un fenomeno di “concorrenza fiscale” tra Stati<sup>12</sup>. Da questo è scaturito un nuovo tipo di delocalizzazione indotta dal risparmio fiscale derivante da una collocazione geografica delle proprie sedi presso territori aventi regimi fiscali particolarmente vantaggiosi, anche detti *paradisi fiscali*.

Questo quadro di forte disparità di trattamento fiscale adottato dai diversi Stati, unito al fenomeno della crescente globalizzazione dei mercati, ha spinto le imprese a mettere in atto una pianificazione fiscale sviluppata su scala internazionale, per cercare di ottenere un prelievo tributario che fosse il più basso possibile su una parte o su tutti i propri proventi. Conseguentemente, si è assistito alla creazione di strutture di gruppo sviluppate su molteplici Paesi, formate da soggetti giuridicamente autonomi, alcuni dei residenti presso Stati a fiscalità “ordinaria” e altri residenti presso paesi a fiscalità privilegiata.

---

<sup>11</sup> Con il recente intervento del Consiglio dell'Unione Europea, in particolare con l'approvazione delle direttive ATAD 1 e ATAD 2, volte ad uniformare la disciplina in tema di elusione fiscale e abuso del diritto di quelle strutture che operano su scala internazionale (di cui si tratterà ampiamente in seguito), il legislatore ha adottato un nuovo approccio in tema di fiscalità diretta, fornendo agli stati membri delle linee guida da adottare, inerenti tematiche come le CFC, il *transfer pricing*, la deducibilità degli interessi passivi e i disallineamenti da ibridi, andando così ad influenzare le scelte degli stati in tema di imposizione fiscale sui redditi.

<sup>12</sup> Sul tema della “concorrenza fiscale” tra Stati si veda, ampiamente, P. Boria in *Diritto Tributario Europeo* dove al capitolo XI “*La Concorrenza fiscale dannosa*” l'autore esamina in maniera approfondita quel fenomeno che ha portato numerosi Stati (non solo quelli in via di sviluppo) ad adottare politiche fiscali improntate all'attrazione di capitali. In particolare, l'autore afferma che una politica di concorrenza fiscale viene considerata “sleale” nel momento in cui essa è <<ricondotta ad un calcolo politico ideologicamente censurabile, in quanto svincolato da un beneficio economico generalizzato e riferibile alla nazione nel suo complesso, bensì piuttosto riferibile ad un ristretto numero di beneficiari (in specie alle multinazionali ed ai principali operatori economici internazionali)>>. Cfr. P. Boria, *Diritto Tributario Europeo*, Milano, Giuffrè Editore, 2017.

## **1.2. Il nesso tra delocalizzazione ed elusione fiscale e gli strumenti a disposizione del legislatore per arginare i fenomeni di abuso del diritto.**

La ricerca del risparmio fiscale da parte dell'imprenditore appena descritta, tuttavia, si contrappone alla legittima pretesa da parte degli Stati di vedere riconosciuta la propria autorità impositiva. Questi, al fine di tutelare il gettito tributario necessario a finanziare la spesa pubblica, sono portati a mettere in atto delle disposizioni volte ad arginare quelle pratiche illecite che, eludendo la normativa nazionale, spostano le attività imprenditoriali, e quindi i redditi imponibili, verso quei paesi considerati paradisi fiscali. Ecco quindi che si crea una tensione tra pianificazione fiscale ed elusione fiscale, due fenomeni che possono viaggiare su binari paralleli ma che, agli occhi del legislatore nazionale, rischiano pericolosamente di intersecarsi. Da qui nasce il timore che la volontà dei soggetti economici di delocalizzare la propria attività all'estero altro non sia se non un tentativo di spostare in modo artificioso la propria ricchezza al di fuori dei confini nazionali, con il solo fine di sottrarsi al regime fiscale di provenienza, in favore di uno più mite. In questa circostanza, le dinamiche di mercato, nonché quelle economico-aziendalistiche, vengono scavalcate da aspetti meramente legati alla ricerca di un risparmio d'imposta considerato illegittimo, poiché generato da pianificazioni fiscali aggressive.

Questo meccanismo, oltre alle perdite in termini erariali per lo Stato di residenza del soggetto economico, è causa altresì di un'inefficienza del mercato generata dalle disuguaglianze che si creano tra quei contribuenti che versano regolarmente le imposte nello Stato di residenza e quelli che, sfruttando una struttura multinazionale di gruppo, riescono ad eludere l'obbligo tributario. Tali violazioni sono le principali minacce di una tendenza all'internazionalizzazione basata su mere valutazioni fiscali, ed è proprio su questi fenomeni che bisogna focalizzare l'attenzione e contestualizzare la spinta legislativa avvenuta nel recente passato, sia a livello domestico che, soprattutto, a livello sovranazionale<sup>13</sup>.

Per ovviare a tali minacce il legislatore nazionale ha quindi deciso di introdurre una serie di misure volte a contrastare quei fenomeni di delocalizzazione artificiosa delle attività che ostacolano l'autorità impositiva dello Stato italiano, consentendo agli operatori economici di subire un'imposizione fiscale più bassa (talvolta nulla) in virtù di un pianificazione fiscale su scala globale. È opportuno evidenziare che l'intenzione legislativa non è quella di colpire *tout*

---

<sup>13</sup> Cfr. A. Ballacin e G. Bizioli, *L'abuso del diritto tributario: profili internazionali ed europei*, in C. Sacchetto (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, Giappichelli editore, 2011; P. Patavigna, *Abuso del diritto fiscale nell'ordinamento europeo*, Torino, Giappichelli editore, 2011.

*court* le delocalizzazioni; i soggetti economici sono infatti liberi di sviluppare la propria attività su scala transnazionale e sono altrettanto liberi di fare le scelte che consentono di ottimizzare il carico fiscale. Tuttavia la delocalizzazione deve in qualche modo sostanziarsi sotto una logica di concretezza e di non artificiosità.

A tal proposito, sono state messe in campo una serie di disposizioni, che possiamo suddividere nel seguente schema logico-formale: da un lato troviamo una disposizione di sistema, che va a regolare il fenomeno dell'elusione fiscale nel suo complesso e che svolge l'importante funzione di dare un principio di fondo all'ordinamento giuridico; dall'altro, invece, troviamo una serie di disposizioni di carattere anti elusivo, che hanno lo scopo di disciplinare determinate fattispecie. Come vedremo, il comune denominatore di queste ultime è quello di mettere un freno all'utilizzo indebito della delocalizzazione, attuata in modo artificioso con il solo fine dell'ottenimento di un risparmio d'imposta. Risparmio che, tuttavia, risulta indebito.

L'ordinamento tributario italiano è sorretto da alcuni principi-pilastro, che fungono da disposizioni chiave di lettura del fenomeno tributario che vanno a disciplinare. Uno dei più importanti è senza dubbio il principio di divieto di abuso del diritto (o del divieto di elusione fiscale).

L'elusione fiscale è un fenomeno complesso; le modalità di contrasto a questo fenomeno sono disciplinate nella normativa italiana dall'articolo 10-bis della legge 212 del 2000 (lo Statuto dei diritti del Contribuente). Questa norma, anche riconosciuta come "clausola generale antiabuso", è stata introdotta solo recentemente dal legislatore, ed è andata a dirimere alcune questioni che nella precedente disciplina non venivano inquadrare in modo chiaro e coerente<sup>14</sup>. La sua portata generale nonché il suo inserimento all'interno dello Statuto dei diritti del Contribuente la rendono applicabile a qualsiasi tributo e a qualsiasi tipo di operazione, posta in essere dal contribuente, che abbia come effetto quello di ottenere un vantaggio fiscale indebito.

---

<sup>14</sup> Mi riferisco, in particolare, all'abrogato articolo 37-bis del D.P.R. 600 del 1973, che andava a disciplinare un elenco di specifiche fattispecie considerate elusive, lasciando tuttavia una serie di perplessità interpretative legate alle fattispecie non previste dalla norma. Tale vuoto normativo era stato colmato da alcune discutibili sentenze della Corte di Cassazione, che aveva nel tempo delineato un principio generale antiabuso basato sull'articolo 53 Costituzionale. Intervento, questo della Corte, che aveva destato non poche perplessità. Partendo da un principio costituzionale, posto a garanzia del cittadino-contribuente, la Corte ne ha desunto un sub-principio antielusivo che mirava ad individuare un vincolo per il contribuente. Vista l'incertezza generata da tale situazione, il legislatore ha saggiamente ritenuto opportuno un intervento chiarificatore, da cui è scaturito appunto l'articolo 10-bis. Sul tema si veda, ampiamente, M. Beghin, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, Padova, 2013. Altresì, per una trattazione più esaustiva dell'argomento, si veda G. Falsitta, *L'interpretazione antielusiva della norma tributaria come clausola generale immanente al sistema e direttamente ricavabile dai principi costituzionali*, in *Corr. Giur.*, 2009, pag. 293 e ss. ; D. Stevanato, *Tecniche interpretative e pretesa immanenza di una norma generale antielusiva*, in *Corr. Trib.*, 2009, pag. 403 ss. ; G. Zizzo, *Clausola antielusione e capacità contributiva*, in *Rass. Trib.*, 2009, pag. 487 ss.

Bisogna opportunamente inquadrare il concetto di elusione fiscale, da distinguere in modo netto rispetto a quello di evasione fiscale<sup>15</sup>. Attraverso l'evasione il soggetto passivo nasconde all'amministrazione finanziaria una ricchezza che egli ha tuttavia generato. Facendo ciò, il contribuente non espone (o espone in modo errato) nella propria dichiarazione dei redditi una fattispecie imponibile, occultando al Fisco un fatto o interpretando erroneamente una norma. Diversamente, tramite l'elusione, il soggetto passivo non nasconde alcuna ricchezza, anzi, le operazioni vengono svolte alla luce del sole ma, per effettuare una determinata operazione, egli sceglie di intraprendere una strada più impervia. Facendo ciò egli ottiene un risparmio di imposta contrario al sistema, ovvero non conforme rispetto alle finalità della norma che è andato ad applicare. Nella sostanza, attraverso l'elusione fiscale il contribuente sfrutta le storture o le incompatibilità del sistema tributario, andando a trarre da queste un indebito vantaggio fiscale<sup>16</sup>.

Alla clausola generale antiabuso il legislatore ha nel tempo affiancato una serie di specifiche disposizioni anti elusive, atte a colpire determinate situazioni che, potenzialmente, potrebbero sostanziarsi nell'abuso del diritto. Il punto di contatto tra la prima e le seconde è la *ratio* stessa delle disposizioni: entrambe hanno la finalità di arginare il fenomeno dell'elusione fiscale, ma gli strumenti adoperati per giungere a tal fine sono assai differenti. L'articolo 10-bis, come è stato detto, è una disposizione che fornisce all'amministrazione finanziaria il potere di disconoscere il vantaggio fiscale ottenuto in modo indebito. Al contrario, tramite l'attuazione di disposizioni specifiche, il legislatore ha voluto agevolare il compito dell'amministrazione finanziaria, invertendo sostanzialmente l'onere della prova e affidando al contribuente il compito di intervenire nella propria dichiarazione dei redditi applicando il disconoscimento previsto dalla normativa specifica<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Per una trattazione più ampia dell'argomento si veda M. Beghin, "L'abuso del diritto (o elusione fiscale)", in *Diritto Tributario per l'università e per la preparazione all'esercizio delle professioni economico-giuridiche* a cura di M. Beghin, 2017, Padova.

<sup>16</sup> Come già richiamato, il sistema tributario nazionale ha visto la nascita nel recente passato di una "clausola generale antiabuso", contenuta nell'articolo 10-bis della legge 212 del 2000 (c.d. Statuto dei Diritti del Contribuente). Tale disposizione individua una situazione di abuso del diritto nel momento in cui sussistano, congiuntamente, due elementi: la presenza di un vantaggio fiscale indebito e la circostanza che questo sia generato da una o più operazioni prive di sostanza economica. In seno al primo elemento, il vantaggio fiscale, questo si sostanzia nel momento in cui il contribuente ottenga un risparmio d'imposta disapprovato dal sistema. La disapprovazione è da intendersi come interpretazione contraria alla *ratio* sottesa alla norma che si va ad applicare. Contemporaneamente, per potersi considerare elusiva, l'operazione posta in essere deve risultare priva di sostanza economica, nel senso che il contribuente avrebbe intrapreso una strada più impervia, "non normale", per raggiungere gli obiettivi che si era prefissato. Cfr. M. Beghin, "L'abuso del diritto (o elusione fiscale)" in *Diritto Tributario per l'università e per la preparazione all'esercizio delle professioni economico-giuridiche* di M. Beghin, 2017, Padova; D. Stevanato, "Elusione fiscale e abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco" in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2015, p. 10695.

<sup>17</sup> È importante sottolineare come il mancato rispetto di una disciplina specifica ci porti nei binari dell'evasione, non già dell'elusione. Questo proprio perché la disposizione è sostanziale, la fattispecie è quindi espressamente prevista dal legislatore, che ne impone l'evidenza in sede dichiarativa. Qualora il soggetto omettesse tale

Ulteriormente, all'interno del panorama tributario domestico, possiamo rinvenire delle disposizioni di stampo non prettamente antielusivo, che operano come presunzioni assolute volte a contrastare fenomeni illeciti, e che hanno come finalità quella di agevolare il compito del legislatore, affidando al contribuente il compito di disconoscere gli eventuali effetti generati dalla presunzione normativa.

Alla luce di quanto enunciato, l'operatore economico che intenda pianificare la propria attività (anche sotto il profilo fiscale) su scala internazionale, dovrà prestare particolare attenzione a quelle disposizioni vigenti nel sistema tributario, che abbiano il fine di contrastare l'insorgenza di strutture estere artificiali. Su tutte, l'operatore dovrà considerare attentamente la scelta di trasferire la propria residenza, in quanto, laddove il trasferimento dovesse essere fittizio, potrebbe essere accusato di esterovestizione; dovrà altresì operare con molta cautela nel caso in cui svolga delle operazioni con società estere ad esso riconducibili, giacché sarà tenuto ad applicare la disciplina sui prezzi di trasferimento; e dovrà infine usare molta cautela nella scelta di costituire società estere controllate, poiché potrebbe trovare applicazione l'articolo 167 del Tuir sulle CFC. Al fine di comprendere appieno il perimetro normativo di riferimento, risulta opportuno a questo punto della trattazione procedere con un approfondimento sintetico in relazione ai principali strumenti a disposizione del legislatore nazionale.

### ***1.2.1. Presunzione di residenza ed esterovestizione***

Per chiarire il problema della esterovestizione, è necessario fare il punto sul concetto di residenza ai fini fiscali<sup>18</sup>.

Il sistema applicato dalla quasi totalità dei paesi deriva dal principio della c.d. “*Worldwide Taxation*”, secondo il quale sono tassati in un determinato Paese tutti i redditi ovunque prodotti nel mondo da un soggetto ivi residente. A titolo esemplificativo, una società residente in Italia, che produca parte dei propri redditi in un paese straniero, subirà in Italia sia la tassazione dei

---

dichiarazione, il reato non può che rientrare nell'evasione fiscale. Cfr. M. Beghin, *Diritto Tributario per l'università e per la preparazione all'esercizio delle professioni economico-giuridiche*, 2017, Padova. In particolare, si veda il capitolo su “*l'abuso del diritto (o elusione fiscale)*” dove l'autore specifica come <<la disposizione (specifica antielusiva, ndr) contrasta un'operazione elusiva. Questa è la sua funzione. Tale contrasto avviene, però, mediante una disposizione sostanziale. [...] Qualora tale sopravvenienza (o fattispecie in generale) non sia dichiarata, la società si rende responsabile di una fattispecie di evasione, non di elusione. Ciò dimostra che il contrasto a determinate forme di elusione può avvenire attraverso la contestazione dell'evasione.>>.

<sup>18</sup> Sul tema si veda in particolare M. Beghin, *Le imposte sul reddito delle persone fisiche* in *Diritto Tributario III<sup>a</sup> edizione*, Padova, 2017; G. Zizzo, *Disposizioni Generali – La residenza* in *Manuale di Diritto Tributario Parte Speciale*, XXI edizione in G. Falsitta (a cura di), Padova, 2016 ; G. Marino, *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999;

redditi prodotti in Italia sia di quelli prodotti all'estero. A questo il sistema tributario affianca un secondo principio, detto "*Source Taxation*", secondo il quale vanno altresì resi imponibili in un determinato Paese i soli redditi ivi prodotti da parte di un soggetto non residente. Per cui, i redditi prodotti in Italia da un soggetto estero, saranno tassati nel nostro paese. I redditi ovunque prodotti da un soggetto residente in Italia, saranno sottoposti a prelievo fiscale in Italia.

L'applicazione di questi principi, come è facilmente desumibile, rischia di rivelarsi foriera di circostanze in cui si sostanzia il fenomeno della doppia imposizione. Questa situazione, generata da un legittimo diritto di sovranità degli Stati, rappresenta una storpiatura del sistema fiscale mondiale, in quanto il medesimo reddito rischia di divenire base imponibile sia in uno Stato che in un altro, arrecando un danno evidente al contribuente. La portata del fenomeno è tale da aver spinto gli Stati a siglare tra loro degli accordi bilaterali, denominati *Convenzioni contro le doppie imposizioni*, che vanno a regolare queste circostanze di sovrapposizione fiscale, e ad individuare le soluzioni da adottare<sup>19</sup>.

Ma non solo, il fenomeno della doppia tassazione reddito potrebbe altresì verificarsi nel caso in cui due Stati considerino residente nel proprio territorio un medesimo soggetto, reclamando la propria potestà impositiva sul reddito da questi ovunque prodotto. Risulta chiaro come al centro della questione vi sia il concetto di residenza, poiché la configurazione di presupposti diversi in sede a ciascuno Stato potrebbe generare la situazione paradossale nella quale un soggetto risulti essere residente sia nell'uno che nell'altro territorio, e pertanto, debba subire una doppia imposizione.

Nel nostro Paese, una persona fisica è fiscalmente residente se rientra in una delle previsioni di cui all'articolo 2, comma secondo, del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (D.P.R. 917 del 1987), che stabilisce che il soggetto debba essere <<per la maggior parte del periodo d'imposta iscritto nelle anagrafi della popolazione residente o ha nel territorio dello Stato il domicilio o la residenza ai sensi del codice civile>>. Si è quindi deciso di adottare tre criteri alternativi tra loro, nel senso che sarà sufficiente la realizzazione di uno di essi per considerare un soggetto "residente in Italia". È importante osservare come il primo presupposto abbia natura formale, in quanto legato ad una mera iscrizione del contribuente nei registri anagrafici, mentre il secondo e il terzo abbiano natura sostanziale. Entrambi infatti necessitano di un'azione di accertamento più complessa da parte dell'amministrazione finanziaria ai fini della loro verifica.

---

<sup>19</sup> Cfr. P. Valente, *Il nuovo modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni: profili di novità*, il Fisco 557 ss., 6/2018. Del tema si parlerà *infra*.

Un'analoga disposizione è prevista per quanto concerne i soggetti passivi IRES, per i quali il legislatore italiano ha altresì adottato un triplice criterio per configurare la residenza fiscale<sup>20</sup>. Tale configurazione è disposta dall'articolo 73 del Tuir dove, in particolare al comma 3, vengono specificate tre situazioni in base alle quali un determinato soggetto sia da considerare residente nel territorio dello stato italiano: quando <<per la maggior parte del periodo di imposta ha (stabilito) la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale>>.

Così come avviene per i presupposti adottati per le persone fisiche, si tratta di tre criteri che presentano il carattere dell'alternatività. Il primo di essi (l'individuazione della sede legale) ha carattere formale, e può essere facilmente desunto dall'atto costitutivo ovvero dallo statuto della società. Gli altri due invece sono a tutti gli effetti dei criteri di tipo sostanziale, la cui effettività prevede un processo di accertamento più complesso. Il criterio della sede amministrativa va ad individuare il luogo dove viene svolta l'attività strategica, dalla quale provengono cioè gli impulsi volitivi, generati da una soggiacente direzione e gestione aziendale. Il criterio dell'oggetto principale, invece, mira a ricondurre la residenza al luogo in cui viene svolta l'attività principale ed effettiva, ovvero l'attività essenziale per gli scopi sociali.

Il principio di residenza adottato dal nostro legislatore risulta prevalentemente in linea con quanto disposto dalla maggior parte degli altri stati, e questo ci porta ad affrontare una questione di estrema rilevanza, che non può essere ignorata da chi intenda operare su scala internazionale.

Come è stato già accennato in sede introduttiva, l'applicazione del principio di tassazione sul reddito mondiale, da una parte, e della tassazione del reddito prodotto nello stato dall'altra, espongono i contribuenti alla pericolosa situazione nella quale uno stesso reddito venga tassato due volte.

Per risolvere questo problema esistono disposizioni nazionali (come il nostro articolo 165 del Tuir, riguardante il credito d'imposta riconosciuto dal legislatore per i redditi prodotti all'estero) e convenzioni bilaterali poste in essere con altri Stati che ripartiscono e delimitano il potere impositivo.

Nel caso in cui vi sia addirittura un problema di "conflitto" di residenza, a dirimere la questione intervengono le *convenzioni contro le doppie imposizioni*, tramite le quali viene stabilito quale

---

<sup>20</sup> Cfr. Circolare dell'Agenzia delle Entrate 28/E del 4 agosto 2006, dove al paragrafo 8 l'amministrazione finanziaria afferma che <<ai sensi dell'articolo 73, comma 3, del TUIR, la residenza fiscale delle società e degli enti viene individuata sulla base di tre criteri: la sede legale, la sede dell'amministrazione ed il luogo in cui è localizzato l'oggetto principale. Tali criteri sono alternativi ed è sufficiente che venga soddisfatto anche uno solo di essi perché il soggetto possa considerarsi residente ai fini fiscali nel territorio dello Stato.>>.



debba essere il criterio da adottare per determinare la residenza fiscale<sup>21</sup>. Tipicamente, il criterio adottato a livello convenzionale è quello della ‘*tie-breaker rule*’ riportata dal modello OCSE<sup>22</sup>. Questo principio si ispira al concetto di *Place of Effective Management* risalente alla pluricentennale cultura giuridica anglosassone<sup>23</sup>. Sostanzialmente, questo prevede che la residenza venga individuata nella sede della direzione effettiva, che quindi dovrà essere una e soltanto una. Bisogna tuttavia sottolineare come la recente approvazione di un novellato Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni da parte dell’OCSE, abbia sostanzialmente abbandonato il criterio della ‘*tie-breaker rule*’, a favore di un più diplomatico ‘*mutual agreement*’ tra le autorità dei Paesi contendenti<sup>24</sup>. Nella sostanza dei fatti viene consigliato un approccio meno rigido e più flessibile, che sia in grado di garantire una soluzione *ad hoc* a seconda del singolo caso riscontrato, frutto di un compromesso e di una collaborazione tra i due Stati. In particolare, il novellato modello individua dei fattori su cui dovrà incentrarsi l’analisi, tra i quali: il luogo di svolgimento delle riunioni del consiglio di amministrazione, il luogo di esercizio delle funzioni degli amministratori e dell’amministrazione dirigenziale, la localizzazione della sede centrale e il luogo in cui sono conservate le scritture contabili. Nella sostanza, il concetto di *Place of Effective Management*<sup>25</sup> quale elemento dirimente non viene

---

<sup>21</sup> A titolo esemplificativo, si riporta il caso della convenzione contro le doppie imposizioni siglata tra Italia e Germania, cfr. “*Convenzione tra la Repubblica Italiana e la Repubblica Federale di Germania per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio e prevenire le evasioni fiscali*”, Bonn, 19 ottobre 1989. La convenzione, nel caso di doppia residenza, prevede, all’articolo 4, paragrafo 2, di determinare la residenza effettiva considerando i seguenti criteri: “a) detta persona è considerata residente dello Stato nel quale dispone di un’abitazione permanente; quando essa dispone di un’abitazione permanente nei due Stati, è considerata residente dello Stato con il quale le sue relazioni personali ed economiche sono più strette (centro degli interessi vitali); b) se non si può determinare lo Stato contraente nel quale detta persona ha il centro dei suoi interessi vitali, o se la medesima non ha un’abitazione permanente in alcuno degli Stati, essa è considerata residente dello Stato in cui soggiorna abitualmente; c) se detta persona soggiorna abitualmente in entrambi gli Stati oppure non soggiorna abitualmente in alcuno di essi, essa è considerata residente dello Stato del quale ha la nazionalità; d) se detta persona ha la nazionalità di entrambi gli Stati o se non ha la nazionalità di alcuno di essi, le autorità competenti degli Stati contraenti risolvono la questione di comune accordo.”

<sup>22</sup> In particolare, il riferimento va all’articolo 4 del Modello OCSE, che regola appunto la questione della residenza di un soggetto giuridico in caso di sovrapposizione tra due stati. Il modello è stato recentemente novellato (con l’approvazione del 21 novembre 2017), con l’intento di recepire le linee guida introdotte dall’OCSE tramite il progetto BEPS. Tale implementazione ha portato altresì ad una nuova formulazione del criterio di individuazione della residenza fiscale (vedi *infra*). Sul tema si veda, P. Valente, *Il nuovo modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni: profili di novità*, il Fisco 557 ss., 6/2018.

<sup>23</sup> Uno dei casi più noti è quello della società De Beers, risalente al 1906, dove i giudici inglesi si trovarono a dirimere la questione della residenza del suddetto soggetto giuridico che presentava la propria sede legale in Sudafrica, ma la quasi totalità del suo consiglio di amministrazione era composto da soggetti residenti nel Regno Unito. La sentenza fissò la residenza nel luogo da cui partivano gli “impulsi decisionali” della società. Sul tema si veda: G. Moschetti, *Origine storica, significato e limiti di utilizzo del place of effective management, quale criterio risolutivo nei casi di doppia residenza delle persone giuridiche*, in Dir. Prat. Trib., 2010, pag. 245 ss.

<sup>24</sup> Sul tema, si veda P. Valente, *Il nuovo modello OCSE*, op. cit., pag. 558.

<sup>25</sup> Sul punto, si consideri altresì che il Commentario OCSE, al paragrafo 24.1, relativamente all’articolo 4, stabilisce in modo chiaro che << *As a result of these considerations, the “place of effective management” has been adopted as the preference criterion for persons other than individuals. The place of effective management is the place where key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity’s business as*

abbandonato, ma viene esplicitato. L'elemento di novità risiede, appunto, nel tentativo di creare una collaborazione tra gli Stati, in luogo di una imposizione foriera di potenziale confusione interpretativa.

Quanto fin qui enunciato risulta essere l'aspetto teorico della questione, tuttavia, se andiamo a studiarne il risvolto pratico, le cose appaiono più complesse e meno lineari. Se è lecito affermare che l'articolo 73 del Tuir sia pacificamente applicabile ai soggetti IRES che hanno natura industriale e produttiva, per i quali è più agevole il riscontro della sede effettiva, non possiamo considerare altrettanto inossidabile tale affermazione se consideriamo realtà societarie portatrici di attività immateriali (su tutte, si pensi alle *holding*). Strutture giuridiche queste che, nella realtà economica attuale, sono sempre più frequenti, anche in un'economia come quella italiana tipicamente improntata all'industria medio-piccola, con forme societarie poco strutturate. Per questi soggetti passivi, la disciplina sulla residenza dei soggetti IRES rischia di generare situazioni dove viene del tutto privata la certezza del diritto, e sfociare in fenomeni di esterovestizione, o presunta tale.

Abbiamo esterovestizione nel momento in cui l'insediamento nello Stato estero rappresenta nulla più che una parvenza, appositamente creata con lo scopo di apparire, agli occhi dell'amministrazione tributaria domestica, un contribuente estero<sup>26</sup>. Tipicamente, l'esterovestizione ha come fine ultimo quello di garantire un risparmio di imposta, attraverso la costruzione di uno o più soggetti fittizi, insediati in uno stato estero con il solo fine di attrarre il reddito in questi territori e subire un'imposizione più mite.

È evidente che in questi casi l'attività di accertamento dell'amministrazione finanziaria, in mancanza di disposizioni *ad hoc*, sarebbe stata molto più complicata. Laddove l'amministrazione finanziaria avesse voluto contestare la residenza italiana di una società con sede legale all'estero, avrebbe dovuto dimostrare la presenza in Italia, per oltre la metà del periodo d'imposta, di uno degli altri due requisiti (l'oggetto sociale o la sede dell'amministrazione).

---

*a whole are in substance made. All relevant facts and circumstances must be examined to determine the place of effective management. An entity may have more than one place of management, but it can have only one place of effective management at any one time.>>.*

<sup>26</sup> Sul tema, si veda, C. Garbarino, *Manuale di Tassazione Internazionale*, 2008 ; P. Valente e D. Cardone, *Esterovestizione – profili probatori e metodi di difesa nelle verifiche*, 2015 ; N. Zanotti, *Gli incerti profili dell'esterovestizione nell'attuale realtà economica internazionale*, Dir. Prat. Trib., pp. 864 ss., 2/2018 ; A. Perini, *Tra esterovestizione e attività di direzione e coordinamento della capogruppo: la corte di Milano scrive l'epilogo della vicenda "Dolce e Gabbana"* , Dir. Prat. Trib. , pp.92 ss, 5/2017 . Si veda altresì lo Studio n.3 a cura della Commissione fiscalità internazionale e diritto comunitario dell'ODCEC di Roma, *L'esterovestizione, i profili fiscali domestici ed internazionali e i profili penali*, Roma, 2016.

Ecco che il legislatore, per semplificare il compito del Fisco, ha introdotto una presunzione legale assoluta di residenza, che troviamo nei commi 5-bis e 5-quater dell'articolo 73 del Tuir<sup>27</sup>. Nelle suindicate disposizioni assistiamo ad una sostanziale inversione dell'onere della prova, totalmente ribaltato sulle spalle del contribuente a cui spetterà il compito di svincolarsi dalle presunzioni normative.

Il legislatore italiano ha così ritenuto opportuna, in apparente contrasto con il principio della libertà di stabilimento stabilito dal T.F.U.E.<sup>28</sup>, l'adozione di una linea presuntiva che attrae alla fiscalità domestica una serie di soggetti giuridicamente stabiliti in uno stato estero<sup>29</sup>.

È facilmente osservabile come il tema dell'esterovestizione non possa essere sottovalutato quando si va ad attuare una pianificazione fiscale su scala internazionale, soprattutto alla luce delle presunzioni di residenza previste dai citati commi 5-bis e 5-quater dell'articolo 73 del Tuir. Più in generale, si può affermare come la presunzione di residenza risulti essere una vera e propria spada di Damocle che pende sulla testa delle società estere che abbiano rapporti partecipativi con soggetti passivi italiani. Questo aspetto complica notevolmente il compito di chi, lecitamente e senza voler in alcun modo tentare di frodare il Fisco, sia intenzionato a diversificare la localizzazione di parte della propria attività (quand'anche dei propri *assets*), spostandola *effettivamente* in uno stato estero.

---

<sup>27</sup> Nello specifico, il comma 5-bis attrae a residenza italiana tutti quei soggetti che <<possiedono partecipazioni di controllo in società [...] e: - siano controllati da soggetti residenti in Italia, ovvero – siano amministrati da un consiglio di amministrazione prevalentemente composto da soggetti residenti in Italia>>. Diversamente, il comma 5-quater stabilisce che sono fiscalmente soggetti in Italia quei paesi che <<possiedono un patrimonio in misura prevalente investito in quote o azioni [...] e sia controllato, direttamente o indirettamente, [...] da soggetti residenti in Italia.>>.

<sup>28</sup> Sul tema, che verrà ampiamente approfondito *infra*, si veda E. M. Bagarotto, “La disciplina in materia di *controlled foreign companies* alla luce delle modifiche apportate dalla legge di stabilità 2016 e nell’attesa dell’attuazione della “direttiva anti-beps””, in Dir. Prat. Trib., 3/2017, pag. 954 ss.

<sup>29</sup> Di particolare importanza risulta essere una recente sentenza della Corte di Cassazione (sentenza n. 43809/2015 sul caso “Dolce & Gabbana”), dove è stato distinto in modo chiaro e netto il concetto di potere di direzione e coordinamento da quello di sede della direzione effettiva. Nel caso di specie, il giudice, trovandosi a dover dirimere la questione relativa alla presunta esterovestizione di una società controllata con sede in Lussemburgo, a cui era stata affidata la gestione dei marchi del gruppo, ha ritenuto opportuno disattendere le sentenze emanate dai precedenti gradi di giudizio, ed altrettanto le precedenti decisioni della medesima Corte. In particolare, è stato stabilito che la sussistenza di una “direzione effettiva”, così come richiamata dalla medesima Convenzione tra i due Paesi in parola, non può essere considerata *conditio sine qua non* per l’applicazione automatica di una presunzione di residenza italiana. Invero, è necessario adottare un approccio “caso per caso”, privilegiando comunque il criterio di una verifica puntuale dell’effettivo esercizio dell’attività da parte del soggetto estero. La Corte ha quindi relegato la fattispecie di esterovestizione alla sola casistica in cui la struttura societaria estera risulti essere una mera costruzione artificiale, in linea con quanto stabilito dalla Corte di Giustizia sul caso Cadbury Schweppes (di cui si parlerà ampiamente *infra*). Cfr. C. Catarraso e G. Chinellato, *Esterovestizione e sanzionabilità penale*, in *L’esterovestizione: profili fiscali domestici ed internazionali e i profili penali*, a cura della commissione fiscalità internazionale e diritto comunitario dell’O.D.C.E.C. di Roma, Giuffrè editore, 2016, pp. 101 ss.

Il quadro d'insieme della questione risulta ancor più complicato dalla presenza di un'ulteriore disciplina specifica, volta a regolamentare le operazioni svolte tra soggetti controllati, ma residenti presso due Stati differenti.

### ***1.2.2. La disciplina del Transfer Pricing***

Il mercato globale ha portato alla proliferazione di gruppi societari strutturati su scala transnazionale, formati da una moltitudine di soggetti giuridici autonomi che risiedono presso Stati differenti. In questi casi, nonostante l'autonomia giuridica delle singole entità (legate tra loro da rapporti partecipativi) non possa essere messa in discussione, è indubbio il fatto che tali soggetti, in quanto facenti parte di un gruppo, rispondano ad un unico soggetto controllore, ovvero la società capogruppo. In questo senso è opportuno considerare il gruppo non già come un agglomerato di soggetti eterogenei legati tra loro da vincoli partecipativi, bensì come un unico soggetto economico, con un proprio centro decisionale in grado di dirigere e amministrare l'intera rete societaria sottostante.

Entrare in contatto con diversi ordinamenti giuridici implica altresì l'assoggettamento ad una moltitudine di sistemi di prelievo fiscale, ognuno dei quali prevede aliquote, norme e agevolazioni differenziate. Sotto questa prospettiva, potrebbe essere conveniente per il gruppo (inteso ora come soggetto unitario) pianificare la propria attività economica veicolando una parte consistente della ricchezza prodotta verso quei territori che presentano una fiscalità particolarmente vantaggiosa. Il gruppo potrebbe quindi essere tentato di porre in essere delle operazioni tra le società che ne fanno parte applicando alle operazioni infragruppo corrispettivi modulati in modo tale da abbattere l'imponibile nei paesi a fiscalità ordinaria ed aumentarlo nei paesi a fiscalità privilegiata<sup>30</sup>. Questa operazione, indotta da un chiaro intento elusivo, non segue le regole proprie del mercato, e per questo motivo crea una stortura nel sistema fiscale.

---

<sup>30</sup> Si consideri la seguente situazione a titolo esemplificativo: abbiamo due società facenti parti del medesimo gruppo strutturato su scala internazionale. La prima società, Alfa, è residente in Italia dove sconta un'aliquota fiscale sul reddito delle imprese pari al 24%; la seconda, Beta, è invece residente in Irlanda, dove sconta un'aliquota fiscale sul reddito delle imprese pari al 12,5%. Beta è produttore di macchinari che vengono trasferiti (dietro corrispettivo) alle varie imprese del gruppo e poi rivenduti nei singoli mercati nazionali. Il corrispettivo che Beta chiede ad Alfa per l'acquisto infragruppo di un singolo macchinario è solitamente pari al valore di mercato di questi beni, ovvero 200. Ciò significa che se Alfa rivendesse questi beni ad un prezzo pari a 300 dovrebbe pagare le imposte nel paese di residenza sul margine di 100 (300-200), per un totale di imposta societaria gravante sul gruppo pari a 24. Ma se Beta decidesse di aumentare il corrispettivo infragruppo, portandolo da 200 a 250, discostandolo in misura significativa dal valore di mercato, Alfa pagherebbe le imposte su un imponibile di 50 (300-250), con un'imposta pari a 12, e la differenza di profitto di 50 verrebbe invece spostata sul paese di residenza di Beta, dove sconterebbe un'imposta pari a 6, per un'imposta totale pagata dal gruppo pari a 18, ben al di sotto di quanto avrebbe pagato applicando il valore di mercato.

È proprio per contrastare quei fenomeni transnazionali che hanno come finalità ultima quella di minimizzare il carico fiscale del gruppo, a danno quindi degli Stati che presentano regimi fiscali ordinari, che è stato introdotto uno specifico strumento giuridico: la disciplina del *transfer pricing*<sup>31</sup> (o prezzi di trasferimento). Tramite questa particolare normativa, il legislatore ha cercato di introdurre nel sistema tributario un meccanismo che limitasse per gruppi societari strutturati su scala internazionale la possibilità di aggiustare i redditi prodotti infra gruppo, adottando prezzi che non seguono le normali logiche del mercato, in modo tale da coordinare la distribuzione del reddito di gruppo su scala internazionale, spostando la marginalità verso quei paesi che applicano un livello di tassazione più mite.

La disposizione di riferimento è l'articolo 110, comma 7 del Testo unico delle imposte sui redditi<sup>32</sup>, il quale, prevedendo che <<*componenti di reddito derivanti da operazioni con società non residenti [...], che direttamente o indirettamente controllano la società, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, sono (ri)determinati alle condizioni e ai prezzi che sarebbero stati pattuiti in condizioni di libera concorrenza e in circostanze comparabili*>><sup>33</sup>, impone una valutazione circa la “normalità” dei prezzi applicati e, conseguentemente, vincola il contribuente stesso ad intervenire autonomamente applicando una rettifica alle componenti di reddito che sono scaturite da quella determinata operazione infra gruppo, sotto determinate condizioni. In sostanza la norma impone al contribuente di modificare in sede di predisposizione della propria dichiarazione dei redditi i componenti di reddito riguardanti specifiche operazioni, adattandole al valore di libera concorrenza. I prezzi rimangono civilisticamente e contrattualmente tali, ma a livello fiscale si interviene sulla consistenza delle componenti.

Lo scopo della disposizione non è quello di intervenire su una situazione di simulazione. Nel caso del *transfer pricing* infatti i proventi percepiti ed i costi sostenuti sono effettivi, ma

---

<sup>31</sup> Sul tema si veda, ampiamente, P. Valente, *Manuale del Transfer pricing*, 2018, IPSOA ; P. Alonzo, G. Pallaria, G. Committeri, *Transfer pricing e paradisi fiscali*, 2013, IPSOA ; V. Uckmar - G. Corasaniti - P. de' Capitani di Vimercate - C. Corrado Oliva, *Manuale di Diritto Tributario Internazionale*, Padova, 2012, 73; *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13, OECD Report*, 2012; D. Stevanato, *Il transfer pricing tra evasione ed elusione*, in GT – Riv. Giur. Trib. 2013; P. Valente, *La giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di transfer pricing*, il Fisco, 2012, pag. 7062 ss.

<sup>32</sup> La disciplina è stata recentemente oggetto di modifiche ad opera dell'articolo 59, comma 1, del D.L. 50/2017, seguite poi dal D.M. 14/05/2018 che ha implementato delle linee guida sulla nuova disciplina in materia di Transfer Pricing. Sul tema si veda B. Ferroni, *Stabilite le nuove linee guida per il transfer pricing*, il Fisco, 2018, pag. 2449; P. Valente, *Transfer Pricing: le ultime novità*, IPSOA quotidiano, 2018.

<sup>33</sup> È interessante notare come la modifica normativa del 2017 abbia modificato il precedente riferimento al “valore normale” dei prezzi di trasferimento, inserendo un riferimento ai concetti di “libera concorrenza” e di “comparabilità” delle situazioni. Tale intervento è volto a recepire l'articolo 9 del Modello di Convenzione OCSE, dove si conviene che è il principio di libera concorrenza (c.d. Arm's Length Principle) a dover stabilire quale sia il prezzo di riferimento da paragonare in sede di comparazione tra i prezzi applicati da due società collegate e quelli applicati da due soggetti indipendenti. Cfr. P. Valente, *Transfer Pricing: le ultime novità*, IPSOA quotidiano, 2018.

vengono contestati sulla base della loro non congruità rispetto alle logiche di mercato. Per ovviare a tale rischiosità del sistema, il legislatore chiede che tali operazioni vengano effettuate sotto una logica di mercato, applicando cioè un prezzo che normalmente verrebbe applicato se gli stessi prodotti o gli stessi servizi venissero venduti/acquistati a/da imprese tra loro indipendenti.

Per determinare se il prezzo applicato risulti o meno congruo, il soggetto residente deve autonomamente svolgere un *test* di comparabilità tra il valore di libera concorrenza (ovvero il prezzo di mercato), applicato tra imprese indipendenti tra loro, ed il corrispettivo applicato infragruppo. Evidentemente, il grado di comparabilità tra le operazioni deve essere il più affinato possibile, e deve tenere in considerazione una serie di fattori tra cui i termini contrattuali, le caratteristiche dei beni ceduti (o dei servizi prestati), le condizioni di mercato in cui si sta operando e le funzioni svolte dalle parti in quella determinata circostanza<sup>34</sup>. Il punto focale della questione sta nella corretta determinazione del prezzo di libera concorrenza a cui fare riferimento per procedere con la variazione in sede dichiarativa. Le linee guida emanate dall'OCSE nel 2017 individuano una serie di metodologie alternative che il contribuente può utilizzare per individuare il “valore di mercato”, tutte validamente applicabili purché sia motivata la scelta dell'una o dell'altra. Qualsiasi sia il metodo adoperato, ciò che conta è che questo porti a garantire la determinazione del prezzo di libera concorrenza con la maggior accuratezza possibile.

Qualora il suddetto *test* risulti comprovare l'incongruenza tra i corrispettivi applicati dalle società controllate o controllanti e il prezzo che sarebbe stato applicato in condizioni di libero mercato, e da questo ne consegua un risparmio in termini fiscali, il contribuente dovrà intervenire autonomamente sulla propria dichiarazione dei redditi e procedere con una variazione in aumento del reddito imponibile. La disposizione (articolo 110, comma 7, del Tuir) infatti prevede che la suddetta rideterminazione della base imponibile debba avvenire se dall'operazione infragruppo <<*ne deriva un aumento del reddito*>>, sia esso legato a minori ricavi ovvero a maggiori costi di cui ha beneficiato la società residente in Italia.

Una disposizione di siffatta natura potrebbe altresì trovare applicazione nello Stato di insediamento della società estera che, assieme a quella domestica, ha posto in essere l'operazione. In questa circostanza, il rischio è quello di assoggettare due volte ad imposta la medesima operazione, sia in uno Stato che nell'altro, creando un'ingiustificata situazione di

---

<sup>34</sup> Le linee guida emanate dall'OCSE nel 2017 in materia di transfer pricing costituiscono un punto fermo della disciplina, al quale fare riferimento per la rideterminazione del prezzo delle operazioni infragruppo. Cfr. “*Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and Tax Administrations*” emanate dall'OCSE nel 2017.

doppia imposizione. Per evitare ciò, è lo stesso comma 7 dell'articolo 110 del Tuir ad intervenire, consentendo al contribuente di operare una variazione in diminuzione del reddito qualora sia stato concluso un accordo con l'amministrazione finanziaria dello stato estero e comunque vincolandolo alla presentazione preventiva di un'apposta istanza<sup>35</sup>.

L'autodeterminazione del valore di libera concorrenza posto in essere dal contribuente è successivamente sottoposto ad un eventuale giudizio di congruità da parte dell'amministrazione finanziaria, che in sede di accertamento potrebbe pattuire un valore al corrispettivo inferiore rispetto a quanto determinato dal dichiarante. Per evitare che ciò avvenga, il soggetto residente ha a disposizione due strade. La prima è denominata *ruling* internazionale e consiste nel raggiungimento di un accordo preventivo con il Fisco, dietro presentazione di un'apposta istanza, che gli consenta di adottare un prezzo di libera concorrenza che sia frutto di un contraddittorio vincolante tra le parti. Alternativamente, il contribuente può autodeterminare il prezzo di mercato, predisponendo annualmente della documentazione che attesti e che giustifichi come sono stati quantificati i prezzi di trasferimento applicati alle operazioni infragruppo (c.d. *penalty protection*). In questo modo la società si prepara ad un'eventuale fase ispettiva operata dall'amministrazione finanziaria e, quand'anche questa non ritenga che i prezzi adoperati siano conformi a quelli in libera concorrenza, non vedrà scattare nei suoi confronti l'irrogazione delle sanzioni pecuniarie derivanti dall'illecito amministrativo di infedele dichiarazione.

Alla luce di quanto esposto, possiamo considerare l'articolo 110 comma 7 del Tuir a sua volta una misura di contrasto alle pratiche di pianificazione fiscale su base transnazionale, miranti all'ottenimento di un indebito risparmio di imposta. Evidentemente, tale circostanza può sostanziarsi sia in uscita, attraverso meccanismi di spostamento di base imponibile prodotta nel territorio domestico e trasferita verso altri paesi applicando prezzi inferiori, sia in entrata, attraverso l'attrazione nel territorio nazionale di costi gonfiati al solo scopo di abbattere il reddito imponibile. L'imprenditore che intenda sviluppare una struttura su scala internazionale della propria attività economica non potrà quindi ignorare l'esistenza di questa particolare disciplina fiscale.

---

<sup>35</sup> Più precisamente, l'ammissibilità della rettifica in diminuzione del reddito ai sensi dell'articolo 110 comma 7 del Tuir viene disciplinata dall'articolo 31-quater del D.P.R. 600/1973 introdotto dal D.L. 50 del 24/04/2017. Questa disposizione prevede che la variazione in diminuzione possa essere riconosciuta se è posta in essere: << a) in esecuzione degli accordi conclusi con le autorità competenti degli Stati esteri a seguito delle procedure amichevoli previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi [...]; b) a conclusione dei controlli effettuati nell'ambito di attività di cooperazione internazionale [...]; c) a seguito di istanza da parte del contribuente [...] >>. Le disposizioni attuative del presente articolo sono riportate nel Provvedimento n. 108954/2018 emanato da parte dell'Agenzia delle Entrate il 30 maggio 2018.

### ***1.2.3. La disciplina delle Controlled Foreign Companies (cenni)***

Risulta chiaro a questo punto della trattazione come le dinamiche di internazionalizzazione delle attività economiche rischino di essere utilizzate anche al fine di eludere la normativa nazionale in materia fiscale. La presenza di gruppi societari strutturati su scala transnazionale preoccupa il legislatore domestico, oltre che per lo spostamento fittizio dei redditi tramite l'utilizzo di corrispettivi non conformi al mercato, anche per il possibile utilizzo di società residenti all'estero e utilizzate come semplici "contenitori" di ricchezza. Il timore del legislatore è quello che i soggetti controllanti, che detengono il potere di amministrare la società estera, decidano di differire la distribuzione degli utili generati da quest'ultima, ovvero di utilizzarla come soggetto passivo a cui imputare delle attività generatrici di redditi passivi. La convenienza di operazioni di questo tipo risiede nella collocazione territoriale di queste società, tipicamente residenti presso Stati che presentano un regime fiscale particolarmente vantaggioso, se paragonato al regime in vigore nello Stato di residenza del soggetto controllante.

L'intento elusivo sotteso a queste operazioni è di tutta evidenza, ed è per questo che il legislatore si è preoccupato di adottare una disciplina specifica, che andasse appunto a contrastare quelle situazioni in cui la società estera controllata da una società italiana (*c.d. CFC*, acronimo inglese di *Controlled Foreign Companies*) altro non sia che un mero centro di imputazione di ricchezza. Tale disciplina si trova nell'articolo 167 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917) e prevede un meccanismo di tassazione per trasparenza degli utili generati dalla CFC, al sussistere di determinate condizioni. Lo scopo della disciplina, come avremo modo di approfondire ampiamente nel corso del presente lavoro, è quello di attrarre a tassazione nel territorio dello stato quella ricchezza che è stata fittiziamente posta in capo ad un soggetto estero.

Tale disciplina ha subito nel tempo un'evoluzione importante, mutando la sua forma anche radicalmente, assumendo profili talvolta giustificati, talvolta discutibili. Andremo quindi ad analizzare l'evoluzione storica della disciplina, sotto un profilo nazionale, per giungere quindi ad un'analisi della recentissima modifica legislativa, che ha stravolto e ridisegnato la norma, anche in virtù di una spinta da parte del legislatore comunitario.



## **CAPITOLO SECONDO: L'evoluzione normativa della disciplina italiana in tema di *controlled foreign companies*.**

### **2.1. Premessa**

L'introduzione di una disciplina italiana inerente il regime di tassazione sulle società estere controllate fu tardiva se paragonata alle legislazioni presenti nel panorama fiscale europeo al termine degli anni novanta del secolo scorso. Essa vide i propri albori con l'approvazione della legge numero 342 del 21 novembre 2000, che introdusse nel Testo unico delle imposte sui redditi l'articolo 127-bis denominato "*disposizioni in materia di imprese estere partecipate*". L'introduzione di questa normativa, peraltro, fu incoraggiata dall'OCSE e dall'Unione Europea, organismi sovranazionali che hanno assunto nel tempo un ruolo centrale nella lotta alla pianificazione fiscale aggressiva, promuovendo il ravvicinamento tra le legislazioni dei vari Stati.

La norma andò ad introdurre un inedito regime di tassazione per trasparenza in capo ai soggetti italiani degli utili derivanti da società estere controllate localizzate in Stati a fiscalità privilegiata. Fino ad allora infatti non era prevista alcuna disciplina specifica sulle società estere controllate, i cui utili venivano tassati in capo al socio residente solo al momento della loro effettiva distribuzione. Tale situazione era spesso all'origine di pratiche elusive che permettevano al soggetto italiano di posticipare il momento impositivo, oppure di evitarlo *tout court*, utilizzando il soggetto estero come mero centro di imputazione di ricchezza. È in questa cornice che bisogna quindi considerare la disciplina in parola: non come una norma contro la delocalizzazione delle imprese, come potrebbe apparire ad una prima analisi, bensì come una disposizione specifica di lotta all'elusione fiscale.

Nonostante la recente introduzione, tale disciplina è stata oggetto di numerose rivisitazioni che ne hanno modificato profondamente la struttura e il contenuto.

Particolare rilevanza ha assunto la recente modifica apportata dal decreto legislativo n. 142 del 29 novembre 2018 che, recependo in parte quanto disposto dal Consiglio dell'Unione Europea

tramite la direttiva c.d. ATAD<sup>36</sup>, ha riformulato la disciplina sulle CFC nella sua totalità, correggendo gli elementi di criticità presenti nel testo previgente.

Il presente capitolo si occuperà dell'evoluzione storica, oltre che della *ratio* della disciplina italiana sulle *controlled foreign companies*. Nel capitolo successivo si andrà invece ad analizzare nel dettaglio la disciplina in tema di CFC, alla luce del recente intervento ad opera del decreto legislativo n. 142 del 29 novembre 2018.

---

<sup>36</sup> Direttiva UE 2016/1164 del 12 luglio 2016 del Consiglio dell'Unione Europea *recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno*.

## 2.2. L'origine e la ratio della disciplina italiana sulle CFC.

Al fine di inquadrare correttamente la normativa è necessario, in via preliminare, considerare le motivazioni che in origine spinsero il legislatore ad introdurre la presente disciplina e l'evoluzione storica che questa normativa ha avuto nel recente passato.

Preme innanzitutto sottolineare come l'Italia avesse, assieme ad altri paesi europei, sottostimato il problema dello spostamento verso l'estero dei redditi domestici, a vantaggio di paesi che presentavano una pressione fiscale bassa, per non dire nulla<sup>37</sup>. Non stupisce pertanto il fatto che la spinta normativa giunse da una serie di raccomandazioni da parte dell'OCSE e dell'Unione Europea, in particolare tramite il rapporto *Harmful Tax Competition*<sup>38</sup> con il quale l'organizzazione denunciava la pericolosità delle "pratiche fiscali dannose" derivanti da una globalizzazione in costante ed esponenziale sviluppo e ammoniva gli stati membri circa la minaccia derivante da tale fenomeno. Il rapporto proseguiva auspicando una modifica multilaterale da parte delle varie giurisdizioni dei Paesi membri dell'OCSE, al fine di porre una soluzione comune ad un problema (la concorrenza fiscale dannosa) che era causa di un impoverimento globale, oltre che delle singole nazioni.

La portata e l'allarme creati dalle raccomandazioni degli organi sovranazionali fecero da propulsore per l'introduzione di una normativa nazionale che il legislatore italiano, accortosi della minaccia, non tardò a recepire, adottando per la prima volta una normativa specifica sulle CFC. In particolare, la disciplina mirava a contrastare quei fenomeni di distrazione dei redditi messi in pratica dagli operatori domestici a favore di territori esteri a fiscalità privilegiata, e la conseguente erosione delle entrate tributarie nazionali.

La disciplina originaria traeva ispirazione, oltre che dalle indicazioni fornite dall'OCSE, da quelle che erano le discipline adottate dai paesi "precursori" a livello internazionale. In

---

<sup>37</sup> Cfr. L. Perlini e N. Pollari, *Luci ed ombre delle recenti disposizioni fiscali interne a portata ultraterritoriale: il nuovo art. 127-bis del Tuir*, il Fisco, 2/2001, p. 300.

<sup>38</sup> Cfr. OCSE, *Harmful Tax Competition. An emerging global issue*, Parigi, 1998. Il Rapporto venne approvato dal consiglio dell'OCSE il 9 aprile 1998 e successivamente fu presentato ai Ministri membri dell'OCSE. In questo, erano contenute 19 raccomandazioni, che avevano l'obiettivo di aiutare gli stati membri ad adottare misure di contrasto alle pratiche fiscali dannose. Occorre tuttavia considerare che a livello internazionale la questione era stata già sollevata, a partire dal 1996, quando i paesi membri del G7 invitarono l'organizzazione a redigere il suddetto rapporto e, un anno più tardi, nel 1997, quando la commissione europea emanò una Comunicazione, cfr. Commissione CE, *Verso il coordinamento fiscale nell'Unione europea. Un pacchetto di misure volte a contrastare la concorrenza fiscale dannosa*. COM (97) Comunicazione della Commissione al Consiglio ed al Parlamento europeo, che sfociarono poi nell'adozione dello Stato italiano del c.d. "Codice di condotta" relativamente alla tassazione delle società.

Successivamente, l'OCSE non abbandonò il progetto, e nel giugno del 2000 pubblicò un secondo rapporto, Cfr. OCSE, *Towards Global Tax Co-operation. Report to the 2000 Ministerial Council Meeting and Recommendations by the Committee on Fiscal Affairs. Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices*, Parigi, 2000 che identificava una lista di 47 paesi potenzialmente pericolosi, dei quali 35 venivano definiti dei "paradisi fiscali". Questo rapporto fu seguito da un terzo, Cfr. OCSE, *The OECD's Project on Harmful Tax Practices: the 2001 Progress Report*, Parigi, 2001.

particolare, all'epoca del recepimento, si potevano individuare due approcci alla disciplina. Il primo, denominato *jurisdictional approach*, era quello maggiormente impiegato dai paesi europei e prevedeva, al sussistere di determinate condizioni, un'imputazione per trasparenza di tutto il reddito generato dalla controllata estera (limitatamente alla percentuale di possesso) in capo al soggetto controllante residente, indipendentemente dalla fonte di provenienza di tale reddito. In questo sistema, fondamentale importanza veniva affidata alla provenienza geografica del reddito e, conseguentemente, necessitava l'individuazione di un elenco puntuale (c.d. *liste*) di stati considerati "a regime fiscale privilegiato", che garantissero un elemento di certezza nel sistema. Il secondo approccio, denominato *transactional approach*, prevedeva invece la tassazione per trasparenza della sola parte di reddito considerata "potenzialmente elusiva" (si pensi, ad esempio, ai *passive income*<sup>39</sup>) proveniente dalla società estera controllata.

Nella sostanza, i due approcci si differenziavano nell'individuazione dell'elemento sul quale incentrare la pericolosità della struttura estera: da una parte il *focus* si concentrava sulla localizzazione della CFC, dall'altra parte invece veniva data maggior rilevanza alla natura del reddito generato dalla controllata estera. Il legislatore italiano, in linea con la tendenza dei paesi membri dell'Unione Europea, decise di adottare l'approccio di tipo giurisdizionale<sup>40</sup>.

Sin dalla sua comparsa nello schema legislativo italiano la normativa in oggetto aveva una duplice ragion giustificatrice sorretta da un visione sistemica sempre più improntata all'attuazione di una decisa lotta all'elusione fiscale.

In prima istanza era possibile ravvedere un intento di contrasto al differimento della distribuzione degli utili generati dalla controllata estera. Tale operazione garantiva al soggetto

---

<sup>39</sup> Per *passive income* si intendono tutti le fonti passive di reddito, ovvero quelle fonti generate dal semplice possesso di immobilizzazioni immateriali capaci di attrarre in capo ad un soggetto passivo una ricchezza di stampo non produttivo, non commerciale ovvero non industriale. Il concetto di *passive income* risulterà essere di centrale importanza nel contesto della normativa sulle CFC, poiché è stato per lungo tempo considerato un elemento che poteva portare ad una presunzione di artificiosità della struttura estera controllata.

<sup>40</sup> Ciò appariva ancora più evidente se si considera la puntuale individuazione da parte del legislatore di un insieme chiuso di paesi (c.d. "paradisi fiscali") per i quali vigeva una presunzione di "pericolosità fiscale". La lista degli stati c.d. *black list*, adottata dallo schema legislativo originario, aveva appunto lo scopo di evidenziare al contribuente quali fossero le località che secondo l'amministrazione finanziaria presupponevano un maggior grado di rischiosità in termini fiscali. Nel corso del tempo tuttavia il legislatore ha introdotto una serie di modifiche normative contraddittorie rispetto al sistema di individuazione a liste chiuse appena enunciato. In particolare (come si vedrà) la scelta di abbandonare il sistema delle liste di "pericolosità fiscale", legando la disciplina CFC al sussistere di un predefinito livello minimo di tassazione valido *erga omnes* e alla produzione di redditi di tipo passivo sembra allontanare la disciplina dall'obiettivo originario. A ben vedere infatti, questo mutamento potrebbe essere interpretato come una tendenza del legislatore verso un approccio definito ibrido, non più solo legato ad un'individuazione geografica delle CFC, ma caratterizzato da un *mix* tra il criterio *jurisdictional* e quello *transactional*. Cfr. E. Bagarotto, *La disciplina in materia di controlled foreign companies alla luce delle modifiche apportate dalla legge di stabilità 2016 e nell'attesa dell'attuazione della "direttiva anti-beps*, Dir. Prat. Trib., 2017, pag. 954 ss.; R. Papotti e F. Molinari, *La Disciplina Cfc Alla Prova Della Direttiva Anti-Elusione Dell'unione Europea*, Corriere Tributario, 2016, pag. 2609 ss.

controllante italiano una postergazione, potenzialmente *sine die*, del momento impositivo in capo ad esso<sup>41</sup>.

Il timore del legislatore era legato al fatto che il soggetto controllante aveva la possibilità di decidere – proprio in ragione della sua posizione di controllante - quando e se distribuire gli utili generati dal soggetto estero controllato.

Solo al momento della loro effettiva distribuzione tali utili avrebbero attivato il meccanismo di tassazione in capo al socio, residente nello Stato italiano, detentore delle partecipazioni. In questo modo, il soggetto controllante era in grado di differire, o di escludere *in toto*, il momento impositivo, utilizzando la società estera come un “contenitore di ricchezza” da gestire a proprio vantaggio.

Lo strumento dell'imputazione per trasparenza degli utili generati dalla controllata estera aveva l'effetto immediato di bypassare il passaggio della distribuzione. In questo modo, il reddito della controllata veniva così imputato alla controllante, indipendentemente dalla distribuzione degli utili.

Va sottolineato tuttavia come, sin dall'introduzione della normativa CFC, le cause esimenti della disciplina previste dal legislatore ne consentissero la disapplicazione tramite la dimostrazione dello svolgimento di un'attività economica effettiva da parte dell'entità estera controllata, elemento questo che non presentava alcuna correlazione con la possibilità di posticipare la traslazione degli utili in capo al socio residente. È evidente che, pur esercitando un'attività economica effettiva, il contribuente poteva differire la distribuzione degli utili evitandone la tassazione. Nonostante ciò, nessuna attenzione veniva invece posta in merito al momento distributivo degli utili della società estera controllata<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Questa intenzione viene confermata anche dall'Agenzia delle Entrate che, nella Risoluzione 63/E del 28/03/2007 (Istanza di Interpello) affermava che “*la ratio della disposizione di cui all'art. 167 ... è quella di garantire che i redditi prodotti all'estero siano tassati almeno una volta in misura congrua*”, facendo leva su un discutibile pregiudizio secondo il quale una tassazione meno elevata di quella domestica sia, per converso, non congrua. Dello stesso orientamento era altresì la Guardia di Finanza che, con la circolare n. 1/2008, all'art. 5 affermava come <<*La ratio della disciplina delle CFC è dunque quella di risolvere un fenomeno di elusione internazionale quale il tax deferral, ossia la produzione di redditi in Paesi a bassa fiscalità evitandone la distribuzione sotto forma di dividendi o di utili*>>. Si veda altresì G. Pezzuto, *il nuovo regime in materia di cfc (controlled foreign companies)*, il Fisco, 2001, pag. 1472 ss.

<sup>42</sup> Cfr. G. Ingraò, *La riforma dell'IRES e la legislazione sulle Controlled Foreign Companies*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Milano, 2008, pag. 259; R. Cordeiro Guerra, *Riflessioni critiche e spunti sistematici sulla introducenda disciplina sulle Controlled Foreign Companies (art. 127-bis del Tuir)*, in *Rassegna Tributaria*, 5/2000, pag. 1399.

Risulta pertanto evidente come il *tax deferral*, che pur aveva avuto il suo peso specifico al momento dell'introduzione della disciplina CFC, avesse di fatto assunto una rilevanza secondaria agli occhi del legislatore domestico<sup>43</sup>.

In seconda istanza l'altra *ratio legis*, riconducibile alla lotta alle costruzioni fiscali di puro artificio, diventava predominante e rendeva in modo inequivocabile la disciplina sulle *controlled foreign companies* una disposizione specifica antielusiva.

Proprio in questa seconda ragione giustificatrice trovava il "cuore pulsante" la normativa sulle CFC: il timore che un soggetto utilizzasse una struttura societaria estera artificiosa al solo scopo di sottrarre a tassazione redditi altrimenti imponibili nel territorio italiano, a beneficio di un livello impositivo più favorevole. Ecco quindi che la prospettiva passava da un mero differimento temporale dell'imposizione, ad una possibile "artificiosità" della struttura estera, creata con la sola ed esclusiva volontà di ottenere un vantaggio d'imposta considerato indebito.

Dentro questa *ratio* appariva in tutta la sua nitidezza lo stampo anti elusivo della norma, che non intendeva soffocare un lecito tentativo di ricerca di un vantaggio fiscale, ma mirava piuttosto a colpire quelle strutture che non svolgevano un'attività economica reale ed effettiva. Strutture che non rappresentavano altro che scatole vuote, localizzate strategicamente al solo fine di attrarre la tassazione in paesi a fiscalità privilegiata. La ricerca di un risparmio di imposta rimaneva in tal modo un fenomeno legato alle dinamiche di costo aziendali e, pertanto, non censurabile da parte del legislatore nazionale. Legislatore che, tuttavia, si riservava la possibilità di intervenire qualora detto risparmio diventasse indebito.

Si intende dire che, mentre il primo fenomeno (il lecito risparmio d'imposta) in un'economia di stampo liberista e capitalista avrebbe dovuto essere garantito e tollerato dal sistema, la seconda fattispecie (l'utilizzo di una struttura artificiosa), non trovando alcuna giustificazione aziendalistico-gestionale-produttiva, avrebbe creato un evidente danno al sistema erodendo la base imponibile di uno Stato tramite la fittizia delocalizzazione dell'attività in un altro Paese. Ecco quindi che diventava dirimente la natura e l'effettività della struttura estera, sulla quale si focalizzava e (ancora oggi) si focalizza il punto della disciplina in tema di CFC.

---

<sup>43</sup> Di questo avviso, tra gli altri, C. Garbarino e P. Bonarelli, *Misure di contrasto ai "regimi fiscali privilegiati": la nuova normativa cfc*, Fisc. e comm. intern., 2016, pag. 17 ss., A. Ballacin, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, 2016, Padova, CEDAM, dove l'autore parla di una natura "bipolare" del modello adottato dalla giurisdizione italiana. La tesi tuttavia, non viene abbracciata dalla giurisprudenza nella sua totalità. In particolare, E. Bagarotto, *La disciplina in materia di controlled foreign companies*, op. cit., non sembra sbilanciarsi su un giudizio di questo tipo, pur riconoscendo l'esistenza di un filone dottrinale che, a parere dello scrivente, trova un suo fondamento logico.

Va detto che il legislatore domestico ha assunto rispetto alla *ratio* della disciplina un atteggiamento mutevole nel tempo e, talvolta, poco coerente. Segnatamente, il riferimento va a quelle modifiche legislative che avevano posto l'attenzione della disciplina sul mercato di riferimento della struttura estera controllata<sup>44</sup>, rischiando di trasformare una disposizione anti elusiva in una norma di contrasto "generico" alla delocalizzazione delle attività economiche<sup>45</sup>. Tale configurazione aveva come effetto quello di far rientrare nell'ambito applicativo della disciplina società estere che non presentavano i connotati di una struttura artificiosa. Ai soci residenti di queste società non era infatti riconosciuta la possibilità di disapplicare la normativa CFC in virtù della mancanza di legami commerciali con l'area geografica estera di appartenenza<sup>46</sup>.

Tale orientamento veniva tuttavia superato con la modifica normativa intervenuta nel 2015<sup>47</sup> la quale, eliminando qualsiasi riferimento al mercato di appartenenza della CFC, riportava i binari della norma nel suo percorso originario: quello di una disciplina di contrasto alla delocalizzazione dei redditi presso una struttura artificiosa localizzata in uno Stato a fiscalità vantaggiosa.

---

<sup>44</sup> Il riferimento va alla modifica normativa introdotta con il decreto legge n. 78 del 2009 che aveva apportato una significativa modifica alle esimenti previste per la disapplicazione della normativa CFC, disponendo al comma 5 lettera a) dell'articolo 167 del Tuir che <<le disposizioni [...] non si applicano se il soggetto residente dimostra che: la società [...] svolga un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività, nel mercato dello Stato o territorio di insediamento [...] >>.

<sup>45</sup> Cfr. M. Paganuzzi, La cfc legislation, in C. Sacchetto (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, Giappichelli editore, 2011; R. Dominici, *Considerazioni sul regime delle Cfc*, in *Corriere Tributario*, n. 38/2003 pag. 3125 e ss.

<sup>46</sup> Sul funzionamento della circostanza esimente in parola si rinvia a quanto verrà successivamente approfondito nel quarto paragrafo del presente capitolo, inerente le modifiche introdotte dal decreto legislativo n. 147 del 2015 e dalla legge n. 208 del 2015 (legge di Bilancio 2016).

<sup>47</sup> Modifiche apportate dall'articolo 8 del decreto legislativo n. 147 del 14 settembre 2015 (c.d. decreto internazionalizzazione) e dall'articolo 1 comma 142 lett. b) della legge 208 del 28 dicembre 2015 (legge di bilancio 2016) che hanno ridisegnato gran parte della disciplina, abrogando il sistema di individuazione a liste chiuse (*black list e white list*) degli stati a fiscalità privilegiata e hanno legato le esimenti al livello impositivo della CFC e alla tipologia reddituale da questa prodotta. La recentissima riforma dell'articolo 167, introdotta con il d. lgs. n. 142 del 29 novembre 2018, ha di fatto mantenuto tale configurazione della disciplina.

### 2.3. La nascita della normativa CFC in Italia: l'articolo 127-bis del TUIR

La disciplina italiana sulle CFC è stata introdotta con il collegato alla finanziaria del 2000<sup>48</sup>, testo adottato in seguito alle raccomandazioni esplicitate dall'OCSE contro le pratiche di *'harmful tax competition'*, che hanno individuato nelle CFC una tra le pratiche di concorrenza fiscale potenzialmente dannose per la potestà impositiva degli Stati.

Sollecitata da questa spinta e dalla presa di posizione da parte dell'Unione Europea tramite l'adozione del c.d. "Codice di Condotta", anche l'Italia ha deciso di dotarsi di una propria normativa che andasse a disciplinare quelle situazioni in cui la detenzione di partecipazioni in società controllate estere potesse sfociare nella fuoriuscita di base imponibile dal paese di residenza della controllante. Nel fare ciò il legislatore ha introdotto l'articolo 127-bis al Testo Unico delle Imposte sui Redditi<sup>49</sup>. Il modello ispiratore fu l'articolo 209b del *Code General des Impost*, contenuto nella disciplina francese, il quale, adottando l'approccio c.d. *jurisdictional*, prevedeva una tassazione per trasparenza, indipendentemente dalla distribuzione, degli utili prodotti dalla controllata estera in capo al socio controllante in virtù di una sua localizzazione geografica in un determinato stato o territorio. Nella sostanza, si decise di adottare un criterio incentrato più sulla presunzione di pericolosità della localizzazione del soggetto economico generatore dei flussi reddituali in un determinato territorio, che non sulla natura medesima dei redditi realizzati.

Va detto che lo scheletro della norma, a causa della sua schematicità e rigidità, ha contribuito a rendere disarticolate le successive modifiche normative introdotte dal legislatore<sup>50</sup>. Nemmeno il recentissimo decreto legislativo di recepimento (d. lgs. n. 142/2018) di recepimento della direttiva ATAD (direttiva UE 2016/1164) è riuscito a rendere organica la struttura della disposizione.

---

<sup>48</sup> In particolare, con la legge numero 342 del 21/11/2000, che al comma 1 lett. a) dell'art.1, denominato "Disposizioni in materia di imprese estere partecipate" ha introdotto l'articolo 127-bis del TUIR. Il percorso legislativo per giungere a tale disposizione fu lungo e laborioso, che iniziò nel 1999 con la presentazione di due disegni di legge, il n. 4185 il n. 4336, approvati dal C.d.M. il 15 novembre 1999.

<sup>49</sup> L'articolo 127-bis in seguito alla riorganizzazione del D.P.R. 917 del 22 dicembre 1987 (c.d. T.U.I.R., ovvero Testo Unico delle Imposte sui Redditi) operata con la riforma del Testo Unico del 2003 (Decreto Legislativo 344 del 12 dicembre 2003), è stato abrogato. Conseguentemente, la disciplina sulle CFC ha trovato collocazione, all'interno del medesimo testo unico, nell'articolo 167, posizione tutt'ora vigente. Tale variazione ha trovato applicazione a partire dal 1° gennaio 2004.

<sup>50</sup> Sul tema, del quale si parlerà *infra*, si veda su tutti E. M. Bagarotto, *La disciplina in materia di Controlled Foreign Companies alla luce delle modifiche apportate dalla legge di stabilità 2016 e nell'attesa dell'attuazione della "direttiva anti-BEPS"*, in *Diritto e Pratica tributaria*, 3/2017, pag. 954 ss.



Lo stesso non può invece affermarsi per la sua *ratio* che, come già detto, ha subito un'importante evoluzione. Qui ricordo infatti come la *ratio* originaria fosse duplice, consistente da una parte in un contrasto a fenomeni di *tax deferral*, dall'altra in una prevenzione nei confronti dei fenomeni di erosione della base imponibile domestica. Tale circostanza era facilmente riscontrabile sia dalla relazione di accompagnamento ai due disegni di legge presentati, sia dalla Circolare interministeriale n. 207/E del 2000, dove si chiariva come l'introduzione dell'articolo 127-bis fosse <<*finalizzato ad attrarre a tassazione in Italia, Paese di residenza del soggetto controllante, i redditi prodotti dal soggetto estero partecipato che sia localizzato in un Paese a regime fiscale privilegiato*>> poiché questi <<*erano assoggettati ad imposizione in Italia solo nel momento in cui confluivano nel reddito della controllante in qualità di dividendi effettivamente distribuiti*>>. Nel passo precedente veniva ulteriormente palesato il timore del legislatore di un differimento temporale del momento distributivo dei redditi generati dalla controllata, considerando che, antecedentemente l'introduzione della norma in esame, il soggetto controllante <<*poteva spesso "ottimizzare", in relazione alla propria situazione fiscale, il momento della delibera e della effettiva distribuzione degli utili.*>>.

La disciplina si poneva quindi come strumento di contrasto a quelle situazioni in cui il soggetto residente utilizzasse la struttura estera a proprio vantaggio, ottenendo così un risparmio d'imposta sostanzialmente indebito. Per impedire ciò, la norma originaria prevedeva che <<*redditi conseguiti dal soggetto estero partecipato sono imputati [...] ai soggetti residenti in proporzione alle partecipazioni da essi detenute.*>>, ove il termine *imputati* utilizzato dal legislatore sottintendeva il meccanismo della tassazione per trasparenza, sul quale è necessario soffermare la nostra attenzione.

### ***2.3.1. La tassazione per trasparenza nella disciplina CFC***

Il sistema tributario, sin dalle sue origini, si è trovato a dover affrontare situazioni in cui la ricchezza prodotta da un soggetto passa nelle mani di uno o più altri soggetti. Il legislatore ha dovuto adottare dei meccanismi che consentissero la tassazione della ricchezza conseguente al predetto trasferimento, evitando fenomeni di doppia imposizione economica<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> Ovvero evitando che tale ricchezza venisse tassata, per intero, in capo a due soggetti distinti. Sul tema e sulla tassazione "per trasparenza" si veda M. Beghin, *"I rapporti società-soci (in particolare, dividendi e plusvalenza). Il problema della doppia tassazione dei redditi societari"*, in *"Diritto tributario per l'università e per la preparazione all'esercizio delle professioni economico-giuridiche"*, Padova, 2017, pag. 526 ss.

Per fare ciò, è stato deciso di adottare un duplice schema normativo. Da una parte troviamo appunto il meccanismo della tassazione per trasparenza, tramite il quale il reddito prodotto da un soggetto viene imputato direttamente al socio, senza attendere il momento distributivo. Tale meccanismo vede la sua applicazione nel coordinamento tra tassazione società-socio nelle società di persone dove, ai sensi dell'articolo 5 del Tuir, i redditi generati dalla società sono <<imputati a ciascun socio, indipendentemente dalla percezione, proporzionalmente alla sua quota di partecipazione agli utili>>. In questo modo, il problema della doppia imposizione è risolto alla radice perché la società si limita a determinare il reddito ed il socio è l'unico soggetto che su tale reddito è chiamato a versare le imposte.

La ragione che giustifica l'adozione di questo meccanismo, per quanto concerne le società di persone, è facilmente desumibile alla luce delle caratteristiche proprie di queste società, caratterizzate dalla mancanza di personalità giuridica, nonché da una stretta simbiosi tra soci e società. È in virtù di tale rapporto partecipativo strettamente connesso che la trasparenza impositiva trova la sua ragion d'essere.

Il sistema tributario prevede altresì dei regimi di tassazione per trasparenza su base opzionale che coinvolgono i soci di società di capitali. Il riferimento va agli articoli 115 e 116 del Tuir che consentono, rispettivamente alle società di capitali partecipate esclusivamente da altre società di capitali (articolo 115) ed alle società a responsabilità limitata "a ristretta base azionaria" partecipate da persone fisiche (articolo 116), di imputare il proprio reddito in capo ai soci in proporzione alla quota di partecipazione detenuta<sup>52</sup>. Tale previsione normativa si discosta dalla logica sottostante alla tassazione per trasparenza prevista per le società di persone, giacché la doppia imposizione economica in capo ai soci delle società di capitali trova già un suo rimedio sistematico— come vedremo — tramite il meccanismo della *participation exemption*<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Le opzioni in oggetto sono contenute negli articoli 115 e 116 del D.P.R. 917/1986. L'articolo 115 consente, tramite l'esercizio di un'apposita opzione che è <<irrevocabile per tre esercizi sociali della società partecipata e deve essere esercitata da tutte le società (soci, ndt) e comunicata all'amministrazione finanziaria>> (comma 4 art. cit.), l'imputazione del reddito imponibile della partecipata in capo ai soci, purché questi siano esclusivamente soggetti di cui all'articolo 73 comma 1 lettera a) del D.P.R. 917/1986 e detengano una percentuale di diritto di voto (ex art. 2346 c.c.) e di partecipazione agli utili non inferiore al 10 per cento e non superiore al 50 per cento.

Specularmente, l'articolo 116 consente l'esercizio della medesima opzione <<dalle s.r.l. il cui volume d'affari non supera le soglie previste per l'applicazione degli studi di settore e con una compagine sociale composta esclusivamente da persone fisiche in numero non superiore a 10 o a 20 nel caso di società cooperativa>> (comma 1 art. cit.)

<sup>53</sup> Il citato regime opzionale sembra piuttosto trovare la sua ragion giustificatrice nel riconoscimento in capo al socio delle perdite generate dalla società partecipata, venute a mancare con la soppressione del meccanismo di trasmissione delle perdite tramite svalutazione delle partecipazioni in seguito alla Riforma Tremonti del 2003. Sul tema si veda M. Poggioli, *Appunti sul regime di tassazione per trasparenza intersocietario di cui all'art. 115*

L'altro meccanismo di tassazione degli utili previsto dal sistema tributario è quello proprio delle società di capitali, le quali vengono tassate direttamente sui redditi generati (il c.d. utile fiscale). Una volta tassato, l'utile (civilistico) può essere distribuito (in un momento anche successivo a quello in cui è stato generato) e quindi reso imponibile in capo al socio, il quale, come previsto dal regime di esclusione parziale (c.d. *participation exemption*) indica nella propria dichiarazione dei redditi una variazione in diminuzione del reddito imponibile derivante dal soggetto partecipato pari all'esclusione prevista dalle leggi tributarie.

L'adozione del regime di tassazione per trasparenza in capo ai soci di una società estera non sembra rispondere alla logica di nessuna delle due fattispecie appena esposte. Nonostante ciò, il legislatore, derogando dalla normativa ordinaria, ha adottato il sistema della trasparenza nel caso delle CFC utilizzandolo come "ostacolo" a quelle situazioni dalle quali potrebbero derivare pratiche di elusione fiscale strutturate su scala internazionale; si è quindi deciso di utilizzare uno strumento già presente nel sistema, ma "non proprio" della disciplina, per proteggere la potestà impositiva dello Stato da possibili intenti elusivi. Si tratta, appunto, di un utilizzo della trasparenza in una situazione patologica.

### ***2.3.2. Il presupposto soggettivo disposto dall'articolo 127-bis del TUIR***

Passiamo ora ad un'analisi della disciplina introdotta dal legislatore domestico. Il primo profilo che la norma andava a disciplinare fin dalla sua introduzione era quello soggettivo, ovvero l'individuazione dei soggetti ai quali applicare la normativa in parola. In altre parole, bisognava individuare quali soggetti residenti in Italia, a fronte della detenzione di azioni o quote di partecipazioni in soggetti esteri, dovevano porsi il problema di tassare per trasparenza i redditi derivanti da tali azioni o partecipazioni.

Sulla base del combinato disposto dei primi due commi della disposizione, ai fini dell'individuazione dei soggetti ai quali si applicava la normativa CFC, veniva fatto espresso riferimento ad altre due norme del medesimo testo unico, gli articoli 5 e 73 comma 1, lettere a), b) e c) del Tuir<sup>54</sup>, le quali comportavano l'applicazione della norma ad un'ampia platea di

---

*t.u.i.r.: profili funzionali, aspetti applicativi e risvolti problematici*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2006, p. 10047, dove l'autore afferma come le intenzioni del legislatore, tramite l'introduzione della norma in esame, fossero quelle di trovare un "*correttivo rispetto a situazioni che possono richiedere forme di riconoscimento delle perdite*" per superare l'abrogazione del meccanismo della svalutazione delle partecipazioni, precedentemente previsto dagli articoli 61 e 63 del Tuir (in vigore fino al 31 dicembre 2003) e garantire così la possibilità di un ribaltamento immediato del risultato d'esercizio (quandanche negativo) dalla partecipata ai soci partecipanti.

<sup>54</sup> Nello specifico, il riferimento va all'articolo 5 del TUIR, che individua tra i soggetti passivi residenti le società semplici, società in nome collettivo, società in accomandita semplice e soggetti equiparati; e l'articolo 73, comma

soggetti. In particolare, venivano ricomprese nel tracciato normativo sia le società di persone che le società di capitali (incluse le società cooperative, gli enti privati e pubblici, le associazioni non riconosciute e i consorzi), oltre alle persone fisiche, anch'esse destinatarie della normativa. L'elenco individuato era da considerarsi comprensivo della quasi totalità dei soggetti residenti nel territorio italiano, con l'esclusione delle stabili organizzazioni localizzate nel nostro Stato da parte di società estere. Per queste, la normativa CFC non trovava, in origine, applicazione<sup>55</sup>. Tuttavia, la norma subirà variazioni nel tempo, fino ad includere tali soggetti nell'ambito applicativo, come vedremo in seguito.

Per quanto concerne l'individuazione dei soggetti esteri controllati i cui redditi sarebbero stati imputati per trasparenza in Italia, la normativa originaria parlava di “*soggetti residenti in uno Stato ovvero un territorio a fiscalità privilegiata*”. La definizione di “fiscalità privilegiata” era poi specificata dal comma 4, dove la delimitazione casistica veniva rinviata ad un apposito elenco da emanarsi per il tramite di un decreto ministeriale da parte dell'esecutivo.

Tale lista è stata quindi stilata nel novembre dell'anno successivo<sup>56</sup> con la definizione dei c.d. paesi *black list*. Essa comprendeva un insieme di Stati, individuato sotto un duplice criterio: un'imposizione fiscale eccessivamente bassa<sup>57</sup>, se non addirittura nulla, ed un'assenza di collaborazione tra l'amministrazione finanziaria estera e quella domestica. La predisposizione di tale *black list* è stata vista con favore<sup>58</sup>, soprattutto perché andava incontro ad una maggiore certezza del diritto, in un campo potenzialmente minato quale minacciava di essere la disciplina

---

1, lettere a), b) e c) del TUIR che invece individua tra i soggetti passivi le società a responsabilità limitata, le società per azioni, le società in accomandita per azioni, le società cooperative, le società di mutua assicurazione e gli enti pubblici o privati commerciali e non.

N.B. allora il testo dell'attuale articolo 73 Tuir trovava collocazione nell'articolo 87 del medesimo testo unico. Tuttavia, per non generare confusione nel lettore, si è preferito utilizzare la numerazione attualmente in vigore.

<sup>55</sup>È verosimile che la motivazione che spinse il legislatore a non includere le stabili organizzazioni residenti in Italia nell'ambito soggettivo fosse il timore che i redditi portati a tassazione dalla Stabile in ottemperanza all'articolo 127-bis venissero a loro volta tassati in capo alla casa madre della Stabile, creando una situazione di doppia imposizione, così S. Capolupo, *Presupposti soggettivi della normativa sulle controlled foreign companies*, il Fisco, n.7, pag. 917 ss., 2002.

<sup>56</sup> Il provvedimento in parola è il Decreto Ministeriale del 21 novembre 2001, pubblicato con la Gazzetta ufficiale n. 273 del 23 novembre 2001.

<sup>57</sup> Si intenda, la congruità del livello impositivo è da intendersi tale (o non tale) se raffrontata alla medesima imposizione in capo ad un soggetto italiano. È tautologico che, se preso singolarmente, qualsiasi regime fiscale risulti essere congruo rispetto a sé stesso, ovvero rispetto ad altri regimi ad esso simili. Invero, la ratio stessa della disciplina, che mira a limitare lo spostamento di redditi potenzialmente tassabili in Italia verso Stati con un sistema fiscale particolarmente favorevole, implica un raffronto tra la tassazione delle società controllate nei suddetti Stati e la tassazione che queste avrebbero dovuto assolvere qualora residenti nello Stato Italiano. Questa puntualizzazione risulterà utile alla luce delle modifiche normative che verranno affrontate in seguito.

<sup>58</sup> Cfr. L. Belluzzo e E. Lo Presti, *le black e white lists italiane: un quadro di sintesi*, il Fisco, 2002, pag. 4672 ss. ; circolare di Assonime n. 17 del 28 giugno 2017, dove viene evidenziata la difficoltà del contribuente di capire se sussiste o meno l'assoggettamento al regime in parola, alla luce delle modifiche adoperate con i decreti del 2015 che hanno di fatto abolito l'utilizzo delle black list. Si veda altresì P. Sella, *il punto di assonime sulle novità del regime cfc*, Fisc. Comm. Int., 2017, pag. 15 ss.

sulle CFC. Il solo limite che sollevava alcune perplessità era rinvenibile nella necessità di un continuo aggiornamento di tale elenco da parte del legislatore, e nelle difficoltà che questo avrebbe potuto affrontare nel predisporre tale revisione.

### ***2.3.3. Il requisito del controllo ai sensi dell'articolo 2359 c.c.***

Un secondo elemento circoscritto dal legislatore era costituito dal tipo di rapporto che doveva intercorrere tra il soggetto residente e quello estero ai fini dell'applicazione della disciplina CFC. In questo caso, il testo normativo faceva (e fa tuttora) espresso riferimento al dettato civilistico di cui all'articolo 2359 sulle società controllate. Tale norma individuava la fattispecie del controllo sotto una triplice prospettiva che andava a delineare: un controllo di diritto, un controllo di fatto ed un controllo contrattuale (si rinvia al capitolo inerente la disciplina attualmente in vigore per un'analisi più approfondita). Il fattore chiave risultava essere pertanto la percentuale di controllo, ovvero l'influenza assembleare ed infine la presenza di eventuali vincoli di tipo contrattuale. Nessun riferimento veniva invece fatto circa l'eventuale percentuale di partecipazione agli utili. Con il rinvio civilistico, il legislatore aveva voluto di fatto affermare come la sola circostanza del controllo potesse generare una situazione tale da consentire al soggetto controllante di veicolare gli utili a suo gradimento, e di gestire la ricchezza della società estera come se fosse di sua appartenenza.

Al contrario, la presenza di una partecipazione minoritaria, in alcun modo avrebbe potuto evolversi in un'influenza tale da garantire al soggetto detentore un controllo sugli utili della controllata<sup>59</sup>.

### ***2.3.4. La circostanza esimente originariamente prevista dalla normativa domestica.***

Nonostante la rigidità delle fattispecie applicative, in linea con le ragioni giustificatrici indotte dalla norma, il legislatore si è preoccupato fin da subito di garantire delle circostanze esimenti che fungessero da "salvagente" per i soggetti che, pur operando nel lecito, fossero stati attratti dalla disciplina. È proprio per tale ragione che queste esimenti risultavano essere uno dei punti

---

<sup>59</sup> Cfr. R. Cordeiro Guerra, *Imprese estere controllate e collegate*, in F. Tesoro (a cura di), *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, Bologna, 2007, pag. 978 ; A.M. Gaffuri, *La tassazione dei redditi d'impresa prodotti all'estero*, Milano, 2008, 281 ; A. Ballancin, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, Padova, 2016, 212.

focali dell'intera disciplina, giacché esse consentivano al soggetto residente di portarsi al di fuori della fattispecie impositiva, dopo esserne stato chiamato in causa dai presupposti soggettivi ed oggettivi. Il legislatore pertanto ha individuato sin dall'origine due possibilità di esclusione, alternative e validamente ammissibili a prescindere dalla natura del reddito prodotto dalla controllata. Si parla di elemento dirimente poiché, come avremo modo di vedere, le esimenti subiranno nel tempo degli importanti stravolgimenti e saranno l'ago della bilancia della disciplina sulle CFC, anche alla luce di una possibile incompatibilità tra normativa italiana e principi comunitari.

La prima ipotesi di esclusione, ai sensi del comma 5, prevedeva che il soggetto dovesse dimostrare *“che la società o altro ente non residente svolgesse un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua attività principale, nello Stato nel quale ha la sede”*. In sostanza, il legislatore chiedeva al contribuente di dimostrare la bontà della società controllata, ovvero la sua effettiva operatività in termini produttivi o commerciali. Con questa disposizione è evidente il tentativo di tradurre la *ratio* della disciplina in termini concreti, concedendo al soggetto residente la possibilità di svincolarsi dalla norma, evitando una circostanza impositiva *erga omnes*. Bisogna tuttavia constatare come la disposizione, così come formulata, avesse lasciato sin dal principio adito a non poche perplessità interpretative<sup>60</sup>, legate prevalentemente all'ambito applicativo della fattispecie in parola. In particolar modo, il concetto di *“effettiva attività industriale”* lasciava spazio ad una libertà interpretativa di eccessiva portata, diventando terreno fertile per la nascita di contenziosi tra l'amministrazione finanziaria e i contribuenti. Parte di queste problematiche erano state risolte con il decreto ministeriale di attuazione<sup>61</sup>, il quale aveva specificato che, ai fini dello svolgimento di un'attività economica effettiva, il soggetto residente doveva dimostrare la presenza di una *«struttura organizzativa idonea allo svolgimento dell'attività, oppure alla sua autonoma preparazione e conclusione»*.

Evidentemente, l'obiettivo del legislatore era quello di evitare che venissero penalizzati, tramite l'imposizione del regime di tassazione per trasparenza degli utili prodotti dalla controllata estera, quei soggetti che avessero deciso di delocalizzare la propria attività per ragioni prettamente economiche. A tal proposito è utile qui segnalare quanto verrà analizzato successivamente nel dettaglio, ovvero che l'assioma secondo cui *“la delocalizzazione economica è un fenomeno sempre lecito”*, risulta di difficile riscontro qualora le attività in oggetto non abbiano uno stampo produttivo o commerciale. L'applicazione del presente criterio

---

<sup>60</sup> Si veda in tale senso Dezzani L., Gazzo M., *Cfc legislation: luci ed ombre della nuova proposta legislativa.*, il Fisco n. 38, pag. 11528 ss., 2000; Lupi R., *Principi generali in tema di CFC e radicamento territoriale delle imprese*, in Rassegna Tributaria n.6, 2000.

<sup>61</sup> Decreto Ministeriale numero 429 del 21 novembre 2001.

comporta perciò il rischio, come vedremo successivamente, di veder applicare una presunzione assoluta di elusione in capo a determinate tipologie di redditi (c.d. *passive income*).

La seconda esimente introdotta risultava essere, sotto certi aspetti, ancor più contraddittoria, in quanto richiedeva al contribuente di dimostrare che l'effetto della localizzazione della partecipata in Stati o territori a fiscalità privilegiata non fosse quello di giovare del regime impositivo ivi esistente. Sostanzialmente, il soggetto residente doveva dimostrare che i redditi conseguiti dalla controllata non derivassero (perlomeno, non nella loro interezza) dallo Stato in cui risultava la sede societaria, presupponendo cioè un livello di tassazione congruamente adeguato al parametro fiscale italiano. Ancora una volta, la scarsa specificità della norma venne chiarita dal già citato decreto attuativo, che individuava nella soglia del 75 per cento il limite di produzione reddituale in un paese a fiscalità non privilegiata, sopra il quale il soggetto italiano poteva far salve le proprie ragioni circa lo stabilimento della controllata<sup>62</sup>.

Tramite questa esimente il legislatore aveva voluto nuovamente focalizzare la questione sul livello di tassazione, lasciando intendere che, qualora la sede dello stabilimento della controllata (ancorché localizzata in un paradiso fiscale) non avesse consentito un concreto risparmio di imposta, la fattispecie che la normativa in punto di CFC voleva andare a contrastare non era di fatto realizzata.

Uno dei punti più controversi della disposizione, come vedremo meglio successivamente, stava nella modalità di utilizzo delle circostanze esimenti concessa al contribuente. Infatti, nel medesimo comma 5, il legislatore aveva disposto l'obbligo di presentazione dell'interpello preventivo da parte del soggetto passivo residente, per vedersi riconosciuta la disapplicazione della disciplina. La disposizione a cui faceva riferimento l'articolo 127-bis del Tuir era lo statuto dei diritti del contribuente all'epoca appena emanato (legge numero 212 del 27 luglio 2000), più precisamente, l'articolo 11<sup>63</sup>. Non poche perplessità aveva destato altresì questa

---

<sup>62</sup> Il D.M. 429 del 21 novembre 2001 in particolare disponeva che la suddetta circostanza esimente potesse essere fatta valere qualora i redditi prodotti dalla controllata "*fossero stati prodotti in misura non inferiore al 75 per cento in altri stati o territori diversi da quelli di cui all'articolo 12-bis, comma 4, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con Decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, ed ivi sottoposti integralmente a tassazione ordinaria [...] ovvero, sottoposti integralmente a tassazione ordinaria nello stato o territorio in cui ha sede l'impresa, la società o l'ente partecipato*".

<sup>63</sup> Al riguardo, bisogna constatare come l'Agenzia delle Entrate, tramite la Circolare n. 18/E del 2002, abbia sottolineato come vi fosse una differenza sostanziale tra l'interpello disapplicativo previsto dall'articolo 127-bis sulle controllate CFC, e l'interpello ordinario previsto dall'articolo 11 dello Statuto dei diritti del contribuente. Sul tema si veda, A. Mastromatteo e B. Santacrose, *interpelli disapplicativi a tutela differita: quale soluzione per i contenziosi pendenti?*, il Fisco, 2015, pag. 3920 e ss. ; L. Dezzani e M. Gazzo, *cfc legislation: luci ed ombre della nuova proposta legislativa. prime riflessioni*, il Fisco, 2000, pag. 11528 e ss. , dove gli autori affermano che <<L'aver introdotto, infatti, l'obbligo di interpello preventivo con la procedura prevista dallo Statuto del contribuente, seppure da un lato garantisce una maggiore "tranquillità" del contribuente a non subire

previsione normativa, in quanto andava ad invertire l'onere della prova, ribaltandolo totalmente in capo al contribuente, senza un'apparente ragione che giustificasse la portata in termini di onere probatorio, ed utilizzando la forma dell'interpello ordinario in maniera quanto meno anomala<sup>64</sup>. Se da un lato è comprensibile che, in determinate circostanze, l'amministrazione finanziaria potesse rinvenire oggettive difficoltà nel reperire informazioni utili all'individuazione di effettive costruzioni elusive, dall'altra appariva eccessiva la scelta di imporre al soggetto passivo la predisposizione di idonea documentazione atta a dimostrare la sussistenza della bontà della propria localizzazione, pena l'inammissibilità di un eventuale accertamento postumo delle circostanze esimenti. In virtù di tale disposizione, la sproporzione a carico del contribuente era di tutta evidenza, poiché l'interpello risultava essere il solo strumento a disposizione per poter disapplicare la normativa in parola, caricando il soggetto passivo di un ulteriore "onere", imposto tramite l'utilizzo di uno strumento che era nato come strumento di protezione per il contribuente.

Il rischio evidente era quello di entrare in conflitto con alcuni tra i più importanti principi sistemici del diritto tributario, primo fra tutti, il principio di proporzionalità, nonché il diritto alla difesa previsto dall' articolo 24 della Costituzione. Per tali ragioni, la stessa Agenzia delle Entrate era intervenuta<sup>65</sup> per dirimere parzialmente la questione, legittimando il <<*carattere non vincolante della risposta* (all'interpello, ndr) *quale atto avente natura di parere*>> lasciando altresì intendere che il contribuente avesse comunque la possibilità di dimostrare <<*anche successivamente la sussistenza delle condizioni che legittimano l'accesso al regime derogatorio*>>. Restava ferma tuttavia l'obbligatorietà di presentazione dell'istanza.

---

*contestazioni da parte dell'Amministrazione finanziaria, dall'altro certo non esonera il legislatore a definire in modo chiaro ed incontrovertibile l'ambito applicativo dell'esimente in esame.>>.*

<sup>6464</sup> Sul punto, si veda F. Pistolesi, *Le istruzioni dell'Agenzia delle Entrate sulla impugnabilità delle risposte agli interpelli*, in Riv. Dir. Trib. N. 12, pag. 859 ss., 2009; A. Voza, *L'interpello per le controllate non residenti in paesi "black list"*, di Corriere Tributario n.19, p. 1525 ss., 2010, dove gli autori chiariscono che il ruolo dell'interpello ordinario, così come originariamente previsto dallo Statuto, fosse quello di fornire al contribuente la possibilità di conoscere preventivamente l'opinione del Fisco, in relazione ad una particolare circostanza, <<*qualora vi fossero obiettive condizioni di incertezza sulla corretta interpretazione della disposizione*>>.

È altresì necessario constatare come, tale anomalia nell'utilizzo dell'interpello ordinario, non fosse un caso isolato nell'ordinamento italiano, così come sottolineato da M. Beghin, *Note minime a proposito dell'interpello obbligatorio nella disciplina del c.d. "consolidato mondiale"*, in Boll. Trib. N. 18, pag. 1285 ss., 2009.

<sup>65</sup> Cfr. circolare 51/E del 2010 dell'Agenzia delle Entrate.



### ***2.3.5. La tassazione del reddito proveniente dalla CFC.***

Infine la norma andava ad indicare il criterio di assoggettamento dei redditi che, in virtù dell'eventuale applicazione del regime impositivo per trasparenza, sarebbero stati tassati in capo al socio residente (in proporzione alla sua quota di partecipazione agli utili). I predetti redditi erano soggetti ad una tassazione separata basata sul duplice criterio dell'aliquota media applicata al proprio reddito complessivo italiano, ovvero, applicando un'aliquota minima predefinita<sup>66</sup>. Ai fini dell'applicazione dell'imposta sostitutiva, i redditi dovevano essere calcolati prendendo come riferimento la normativa italiana riportata nel testo unico, ad eccezione di talune disposizioni agevolative (quali la norma sulla rateazione delle plusvalenze e quella sugli ammortamenti realizzati<sup>67</sup>). Venivano comunque ammesse in detrazione le imposte già versate, a titolo definitivo, nel paese di provenienza del reddito.

Un punto particolarmente delicato in merito all'individuazione della base imponibile dell'impresa estera partecipata stava proprio nella determinazione del reddito su cui calcolare l'imposizione "per trasparenza" in capo alla controllante. Poiché infatti la maggior parte dei paesi considerati a "fiscalità privilegiata" adottavano sistemi contabili totalmente differenti da quello domestico, le difficoltà di attuazione della presente normativa risultavano essere rilevanti. Si consideri altresì la peculiarità dello schema contabile italiano, ricco di rigidità e di differenze rispetto ai medesimi principi contabili internazionali.

Il decreto attuativo tuttavia intervenne sulla questione chiarendo che, per determinare il reddito, la controllante poteva porre le basi di calcolo sul documento contabile redatto secondo la disciplina vigente nello stato di origine, apportandovi posticipatamente le opportune variazioni in aumento o in diminuzione ai fini di una ricostruzione del reddito, secondo la normativa italiana.

Tale soluzione non parve comunque risolvere la spinosa questione della palese incompatibilità tra la disciplina in parola e il principio di proporzionalità, poiché il contribuente veniva gravato

---

<sup>66</sup> L'aliquota della prima introduzione normativa era fissata, ai sensi del comma 6 dell'articolo 127-bis, al 27 per cento. L'obiettivo era quello di scongiurare che vi fosse una commistione tra i redditi generati nel territorio italiano e quelli esteri, onde evitare una situazione in cui i redditi generati dalla controllata non divenissero più imponibili in presenza di eventuali perdite della controllante, così G. Ingraio, *La riforma dell'IRES e la legislazione sulle Controlled Foreign Companies*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires, dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Milano, p. 268, 2008.

<sup>67</sup> La norma prevedeva una rideterminazione del reddito della società controllata estera, così come disposto dalle disposizioni di cui al titolo V, capo VI, del TUIR, escludendo tuttavia l'applicazione di alcune norme agevolative. La ratio di tale disapplicazione era quella di non voler concedere ai soggetti esteri le medesime possibilità agevolative che venivano riservate ai contribuenti domestici. In particolare, venivano disconosciute le disposizioni di cui agli articoli 96, 96-bis, 103 e 103-bis del Tuir.

con presunzioni e oneri probatori particolarmente importanti. Considerando il fatto che la normativa sulle CFC nasceva (anche) come disposizione antielusiva legata alla “pericolosità” di una struttura estera controllata da un soggetto italiano, e che per contrastare tale rischiosità il legislatore aveva imposto un regime di tassazione per trasparenza particolarmente gravoso per il contribuente, l’applicazione di ulteriori appesantimenti normativi poteva infatti apparire come una “vessazione” nei confronti dei soggetti passivi verso i quali, probabilmente, sarebbe stato più opportuno adottare un approccio meno rigido e più distensivo, considerata anche la portata presuntiva<sup>68</sup> della disciplina in oggetto.

---

<sup>68</sup> Di presunzione parla apertamente la denuncia effettuata dalla Commissione per l’esame della compatibilità di leggi e prassi tributarie italiane della AIDC, datata 16 marzo 2016. Cfr. *“Denuncia n°12 – Illegittimità comunitaria del regime fiscale sulle controlled foreign companies (CFC rules) applicato a società ed enti con sede in altro stato comunitario”*. Firmatari: il Dott. A. Savorana, l’Avv. A. Bozzi, il Prog. Avv. F. Capelli, il Prof. Avv. G. Falsitta, il Dott. G. Marzorati, il Dott. R. Rizzardi e il Dott. M. Piazza.

## **2.4. Le modifiche normative del 2003, del 2008 e del 2009, le “black list” e le “white list”.**

Nonostante la recente introduzione, la disposizione è stata più volte modificata dal legislatore nazionale. Già dopo pochi anni dal suo ingresso nel panorama giuridico nazionale, la norma ha subito un'importante variazione legata all'ampliamento dell'ambito applicativo alle società c.d. collegate, causando un aspro dibattito in sede dottrinale. Successivamente, il legislatore è intervenuto ulteriormente abbandonando (figurativamente) il sistema della *black list* ed introducendo le c.d. *white list*. Inoltre, è stato operato un ampliamento del presupposto soggettivo, che è andato a ricomprendere quei soggetti che controllavano entità residenti in Stati a fiscalità “non privilegiata”, ancorché facenti parte dell'Unione Europea, ma che godevano comunque di un regime fiscale particolarmente vantaggioso.

### ***2.4.1. La Riforma della tassazione societaria del 2003: l'introduzione dell'articolo 168 del Tuir.***

Dopo soli tre anni dall'introduzione dell'articolo 127-bis nel panorama delle disposizioni riguardanti il reddito d'impresa, una piccola ma significativa modifica è intervenuta con la Riforma Tremonti del 2003 che, riordinando il testo unico nella sua interezza, ha spostato il posizionamento della norma sulla disciplina CFC dal 127-bis all'articolo 167. Oltre al formalismo relativo alla numerazione della norma, la Riforma ha apportato altresì una variazione più sostanziosa, prevedendo un significativo ampliamento della platea di soggetti ai quali applicare la disciplina.

Abbiamo osservato come in origine il regime di imputazione per trasparenza degli utili della partecipata estera in capo alla partecipante italiana trovasse applicazione esclusivamente al sussistere di una situazione di controllo tra socio residente e soggetto estero. Con la Riforma Tremonti, tramite l'introduzione dell'articolo 168 del Tuir, tale ambito applicativo veniva esteso anche alle c.d. società *collegate*. La norma richiama, nuovamente, il già citato articolo 2359 del codice civile che, al terzo comma, descriveva il collegamento come quella situazione in cui una società eserciti una “*influenza notevole*” su un'altra.

A differenza della disposizione relativa al controllo, l'articolo 2359 non faceva distinzione tra le varie tipologie di collegamento esistenti, ma affidava la sua verifica alla mera sussistenza di una percentuale minima di possesso partecipativo<sup>69</sup>.

Inevitabilmente, tale introduzione normativa è stata sin dal principio foriera di un aspro dibattito in sede dottrinale<sup>70</sup> poiché accusata di andare in netto contrasto con la *ratio* originaria che aveva spinto il legislatore ad adottare questa particolare disciplina. Lo scopo del regime di tassazione per trasparenza sugli utili generati dalle società controllate residenti in paesi o territori a fiscalità privilegiata era evidentemente quello di evitare, in *primis*, un utilizzo improprio della localizzazione estera della controllata (al solo fine di veder tassare la ricchezza prodotta tramite un regime fiscale più favorevole, se non nullo) ed in secondo luogo, quello di evitare fenomeni di differimento impositivo sugli utili generati dalla CFC.

Come già affermato, lo scopo perseguito era e rimane di indiscutibile legittimità e i timori del legislatore trovavano fondamento nella sempre maggior propensione di talune strutture societarie ad attuare una pianificazione fiscale internazionale ai confini tra il lecito e l'illecito. Tuttavia, la presenza di un semplice collegamento tra due società non poteva in alcun modo essere equiparata a quelle fattispecie in cui il controllo si sostanziava in concreto. Tantomeno una semplice partecipazione di minoranza poteva sfociare in una presunzione di abuso del diritto, quand'anche il soggetto partecipato risultasse residente in uno Stato a fiscalità privilegiata. Questo per il semplice ma determinante motivo che un soggetto, detentore di una partecipazione minoritaria, non avrebbe avuto la forza né tantomeno la possibilità di veicolare i redditi del soggetto estero partecipato a proprio vantaggio e beneficio<sup>71</sup>.

Si considerino inoltre le pesanti presunzioni previste dalla norma in parola (in particolar modo al comma 2) che prevedevano l'imputazione in capo al soggetto detentore delle partecipazioni di un reddito alternativamente riferito all'utile ante imposte della collegata ovvero, qualora

---

<sup>69</sup> Nello specifico, la norma disponeva che per assumere se vi fosse o meno un'influenza dominante, era sufficiente possedere una percentuale del 20 per cento delle partecipazioni nell'altra società (soglia che scende ad un decimo per le società quotate in borsa). Si può affermare che il limite massimo fosse da individuare nella sussistenza o meno del controllo ai sensi del comma 1.

<sup>70</sup> Cfr. A. Ballacin, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, Padova, CEDAM, 2016; L. Miele, *l'estensione alle società collegate della disciplina Cfc*, in *Corr. Trib.*, 47/2006, pag. 3752 e ss. E ancora, sull'argomento si veda F. Antonacchio, *Le criticità connesse all'estensione del regime cfc alle controllate fuori dalla black list*, *il Fisco*, 2010, pag. 7478 ss. ; Circolare Agenzia delle Entrate 51/E del 6 ottobre 2010 ; A. Mastroberti, *Cfc legislation: incertezze applicative alla luce della riforma Ires*, in *Azienda & Fisco – Fiscalità internazionale*, 2005.

<sup>71</sup> Cfr. R. Cordeiro Guerra, *Le imprese estere controllate e collegate*, in F. Tesauro (a cura di), *Imposta sul reddito delle società*, Bologna, 2017, pag. 974 e ss. ; L. Carpentieri, *Commento all'art. 168 Tuir*, in A. Fantozzi (a cura di), *Commentario breve alle leggi tributarie*, 2011, Padova.

maggiore, ad un reddito induttivamente determinato<sup>72</sup>. Tale disposizione, evidentemente mirata a colpire le c.d. società “scatola vuota”, aveva come effetto quello di creare una tassazione quasi certa anche per i redditi derivanti da partecipazioni che nulla avevano a che vedere con le finalità elusive che il legislatore mirava a colpire<sup>73</sup>.

#### ***2.4.2. La legge finanziaria del 2008: l'introduzione delle c.d. white list.***

L'introduzione normativa avvenuta ai sensi della legge finanziaria del 2008 che aveva modificato il criterio di individuazione degli Stati o territori a fiscalità privilegiata merita una breve menzione. Nella disciplina previgente, infatti, si faceva espresso richiamo alla già nota *black list* di cui al decreto ministeriale 429 del 2001, che individuava un elenco di stati “fiscalmente pericolosi”, sia in termini di livello impositivo, sia in termini di mancata collaborazione tra l'amministrazione finanziaria estera e l'Agenzia delle Entrate.

La nuova disposizione aveva disposto l'introduzione graduale di una novellata lista incentrata su un criterio opposto: quello dell'affidabilità fiscale degli Stati<sup>74</sup>. Invero, il nuovo articolo 168-bis del Tuir, affidava al Ministero dell'Economia e delle Finanze il compito di stilare un'apposita elencazione di Stato o territori “*che consentono un adeguato scambio di informazioni e nei quali il livello di tassazione non è sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia*”.

Veniva così introdotto il concetto di *white list* anche per la normativa CFC, così come per altre discipline presenti nel sistema tributario. L'individuazione dei paesi a fiscalità privilegiata, sulla base della nuova disposizione, avrebbe dovuto avvenire osservando la mancata inclusione degli Stati nella nuova lista di cui all'articolo 168-bis. Sostanzialmente, si sarebbe dovuto operare un criterio rovesciato rispetto a quanto precedentemente in vigore<sup>75</sup>.

Tuttavia, la disposizione attuativa del suddetto articolo tardò ad arrivare, lasciando di fatto inalterata l'applicabilità delle precedenti *black list*, in virtù del regime transitorio disposto dalla

---

<sup>72</sup> Sulla base di coefficienti prestabiliti, applicati su determinate categorie di beni dell'attivo patrimoniale.

<sup>73</sup> Cfr. G. Odetto, *Estensione della disciplina CFC alle imprese estere collegate non residenti*, in *Pratica Fiscale e Professionale*, 43/2006, p. 15 ; G. Maisto, *L'estensione della normativa CFC alle imprese estere collegate*, in *Rivista Diritto Tributario*, 2005, p. 241 .

<sup>74</sup> Tale disposizione, introdotta tramite il novellato articolo 168-bis del D.P.R. 917/1986 (Tuir) mirava alla predisposizione di un elenco tassativo di paesi che, adottando un livello di tassazione congruo rispetto a quello italiano e garantendo un adeguato scambio di informazioni tra le amministrazioni finanziarie locali e quelle domestiche, venissero considerati affidabili.

<sup>75</sup> Cfr. G. Maisto, *Il metodo delle liste positive (white list) e negative (black list) ai fini dell'imposizione nei rapporti con Stati aventi regime fiscale privilegiato*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'IRES. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Milano, Giuffrè editore, 2008, pag. 311 e ss.

norma stessa che forniva al Ministero un periodo di cinque anni per la pubblicazione della nuova *white list*. Tale stallo normativo si cristallizzò poi nel tempo, rendendo di fatto la *white list* uno strumento inattuato e legando indissolubilmente la disciplina CFC alle *black list* fino a quando, come vedremo, l'individuazione a liste chiuse venne superata definitivamente.

#### ***2.4.3. La modifica del 2009: l'ampliamento dell'ambito soggettivo ai soggetti residenti in stati a fiscalità "non privilegiata".***

Solo un anno dopo, con il decreto legge n. 78 del 2009, venne promulgata una nuova importante disposizione normativa che ha alterato profondamente la normativa CFC andando a modificare le fattispecie esimenti e facendo intendere un netto inasprimento nei confronti del contribuente. L'obiettivo era quello di cercare un'armonizzazione con quanto già disposto da altri ordinamenti europei al fine di condividere un approccio omogeneo a livello comunitario allo scopo di evitare arbitraggi fiscali considerati indebiti<sup>76</sup>. Si deve inoltre considerare il peso rilevante assunto dalla sentenza *Cadbury Schweppes* della Corte di Giustizia Europea del 2006, di cui si dirà più avanti, che ha fatto da spartiacque sull'interpretazione delle disposizioni CFC a livello comunitario.

Il decreto legge n. 78 del 2009 è andato ad incidere profondamente sulle fattispecie che consentivano una fuoriuscita dalla disciplina e, contemporaneamente, ha ampliato l'ambito applicativo estendendolo anche a quei soggetti sottoposti ad un regime fiscale considerato ordinario.

In *primis* si può osservare come il legislatore avesse adottato modifiche sostanziali in capo alla prima delle due esimenti, contenuta nel comma 5 lettera a). Il precedente dettato legislativo disponeva che il soggetto residente, al fine di poter disapplicare il regime di tassazione per trasparenza, avrebbe dovuto dimostrare lo svolgimento da parte della controllata di un'attività economica o industriale "*nello Stato o nel territorio nel quale ha sede*". Risulta evidente come

---

<sup>76</sup> In particolare, la relazione illustrativa di introduzione al decreto, spiegava come << *la Comunicazione della Commissione europea COM(2007)785def del 10 dicembre 2007, relativa all'applicazione di misure antiabuso nel settore dell'imposizione diretta all'interno dell'UE e nei confronti dei paesi terzi, gli Stati membri dell'Unione sono stati invitati a rivedere le proprie norme antielusione. In particolare, la Commissione ha auspicato l'approfondimento della possibilità di elaborare specifiche soluzioni coordinate, in stretta collaborazione con gli SM, al fine – tra l'altro – di mettere a punto definizioni comuni e migliorare la cooperazione amministrativa, in modo da individuare e contenere più efficacemente gli abusi e i meccanismi fiscali fraudolenti e, altresì, assicurare un migliore coordinamento delle misure antiabuso nei confronti dei paesi terzi.>>. Cfr. Scheda di lettura per l'Assemblea n. 187/16 del 22 luglio 2009 "Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini. D.L. 78/2009 – A.C. 2561-A", a cura del Servizio Studi – Dipartimento Bilancio della Camera dei Deputati.*

il fine della disposizione fosse incentrato sull'attività effettivamente svolta dal soggetto nello Stato, intendendo quest'ultimo come luogo di stabilimento della struttura estera.

La nuova formulazione aveva invece spostato il *focus* adottando una nuova locuzione secondo la quale detta attività economica, ai fini della disapplicazione, avrebbe dovuto essere svolta “*nel mercato dello Stato o del territorio di insediamento*”. Si implicava, evidentemente, oltre al già assodato svolgimento di una effettiva produttività di stampo aziendalistico, che l'attività venisse svolta *nello* Stato di insediamento inteso non più come luogo geografico di stabilimento, ma ora come mercato di approvvigionamento e di sbocco ovvero come centro nevralgico dei propri affari.

Nella sostanza, il legislatore aveva inteso irrigidire l'ambito disapplicativo, chiedendo al contribuente di dimostrare la bontà del proprio investimento, riservando all'amministrazione tributaria la possibilità di valutare quest'ultima anche sotto la lente delle decisioni imprenditoriali adottate dalla società estera controllata<sup>77</sup>.

A questo si aggiungeva un secondo vincolo di estrema rilevanza riguardante la prima esimente che, ai sensi del nuovo comma 5-bis, diveniva preclusa nel caso in cui i redditi della società controllata provenissero, per oltre la metà, da redditi *c.d.* passivi ovvero da operazioni svolte con soggetti terzi facenti parte del medesimo gruppo di società. In particolare, nel caso in cui i proventi provenissero “*per oltre il 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 o ne sono controllati [...], ivi compresi i servizi finanziari*”, allora la previsione di cui alla prima esimente non avrebbe più potuto trovare applicazione.

Per la prima volta appariva nella disciplina italiana sulle CFC il concetto di *passive income*, inteso come quell'insieme di entrate economiche provenienti dal mero possesso di immobilizzazioni immateriali. Il timore legato a questa particolare tipologia di flussi reddituali era alimentato dalla possibilità che questi potessero facilmente essere trasferiti presso società estere al solo fine di evitare la tassazione nel paese di residenza. La disposizione in parola

---

<sup>77</sup> La fondatezza del timore di un irrigidimento della norma, peraltro, veniva altresì evidenziato da autorevole dottrina. In particolare, sul tema si veda, E. Bagarotto, *La compatibilità con l'ordinamento comunitario della disciplina in materia di controlled foreign companies alla luce delle modifiche apportate dal “decreto anti crisi”*, in *Giustizia Tributaria*, 2010, pag. 1 ss. ; M. Poggioli, *La “novella” nella disciplina CFC e il diritto dell'Unione Europea: armonia o conflitto?*, in *Il Commercialista Veneto*, n. 196/2010, pag. 5 ss. e ancora, G. Marino, *La nozione di mercato nella disciplina CFC: verso una probatio diabolica?*, in *Riv. Dir. Trib.*, n. 12/2011, pag. 1113 ss.

potrebbe apparire come una mera specificazione della già presente richiesta di dimostrazione dello svolgimento di una “*effettiva attività economica e commerciale*”. Tuttavia, se aumentiamo l’angolo di osservazione, notiamo come il legislatore abbia di fatto introdotto una presunzione assoluta di elusività, precludendo *in toto* la possibilità di dimostrare la bontà della propria partecipazione in presenza del superamento di una predeterminata soglia di redditi non commerciali<sup>78</sup>.

L’Agenzia delle Entrate, successivamente<sup>79</sup>, interpreterà le intenzioni del legislatore non tanto come un tentativo di introdurre una presunzione legale assoluta (particolarmente gravosa per il contribuente), bensì come la volontà di inasprire una presunzione relativa già presente, senza tuttavia oltrepassare il confine dell’inapplicabilità della norma<sup>80</sup>.

Questa introduzione normativa, oltre alle già citate difficoltà applicative, portava con sé un ulteriore aspetto di primaria rilevanza. Per la prima volta nel panorama normativo italiano in tema di CFC, la prospettiva del legislatore passava dall’osservazione del paese di provenienza dei redditi generati dalla controllata, ad un’attenzione verso la natura dei redditi medesimi. Si creava così una commistione, che sarà ancora più evidente negli anni a venire, tra l’approccio *jurisdictional* e quello *transactional*<sup>81</sup>.

A confermare tale mutamento fu un’ulteriore significativa disposizione che contribuì a rendere il quadro ancor più confuso ed aspro nei confronti dei soggetti residenti, ovvero l’ampliamento della disciplina (ai sensi del nuovo comma 8-bis) alle fattispecie di controllo di società residenti in paesi o territori a fiscalità “ordinaria” (ovvero non - *black list*).

---

<sup>78</sup> Tali redditi venivano (e vengono tutt’ora) legittimamente considerati “sospetti” da parte dell’amministrazione finanziaria e del legislatore, tuttavia una loro presenza non sfocia sempre ed automaticamente nell’elusione fiscale.

<sup>79</sup> Con la circolare 51/E del 2010, l’Agenzia delle Entrate specifica che <<Tale disposizione è finalizzata a contrastare politiche di delocalizzazione dei passive income attuate mediante la collocazione, in paesi a fiscalità privilegiata, degli asset produttivi di detti redditi. [...] Si ritiene che la norma in esame vada interpretata coerentemente con i principi comunitari in materia di antiabuso. Tali principi riconoscono al contribuente, cui si applicano particolari disposizioni nazionali che individuano delle soglie al di là delle quali il rischio di abuso diventa più elevato, la possibilità di dimostrare il contrario (cfr. Risoluzione del Consiglio dell’UE sul coordinamento delle norme sulle società estere controllate SEC e sulla sottocapitalizzazione nell’Unione Europea, dell’8 giugno 2010, pubblicato in Gazzetta Ufficiale UE C156 del 16 giugno 2010)>>.

<sup>80</sup> La relazione di accompagnamento al decreto in esame disponeva che <<il criterio dell’effettivo radicamento geografico in altro Stato o territorio è sostituito dal criterio dell’effettivo radicamento economico nel territorio estero.>>. Sotto un profilo letterale non vi è in effetti da parte del legislatore l’intenzione di imporre una presunzione assoluta di elusività. Pur tuttavia, è evidente come l’inapplicabilità della prima esimente per quei soggetti percettori di *passive income* si trasformasse quanto meno in un inasprimento di grande portata. Cfr. Scheda di lettura per l’Assemblea n. 187/16 del 22 luglio 2009 “Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini. D.L. 78/2009 – A.C. 2561-A”, a cura del Servizio Studi – Dipartimento Bilancio della Camera dei Deputati.

<sup>81</sup> Cfr. A. Ballacin, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, 2016, Padova, CEDAM.



In sostanza, il legislatore superò il concetto di fiscalità privilegiata nel senso fino a quel momento inteso, allargando il campo di applicazione della disciplina anche alla presenza di partecipazioni in società estere controllate residenti presso paesi che, fino a quel momento, potevano essere considerati dei “porti sicuri” da un punto di vista della fiscalità domestica.

La fattispecie di assoggettamento al regime di tassazione per trasparenza degli utili della controllata non *black list* veniva individuata sotto una duplice condizione, consistente da una parte nella presenza di un livello di “*tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella a cui sarebbero stati soggetti in Italia*”, e dall’altra nel conseguimento di redditi derivanti per oltre il 50 per cento da *passive income*. Sostanzialmente il legislatore, pur lasciando le situazioni disciplinate dai commi 1 e 2 in un limbo normativo (non avendo ancora determinato l’elenco dei paesi c.d. *white list*) ha tuttavia ritenuto opportuno disporre un ampliamento della platea assoggettabile, introducendo una nuova fattispecie soggettiva che confliggeva con alcune tra le principali libertà del diritto europeo. La novellata disposizione ricomprendeva infatti tra i paesi non *black list* “fiscalmente pericolosi” gli Stati membri dell’Unione Europea presso i quali la pressione fiscale risultava essere significativamente inferiore rispetto a quella italiana.

La rigidità della norma veniva poi lievemente scalfita dalla previsione, valida solo per i soggetti di cui al comma 8-bis, di un’esimente unica (introdotta dal nuovo comma 8-ter) che disponeva, al fine di disapplicare la norma, di “*dimostrare che l’insediamento all’estero non rappresenta una costruzione artificiosa*”, facendo così un evidente richiamo alla sentenza della Corte di Giustizia sul caso *Cadbury Schweppes*, di cui si dirà in seguito.

Ciò che è importante sottolineare è che, oltre alle problematiche appena esposte, con la Riforma del 2009 la disciplina vedeva una sostanziale divaricazione dell’ambito soggettivo che la accompagnerà per gli anni a venire. Da una parte infatti, ai sensi dei commi 1 e 2, si consolidava la situazione nella quale soggetti residenti controllavano soggetti esteri (residenti in paesi a fiscalità privilegiata); dall’altra parte invece si introduceva una seconda fattispecie relativa a soggetti residenti che controllavano entità stabilite presso territori aventi regimi fiscali ordinari (ma considerate delle potenziali strutture estere artificiali da parte del legislatore italiano in virtù dei differenti livelli impositivi). Nella sostanza dei fatti la disciplina sulle CFC veniva così slegata dalla presenza dello Stato di residenza dell’entità estera in una lista specifica (*white list* oppure *black list*), introducendo criteri più oggettivi da riscontrare caso per caso: il livello di tassazione e la natura dei redditi prodotti.

## 2.5. La disciplina CFC in seguito alle modifiche del 2015, in vigore fino al 31 dicembre 2018.

Malgrado la presenza delle citate criticità derivanti dalla disciplina italiana sulle CFC così come riformulata in seguito alla riforma del 2009, la normativa è rimasta invariata per diversi anni. In questo intervallo temporale, particolare rilevanza hanno assunto i chiarimenti e le risoluzioni emanate dall’Agenzia delle Entrate<sup>82</sup> che hanno parzialmente delimitato il campo applicativo con maggiore chiarezza e ridotto le possibili criticità.

Soltanto nel corso del 2015 il legislatore ha deciso di mettere mano nuovamente alla disciplina, ancora una volta dietro la spinta dell’Unione Europea e soprattutto dell’OCSE (quest’ultima sul punto di terminare un lungo e articolato progetto riguardante l’erosione della base imponibile nazionale e lo spostamento dei redditi verso i “paradisi fiscali”, c.d. progetto BEPS di cui si parlerà *infra*)<sup>83</sup>.

Da questo contesto sono scaturiti due provvedimenti legislativi molto ravvicinati: il decreto Legislativo n. 147 (c.d. decreto internazionalizzazione) del 14 settembre 2015 (in particolare l’art. 8) e la legge 208 del 28 dicembre 2015 (legge di Bilancio 2016, in particolare l’articolo 1 comma 142 lett. b)). Con queste due disposizioni è stato profondamente modificato l’articolo 167 del TUIR ed è stato altresì abrogato l’articolo 168 recante le disposizioni sul regime di trasparenza degli utili generati dalle società collegate residenti in Stati a fiscalità privilegiata<sup>84</sup>.

In prima analisi, preme sottolineare l’importanza dell’abrogazione del discusso articolo 168 del Tuir. L’introduzione, da parte del legislatore, di una specifica norma che ampliava il presupposto soggettivo alle società collegate, aveva infatti generato non poche perplessità. Come già affermato nel corso della trattazione, la *ratio* che aveva portato in origine il legislatore ad adottare una disciplina sulle CFC non sembrava avere nulla a che vedere con la mera sussistenza di un collegamento partecipativo, poiché tale situazione non dava la possibilità al socio di ottenere un’influenza dominante all’interno dell’assemblea della società estera

---

<sup>82</sup> Su tutte, la già citata circolare n. 51/E del 6 ottobre 2010 e la circolare numero 23/E del 26 maggio 2011. È opportuno precisare che le circolari e le risoluzioni provenienti dall’amministrazione finanziaria sono da considerarsi mero orientamento per i contribuenti e non fonti normative.

<sup>83</sup> Per completezza, è opportuno ricordare come il legislatore comunitario fosse già intervenuto emanando una Raccomandazione - la numero 772/UE del 6 dicembre 2012 - “Raccomandazione della commissione sulla pianificazione fiscale aggressiva” – nella quale venivano messi in guardia gli stati membri circa la crescente pericolosità dei fenomeni di pianificazione fiscale aggressiva, invitandoli ad adottare una clausola generale antiabuso nella propria disciplina nazionale. Questa raccomandazione fece da preludio alla più dettagliata direttiva ATAD, emanata nel 2016, di cui si dirà in seguito.

<sup>84</sup> Cfr. circolare Assonime n. 17 del 27 giugno 2017; G. Rolle, “Effetti su CFC, dividendi esteri e plusvalenze della nuova nozione di ‘regimi fiscali privilegiati’”, il fisco, 2016.

partecipata. Ecco perché la scelta di abbandonare una disposizione di tale portata è apparsa condivisibile.

In seconda analisi, la Riforma del 2015 ha apportato altresì delle variazioni sostanziali alla disciplina sulle società estere controllate. Segnatamente, la struttura dell'articolo 167 del Tuir non veniva stravolta, bensì rimodulata sulla base delle esigenze provenienti dal contesto internazionale<sup>85</sup> apportando le seguenti modifiche:

- Abbandono definitivo delle *white list* e delle *black list* con conseguente individuazione dei paesi a “regime fiscale privilegiato” sulla base di criteri oggettivi e prestabiliti;
- Individuazione di differenti presupposti applicativi sulla base della provenienza geografica della CFC (da Stato UE/SEE o extra-UE/SEE<sup>86</sup>);
- Previsione di circostanze esimenti differenziate a seconda dello Stato di provenienza della CFC (da Stato UE/SEE o extra-UE/SEE);
- Abbandono dell'obbligatorietà della procedura di interpello al fine di disapplicare la disciplina, con conseguente previsione di una mera facoltà di interpellare l'amministrazione finanziaria;
- Introduzione dell'obbligo di segnalazione (in dichiarazione dei redditi) delle partecipazioni detenute in CFC, con conseguente regime sanzionatorio in caso di omissione

Dalla relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo (poi scaturito nel decreto legislativo 147/2015) si poteva evincere come la volontà legislativa fosse quella di << *ridurre le incertezze nella determinazione del reddito e della produzione netta e per favorire l'internazionalizzazione dei soggetti economici operanti in Italia, in applicazione delle raccomandazioni derivanti dagli organismi internazionali e dalla Unione Europea*>><sup>87</sup>.

Dal nuovo quadro normativo appariva abbastanza chiara l'intenzione del legislatore di separare la disciplina CFC in due fattispecie. Predetta suddivisione generava una potenziale discriminazione tra soci di società estere controllate extra-UE, per i quali vigeva una disciplina di maggior rigore e soci di società estere controllate UE, nonostante lo scopo perseguito dalla normativa fosse univoco nelle intenzioni.

---

<sup>85</sup> Cfr. L. Miele e V. Romagnoli, CFC rules più aderenti alle “best practices” internazionali, in *Corriere Tributario*, 38/2015.

<sup>86</sup> In particolare, la disposizione parla testualmente di Stati << *aderenti allo Spazio Economico Europeo con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni*>>. Tra questi rientrano Norvegia e Islanda, in quanto considerati paesi SEE trasparenti. A questi, va aggiunto altresì il Liechtenstein che, come chiarito dall'Agenzia delle Entrate con la Circolare 35/E del 2016, ha stipulato con l'Unione Europea un apposito accordo sullo scambio di informazioni in materia fiscale.

<sup>87</sup> Cfr. Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese, in attuazione dell'articolo 12 della legge n.23, 11 marzo 2014.

Il motivo che sottostava a tale biforcazione era quello di rispettare i vincoli derivanti dal diritto comunitario, di cui si dirà in seguito, ed in particolar modo gli orientamenti provenienti dalla giurisprudenza europea, con particolare riferimento alla sentenza della Corte di Giustizia europea per il caso *Cadbury Schweppes*<sup>88</sup>.

Evidentemente, adottando una disciplina meno rigida e maggiormente vincolata all'effettività dell'attività svolta dalla CFC, il legislatore ha voluto accogliere le linee guida fornite dalla Corte esclusivamente per i soci di società estere residenti presso gli Stati membri che sottostanno alla giurisdizione comunitaria. Per contro, ha escluso un siffatto trattamento nei confronti quei soggetti detentori di partecipazioni di controllo in società residenti presso Paesi extra UE.

Tale recepimento ha causato una "stratificazione normativa" di forte evidenza poiché, invece che riformare la norma nel suo insieme, si è proceduto ad una mera sistemazione e aggiunta di singole parti, generando ulteriore confusione per una disciplina già ampiamente complessa.

Un'adozione normativa di questo tipo non poteva quindi suscitare altro che perplessità. Se infatti, come abbiamo visto, la *ratio* principale della norma era quella di adottare misure precauzionali atte alla limitazione di situazioni potenzialmente elusive, non è chiaro quale sia stata la motivazione che, per la medesima finalità giuridica, abbia spinto il legislatore ad adottare un sentiero giuridico differenziato sulla base della mera collocazione geografica delle entità estere controllate.

Al fine di comprendere appieno le modifiche introdotte, è utile a questo punto della trattazione procedere ad un'analisi più approfondita della dicotomia anzidetta che ha subito la disciplina CFC con le introduzioni normative del 2015. Inoltre, questo passaggio risulterà essere propedeutico alla comprensione della disciplina attualmente in vigore.

### ***2.5.1. La nuova dicotomia del concetto di "regime fiscale privilegiato".***

Abbiamo già rilevato come, a partire dall'introduzione normativa del 2009, l'individuazione della pericolosità fiscale di un paese avesse subito un radicale cambiamento. Fino al 2015 infatti, l'individuazione della rischiosità del paese di residenza della controllata sarebbe dovuta

---

<sup>88</sup> Il tema è stato particolarmente criticato dalla dottrina, in particolare, E. M. Bagarotto, *"La disciplina in materia di controlled foreign companies alla luce delle modifiche apportate dalla legge di stabilità 2016 e nell'attesa dell'attuazione della "direttiva anti-beps" "*, in Dir. Prat. Trib., 3/2017, pag. 954 ss., dove l'autore dichiara come <<la scelta del legislatore, del resto, sembra non rispondere ad alcuna ragione meditata, bensì derivare dalla stratificazione non coordinata delle varie modifiche apportate nel tempo all'articolo 167>>.

avvenire per esclusione, osservando un elenco (mai messo a punto) di paesi considerati collaborativi (*white list*). Con le nuove disposizioni di legge (decreto internazionalizzazione del 2015 e legge di bilancio 2016), la disposizione che prevedeva l'adozione della c.d. *white list* vedeva definitivamente la sua scomparsa, prima ancora di trovare una concreta attuazione.

Con la Riforma della disciplina del 2015 l'adozione di un sistema a liste chiuse veniva così sostituito in maniera definitiva da una definizione ampia e puntuale di Paese a "regime fiscale privilegiato". Rientrava ora nella suddetta definizione qualsiasi Paese che presentasse predeterminati parametri fiscali, ancorché considerato fiscalmente collaborativo con l'amministrazione finanziaria domestica. Tale disposizione aveva avuto un duplice effetto in termini sostanziali: da un lato permetteva un adeguamento immediato delle mutevoli condizioni del panorama fiscale internazionale con la disciplina CFC<sup>89</sup>, dall'altro però poneva un ulteriore onere in termini probatori in capo al contribuente, costretto ora non solo a dover comprovare l'eventuale circostanza esimente ma, altresì, a monitorare la sussistenza delle fattispecie applicative.

Ulteriormente, la Riforma introduceva una specifica disposizione che rendeva la disciplina applicabile anche nel caso in cui i soggetti esteri controllati fossero residenti in un Paese membro dell'Unione Europea o aderente allo Spazio economia europeo<sup>90</sup>. Tale previsione veniva tuttavia attenuata da un trattamento differenziato della disciplina, che subiva così una vera e propria divaricazione in base alla quale esistevano regimi fiscali privilegiati di tipo A (quelli comunitari) e regimi fiscali privilegiati di tipo B (quelli extra UE).

Risulta pertanto opportuno, ai fini dell'analisi, suddividere l'ambito oggettivo di applicazione disposto dalla Riforma del 2015 in due fattispecie.

Nel primo caso (società estere controllate extra-comunitarie ed extra paesi SEE) il Paese era considerato a fiscalità privilegiata qualora il livello di tassazione nominale risultasse essere

---

<sup>89</sup> Contrariamente a quanto avveniva prima con la presenza di liste chiuse (*white e black list*) che necessitavano un continuo aggiornamento da parte dell'Agenzia delle Entrate. Tale semplificazione appariva in linea con quanto disposto dalla legge delega e così come riportato dalla Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese, in attuazione dell'articolo 12 della legge n.23, 11 marzo 2014.

<sup>90</sup> Circostanza che, peraltro, era già prevista nella versione precedente della disciplina, dove tuttavia non veniva esplicitata l'appartenenza al territorio comunitario da parte della controllata estera. Invero, la disciplina introdotta nel 2009 ampliava il presupposto soggettivo a tutte le società residenti in un paese "a fiscalità non privilegiata" tra cui, anche, i paesi membri dell'Unione Europea e appartenenti allo Spazio Economico Europeo. L'elemento di novità apportato dalla Riforma del 2015 risiedeva proprio nell'esplicitazione dell'appartenenza al territorio comunitario quale elemento distintivo al fine di creare una dicotomia del presupposto soggettivo, con conseguenze differenziate a seconda dello stabilimento della controllata estera.

inferiore alla metà di quello applicabile in Italia; era inoltre prevista un'aggravante nel momento in cui più della metà dei ricavi del soggetto estero provenissero da entrate c.d. passive.

Nel secondo caso invece (società estere controllate residenti in uno Stato membro UE ovvero appartenente allo spazio SEE) avevamo due presupposti di fiscalità privilegiata, da verificarsi congiuntamente. Nello specifico, la società controllata doveva essere assoggettata ad una tassazione effettiva inferiore alla metà di quella che avrebbe scontato qualora fosse stata residente nel territorio italiano e, ulteriormente, doveva aver conseguito più della metà dei propri proventi da *passive income*.

La disparità in sede applicativa era evidente. Da un lato trovavamo un'univoca individuazione dell'ipotetico privilegio recante dallo stato di residenza. Dall'altro invece, il livello impositivo doveva essere altresì accompagnato dalla sussistenza di una determinata tipologia reddituale. Tale incoerenza veniva aggravata dal fatto che i soggetti residenti che controllavano società localizzate in stati extra comunitari, ai fini comparatori, dovevano confrontare il *tax rate* nominale estero (da individuarsi prendendo in considerazione esclusivamente l'aliquota nominale relativa all'imposta sulle società vigente nello stato estero<sup>91</sup>) con l'aliquota italiana relativa all'imposta sui redditi delle società (aliquota nominale IRES addizionata all'aliquota nominale ordinaria IRAP). Per contro, i soggetti residenti in paesi membri UE/SEE, dovevano confrontare il *tax rate effettivo* a cui era sottoposta la controllata nel paese estero di residenza con la tassazione virtuale domestica che la medesima avrebbe dovuto versare sulla base delle disposizioni tributarie italiane.

Si può notare come la seconda tipologia di comparazione risultava essere più corretta, soprattutto in virtù del fatto che un'aliquota nominale bassa non era automaticamente assimilabile ad un'imposizione fiscale bassa. Infatti, come desumibile anche dall'osservazione del nostro sistema tributario, potevano subentrare una serie di disposizioni fiscali che facevano aumentare o diminuire la base imponibile rendendo il livello nominale di tassazione un indicatore poco affidabile. In questo modo, un'aliquota nominale bassa poteva tramutarsi, all'esame dei fatti, in un livello impositivo effettivo più basso oppure più alto.

---

<sup>91</sup> Come specificato dall'Agenzia delle Entrate con la circolare 35/E del 2016, le imposte societarie dello stato estero di localizzazione della controllata vanno individuate <<facendo riferimento, qualora esistente, alla Convenzione contro le doppie imposizioni vigente con lo Stato di volta in volta interessato>>. La medesima circolare individua inoltre il caso in cui lo stato estero preveda per le imposte societarie, a differenza di quello italiano, un'aliquota progressiva a scaglione. In tal caso, prosegue l'Agenzia, <<occorrerà calcolare la media aritmetica ponderata delle aliquote vigenti nell'ordinamento estero>>.

Si considerino inoltre talune problematiche di stampo pratico relative all'applicazione della suddetta disciplina per i paesi non comunitari. Abbiamo osservato come il soggetto estero controllato, ai fini applicativi della disposizione, dovesse essere <<*residente o localizzato in Stati o territori a regime fiscale privilegiato*>>, quindi non contava solo lo Stato di residenza, ma anche la localizzazione presso territori che, seppur all'interno di uno stato a regime fiscale ordinario, erano sottoposti ad un particolare regime privilegiato. Inoltre poteva verificarsi la circostanza in cui un soggetto estero controllato, residente in un paese a fiscalità ordinaria, applicasse un regime fiscale di vantaggio in virtù della sussistenza di taluni requisiti soggettivi, come chiarito dall'Agenzia delle Entrate nella circolare 35/E del 2016. In tali circostanze, era lecito domandarsi come potesse il contribuente individuare il proprio livello nominale di tassazione, trattandosi spesso di regimi "speciali" che si sviluppavano sotto varie forme (deduzioni forfettarie, abbattimenti della base imponibile, esenzioni, crediti d'imposta, etc.) ed altresì, come potesse individuare il livello di riferimento domestico, considerando il fatto che il medesimo sistema italiano poteva prevedere delle agevolazioni sotto determinate condizioni.

Al contrario, l'applicazione del *tax rate* effettivo quale parametro di riferimento appariva sicuramente più obiettivo e capace di garantire un grado di comparazione maggiormente equo. A tal proposito lo stesso dettato normativo, al comma 8-bis, aveva dato incarico al direttore dell'Agenzia delle Entrate di individuare con apposito provvedimento le modalità di determinazione della tassazione effettiva<sup>92 93</sup>.

---

<sup>92</sup> Tali modalità arrivarono con il provvedimento numero 143239 del 2016 da parte dell'Agenzia delle Entrate, contenente una serie di precisazioni che andavano a completare il quadro giuridico fornito dalla novellata disciplina di cui all'articolo 167 del Tuir. In particolare, l'Agenzia definisce in modo netto una serie di locuzioni, tra cui i concetti di "tassazione effettiva estera", intesa come <<*rapporto tra reddito imponibile e utile ante imposte della controllata*>>; "tassazione virtuale domestica", intesa come <<*rapporto tra l'imposta che la controllata avrebbe pagato in Italia e l'utile ante imposte della controllata*>>. Altresì, l'Agenzia ha individuato (al paragrafo 5 del provvedimento medesimo) i criteri per la determinazione delle due tassazioni suddette. In merito al calcolo della tassazione virtuale domestica, questo deve essere eseguito <<*partendo dai dati risultanti dal bilancio di esercizio o dal rendiconto della controllata, redatti secondo le norme dello Stato di localizzazione*>>. Ai fini del calcolo <<*vengono prese in considerazione le imposte sul reddito effettivamente dovute nello Stato o territorio estero di localizzazione*>> che devono essere riscontrabili con evidenza. Non vengono invece considerate le eventuali "variazioni non permanenti della base imponibile" (ad esempio, gli ammortamenti) né tantomeno sono rilevanti eventuali regimi fiscali opzionali cui la controllata avrebbe potuto aderire qualora residente in Italia"; mentre può essere considerata l'applicazione del regime c.d. ACE e di regimi analoghi.

<sup>93</sup> Trattandosi di tassazione effettiva, inevitabilmente, bisognava considerare l'eventualità in cui questa risultasse, da una parte o dall'altra, pari a zero. È utile pertanto elencare talune casistiche ricorrenti, giacché chiarificate dall'Agenzia delle Entrate medesima: •Se il *tax rate* effettivo estero è pari a zero, e il *tax rate* virtuale (effettivo) italiano è maggiore di zero, la società controllata rientra nella disciplina CFC. •Se, viceversa, il *tax rate* effettivo estero è superiore a zero, e il *tax rate* virtuale (effettivo) italiano è uguale a zero, la società controllata non genera il presupposto per l'applicazione del regime CFC. •Se entrambi i livelli di tassazione effettiva risultano nulli (pari a zero), anche in questo caso, la controllata non è considerata residente in uno Stato o un territorio a regime fiscale privilegiato.

### 2.5.2. *Le circostanze esimenti*

Abbiamo appena osservato come le modifiche introdotte dalla Riforma del 2015 comportassero un differente trattamento in merito all'individuazione del livello impositivo subito dalla controllata estera, elemento che risultava essere una evidente stortura del sistema. Tuttavia, le differenze applicative della disciplina CFC tra società estere controllate residenti in stati membri e quelle residenti in altri stati non si esaurivano qui, anzi, venivano rafforzate da un'ulteriore rimodulazione delle circostanze esimenti da parte del legislatore.

Segnatamente, il decreto legislativo numero 147 del 2015 aveva da una parte mantenuto le due circostanze esimenti “generiche” previste dal comma 5 dell'articolo 167 (e introdotta con il decreto legge numero 78 del 20019). Tale disposizione prevedeva che ai fini della disapplicazione normativa i soggetti residenti dovessero dimostrare lo svolgimento di un'effettiva attività industriale da parte della CFC o, alternativamente, che la finalità della CFC non fosse quella esclusiva di veder tassare i propri redditi sotto un regime fiscale più favorevole.

Come già osservato durante l'analisi del precedente schema legislativo tuttavia, la prima delle due esimenti (la dimostrazione dello svolgimento di un'attività effettiva) non poteva essere adoperata qualora oltre la metà dei redditi della controllata fossero di provenienza da ricavi di tipo passivo. In questo caso, la possibilità di disapplicare la norma veniva di fatto negata, quand'anche l'entità estera controllata esercitasse la propria attività in maniera non artificiosa.

Dall'altra parte si prevedeva un'ulteriore circostanza esimente *ad hoc* (che possiamo definire “esimente speciale”) per i soci di società estere controllate “comunitarie”, i quali potevano ottenere la disapplicazione della norma unicamente dimostrando che la partecipazione non avesse come fine quello di “*creare una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale*”. Tale passaggio sembrava richiamare, in maniera abbastanza chiara, la sentenza della Corte di Giustizia *Cadbury Schweppes*<sup>94</sup> di cui si dirà oltre.

Ancora una volta, possiamo notare come la volontà del legislatore di recepire i principi e gli orientamenti comunitari abbia portato ad una stratificazione normativa tale da generare una disparità di trattamento fiscale a seconda della provenienza geografica della società estera controllata.

---

<sup>94</sup> Cfr *Sentenza Cadbury Schweppes, provvedimento C-196/04*, Corte di Giustizia Europea, 12 settembre 2006.



Per quanto attiene alla prima delle due circostanze esimenti “generiche” disciplinate dal comma 5, possiamo notare come il legislatore non solo chiedeva al soggetto controllante di provare l’effettività della struttura aziendale nel Paese in cui questa risiedeva, ma pretendeva altresì la dimostrazione di un “requisito di radicamento” presso il paese estero della controllata. In tal senso, come già sottolineato, la disciplina prestava il fianco a criticità solo parzialmente superate dagli interventi interpretativi dell’amministrazione tributaria<sup>95</sup> che, per delimitare il requisito del radicamento faceva espresso richiamo alla sentenza *Cadbury Schweppes*. Nello specifico il Fisco riteneva che il socio residente, per disapplicare la disciplina, avesse dovuto dimostrare il legame tra la CFC e lo Stato di insediamento, evidenziando che i ricavi conseguiti fossero derivati per almeno la metà dal mercato locale di sbocco, ovvero che i costi sostenuti fossero provenienti per almeno la metà dal mercato locale di approvvigionamento<sup>96</sup>.

Restavano tuttavia numerosi i dubbi interpretativi lasciati irrisolti, perplessità che nemmeno la Riforma del 2015 riuscì a superare, lasciando i contribuenti in una situazione di sostanziale incertezza giuridica. Su tutti, il riferimento va al “sillogismo” con cui il legislatore assimilava la non operatività di una società presso uno Stato in relazione alla circostanza che la stessa non vi scambiasse le proprie merci o non vi prestasse i propri servizi<sup>97</sup>. Tale presunzione di grande portata era una potenziale causa di contenzioso tra amministrazione finanziaria e contribuenti, in virtù di un’interpretabilità della norma eccessivamente ampia e poco puntuale.

Ulteriormente si consideri il fatto che predetta esimente, ai sensi comma 5-bis, diventava inutilizzabile qualora i proventi della controllata derivassero per oltre la metà da redditi c.d. passivi. Pertanto, quand’anche il contribuente fosse riuscito a dimostrare l’effettività della struttura organizzativa estera, la circostanza esimente sarebbe stata comunque inservibile ai fini

---

<sup>95</sup> Cfr. circolare Agenzia delle Entrate 51/E del 6 ottobre 2010 recante chiarimenti in tema di Disciplina relativa alle Controlled foreign companies (CFC) - Dividendi provenienti e costi sostenuti con Stati o territori a fiscalità privilegiata.

<sup>96</sup> L’amministrazione finanziaria, tramite la già richiamata circolare del 2010, aveva altresì specificato che “*il mercato di insediamento non coincide necessariamente con i confini geografici del Paese o del territorio in cui la controllata ha sede*”, lasciando intendere un ampliamento dell’area di riferimento anche alle regioni limitrofe. Cfr. circolare Agenzia delle Entrate 51/E del 6 ottobre 2010 recante chiarimenti in tema di Disciplina relativa alle Controlled foreign companies (CFC) - Dividendi provenienti e costi sostenuti con Stati o territori a fiscalità privilegiata

<sup>97</sup> Così come una società, residente nello Stato italiano, poteva lecitamente acquisire materie prima dall’estero, produrre il prodotto finito in Italia, per poi rivenderlo nuovamente all’estero, non vi era ragione alcuna per cui tale opportunità commerciale non dovesse essere riconosciuta ad un’azienda lecitamente costituita presso un paese terzo, senza dimostrare preventivamente un illecito tentativo elusivo da parte della società. La stessa specificazione del Fisco appariva “ambigua” e poco pertinente, poiché la definizione di “*area geografica circostante*” non delimitava alcuna certezza in termini di liceità e lasciava ampio margine di discrezionalità ad entrambe le parti.

della disapplicazione<sup>98</sup>. Veniva così di fatto negata *in toto* la possibilità di disapplicare la disciplina a tutti quei soggetti che controllavano strutture estere che gestivano in prevalenza attività immobilizzate (su tutte, si pensi alle *holding*).

Per quanto attiene invece alla seconda delle due esimenti “generiche”, questa forniva la possibilità di disapplicare la disciplina qualora il soggetto controllante dimostrasse che “*dalle partecipazioni non consegue l’effetto di localizzare i redditi in Stati o territori a regime fiscale privilegiati di cui al comma 4 (tax rate nominale inferiore alla metà di quello italiano, ndr)*”. Sostanzialmente, veniva richiesto alla controllante di dimostrare che i redditi della controllata fossero sottoposti ad una tassazione effettiva assimilabile a quella ordinaria per almeno il 75%<sup>99</sup>. Oppure, ed era proprio questa la *ratio* della disposizione, che il soggetto controllante da questa partecipazione non fosse in grado di conseguire alcun significativo risparmio d’imposta in senso generico.

Relativamente alla circostanza esimente “speciale”, questa veniva sostanzialmente modificata dalla legge numero 208 del 2015. Venivano infatti modificati i soggetti destinatari, ora individuabili tra i soggetti residenti controllanti società estere localizzate in uno Stato dell’Unione Europea o appartenenti allo Spazio Economico Europeo. Tutti gli altri soggetti (società estere extra UE/SEE) non consentivano invece l’utilizzo di tale strumento disapplicativo.

La norma disponeva che, per poter disapplicare il regime di tassazione per trasparenza sui redditi della CFC, il socio residente dovesse dimostrare che la controllata UE/SEE <<*non rappresenta una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale*>>. Quanto disposto ricalcava nella sostanza la già citata sentenza *Cadbury Schweppes* con cui la Corte di Giustizia aveva ritenuto ammissibili le normative nazionali in tema di CFC, e compatibili con le libertà fondamentali istituite dai Trattati europei, purché mirassero a “disconoscere” la localizzazione estera di quelle società controllate che rappresentavano, appunto, una “*costruzione meramente artificiosa*”<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> A questi soggetti non restava altra scelta se non quella di invocare (ove sussistente) la mancata delocalizzazione dei redditi presso “paradisi fiscali”, cfr. E.M. Bagarotto, *La disciplina in materia di Controlled Foreign Companies alla luce delle modifiche apportate dalla legge di stabilità 2016 e nell’attesa dell’attuazione della direttiva anti-Beps*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 3/2017, pag. 974.

<sup>99</sup> Disposizione presente nel D.M. 429/2001, è sottinteso che detti redditi debbono derivare da eventuali stabili organizzazioni, o da società sotto-controllate, residenti in stati a fiscalità ordinaria.

<sup>100</sup> Tale sentenza ha di fatto segnato uno spartiacque, delimitando in modo netto ciò che poteva essere perseguito come meccanismo “potenzialmente elusivo”, e ciò che invece null’altro rappresentava se non una legittima organizzazione dell’attività imprenditoriale operata su scala internazionale. Cfr. sentenza *Cadbury Schweppes*, causa C-196/04 del 12 settembre 2006. Sostanzialmente, la Corte ha stabilito che <<*il semplice stabilimento di una consociata in un altro stato membro non comporta, di per sé, l’elusione fiscale*>> e pertanto,

### ***2.5.3. Le perplessità sulla disciplina domestica in vigore fino al 31 dicembre 2018***

Arrivati a questo punto della trattazione, prima di introdurre la novella disciplina in vigore dal primo gennaio 2019, è opportuno procedere ad una disamina delle criticità presenti all'interno della disciplina italiana sulle CFC così come formulata fino al 31 dicembre 2018. A tal fine, è necessario tenere in considerazione la supremazia che assumono nell'ordinamento giuridico nazionale i principi sovranazionali. Primi fra tutti quelli derivanti dal diritto comunitario.

Nel presente paragrafo verranno soltanto richiamate alcune delle principali libertà fondamentali che entrano in gioco quando trattiamo una disposizione sulle CFC<sup>101</sup>. La modifica normativa intercorsa all'inizio dell'anno 2019, in seguito al recepimento di una specifica direttiva UE<sup>102</sup>, non renderà inutile la presente analisi, poiché le annualità antecedenti, ai fini di eventuali processi accertativi, vengono valutate dall'amministrazione finanziaria sulla base della disciplina vigente alla data di redazione della dichiarazione dei redditi.

Il primo elemento di apparente contrasto tra la disciplina nazionale e i principi europei era rinvenibile nel fatto che la disposizione in parola rischiava di colpire in modo indistinto ed indiscriminato tutte le imprese controllate, aventi la propria sede localizzata presso uno stato membro dell'Unione Europea qualora queste usufruissero di un livello impositivo effettivo inferiore alla metà di quello che avrebbero subito in Italia e, contemporaneamente, qualora la prevalenza dei propri profitti derivasse dalla gestione di *passive income*, ovvero dall'effettuazione di operazioni infragruppo. Tale circostanza rischiava di generare un limite alla libertà di stabilimento, così come stabilita dagli articoli 49 e 54 del Trattato di Roma, intesa come libertà per un soggetto residente nell'Unione Europea <<*di costituire e gestire imprese industriali, artigianali, commerciali o agricole e società*>> presso un altro Stato comunitario, senza vedersi imporre limitazioni da parte dello Stato di origine.

---

solo le costruzioni societarie fittizie, ovvero quelle costituite con il solo intento di spostare a tassazione dei redditi, altrimenti imponibili in Italia, per assicurarsi un risparmio d'imposta.

<sup>101</sup> Il tema delle libertà fondamentali istituite dai Trattati dell'Unione Europea verrà trattato in modo più approfondito nel capitolo successivo.

<sup>102</sup> Direttiva UE 2016/1164 del Consiglio dell'Unione Europea del 12 luglio 2016 (c.d. ATAD – anti tax avoidance directive) recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno.

Una disciplina come quella prevista dall'articolo 167 del Tuir (così come formulato nella sua versione vigente fino al 31 dicembre 2018) poteva costituire una limitazione alla possibilità di delocalizzare la propria attività all'estero.

Tuttavia, constatare la presenza di una tale limitazione non è sufficiente, poiché bisogna considerare le ragioni che hanno spinto il legislatore a limitare tale libertà. Sul tema, è utile richiamare la sentenza *Cadbury Schweppes* (di cui si dirà meglio oltre), nella quale la Corte di Giustizia ha giudicato ammissibile una norma che limitasse la libertà di stabilimento, purché questa avesse lo scopo di evitare gli abusi fiscali da parte dei soggetti residenti.

Ciò detto, il principio di proporzionalità diventa ora il punto focale della normativa. Questo principio è finalizzato ad evitare che il legislatore adotti delle misure restrittive che abbiano come effetto quello di limitare le libertà fondamentali dell'Unione (come nel caso delle CFC), ammettendo tuttavia una limitazione nel caso in cui vengano perseguiti "scopi di interesse generale" e qualora non vi siano ulteriori strumenti giuridici disponibili, meno gravosi per il contribuente<sup>103</sup>.

Si tratta quindi di stabilire se la disciplina CFC persegua o meno uno scopo di interesse generale ovvero se vi siano ulteriori strade giuridicamente percorribili da parte del legislatore che portino al medesimo fine di combattere le strutture estere fittizie, arrecando minor onere per il contribuente<sup>104</sup>.

Comparando previsioni della norma e principio di proporzionalità<sup>105</sup> si osserva che la disciplina italiana sulle CFC in vigore fino al 31 dicembre 2018 si poneva quale presunzione legale il cui onere probatorio ai fini della disapplicazione era totalmente affidato alla prova del contribuente. Sul tema è utile richiamare nuovamente quanto stabilito dalla Corte nella sentenza *Cadbury*

---

<sup>103</sup> Cfr. P. Boria, *I principi generali dell'ordinamento comunitario*, in P. Boria (a cura di), *Diritto tributario europeo*, Milano, Giuffrè Editore, 2017.

<sup>104</sup> Assistiamo quindi ad una sorta di "superamento" del principio della libertà di stabilimento, che viene in questo modo scavalcato da un principio più alto: quello della proporzionalità dell'azione legislativa. È per questa ragione che autorevole dottrina ha parlato apertamente dell'esistenza di una "malleabilità" della libertà in parola, giacché essa deve convivere, e talvolta addirittura soccombere, a specifiche disposizioni antiabuso nazionali. Sul tema cfr. M. Beghin, *La sentenza Cadbury Schweppes e il "malleabile" principio di libertà di stabilimento*, in *Rass. Trib.*, 2007, pag. 983 ss.

<sup>105</sup> Il principio di proporzionalità trova un suo fondamento giuridico nel diritto europeo agli articoli 49 e 52 della Carta Europea e nell'articolo 5 paragrafo 4 del Trattato dell'Unione Europea. In particolare, il principio delineato nel tempo dalla Corte di Giustizia può essere configurato sotto tre aspetti: - l'idoneità del mezzo utilizzato, intesa come attitudine dello strumento legislativo affinché esso sia idoneo a perseguire l'intento perseguito; - la necessità del mezzo utilizzato, a tal fine è opportuno verificare se, tra tutti i mezzi a disposizione del legislatore, sia stato scelto quello meno restrittivo nei confronti del contribuente; - la proporzionalità nel suo significato letterale, ovvero se è stata effettuata una scelta che tenesse in considerazione sia l'interesse pubblico che quello privato, arrivando ad adottare una misura che ponderasse le due dimensioni in gioco. Sul tema, cfr. A. Di Pietro e Tassani T., *I principi europei del diritto tributario*, 2014, Padova, CEDAM.

*Schweppes*, la quale aveva disposto la legittimità dell'adozione di una legislazione CFC, ancorché limitativa delle libertà fondamentali, che avesse il fine di limitare gli arbitraggi fiscali su scala internazionale, purché questa fosse idonea a garantire il raggiungimento del fine senza eccedere quanto necessario per conseguirlo.

Evidentemente la dimostrazione annuale (inizialmente imposta tramite lo strumento obbligatorio dell'interpello disapplicativo) risultava essere un onere amministrativo a carico del soggetto passivo detentore di partecipazioni di controllo su soggetti esteri. Il punto dirimente si focalizzava quindi sull'idoneità del mezzo utilizzato, ovvero, se non fosse possibile utilizzare un mezzo alternativo, meno oneroso per il contribuente.<sup>106</sup>

Si può affermare inoltre che fosse nelle corde dell'amministrazione finanziaria la possibilità di raccogliere una serie di informazioni fiscalmente rilevanti, grazie agli accordi di collaborazione in essere tra gli stati membri dell'Unione Europea e non solo<sup>107</sup>. Tali informazioni potevano conseguentemente essere utilizzate dal Fisco, in modo semplice e rapido, per accertare la presenza di quegli elementi necessari per avviare un processo di accertamento tributario, al fine di verificare l'artificiosità della struttura estera.

Si aggiunga il fatto che l'articolo 167 del Tuir prevedeva delle definite circostanze attraverso le quali il contribuente poteva dimostrare la non artificiosità della partecipazione estera detenuta e veder disapplicare il meccanismo dell'imposizione sugli utili della CFC per trasparenza. Alla luce di quanto esposto, è lecito affermare che una legislazione fiscale più equa e meno presuntiva fosse applicabile senza correre il rischio di veder venir meno lo scopo di evitare gli arbitraggi fiscali internazionali<sup>108</sup>. Ad esempio, il legislatore avrebbe potuto delimitare in modo più preciso le circostanze applicative della disciplina, considerando anche gli orientamenti provenienti dagli organismi sovranazionali<sup>109</sup> e ponderare in maniera più efficace le

---

<sup>106</sup> Il punto svolge un ruolo di primaria importanza all'interno della disciplina. La Corte di Cassazione, tramite la sentenza n. 25281 del 16 dicembre 2015 si è espressa in merito alla questione, stabilendo come il problema di una possibile incompatibilità della disciplina italiana sulle CFC rispetto al principio di proporzionalità non sussista in virtù del riconoscimento di un diritto al contraddittorio offerto al contribuente.

<sup>107</sup> In particolare, l'adozione in ambito OCSE del *Common Reporting Standard*, un accordo multilaterale che ha favorito l'implementazione di uno standard globale, in grado di garantire un corretto e proficuo scambio informativo tra le amministrazioni finanziarie dei vari paesi aderenti. In Italia l'accordo (FATCA) è stato ratificato con la legge 95/2015. Cfr. P. Bonarelli, *lo scambio automatico di informazioni: il nuovo scenario internazionale*, in *Fisc. Comm. Int.*, 2016, pag. 30 ss.; G. Marino, *osservazioni in tema di residenza nel contesto dello scambio automatico di informazioni*, *Dir. Prat. Trib.*, 2018 pag. 1 ss.

<sup>108</sup> Cfr. *Comm. trib. prov. di Bergamo*, Sez. I, sentenza 12 novembre 2009, n. 170, decisa a favore della incompatibilità dell'art. 167 del T.U.I.R. con le Convenzioni contro la doppia imposizione, con nota di A. Ballancin, *Osservazioni a margine di una sentenza di merito in tema di incompatibilità della disciplina CFC con le Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni. Ulteriori riflessioni sul rapporto tra la novellata normativa CFC e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. trib.*, n. 3/2010.

<sup>109</sup> Il riferimento va alla Risoluzione del consiglio UE 2010/C 156/01 del 8 giugno 2010 la quale proponeva l'introduzione di un elenco finito di indicatori da utilizzare come parametri di riferimento per poter supporre

disposizioni inerenti le circostanze esimenti che potevano essere strutturate in modo tale da controbilanciare l'eccessivo onere probatorio posto a carico del contribuente<sup>110</sup>.

Sul tema tuttavia, la Suprema Corte aveva escluso un possibile conflitto tra il diritto interno e quello comunitario<sup>111</sup>, considerando privo di consistenza l'asserto appena enunciato, poiché la norma non poneva alcun limite all'utilizzo delle prove da parte del contribuente sia in sede preventiva, che in sede accertativa. La Corte ha sostanzialmente ritenuto di considerare "mutedoli nel tempo" le circostanze esimenti che possono dimostrare la non elusività di una partecipazione in una società estera. Predetta tesi appare condivisibile sotto un profilo sostanziale, anche se un'interpretazione letteraria della norma rischiava di generare dubbi e perplessità che potevano tramutarsi in un aggravio per i soggetti passivi colpiti dalla disciplina<sup>112</sup>.

---

l'artificiosità della struttura estera controllata. Gli indicatori proposti dal Consiglio UE erano i seguenti: - mancanza di valide motivazioni economico-commerciali per giustificare l'attribuzione degli utili in capo alla SEC; - la società estera non è una società "reale, intesa a svolgere attività economiche effettive"; - assenza di proporzione tra l'attivo patrimoniale della SEC e la sua esistenza in termini di locali, attrezzature e personale dipendente; - sovracapitalizzazione della società; - presenza di transazioni prive di sostanza economica.

<sup>110</sup> Cfr. E.M. Bagarotto, *La disciplina in materia di Controlled Foreign Companies alla luce delle modifiche apportate dalla legge di stabilità 2016 e nell'attesa dell'attuazione della direttiva anti-Beps*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 3/2017, pag. 979.

<sup>111</sup> Cfr. Cassazione civile sez. V del 16 dicembre 2015, numero 25281. La sentenza è scaturita da un lungo iter giudiziario, sorto dall'impugnazione di una risposta negativa ad un interpello su una CFC cipriota. Va detto, che la sentenza in esame risulta fare riferimento ad una norma superata, la quale tuttavia prevedeva le medesime circostanze esimenti in vigore alla data di emanazione della sentenza. Pertanto, le conclusioni si possono considerare pacificamente pertinenti.

<sup>112</sup> Cfr. E. Della Valle, *La normativa CFC è compatibile con il diritto UE e con i trattati contro le doppie imposizioni – la normativa CFC al "test" della Suprema Corte*, in *G.T.* 4, 2016, pag. 297 ss. ; P. Sella, *Compatibilità del regime CFC con il diritto comunitario e con le convenzioni contro le doppie imposizioni*, *Fiscalità & Commercio internazionale* 8-9, 2016, pag. 23 ss.

## **CAPITOLO TERZO: La novellata disciplina italiana sulle CFC in seguito al recepimento della direttiva ATAD 1**

### **3.1. Il progetto BEPS dell'OCSE e la Direttiva UE Anti Tax Avoidance**

Il fenomeno della delocalizzazione delle attività produttive ha sempre avuto una rilevanza internazionale che non può essere svincolata dalla necessità dei singoli Stati di adottare specifiche misure atte a limitare le conseguenze negative che questo genera. In particolare, in presenza di un crescente utilizzo di una pianificazione fiscale aggressiva da parte di società multinazionali, gli Stati hanno ritenuto necessario collaborare al fine di ricercare soluzioni comuni.

L'abuso delle incongruenze presenti tra i vari sistemi fiscali nazionali, in grado di garantire ingenti risparmi d'imposta ai grandi gruppi, generava infatti una minaccia per le entrate tributarie domestiche di non poco conto. Risultava sempre più opportuna una formulazione omogenea e condivisa di una disciplina volta a contrastare pratiche fiscali scorrette sviluppate su scala internazionale.

In questo contesto si rese necessario un intervento forte, deciso e multilateralmente condiviso da parte dei singoli Stati. Non sorprende quindi che la spinta propulsiva giunse da parte di organismi sovranazionali come l'OCSE e l'Unione Europea che, sollecitati dagli Stati membri, hanno avviato una decisa azione di contrasto alle pratiche di pianificazione fiscale aggressiva<sup>113</sup>.

---

<sup>113</sup> Il primo organo a dare rilevanza al problema fu proprio l'OCSE quando nel 1998 pubblicò il rapporto *Harmful tax competition – an emerging global Issue* dove veniva rilevata la presenza di regimi fiscali molto differenti (talvolta concorrenziali) e come le imprese fossero attratte da questi regimi per beneficiare della legislazione fiscale ivi presente. Il fenomeno poi si è sviluppato nel tempo ed ha indotto l'organismo a pubblicare ulteriori documenti volti a proporre delle soluzioni al suddetto problema. Tra queste le più importanti furono il *Towards Global Tax Co-operation: Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices* del 2000, un rapporto che suggeriva delle linee guida da fornire agli Stati al fine di cooperare, ed i successivi *Progress Report* del 2004, 2006 e 2009. Questo processo è culminato poi nel febbraio 2013 con il rapporto *Addressing Base Erosion and Profit Shifting (BEPS Report)*, successivamente seguito dall'*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS Action Plan)*, con il quale l'OCSE ha voluto fornire agli Stati degli strumenti su cui basare una disciplina uniforme e coerente al fine di combattere il fenomeno dell'elusione fiscale internazionale. P. Valente, *I paradisi fiscali nell'era BEPS e dello scambio automatico di informazioni*, in *Fisc. e Comm. Internaz.*, 4/2016, p. 16; P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, pag. 1895 ss. La questione fu affrontata in maniera altrettanto decisa da parte dell'Unione Europea che, tramite la raccomandazione 2012/772/UE ha preso una posizione netta e decisa nella lotta alla pianificazione fiscale aggressiva, invitando i paesi membri ad adottare una normativa generale antiabuso nonché una serie di disposizioni specifiche volte a contrastare il fenomeno dell'elusione fiscale (anche internazionale). Successivamente, l'UE fece proprie le raccomandazioni provenienti dal progetto

Il primo intervento di particolare rilievo è stato messo a punto dall'OCSE che, attraverso la pubblicazione del progetto BEPS<sup>114</sup>, ha voluto affrontare in maniera netta e decisa le pratiche scorrette adottate dalle imprese multinazionali.

Il progetto BEPS implementato dall'OCSE ha portato nell'ottobre del 2015 all'adozione di un *final report* ovvero un pacchetto di misure finalizzate alla lotta all'elusione fiscale che fungessero da *standard* per gli Stati membri. Queste misure venivano considerate indispensabili affinché si potesse contrastare l'erosione della base imponibile dei paesi OCSE (*base erosion*), nonché lo spostamento dei profitti verso giurisdizioni a fiscalità privilegiata (*profit shifting*). L'adozione del meccanismo del *minimum standard*<sup>115</sup> aveva il chiaro intento di uniformare e coordinare le legislazioni nazionali al fine di ridurre al minimo le possibili storture del sistema fiscale internazionale. In particolare, l'OCSE auspicava che il recepimento interno delle norme fosse accompagnato dall'adozione di una o più convenzioni multilaterali vincolanti tra gli Stati, in luogo di un'applicazione di misure meramente unilaterali o di un adattamento dei vigenti accordi bilaterali che, secondo l'organismo, rischiavano di perdere l'efficacia di cui le misure necessitavano per una corretta attuazione.

Il piano comprendeva 15 azioni-obiettivo che tutti gli stati avrebbero dovuto adottare per raggiungere gli obiettivi posti dal progetto. Segnatamente, esso si fondava su tre pilastri:

- Fornire coerenza al sistema fiscale internazionale;
- Rafforzare i requisiti sostanziali che stavano alla base degli standard internazionali, cercando di allineare la tassazione con il luogo di effettiva localizzazione delle attività produttive;
- Aumentare la trasparenza nonché lo scambio di informazioni tra le amministrazioni finanziarie dei vari Stati.

Questi tre dogmi erano a loro volta sorretti da due azioni trasversali: la necessità di adottare nuovi criteri per affrontare l'imposizione fiscale delle società che operano nella c.d. economia

---

BEPS dell'OCSE e, tramite l'emanazione della direttiva UE 2016/1164 del 12 luglio 2016 (c.d. direttiva ATAD) vincolò gli Stati membri ad adottare una serie di norme contro le pratiche di elusione fiscale.

<sup>114</sup> Cfr. OCSE, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013.

<sup>115</sup> Per *minimum standard* si intende l'adozione di un livello di protezione minimo, considerato cioè sufficiente affinché la norma possa essere implementata in modo efficace, senza escludere la possibilità di adoperare soluzioni più raffinate o rigide. Tipicamente questa viene utilizzata dagli organismi sovranazionali (come si vedrà meglio con la direttiva ATAD adottata dall'Unione Europea), in modo tale da garantire da un lato un'adozione uniforme da parte dei paesi membri, lasciando però dall'altro una certa libertà di manovra a quei legislatori che volessero irrigidire la normativa nella giurisdizione domestica.



digitale e l'esigenza di mettere a punto un accordo multilaterale vincolante per gli Stati che fosse in grado di accogliere la maggior parte dei punti proposti dal piano<sup>116</sup>.

Particolarmente rilevante ai fini della presente trattazione risultava essere uno dei 15 piani d'azione messi a punto dall'Organizzazione: l'Action, denominato '*Designing effective controlled foreign company rules*', che forniva agli Stati delle raccomandazioni in tema di CFC e trattava un'analisi completa della materia.

Tramite questo, l'OCSE aveva individuato nelle società estere controllate uno dei maggiori rischi per il gettito fiscale degli Stati, in virtù della possibile allocazione fittizia di redditi in capo a strutture societarie fittizie localizzate in paradisi fiscali. Questa minaccia, secondo l'Organizzazione, andava contrastata attraverso l'adozione di una serie di misure uniformi e condivise, da introdurre o da implementare nelle singole legislazioni tributarie nazionali. L'auspicata uniformità veniva individuata quale elemento essenziale per la creazione di un deterrente valido, con risvolti internazionali e non solo domestici.

Per facilitare l'adozione di una normativa CFC efficace, i redattori avevano individuato sei aspetti principali su cui focalizzare l'attenzione e articolare in modo univoco la disciplina. È opportuno sottolineare che, per agevolare l'introduzione di una materia molto articolata, l'OCSE aveva ritenuto maggiormente adeguata l'adozione di una serie di raccomandazioni non vincolanti che ogni Stato avrebbe poi dovuto recepire all'interno del proprio ordinamento. Gli aspetti da considerare secondo l'Organizzazione erano in particolare i seguenti<sup>117</sup>:

- La definizione di entità controllata estera, nonché la delimitazione del situazione di controllo perché l'entità possa essere considerata CFC. Sul punto l'OCSE predilige una definizione di ampio respiro, includendo nel perimetro applicativo anche quelle entità di

---

<sup>116</sup> Sul punto si veda la nota pubblicata nel sito del Senato della Repubblica, cfr. Servizio del Bilancio, (2015) Nota breve, "*Il Progetto Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*", NB n. 13, ottobre 2015, Senato della Repubblica, XVII legislatura, dove vengono riportati in maniera sintetica ma esaustiva tutti i punti salienti del Piano BEPS e si specifica che "*la fiscalità resta un ambito di sovranità nazionale tuttavia l'obbligo di non confliggere con gli impegni assunti a livello internazionale pone un concreto limite all'implementazione differenziata. Proprio nell'ottica di una sempre maggiore uniformità dei regimi si segnala che lo scorso 17 giugno la Commissione europea ha recentemente presentato un piano d'azione per una tassazione societaria più equa ed efficiente nell'UE con l'obiettivo anche di valutare come recepire i risultati del Progetto Beps a livello europeo*".

<sup>117</sup> OECD (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, Action 3 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>. In sede introduttiva al report viene specificato chiaro quale sia l'intento dell'azione: <<*Controlled foreign company (CFC) and other anti-deferral rules combat this by enabling jurisdictions to tax income earned by foreign subsidiaries where certain conditions are met. However, some countries do not currently have CFC rules and others have rules that do not always counter BEPS situations in a comprehensive manner. Action 3 calls for the development of "recommendations regarding the design of controlled foreign company rules". The objective was to develop recommendations for CFC rules that are effective in dealing with base erosion and profit shifting*>>.

natura ibrida quali i trust e le stabili organizzazioni, onde evitare possibili elusioni della normativa.

- L'inclusione di soglie minime di applicazione della disciplina che, secondo l'OCSE, garantirebbero un minor impatto in termini di oneri amministrativi per quelle strutture societarie di piccole dimensioni.
- La determinazione del reddito della società controllata che dovrebbe essere attribuito al socio controllante. Su questo punto l'OCSE si limita ad enunciare la presenza di due approcci predominanti: l'*entity* che estende la disciplina a tutti i redditi generati dalla controllata, e il *transactional* che si limita a ricondurre alla società madre i soli redditi derivanti da pratiche abusive (pur lasciando libertà di manovra ai legislatori nazionali, l'organismo *sembra* sbilanciarsi verso quest'ultimo approccio).
- La definizione delle modalità di calcolo del reddito da imputare in capo alla società controllante, preferibilmente basate sulla giurisdizione interna del paese che attrae i redditi a tassazione ed accompagnate da una disposizione specifica che limiti il riporto delle perdite della CFC, rendendole quindi indeducibili per i redditi prodotti dal gruppo.
- Una determinazione delle regole di attribuzione del reddito della CFC in capo al soggetto controllante. Sul tema, l'OCSE raccomanda: di legare l'imputazione ad una soglia minima di controllo, di considerare, in sede di attribuzione, sia la percentuale di controllo che il periodo di detenzione della partecipazione, di assoggettare il reddito all'aliquota fiscale a cui è soggetta la controllante.
- La previsione di disposizioni specifiche atte ad evitare o a correggere eventuali situazioni di doppia imposizione sul medesimo reddito (considerato un ostacolo alla competitività internazionale delle aziende e allo sviluppo economico delle economie globali).

Prendendo ispirazione dal progetto BEPS, l'Unione Europea ha successivamente adottato un'importante direttiva nel 2016, volta a recepire le indicazioni fornite dall'OCSE. Tale direttiva (dir. UE 2016/1164 *c.d.* ATAD) adottata dal Consiglio dell'Unione Europea il 16 luglio 2016, aveva come obiettivo quello di rispondere ad una crescente esigenza di equità fiscale all'interno dell'Unione e di farlo adottando una serie di misure comuni e flessibili, nel rispetto dei principi comunitari.

L'uniformità del sistema fiscale internazionale, insieme ad un più proficuo scambio di informazioni tra le amministrazioni fiscali, sembravano essere le chiavi di volta adottate dalla comunità internazionale per combattere in modo serrato il fenomeno della pianificazione fiscale aggressiva. Queste norme tuttavia, che presentavano il fine condivisibile di contrastare "situazioni di doppia non imponibilità" e strutture fittiziamente create al fine di garantire un

vantaggio d'imposta, dovevano al contempo ponderare i propri meccanismi attuativi per non divenire uno strumento il cui onere gravasse in maniera eccessiva su quei contribuenti che, lecitamente, decidessero di delocalizzare la propria attività in uno Stato estero.

È bene ribadire che la finalità della direttiva restava quella di coordinare le diverse discipline nazionali<sup>118</sup>, non già di vincolarle ad un dettato normativo predeterminato, e nel fare ciò il Consiglio ha deciso di adottare il meccanismo del *minimum standard*, caratterizzato dalla determinazione di una soglia legislativa minima, che consentisse al singolo legislatore di adoperare misure più o meno restrittive. Tale approccio ha dato senza dubbio una forte spinta innovativa ed armonizzatrice in merito alla legiferazione del fenomeno; tuttavia rischiava di divenire un'arma a doppio taglio legata alla eccessiva libertà di manovra lasciata alla libera volontà degli Stati membri che poteva paradossalmente rendere vano il fine ultimo della Direttiva in parola<sup>119</sup>.

Così come per il progetto BEPS, il tema delle società estere controllate veniva altresì affrontato dalla Direttiva ATAD, nello specifico agli articoli 7 ("*Norme sulle società controllate estere*") e 8 ("*calcolo dei redditi delle società estere controllate*").

Al fine di poter procedere con un'analisi della recente normativa adottata dal legislatore domestico in sede di recepimento, è necessario analizzare, sia pure rapidamente, quanto disposto dalla direttiva comunitaria.

In primo luogo la direttiva definiva quello che avrebbe dovuto essere l'ambito di applicazione di una disciplina CFC nazionale, da estendere a tutte quelle situazioni in cui un contribuente detenesse, alternativamente, una partecipazione superiore alla metà dei diritti di voto, del capitale sociale, ovvero della distribuzione degli utili. Altresì, veniva stabilito che la società estera controllata, per poter attivare il presupposto applicativo di una disciplina CFC, avrebbe dovuto essere soggetta ad un livello impositivo reale inferiore alla metà dell'imposizione che avrebbe subito nel paese di residenza della controllante.

---

<sup>118</sup> Segnatamente, al par. (2) delle considerazioni iniziali della direttiva, il Consiglio UE si auspica che "*tutti gli Stati membri [...] prendano provvedimenti per scoraggiare le pratiche di elusione fiscale e garantire un'equa ed efficace imposizione nell'Unione in modo sufficientemente coerente e coordinato*" precisando poi che "*solo un quadro comune potrebbe impedire una frammentazione del mercato e porre fine ai disallineamenti e alle distorsioni del mercato attualmente esistenti*".

<sup>119</sup> Parte della dottrina ha rilevato infatti che l'adozione di un simile approccio per la direttiva ATAD rischiava di attribuire agli Stati una eccessiva libertà di interpretazione, nonché di discrezionalità, che rischiava di compromettere gli obiettivi della direttiva medesima. Cfr. G. Bizzioli, "*Taking EU fundamental freedoms seriously: does the anti-tax avoidance directive take precedence over the single market?*", in EC tax review, 3/2017.

Qualora venissero rispettati questi due presupposti, secondo la disciplina europea, l'entità avrebbe dovuto essere trattata come una società estera controllata e, in quanto tale, idonea a far scattare la disciplina sulle CFC.

Successivamente la direttiva passava ad un'elencazione dei redditi che lo Stato presso il quale il soggetto controllante è stabilito avrebbe dovuto attrarre a tassazione. Segnatamente veniva offerta la possibilità di strutturare la propria normativa domestica basandosi su due approcci differenti e alternativi tra loro<sup>120</sup>, i quali avrebbero comportato in ogni caso l'imputazione per trasparenza al soggetto controllante:

- A. di redditi derivanti da *passive income*, su tutti: proventi generati dalla detenzione di attività immobilizzate, interessi da attività finanziarie, redditi generati da operazioni effettuate con altre società del gruppo;
- B. di redditi generati da "costruzioni non genuine"<sup>121</sup>, la cui esistenza è finalizzata esclusivamente all'ottenimento di un vantaggio fiscale.

La disapplicazione della disciplina era diversamente regolata a seconda dell'approccio prescelto. Per la prima tipologia, il legislatore comunitario consentiva la disapplicazione della normativa CFC nel caso in cui l'attività economica svolta dalla controllata fosse giustificata dalla presenza di "personale, attrezzature, attivi e locali, come evidenziato da circostanze e fatti pertinenti". Nella sostanza, doveva essere dimostrabile lo svolgimento di un'attività economica effettiva<sup>122</sup>.

Per la seconda tipologia al soggetto controllante, secondo la Direttiva, sarebbe spettato invece il compito di dimostrare, tramite un'analisi funzionale, la genuinità dell'entità estera ovvero la sua capacità di generare utili autonomamente.

La direttiva prevedeva inoltre la possibilità di adottare una soglia minima sotto la quale non applicare la disciplina in parola<sup>123</sup>. Inoltre, era sempre data facoltà agli Stati membri di

---

<sup>120</sup> Va evidenziato come l'alternatività dei due approcci sia da considerarsi quale interpretazione letterale della norma, poiché il testo in lingua madre utilizza specificatamente la congiunzione anglofona "or". Tuttavia, l'obiettivo stesso della norma, che si propone quale *minimum standard* per gli stati membri, sembra disconoscere l'interpretazione letterale appena descritta. Inoltre, lo stesso Action 3 del progetto BEPS prevede la possibilità di utilizzare un mix dei due metodi e non vincola gli stati ad optare per uno dei due. Sembra quindi essere più convincente questa seconda interpretazione, che consentirebbe agli stati una maggiore flessibilità di adozione.

<sup>121</sup> È la norma stessa a specificare che una costruzione (ergo, una società) debba essere considerata "non genuina" quando questa <<non possiederebbe le attività o non avrebbe assunto i rischi che generano la totalità o una parte dei suoi redditi>> se non vi fosse la presenza della società madre che, svolgendo le funzioni chiave grazie alle quali la struttura estera è in grado di generare profitti, garantisce la sua prosperità e sopravvivenza.

<sup>122</sup> È opportuno segnalare come questa disapplicazione possa essere ignorata qualora la CFC sia situata in un paese terzo. Cfr. Par. 2 lettera a) dell'articolo 7 della Direttiva UE 2016/1164 del 12 luglio 2016.

<sup>123</sup> Nello specifico, qualora i proventi derivanti da *passive income* siano inferiori ad un terzo dei proventi totali della società estera controllata.

prevedere una soglia minima di esclusione qualora, nello specifico, la CFC non superasse i 750 mila euro di utili e questi non risultassero essere superiori al 10 per cento dei costi dell'esercizio.

Con l'articolo 8 la disciplina mirava a definire le modalità di determinazione dei redditi dell'entità estera controllata. Essa prevedeva sostanzialmente un'unica modalità di calcolo, qualsiasi fosse l'approccio adottato dallo Stato membro, tramite cui imputare i redditi della CFC proporzionalmente alla quota di partecipazione nella società estera controllata e nel periodo d'imposta in cui si conclude l'esercizio fiscale dell'entità estera. Inoltre la norma disponeva che fossero imputati esclusivamente i redditi passivi ovvero i redditi considerati "*non genuini*", disconoscendo di fatto una trasposizione della totalità dei redditi generati dalla CFC, compresi quelli provenienti dallo svolgimento di attività non elusive.

Erano previste infine delle disposizioni specifiche che miravano a contrastare il fenomeno della doppia imposizione e prevedevano che, in caso di distribuzione di dividendi ovvero di realizzazione di plusvalenze, per il soggetto controllante ci fosse la possibilità di dedurre dalla base imponibile quei redditi che avevano già subito una tassazione definitiva in virtù dell'applicazione della disciplina CFC. Doveva inoltre essere riconosciuto un credito d'imposta per il prelievo fiscale già subito dalla controllata estera nel Paese in cui risiede.

L'introduzione di questa disciplina a livello comunitario aveva conseguentemente vincolato lo Stato italiano ad adeguare la propria disciplina CFC al fine di recepire i dettami della Direttiva suesposta.

Il legislatore domestico, nonostante la previsione del modello del *minimum standard* lasciasse un buon margine di manovra all'adozione di una disciplina più rigida di quella esistente, ha deciso di cogliere l'occasione per modificare (nuovamente) l'articolo 167 del Tuir e di procedere ad una revisione di una disposizione (quella previgente) che era stata criticata per il contrasto con i principi sovranazionali.

### **3.2. Le modifiche normative introdotte all'articolo 167 del Tuir in vigore dal 01.01.2019**

Con il decreto legislativo numero 142 del 29 novembre 2018, il governo italiano è andato a recepire il contenuto della direttiva ATAD 1 approvata dal Consiglio dell'Unione Europea<sup>124</sup>, dando attuazione al ravvicinamento delle legislazioni comunitarie in tema di lotta all'erosione della base imponibile e allo spostamento dei redditi verso paesi che presentano regimi fiscali vantaggiosi. In particolare con l'articolo 4 del decreto è stato modificato in maniera sostanziale il testo dell'articolo 167 del Tuir, recante disposizioni in materia di società estere controllate. Il precedente dettato normativo, già oggetto di numerosi interventi da parte del legislatore nel corso della sua breve storia, presentava infatti diversi aspetti non pienamente in linea con quanto disposto dalla direttiva europea.

Va ricordato che la Direttiva UE 2016/1163, da cui è scaturito il decreto che ha riformulato la disciplina, si è posta con il criterio dello *standard* minimo ovvero ha fornito agli Stati membri gli elementi di base su cui strutturare una disciplina condivisa, lasciando tuttavia la libertà ai singoli di adottare misure più restrittive, qualora lo ritenessero opportuno<sup>125</sup>. In virtù di questa libertà concessa dalla direttiva, il legislatore domestico ha deciso di recepire quanto necessario per adeguare la disciplina nazionale al dettato comunitario, mantenendo taluni elementi di maggior rigidità della normativa italiana rispetto a quanto designato dal Consiglio dell'Unione Europea.

In premessa, va evidenziato come il nuovo testo introdotto dal decreto legislativo n. 142 del 2018 abbia dato ordine alla materia rendendola più lineare e facilmente comprensibile e allo stesso momento cercando di dirimere quelle questioni discusse che la rendevano disallineata

---

<sup>124</sup> Successivamente, la Direttiva (UE) 2017/952 del Consiglio del 29 maggio 2017 (cd. ATAD 2) ha apportato delle modifiche alla direttiva ATAD 1 del 2016, limitatamente alla disciplina dei disallineamenti da ibridi, volta ad evitare che un soggetto sfrutti le incongruenze dei sistemi fiscali nazionali al fine di garantirsi una doppia non imponibilità, evitando cioè una tassazione *tout court* dei redditi societari. Cfr. *Dossier Norme contro le pratiche di elusione fiscale (direttiva ATAD 2)* A.G. 42 del 12 settembre 2018, a cura del Servizio studi dell'Ufficio ricerche nei settori economico e finanziario del Senato della Repubblica e del Servizio Studi del Dipartimento Finanze della Camera dei Deputati.

<sup>125</sup> Il punto viene affermato all'articolo 3 della Direttiva medesima, denominato "*Livello minimo di protezione*", dove si dispone che <<la direttiva non pregiudica l'applicazione di disposizioni nazionali o convenzionali intese a salvaguardare un livello di protezione più elevato delle basi imponibili nazionali>>. Peraltro la presente disposizione sembra contrastare con quanto affermato dal Consiglio UE medesimo nelle considerazioni iniziali della medesima Direttiva dove, al paragrafo (2) si afferma che <<solo un quadro comune può impedire una frammentazione del mercato e porre fine ai disallineamenti e alle distorsioni esistenti>>. Alla luce di quanto esposto, non è chiaro per quale motivo si sia deciso di utilizzare lo strumento del *minimum standard* che potrebbe portare alla creazione di discipline CFC divergenti tra i vari Stati membri. Cfr G. Bizzioli, "*Taking EU fundamental freedoms seriously: does the anti-tax avoidance directive take precedence over the single market?*", in EC tax review, 3/2017.

rispetto ad alcune libertà fondamentali previste dal diritto comunitario. La disposizione previgente infatti, a causa della stratificazione normativa creatasi nel tempo, disciplinava il fenomeno in modo disomogeneo prevedendo dei presupposti soggettivi e delle circostanze esimenti ingiustificatamente differenziate a seconda del territorio di provenienza della CFC.

Oggi la disciplina italiana continua a affondare le proprie radici sull'approccio c.d. *jurisdictional*, prevedendo un'imputazione al soggetto controllante (pro quota rispetto alla partecipazione detenuta) del reddito prodotto dalla controllata al ricorrere di determinate condizioni, senza operare alcuna distinzione circa la tipologia del reddito prodotto. Si denota tuttavia una crescente rilevanza affidata alla presenza dei *passive income* tra i redditi generati dalla CFC, indicatore divenuto dirimente ai fini del presupposto applicativo. Tale impostazione voluta dal legislatore può essere considerata come un tentativo di allontanarsi da un sistema puramente *jurisdictional*, per passare ad un sistema *misto* basato *anche* sulla tipologia di reddito prodotto dalla società estera controllata<sup>126</sup>.

Per il resto, la novellata disciplina è incentrata su alcuni elementi che sono stati parzialmente riformulati rispetto alla disposizione previgente:

- Il presupposto soggettivo che prevedeva l'applicazione della disciplina alle persone fisiche, alle società di persone e di capitali residenti, viene ampliato dall'inclusione delle stabili organizzazioni italiane di soggetti residenti;
- La nozione di controllo ai fini dell'identificazione delle CFC viene estesa: oltre alla già presente nozione di cui all'articolo 2359 del codice civile, che individua un controllo meramente legato alla percentuale di voto in sede assembleare o all'influenza esercitabile sull'assemblea della controllata, viene affiancata la fattispecie in cui il soggetto detenga una percentuale di partecipazione agli utili superiore al 50%, prevedendo un'alternatività tra le due definizioni di controllo;
- Il presupposto applicativo riferito alle imprese estere controllate abbandona la differenziazione tra imprese UE ed extra-UE e viene legato ad una duplice condizione che genera una presunzione di artificiosità: la presenza di una tassazione estera effettiva inferiore alla metà di quella virtuale domestica e la generazione di oltre un terzo dei proventi derivanti da *passive income*;

---

<sup>126</sup> Cfr. E.M. Bagarotto, *La disciplina in materia di controlled foreign companies alla luce delle modifiche apportate dalla legge di stabilità 2016 e nell'attesa dell'attuazione della "direttiva anti-beps*, Dir. Prat. Trib., 2017, pag. 954 ss. ; R. Papotti e F. Molinari, *La Disciplina Cfc Alla Prova Della Direttiva Anti-Elusione Dell'unione Europea*, Corriere Tributario, 2016, pag. 2609 ss.

- La circostanza esimente viene unificata consentendo al soggetto domestico di portarsi fuori dalla disciplina dimostrando esclusivamente lo svolgimento di un'attività economica effettiva da parte della società estera controllata.

Rimangono invece invariati nella sostanza gli ulteriori principali aspetti della normativa, tra i quali:

- La rideterminazione del reddito attribuito per trasparenza dalla società estera controllata alla società controllante sulla base delle disposizioni previste dal Tuir per l'imposizione dei soggetti IRES, fatta eccezione per talune norme che il legislatore ha ritenuto non utilizzabili ai fini del calcolo del reddito della CFC;
- L'adozione di un sistema di tassazione separata sui redditi provenienti dalla controllata estera (alternativamente individuata facendo un confronto tra l'aliquota media applicata sui redditi del soggetto controllante e l'aliquota IRES ordinaria, prendendo quella più elevata);
- Il riconoscimento di un credito derivante dalle imposte assolte nello stato estero dalla CFC;
- La possibilità di utilizzare ai fini della disapplicazione l'istituto dell'interpello preventivo, facendo salva comunque la possibilità per il contribuente di poter dimostrare le proprie ragioni anche in sede di contenzioso.

Premesso ciò, andiamo ora ad analizzare nel dettaglio la disciplina così come prevista nella sua formulazione attuale.

### ***3.2.1. Il presupposto soggettivo: i soggetti residenti coinvolti nella disciplina e i soggetti esteri controllati.***

Come è già stato evidenziato nell'analisi delle precedenti versioni della norma, la disciplina italiana sulle *Controlled Foreign Companies* si è sempre applicata ad un ampio spettro di soggetti domestici controllanti una o più entità estere. Va detto che la norma, sin dalla sua origine, cercava di ricomprendere nel presupposto soggettivo la quasi totalità dei soggetti residenti nello Stato Italiano, fossero essi persone fisiche (soggetti Irpef) ovvero società di capitali (soggetti Ires). Ciò avveniva, in linea con la sua funzione prettamente antielusiva, per evitare qualsiasi tentativo di raggirio della disposizione, imputando cioè le partecipazioni in società estere a soggetti domestici ipoteticamente non coinvolti dalla disciplina.

Nonostante la già richiamata ampia portata della norma, la nuova formulazione operata ai sensi del decreto legislativo 142/2018 ha apportato un piccolo ma significativo cambiamento all'ambito soggettivo. In particolare, la norma è stata ampliata nel suo perimetro applicativo,



andando ora ad includere tra i soggetti domestici anche le stabili organizzazioni di società estere localizzate in Italia, detentrici a loro volta di partecipazioni in soggetti esteri.

Ai sensi del comma 1 dell'articolo 167, la normativa sulle CFC si applica alle persone fisiche, alle società e alle stabili organizzazioni residenti che controllano società estere. Il tema del controllo verrà approfondito oltre. Per il momento è utile soffermarsi sui soggetti residenti che la norma intende coinvolgere nel perimetro applicativo.

Quanto alle persone fisiche, non sembrano esserci dubbi circa il rinvio all'articolo 2 del Tuir di cui si è già parlato nel capitolo inerente l'introduzione normativa del 2000<sup>127</sup>. Più complesso è invece il discorso per quanto riguarda le società, per le quali la disposizione rinvia agli articoli 5 e 73, comma 1, lettere a), b) e c) del Tuir. Il riferimento normativo appena citato fa rientrare nel perimetro applicativo della norma le società di persone, le società di capitali, le società cooperative e le società di mutua cooperazione, le società europee ex regolamento CE n. 2157/2001 e le cooperative europee ex regolamento CE n. 1435/2003, gli enti pubblici e privati (inclusi i trust) che hanno, o che non hanno, per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali e gli OICR.

Tale elencazione è stata ampliata dalla recente introduzione normativa che ha esteso l'assoggettamento al regime in parola alle stabili organizzazioni italiane di soggetti non residenti (ex articolo 73, comma 1, lettera d) del Tuir)<sup>128</sup>. Questa previsione si applica solo nel momento in cui la stabile organizzazione detenga nel suo patrimonio una partecipazione di un soggetto estero tale da garantirle il controllo su di esso<sup>129</sup>. In questo modo, la *branch* italiana di un soggetto estero viene a tutti gli effetti equiparata ad un soggetto residente e le condizioni di applicazione della disciplina andranno verificate in capo al soggetto controllato dalla stabile organizzazione italiana, senza però tenere in considerazione il ruolo svolto dal soggetto estero a monte della catena partecipativa (ovvero il controllante della *branch* italiana).

---

<sup>127</sup> A prescindere dal fatto che le persone fisiche siano o meno dei soggetti imprenditori, si considerano residenti nel territorio dello Stato le persone fisiche che per la maggior parte del periodo d'imposta rispondano alternativamente ad uno dei seguenti presupposti: siano iscritti all'anagrafe dello Stato, abbiano il domicilio presso lo Stato (ex articolo 43, comma 1 del codice civile), abbiano la residenza nello Stato (ex articolo 43, comma 2 del codice civile). Cfr. M. Beghin, *Diritto Tributario per l'Università e per la preparazione all'esercizio delle professioni economico-giuridiche*, Padova, 2017, capitolo XIII – Le imposte sul reddito (Ires e Irpef), pag. 402 e ss.

<sup>128</sup> Cfr. G. Albano, *Stabile organizzazione nel raggio d'azione – La stretta fiscale contro l'elusione*, in *I focus del Sole* inserto de *Il sole 24 ore*, 30 gennaio 2019.

<sup>129</sup> La relazione illustrativa al decreto c.d. ATAD (d. lgs. 142/2018) specifica che l'estensione della disciplina alle stabili organizzazioni localizzate nel territorio italiano è limitata alle sole partecipazioni su soggetti esteri che fanno parte del patrimonio della stabile. Tale specificazione sembra escludere definitivamente qualsiasi tipo di commistione tra il patrimonio della stabile e quello del soggetto estero che la controlla ai fini della determinazione del controllo della società estera. Cfr. A. Serena e S. Pavanetto, *Modifiche alla disciplina CFC e alla tassazione dei dividendi e plusvalenze black list*, in *Bilancio e Reddito d'impresa*, 3/2019, p. 17 ss.

La predetta inclusione nella disciplina delle stabili organizzazioni stabilite in Italia da soggetti esteri rischia di generare una situazione di doppia imposizione dei redditi provenienti dal soggetto estero controllato, frutto di un possibile contrasto tra le discipline CFC di diversi paesi (quella italiana e quella del paese della casa madre della *branch*)<sup>130</sup>. Invero questa situazione potrebbe ben verificarsi qualora lo Stato di residenza della casa madre applicasse una disciplina al pari di quella italiana<sup>131</sup>. Avremmo in questo modo: da una parte l'inclusione per trasparenza del reddito della controllata nell'imponibile della stabile organizzazione localizzata in Italia ed ivi tassato, dall'altra una (possibile) inclusione del reddito della stabile nell'imponibile della casa madre, che vedrebbe subire così una seconda tassazione di un reddito già assoggettato a tassazione definitiva dallo Stato Italiano<sup>132</sup>.

Quanto ai soggetti esteri controllati, il legislatore ha previsto una specifica previsione normativa ai sensi dei commi 2 e 3 del novellato articolo 167 del Tuir. Segnatamente, la disciplina riconosce come soggetti esteri <<le imprese, le società e gli enti non residenti nel territorio dello stato>> e amplia quindi la definizione, ricomprendendo altresì << a) le stabili organizzazioni all'estero dei soggetti di cui al comma due (ergo dei soggetti esteri, ndt); b) le stabili organizzazioni all'estero di soggetti residenti che abbiano optato per il regime di cui all'articolo 168-ter (c.d. *branch exemption*) >>. Sul concetto di controllo, anch'esso parzialmente riformulato, si dirà oltre. Per il momento ci soffermeremo sulla definizione dei soggetti esteri controllati che fanno scattare, in capo al soggetto domestico, la disciplina e quindi il meccanismo della tassazione per trasparenza dei redditi generati dai primi.

Il campo applicativo, come è facilmente osservabile, risulta essere molto ampio e poco dettagliato. La norma parla infatti di "imprese, società ed enti non residenti" in senso generico, senza fare alcun rinvio ad alcuna definizione civilista o legislativa. Tale genericità sembra

---

<sup>130</sup> Cfr. S. Capoluppo, *Presupposti soggettivi della normativa sulle controlled foreign companies*, il Fisco, 7/202, pag. 917 e ss.

<sup>131</sup> La nuova disciplina infatti considera, ai sensi del comma 3, dell'articolo 167, le stabili organizzazioni estere di soggetti residenti al pari delle società estere controllate, sui cui redditi è possibile applicare, sotto determinate condizioni, la tassazione per trasparenza prevista dalla disciplina CFC. È opportuno sul punto specificare che la norma domestica non include tutte le stabili organizzazioni estere, ma solamente: 1) le stabili organizzazioni estere di soggetti controllati esteri; 2) le stabili organizzazioni estere di soggetti residenti per le quali sia stata effettuata l'opzione per la *branch exemption* (ex art. 168-ter del Tuir).

<sup>132</sup> Questa situazione si verifica per tutti i redditi percepiti dalla Stabile organizzazione, salva la facoltà di effettuare una specifica opzione per la *branch exemption*. Sotto tale aspetto, quindi, l'applicazione della disciplina CFC non sembra generare un'anomalia sistemica di particolare attenzione, giacché il problema della doppia imposizione è già presente e viene risolto con il riconoscimento di un credito d'imposta in capo alla casa madre in virtù delle imposte già assolte dalla stabile. Semmai, la complessità sta nel fatto che il reddito della CFC imputato per trasparenza in capo alla stabile localizzata in Italia, è già stato a sua volta tassato nello stato di residenza della CFC. Seguendo questo ragionamento, ci troveremo di fronte ad una quanto meno insolita "catena" di credito d'imposta, riconosciuto dapprima in capo alla *branch* e, successivamente, in capo alla casa madre.

essere volta ad includere nella disciplina un'ampia cerchia di soggetti esteri esercenti una qualsiasi attività di impresa, a prescindere dalla forma giuridica da questi adottata. L'utilizzo dell'espressione "altro ente" infatti esclude un qualsiasi tentativo di interpretazione letterale della norma che abbia come fine quello di non comprendere particolari tipologie di società esistenti negli ordinamenti esteri<sup>133</sup>.

La discriminante adottata dal legislatore non sembra quindi poggiare sulla forma giuridica adottata dal soggetto estero controllato, bensì sulla sua natura imprenditoriale<sup>134</sup>. Sebbene la norma non faccia espresso riferimento alla natura commerciale del reddito proveniente dalla CFC, è chiaro come una visione d'insieme della disposizione non possa che portare a tale conclusione. Si consideri il fatto che, ai fini della rideterminazione del reddito derivante dalla società estera (ai sensi del comma 7), la disposizione faccia espresso riferimento alle norme stabilite dal Tuir per la determinazione del reddito d'impresa dei soggetti residenti. Sotto questa prospettiva, un ampliamento della norma a quei soggetti che non svolgono attività d'impresa non troverebbe riscontro nella volontà legislativa. Inoltre, alla luce delle novellate disposizioni normative ai fini della disapplicazione della normativa, viene ora prevista un'unica circostanza esimente: lo svolgimento di un'*attività economica* effettiva da parte della CFC.

Per le ragioni appena esposte, si può ritenere plausibile la non applicazione della norma a quei soggetti esteri che svolgano attività non commerciale, ovvero agli enti *no profit*. È evidente infatti come i soci di soggetti esteri di siffatta natura risulterebbero discriminati rispetto ai controllanti di soggetti esteri commerciali, giacché ad essi verrebbe preclusa *in toto* la possibilità di invocare l'esimente unica ai fini della disapplicazione della disciplina. La portata generale della norma non deve quindi essere elaborata sotto un profilo strettamente letterale, ma va calata su un campo di applicazione circoscritto a quei soggetti che esercitano in via esclusiva o primaria un'attività d'impresa.

Il legislatore ha tuttavia ritenuto necessario disporre un apposito comma (il terzo) per chiarire i termini dell'assoggettamento alla disciplina dei soggetti che detengono in uno stato estero delle stabili organizzazioni. Sul punto è opportuno procedere con alcune sintetiche precisazioni volte a comprendere la particolare fattispecie delle sedi d'affari estere.

---

<sup>133</sup> Cfr. A. Stesuri, *la riforma fiscale e la disciplina delle società estere controllate e collegate - I parte*, in Azienda & Fisco, 19/2004, pag. 3 e ss.; G. Pezzuto, *il nuovo regime in materia di cfc (controlled foreign companies)*, in il Fisco, 5/2001, pag. 1472. Sul tema si vedano altresì i chiarimenti forniti con la Circolare Agenzia delle Entrate n. 23/E, *Ulteriori chiarimenti in materia di Controlled Foreign Companies (CFC)*, 26 maggio 2011.

<sup>134</sup> Di tale avviso, peraltro, si è espressa autorevole dottrina sin dall'introduzione normativa. Su tutti, si veda A. Dragonetti, V. Piacentini e A. Sfondrini in *Manuale di fiscalità internazionale*, Milano 2010, i quali sottolineano come dal medesimo decreto attuativo (D.M. 429/2001) dell'ex articolo 127-bis si evincesse che "*l'utile tassabile in Italia per trasparenza è solo quello derivante dal compimento di operazioni di indole commerciale*".

Le stabili organizzazioni sono degli insediamenti esteri di un'impresa non residente la quale esercita, per il tramite di queste, la propria attività nel paese straniero. I redditi prodotti dalle stabili sono tipicamente tassati prima in capo ad esse dal paese di localizzazione e, successivamente, concorrono alla formazione del reddito della casa madre, alla quale viene riconosciuto un credito per le imposte già assolte dalla sede d'affari. In tale contesto, la presenza di una stabile organizzazione estera di una casa madre italiana non sembra generare problemi ai sensi della disciplina sulle CFC, poiché il reddito della *branch* verrebbe ad ogni modo traslato sul soggetto domestico, paralizzando in origine qualsiasi tentativo di elusione fiscale.

Tuttavia, la normativa domestica ha da poco introdotto il particolare istituto delle *branch exemption* (articolo 168-ter del Tuir), tramite il quale la casa madre italiana può decidere, sotto determinate condizioni, di optare per l'esenzione degli utili e delle perdite generati da tutte le proprie stabili organizzazioni estere. L'obiettivo della norma è quello di garantire alla casa madre un livello di tassazione non discriminato rispetto alle società che sono residenti nello stato in cui la stabile è localizzata.

Evidentemente, l'applicazione di una disciplina di siffatta natura potrebbe portare i soggetti residenti ad utilizzare le stabili organizzazioni con il solo fine di "bypassare" la disciplina CFC, poiché queste, sotto un profilo giuridico, non vengono considerate né imprese, né società, né tantomeno altri enti.

Per ovviare a tale situazione, il legislatore ha disposto, al comma 3 lettera b) dell'articolo 167 del Tuir, che "*si considerano altresì soggetti controllati non residenti le stabili organizzazioni all'estero di soggetti residenti che abbiano optato per il regime di cui all'articolo 168-ter*". Ciò al fine di evitare che il regime di esenzione garantito dal novello istituto della *branch exemption* potesse in qualsiasi modo portare ad un utilizzo indebito delle stabili organizzazioni domestiche di soggetti esteri e, conseguentemente, ad una disapplicazione indebita della disciplina CFC.

Un ragionamento analogo ha quindi portato il legislatore a disporre, ai sensi del comma 3 lettera a) dell'articolo 167 del Tuir, l'assoggettamento alla disciplina anche per le stabili organizzazioni di soggetti esteri controllati, sulle quali lo Stato Italiano non ha alcuna autorità impositiva.

Sul punto, la relazione illustrativa al decreto legislativo che ha introdotto la novellata disposizione ha chiarito che tale estensione trova applicazione *solo* nel caso in cui i redditi derivanti dalla *branch* non vengano sottoposti a tassazione nello stato di residenza della controllata estera (ad esempio, in virtù dell'applicazione di una normativa con gli stessi connotati dell'articolo 168-ter appena enunciato). In questo caso, infatti, essendo il reddito della

stabile tassato unicamente nello Stato di localizzazione della stessa, la renderebbe di fatto assimilabile ad una società “controllata da una controllata” e, in virtù della catena partecipativa, la farebbe rientrare nel campo applicativo della disciplina domestica sulle CFC<sup>135</sup>.

### ***3.2.2. I presupposti applicativi della disciplina: il controllo ai sensi dell’articolo 2359 c.c. e il controllo mediante partecipazione agli utili della CFC.***

Abbiamo già osservato come la disciplina CFC adottata dal legislatore italiano trovi applicazione nel momento in cui vi sia una situazione di controllo tra soggetto residente e soggetto estero. Solo in questo caso infatti l’imputazione del reddito per trasparenza può trovare giustificazione, poiché l’influenza in sede assembleare del soggetto domestico è tale da poter veicolare le decisioni del soggetto estero, in particolare relativamente al momento distributivo degli utili generati.

Lo schema normativo introdotto dal decreto legislativo numero 142 del 28 novembre 2018 ha tuttavia ampliato parzialmente il concetto di controllo previsto dalla disciplina previgente.

La precedente disposizione infatti, per delimitare il concetto di controllo, faceva espresso riferimento al suo significato civilistico (articolo 2359 del codice civile). In particolare, rientravano nella disciplina CFC i soggetti residenti nel territorio dello Stato<sup>136</sup> che detenevano partecipazioni tali da garantire alternativamente, un controllo di diritto, un controllo *de facto* ovvero un controllo contrattuale su un’altra società residente in uno Stato a fiscalità privilegiata.

---

<sup>135</sup> La relazione illustrativa al decreto legislativo 142/2018 dispone come l’applicazione della disciplina CFC con riferimento alle stabili organizzazioni estere di soggetti controllati esteri richieda l’applicazione di un approccio differenziato per determinare quale sia il livello effettivo di imposizione subito dal reddito proveniente dalla *branch*. Se il reddito proveniente dalla stabile è esentato da imposizione nello stato di residenza della controllata estera, andrà effettuato un duplice test: uno sul *tax rate* della controllata, uno sul *tax rate* della stabile della controllata. Potrebbe verificarsi la situazione nella quale i redditi della controllata non sono assoggettati alla disciplina Cfc, mentre i redditi della sua *branch* lo sono e in capo al soggetto controllante (non della casa madre). Oppure, se il reddito della stabile organizzazione viene tassato in capo alla casa madre, ovvero la società estera controllata, bisogna effettuare un unico test sul *tax rate* effettivo della società estera controllata, considerando sia i redditi di quest’ultima, sia quelli della sua *branch* (al netto dell’eventuale credito d’imposta riconosciuto). Cfr. *Relazione illustrativa al decreto legislativo di recepimento della direttiva ATAD 1, in attuazione della legge di delegazione europea n. 163 del 25 ottobre 2017*; G. Albano, *Stabile organizzazione nel raggio d’azione*, in *La stretta fiscale contro l’elusione* n.1 focus del sole 24 ore, Il sole 24 ore, 30 gennaio 2019.

<sup>136</sup> Sul concetto di residenza ai sensi degli articoli 2 e 73 del TUIR si rimanda a quanto già scritto in tema di esteroinvestizione.

Tale controllo poteva essere esercitato direttamente o indirettamente, ovvero tramite soggetti terzi quali una società fiduciaria o un'interposta persona<sup>137</sup>.

La nuova disposizione, ai sensi del comma 2 dell'articolo 167 del Tuir, cambia il presupposto oggettivo e considera soggetti esteri controllati quelle imprese, società e enti che, alternativamente, “*verificano una seguenti condizioni: a) sono controllati direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciaria o interposta persona, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile [...]; b) oltre il 50 per cento della partecipazione ai loro utili è detenuto, direttamente o indirettamente, mediante una o più società controllate [...]*”.

Notiamo subito come rimanga sostanzialmente invariato il riferimento alla nozione di controllo così come disposto dal codice civile. A questo tuttavia viene affiancato un “nuovo” concetto di controllo derivante dalla detenzione di una partecipazione agli utili<sup>138</sup>. Come noto infatti, un soggetto è libero di detenere percentuali di partecipazione agli utili non corrispondenti alla propria quota di partecipazione nel capitale sociale della società partecipata<sup>139</sup>.

Procedendo con ordine nell'analisi della disciplina, andiamo a commentare il controllo di tipo civilistico che abbiamo visto essere suddiviso in tre fattispecie alternative tra loro: il controllo di diritto, il controllo di fatto ed il controllo di tipo contrattuale.

Il controllo di diritto, così come disciplinato dal comma 1 numero 1) dell'articolo 2359 del codice civile, si sostanzia nel momento in cui il soggetto detentore del vincolo partecipativo risulti essere possessore della maggioranza dei diritti di voto, tali da garantirgli un ruolo predominante in sede assembleare. Tale controllo può sussistere sia direttamente che per via indiretta, qualora il soggetto detenga la maggioranza delle quote per il tramite di un soggetto interposto (a sua volta controllato dal detentore stesso).

---

<sup>137</sup> Sul concetto di controllo si veda, su tutti, M.E. Spolidoro, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in Riv. Soc. 1995, pag. 466 e ss; G.F. Campobasso, *Diritto Commerciale 2 – Diritto delle società, 2015*; C. Saccon, *Il concetto di controllo in Bilancio consolidato: disciplina nazionale e IFRS*, in U.Sostero, F. Cerbioni e C. Saccon (a cura di), 2016; A. Stesuri, *la riforma fiscale e la disciplina delle società estere controllate e collegate*, in Azienda & Fisco 19/2004, p.3 ss.

<sup>138</sup> Sul punto si rileva come la direttiva UE 2016/1164 (c.d. Direttiva ATAD) considerasse la sola fattispecie del controllo di diritto, escludendo le fattispecie di controllo di fatto e di quello di tipo contrattuale. Il controllo di diritto, secondo quanto disposto dall'articolo 2 della Direttiva, deve sussistere in capo al contribuente domestico e alle sue “imprese associate”. Per imprese associate la Direttiva intende delle entità sulle quali il soggetto domestico detenga partecipazioni di voto o partecipazioni agli utili superiori al 25 per cento. Nella sostanza, ai fini del controllo viene affidata primaria rilevanza al ruolo delle “imprese associate”, tali da far rientrare nel perimetro applicativo della norma tutte quelle imprese che il legislatore italiano riconduce al controllo di fatto. Cfr. L. Miele, A. Sura, F. Bontempo, T. Fabi, *Bilancio e reddito d'impresa*, IPSOA Manuali, 2019.

<sup>139</sup> Il riferimento normativo va all'articolo 2468 c. 2 del codice civile che prevede la possibilità di disporre di quote di partecipazione agli utili “non proporzionate rispetto al valore dei conferimenti dei soci” purché questo si evinca “dall'atto pubblico o dalla scrittura privata autenticata di costituzione”. Cfr. A. Daccò, *Le partecipazioni dei soci di soci*, in Marco Cian (a cura di), *Diritto commerciale vol. II*, Torino, 2013, pag. 585.

Diversamente, ai numeri 2) e 3) del citato comma viene esplicitata una situazione analoga alla prima sotto un profilo sostanziale, ma differente nel piano formale. Il controllo *de facto* nient'altro è se non l'effettiva capacità del detentore di disporre del controllo dell'assemblea di una società sottoposta, pur non possedendo sulla carta una maggioranza aritmeticamente certa. In tal senso, il suddetto controllo fattuale si può verificare sotto una duplice circostanza: la prima, che possiamo denominare controllo interno, presuppone che il soggetto controllante tramite le proprie partecipazioni sia in grado di imporre un'influenza dominante sull'intera assemblea<sup>140</sup> (influenza che deve essere tale da garantirgli la possibilità di gestire la società medesima). Allo stesso tempo, si può verificare una situazione di controllo (c.d. esterno) anche quando questo derivi da specifici accordi contrattuali. Anche nella predetta circostanza, l'elemento dirimente diviene l'influenza dominante che un soggetto riesce ad esercitare, pur in assenza di un controllo partecipativo specifico<sup>141</sup>.

Se andiamo a ricollocare il tema all'interno della disciplina sulle CFC, notiamo come la fattispecie del controllo diretto abbia un perimetro applicativo abbastanza chiaro e lineare (eccezion fatta per i dubbi interpretativi che potrebbero scaturire dal concetto di influenza dominante, in particolar modo per quanto riguarda le *joint venture*<sup>142</sup>). Per contro, risulta essere particolarmente delicato il controllo di tipo indiretto, ovvero quello esercitato per il tramite di una *subholding* residente in uno stato a fiscalità ordinaria (quand'anche nello stesso Stato Italiano) che a sua volta controlla una società estera.

---

<sup>140</sup> La centralità del concetto di influenza dominante è affermata da gran parte della dottrina (su tutti, cfr. M.E. Spolidoro, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in Riv. Soc. 1995, pag. 466 e ss., G.F. Campobasso, *Diritto Commerciale 2 – Diritto delle società*), tanto che, parte di essa, sia arrivata ad affermare che detta influenza sia l'essenza stessa del controllo, e che il controllo di diritto ai sensi del numero 1 comma 1 art. 2359 non sia altro che una sua "esemplificazione generale" (così M.E. Spolidoro, *op.cit.*). Il medesimo autore, tuttavia, critica la citata visione del controllo, spiegando come l'influenza dominante altro non sia se non <<la capacità di impedire che siano assunte decisioni contrarie al proprio dovere (proprio del detentore delle partecipazioni, Ndt) e anche di imporre il proprio punto di vista, soprattutto nelle decisioni di acquisto e nella gestione delle quote o azioni della società controllata da parte della controllante>>.

<sup>141</sup> Cfr. A. Stesuri, *La riforma fiscale e la disciplina delle società estere controllate e collegate*, in Azienda & Fisco 19/2004, p.3 ss. dove l'autore, a titolo esemplificativo di controllo esterno, riporta il caso in cui una società residente in un paese estero a fiscalità privilegiata abbia un solo cliente, soggetto residente in Italia, il quale risulta essere l'unica fonte di reddito per la prima e, giocoforza, è in grado di condizionarne qualsiasi tipo di scelta imprenditoriale a proprio vantaggio.

<sup>142</sup> La locuzione "influenza dominante" può infatti essere interpretata in senso soggettivo sia da parte dell'amministrazione finanziaria sia da parte del contribuente. La mancanza di un riferimento numerico ben definito può generare situazioni di incertezza. Un caso abbastanza emblematico è quello delle *joint venture* cosiddette paritetiche, le quali sono caratterizzate da accordi di natura commerciale e da una partecipazione paritetica dei soci in sede assembleare. Questa situazione di equilibrio non sembra in grado di generare una situazione di possibile controllo di fatto o controllo contrattuale (numeri 2) e 3) del comma 1 dell'articolo 2359 c.c.). Sul tema peraltro aveva già dato parere favorevole l'Agenzia delle Entrate stessa tramite la risoluzione 326/E del 30 luglio 2008. Cfr. L. Miele, A. Sura, F. Bontempo, T. Fabi, *Regime delle Controlled Foreign Companies (CFC) in Bilancio e Reddito d'impresa – IPSOA Manuali* (a cura di) L. Miele, A. Sura, F. Bontempo, T. Fabi, 2019, pag. 1637.

Il controllo indiretto (nella sua accezione civilistica) va valutato sotto un aspetto logico formale e non ragionando esclusivamente in termini aritmetici<sup>143</sup>. Il senso della disposizione è che se un soggetto X ha il controllo su un altro soggetto Y, che a sua volta controlla un soggetto Z, per una semplice questione logico-formale il soggetto X sarà in grado di controllare il soggetto Z. Non è necessario in questo caso verificare la sussistenza del controllo in termini aritmetici, (applicando il c.d. *meccanismo demoltiplicatore*) che anzi potrebbe risultare inferiore al 50% e quindi, paradossalmente, garantire la non applicabilità della disciplina CFC. Si dovrà invece verificare la situazione di controllo in capo al singolo rapporto partecipativo.

Queste particolari interconnessioni societarie sono alla base di strutture molto ampie e complesse denominate gruppi societari. Il risultato di tali concatenazioni di partecipazioni è una frammentazione della ricchezza del gruppo (inteso come insieme di società tra loro connesse da rapporti partecipativi) gestita sotto la direzione univoca di un solo soggetto. Tale circostanza viene anche denominata “effetto telescopio”<sup>144</sup>, poiché la ricchezza risulta frammentata e suddivisa tra più soggetti, giuridicamente autonomi tra loro, ma la cui gestione è univoca e unitaria.

Ai fini dell'applicazione della disciplina CFC, l'individuazione del soggetto realmente detentore del potere di direzione e coordinamento, ovvero dell'effettiva influenza dominante, risulta essere con ogni evidenza un elemento di primaria importanza in quanto ad esso verranno imputati (per trasparenza) i redditi generati dalle società controllate residenti in stati a fiscalità privilegiata.

Tuttavia, l'individuazione di un rapporto di controllo non risulta sempre di facile portata. La ricerca di una pianificazione fiscale su scala internazionale ha spinto infatti molte aziende ad adottare delle strutture di gruppo molto complesse. Gli intrecci partecipativi che si vengono a creare sono talvolta indotti da una genuina attività di gestione ed efficientamento del gruppo concepito nella sua interezza; altre volte risultano essere delle vere e proprie creazioni *ad hoc* aventi il solo scopo di annacquare la ricchezza globale del gruppo e disperderla nella demoltiplicazione dei soggetti giuridici a cui viene imputata.

---

<sup>143</sup> Cfr. A. Stesuri, *La riforma fiscale e la disciplina delle società estere controllate e collegate – I parte*, in Azienda & Fisco, 19/2004, pag. 3 e ss.

<sup>144</sup> Cfr F. Galgano, *Trattato di Diritto Civile*, 2014, dove l'autore fa l'esempio di una società A che controlla (100%) una società B, che a sua volta controlla una società C (51%), che a sua volta controlla una società D (51%). In virtù di tale catena partecipativa, la c.d. Holding (società A) riceve dalla controllata terminale (la società D) un utile del 26,01%, ma è evidente che la gestione della ricchezza del gruppo risulti essere interamente nelle mani della Holding. Questo è denominato appunto “effetto telescopio”.



A titolo esemplificativo, si prenda in considerazione la seguente catena partecipativa: la società Alfa Spa, residente in Italia, detiene due partecipazioni di controllo, rispettivamente in una società italiana (Beta S.r.l.) e in una società francese (Omega S.a.). Ulteriormente, Alfa detiene una partecipazione non di controllo, pari al 20 per cento del capitale sociale, in Gamma, una società residente in uno stato a regime fiscale privilegiato. La società Gamma avrebbe i requisiti oggettivi (tassazione inferiore alla metà di quella domestica e generazione di redditi da *passive income* per oltre un terzo) per far scattare la disciplina CFC. Tuttavia, non trattandosi di una situazione di controllo, Alfa può tranquillamente ignorare la disciplina. Si consideri però che Beta, controllata da Alfa, detiene a sua volta il 20 per cento del capitale di Gamma, e che Omega ne detiene un ulteriore 20 per cento.

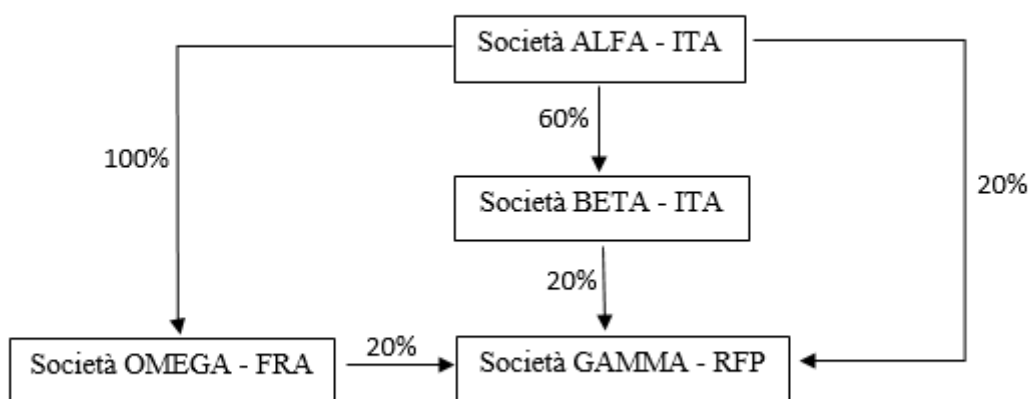


Figura 1- Struttura societaria raffigurante una combinazione di controllo diretto e controllo indiretto.

In virtù di tale situazione, la società Alfa non può più essere considerata alla stregua di un socio di minoranza. Se è vero infatti che la sola partecipazione diretta non ne garantisce il controllo assembleare, la combinazione delle partecipazioni indirette (20% tramite Beta e 20% tramite Omega), ne assicura una maggioranza assoluta, che si traduce in un controllo di fatto della società capogruppo Alfa sulla società CFC, Gamma. In applicazione della disciplina sulle CFC, qualora Alfa non sia in grado di dimostrare la sussistenza di una delle esimenti previste dall'articolo 167 del Tuir, gli utili generati da Gamma dovranno essere tassati, per trasparenza, in capo ad Alfa per la parte relativa alla partecipazione diretta e alla quota derivante dalla

partecipazione per il tramite di Omega, e in capo a Beta limitatamente alla quota di partecipazione di quest'ultima in capo a Gamma<sup>145</sup>.

Passiamo ora ad un'analisi dell'ulteriore fattispecie di controllo introdotta dal legislatore tramite il recente decreto legislativo n. 142/2018: il controllo esercitato mediante la partecipazione all'utile di una società estera, disposto dalla lettera b) del comma 2 dell'articolo 167. In particolare, nel nuovo testo della disposizione il legislatore ha previsto che sono considerati soggetti controllati esteri altresì quelle imprese per le quali *<<oltre il 50 per cento della partecipazione ai loro utili è detenuto, direttamente o indirettamente, mediante una o più società controllate ai sensi dell'articolo 2359 c.c. o tramite società fiduciarie [...]>>*.

La *ratio* della disposizione è evidentemente quella di sottrarre al contribuente qualsiasi strumento che gli possa consentire di evitare l'applicazione della disciplina CFC, adoperando un raggirio della norma tramite la non coincidenza tra la percentuale di diritto di voto e la quota di partecipazione agli utili<sup>146</sup>.

A partire dall'anno d'imposta 2019 infatti, ai fini del riconoscimento dei soggetti esteri controllati, basterà dimostrare la sussistenza di uno dei due requisiti (il controllo o la partecipazione agli utili) per assoggettare la controllante italiana alla disposizione di cui all'articolo 167 del Tuir.

Anche in questo caso, per quanto riguarda il controllo diretto di un soggetto estero tramite la partecipazione agli utili non sembrano esserci particolari punti di rilievo. Sarà infatti sufficiente dimostrare la sussistenza di una quota superiore alla metà.

Per quanto concerne invece il controllo indiretto, questo fa emergere una differenza sostanziale rispetto alla medesima fattispecie analizzata per il controllo civilistico. In particolare, per il calcolo della percentuale di partecipazione agli utili sarà necessario effettuare un controllo meramente aritmetico, utilizzando il c.d. "metodo demoltiplicatore"<sup>147</sup>. Per la verifica della presenza di un soggetto interposto tra la controllante e la CFC ex lettera b) del comma 2 saranno presi in considerazione solo i soggetti che sono a loro volta controllati ai sensi dell'articolo

---

<sup>145</sup> Come avremo modo di approfondire nel paragrafo relativo all'imputazione dei redditi della CFC in capo al soggetto controllante infatti, l'articolo 3 del D.M. 21 novembre 2001 dispone espressamente che l'imputazione del reddito per trasparenza deve avvenire sul "primo soggetto residente che si incontra risalendo la catena partecipativa".

<sup>146</sup> Cfr. M. Piazza, *Partecipazione agli utili oltre il 50% per il controllo della società estera*, in *I focus del Sole 24 ore*, inserto de *Il sole 24 ore*, 2019.

<sup>147</sup> In questo senso si è espressa la relazione illustrativa al decreto legislativo 142/2018, dove viene specificato che *"in caso di partecipazione indiretta, la percentuale di partecipazione agli utili è determinata tenendo conto della eventuale demoltiplicazione prodotta dalla catena societaria partecipativa"*. Cfr. *Relazione illustrativa al decreto di recepimento della Direttiva (UE) 2016/1164 del Consiglio del 12 luglio 2016 (c.d. ATAD 1)*, 2018.

2359 del codice civile. Nella sostanza, per il controllo indiretto di cui alla lettera b) del comma 2 bisogna considerare esclusivamente la sussistenza del diritto di partecipazione agli utili sul rapporto partecipativo terminale della catena di controllo.<sup>148</sup>

Infine, è utile precisare che il requisito del controllo va verificato al termine del periodo fiscale del soggetto controllato non residente<sup>149</sup>. Solo nel caso in cui questo non sia facilmente individuabile (ad esempio per mancanza di un'evidenza statutaria o di una specifica disposizione dello Stato di residenza) allora può essere utilizzato come riferimento la data di chiusura del periodo fiscale della controllante<sup>150</sup>.

### ***3.2.3. L'uniformazione del concetto di Paese a "regime fiscale privilegiato"***

Con la riforma del 2015 la disciplina sulle CFC aveva già abbandonato in maniera definitiva il sistema a liste chiuse per l'individuazione dei paesi c.d. *paradisi fiscali*. Questa infatti era andata ad eliminare in maniera definitiva la *black list*, lista contenente i paesi paradisi fiscali non collaborativi che aveva accompagnato il percorso normativo fin dalla sua origine, e la *white list*, lista contenente gli stati collaborativi che non ha mai trovato concreta applicazione all'interno della disciplina.

È qui utile ricordare come il testo dell'articolo 167 del Tuir, così come riformulato in seguito alle introduzioni normative del 2015, prevedesse una sostanziale dicotomia nell'individuazione degli Stati a fiscalità privilegiata. Da una parte il legislatore aveva adottato dei criteri di individuazione specifici per le società estere controllate residenti presso paesi membri dell'Unione Europea o appartenenti allo spazio SEE, dall'altra manteneva un ambito applicativo più "ampio" per le società estere controllate residenti presso paesi extra UE/SEE.

Il decreto legislativo numero 142 del 2018 è intervenuto in maniera dirompente sull'ambito applicativo, eliminando quella che sembrava essere a tutti gli effetti una distorsione della disciplina generata da una stratificazione normativa frutto del recepimento degli orientamenti provenienti dalla Corte di Giustizia<sup>151</sup>.

---

<sup>148</sup> Cfr. L. Miele, A. Sura, F. Bontempo, T. Fabi, *Regime delle Controlled Foreign Companies (CFC)* in *Bilancio e Reddito d'impresa – IPSOA Manuali* (a cura di) L. Miele, A. Sura, F. Bontempo, T. Fabi, 2019.

<sup>149</sup> Tale disposizione rimane infatti invariata rispetto a quanto disposto dall'articolo 1, comma 3 del D.M. 21 novembre 2001.

<sup>150</sup> Così come chiarito dalla stessa Agenzia delle Entrate tramite la circolare n. 18/E del 12 febbraio 2002.

<sup>151</sup> Cfr. E.M. Bagarotto, *La disciplina in materia di controlled foreign companies alla luce delle modifiche apportate dalla legge di stabilità 2016 e nell'attesa dell'attuazione della direttiva "anti-BEPS"*, in *Dir. e Prat. Tributaria*, 3/2017, pag.967 e ss.

Nella sostanza, la nuova disposizione ha superato il concetto di paese “a fiscalità privilegiata”<sup>152</sup> e uniformato l’ambito applicativo della disciplina CFC, prevedendo che questa si applichi a tutti i soggetti domestici che controllano, direttamente o indirettamente, società estere che *contemporaneamente* integrino le seguenti condizioni:

- Subiscono un livello di tassazione *effettiva* dello Stato estero inferiore alla metà di quella a cui sarebbero stati sottoposti in Italia;
- Realizzano oltre un terzo dei propri proventi sotto forma di *passive income*.

Entrambe le condizioni richiedono al contribuente lo svolgimento di un *test* di verifica per ogni esercizio. Questo esame dovrà essere posto in essere autonomamente da parte del soggetto passivo italiano, il quale sarà tenuto a conservare presso la propria sede tutta la documentazione che attesti tale verifica, in modo da poter produrre idonea giustificazione circa le valutazioni effettuate all’amministrazione finanziaria in sede di accertamento<sup>153</sup>.

Per quanto attiene alla prima condizione (il livello di tassazione effettiva) questa implica un duplice esame da parte del contribuente. Egli infatti dovrà correttamente individuare il livello impositivo effettivo che la controllata subisce nello stato estero ed il livello virtuale che la stessa avrebbe subito qualora fosse stata residente nel territorio italiano.

La norma non stabilisce in modo dettagliato quali siano i criteri da utilizzare per la definizione dei due *tax rate* (quello estero e quello domestico). Al comma 4 dell’articolo 167 del Tuir, infatti, viene fatto espresso rinvio ad un provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle Entrate. A tal proposito è utile specificare che già la precedente versione della disposizione, al comma 8-bis, faceva analogo richiamo, in seguito al quale è stato emanato il Provvedimento n. 143239 del 16 settembre 2016 da parte del Direttore dell’Agenzia, contenente i ‘*criteri per determinare con modalità semplificata l’effettivo livello di tassazione di cui al comma 8-bis dell’articolo 167 del Tuir*’. Si ritiene pacificamente condivisibile la linea secondo la quale tale

---

<sup>152</sup> La nuova formulazione normativa infatti abbandona la locuzione “Stati o territori a regime fiscale privilegiato” poiché il riferimento ad un luogo geografico non aveva più motivo di esistere. Il nuovo presupposto applicativo infatti fa riferimento ad una situazione oggettiva in capo al soggetto estero controllato, situazione svincolata dal regime fiscale dello stato di provenienza.

<sup>153</sup> Tale orientamento è stato espresso dalla Circolare dell’Agenzia delle Entrate numero 23/E del 2011 e confermato anche nel documento Commenti in relazione all’art. 13 del D.L. 1° luglio 2009, n. 78. Osservazioni del tavolo interassociativo ABI - ANIA - Assonime - Confindustria, Note e Studi Assonime, n. 15/2009. Cfr. A. Angelini e A. Erario, *Cfc: profili interpretativi e applicativi alla luce delle recenti modifiche normative, compatibilità rispetto al diritto comunitario ed internazionale*, in *Fisc. E Comm. Int.*, 6/2018, pag. 5 e ss. ; M. Piazza e A. Maiese, *L’Agenzia delle entrate spiega come verificare il ‘tax rate test’ per le Cfc ‘non black list’*, in *Corriere Tributario*, n. 26/2011, pag. 2106. Il tema è di estrema rilevanza e considerato dirimente ai fini della disciplina poiché è in questa fase che l’amministrazione finanziaria inverte sostanzialmente l’onere probatorio in capo al contribuente. Cfr. L. Dezzani e M. Gazzo, *Cfc legislation: luci ed ombre della nuova proposta legislativa. Prime riflessioni*, in *il Fisco*, n. 38/2000, pag. 11528.

Provvedimento continui a trovare applicazione ai fini del calcolo del *tax rate* così come previsto dalla novellata disposizione<sup>154</sup>, fino ad un nuovo eventuale intervento da parte dell'amministrazione finanziaria.

Secondo quanto disposto dal provvedimento citato, per ottenere il livello effettivo di tassazione estera il contribuente domestico dovrebbe considerare le imposte sul reddito dovute da parte del soggetto estero controllato nei confronti del proprio Stato di localizzazione<sup>155</sup>. Le imposte da prendere in considerazione sono quelle individuate dalle (eventuali) Convenzioni contro le doppie imposizioni in essere tra lo Stato italiano e quello estero. In assenza di queste, il soggetto domestico dovrebbe considerare le imposte sui redditi assimilabili all'IRES (l'imposta sul reddito delle società vigente nel nostro sistema fiscale).

Una volta ottenute, le imposte estere dovute andrebbero rapportate all'utile ante imposte così come risultante dal bilancio (o rendiconto) della controllata. Tale rapporto andrà a configurare il *tax rate* effettivo estero.

Per quanto attiene al livello virtuale domestico di tassazione, l'Agenzia ha recentemente chiarito come per la determinazione dell'imposta domestica "dovuta" rilevi esclusivamente l'IRES<sup>156</sup>, escludendo il coinvolgimento dell'IRAP (Imposta regionale sulle attività produttive).

Più complessa è invece la determinazione della base imponibile su cui calcolare l'imposta. La base di partenza risulta essere sempre il bilancio (o rendiconto) della controllata, redatto secondo i principi vigenti nello Stato di localizzazione, sulla base del principio di derivazione<sup>157</sup>. Il reddito proveniente dal bilancio estero deve tuttavia essere rideterminato sulla

---

<sup>154</sup> Cfr. L. Miele, A. Sura, F. Bontempo, T. Fabi, *Regime delle Controlled Foreign Companies (CFC) in Bilancio e Reddito d'impresa – IPSOA Manuali* (a cura di) L. Miele, A. Sura, F. Bontempo, T. Fabi, 2019

<sup>155</sup> Sul punto è importante specificare come una precedente circolare dell'Agenzia delle Entrate, la numero 51/E del 2010, aveva disposto che le imposte sul reddito dovute nello Stato della CFC dovessero risultare dal bilancio o dal rendiconto della controllata, dalla dichiarazione dei redditi e dalle ricevute di pagamento. Possono inoltre rilevare, ai fini del computo dell'imposizione estera dovuta, le eventuali ritenute subite da parte di sostituiti d'imposta, purché queste non siano soggette a rimborsi. Ai fini della determinazione delle imposte estere, il provvedimento n. 143239 del 2016 dell'Agenzia delle Entrate stabilisce che <<nell'ipotesi di Stati confederati [...] si considerano, oltre che le imposte federali, anche le imposte sul reddito proprie di ciascuno Stato federato e delle amministrazioni locali>>. Si consideri inoltre la non rilevanza di eventuali effetti derivanti da agevolazioni fiscali presenti nello Stato estero che abbiano carattere temporaneo (ovvero con una durata non superiore ai 5 anni) e la non rilevanza delle <<variazioni non permanenti della base imponibile>>. Cfr. L. Miele, A. Sura, F. Bontempo, T. Fabi, *Regime delle Controlled Foreign Companies (CFC) in Bilancio e Reddito d'impresa – IPSOA Manuali* (a cura di) L. Miele, A. Sura, F. Bontempo, T. Fabi, 2019

<sup>156</sup> Risposta fornita nel corso del Telefisco 2019, incontro annuale con la stampa specializzata tenuto da alti funzionari e dirigenti dell'Agenzia delle Entrate con lo scopo di fornire informazioni e chiarimenti sulle principali novità fiscali.

<sup>157</sup> Il principio di derivazione impone al contribuente di determinare il reddito d'impresa partendo dal risultato del conto economico di bilancio e apportando a questo una serie di variazioni in aumento e in diminuzione, sulla base delle disposizioni previste dal Tuir, fino all'ottenimento dell'utile fiscale su cui calcolare le imposte. Predette variazioni non vanno in alcun modo a variare i dati di bilancio, ma hanno rilevanza esclusivamente all'interno

base delle disposizioni previste dal Tuir, ad eccezione di alcune specifiche disposizioni espressamente previste per il calcolo del tax rate ai fini della disciplina CFC che si riportano di seguito:

- Esclusione della norma che consente la rateizzazione delle plusvalenze realizzate (ex art. 86 Tuir);
- Inapplicabilità di eventuali regimi fiscali opzionali a cui l'impresa estera controllata avrebbe potuto aderire qualora residente in Italia;
- Irrilevanza delle variazioni non permanenti della base imponibile<sup>158</sup>;
- Irrilevanza del limite di utilizzo delle perdite fiscali pregresse (ai sensi del comma 1, art. 84 del Tuir);
- Applicazione del regime ACE (Agevolazione alla crescita economica) ai sensi dell'articolo 1 del d.l. 201 del 6 dicembre 2011 e di eventuali regimi ad esso comparabili<sup>159</sup>.

Abbiamo visto come il nuovo ambito soggettivo operi al sussistere di un secondo elemento connesso alla generazione di determinate tipologie reddituali anche dette *passive income*. Segnatamente, il legislatore ha affiancato alla verifica del livello di tassazione una valutazione sulla natura della ricchezza generata dalla CFC, considerata elemento indicativo per la presunzione di artificiosità della struttura estera.

Tale verifica va effettuata sui proventi lordi generati dalla controllata e non dai proventi netti che avrebbero potuto generare ulteriori problematiche legate alla valutazione dell'inerenza dei costi legati rispetto all'uno o all'altro reddito. In questo senso, la scelta del reddito netto quale parametro di riferimento garantisce una valutazione oggettiva ed inconfutabile.

È lo stesso legislatore poi ad elencare, alla lettera b) del quarto comma dell'articolo 167 Tuir, in modo dettagliato ed esaustivo quali siano i redditi da considerare passivi. Le categorie individuate sono le seguenti:

- Interessi o qualsiasi altro reddito generato da attivi finanziari;

---

della dichiarazione dei redditi. Cfr. M. Beghin, *Diritto Tributario per l'università e per la preparazione all'esercizio delle professioni economico-giuridiche*, Padova, 2017.

<sup>158</sup> Cfr. M. Piazza, A. Della Carità, E. Baggio, *Cfc e tassazione integrale dei dividendi esteri: breve guida al self-assessment*, in *Fiscalità e commercio internazionale*, 5/2019, pag. 40 e ss.

<sup>159</sup> Tale agevolazione fiscale, che aveva come scopo principale quello di agevolare la "ripatrimonializzazione" delle imprese domestiche, è stata peraltro abrogata dalla recente legge di bilancio 2019 (legge n. 145/2018), che ha sostituito questa particolare disposizione con l'introduzione della c.d. mini-IRES, che riporta lo stesso obiettivo dell'ACE, che si sostanzia in un abbattimento dell'aliquota IRES conseguentemente all'incremento del patrimonio aziendale. Cfr. M. Nastri, M. Piazza, M. Volante, *il tramonto dell'ace e l'avvento della mini-ires: conseguenze fiscali e valutative*, in *il Fisco*, 19/2019, pag. 1816 e ss.

- Canoni o qualsiasi altro reddito generato da proprietà intellettuale<sup>160</sup>;
- Dividendi e redditi derivanti dalla cessione di partecipazioni;
- Redditi da leasing finanziario;
- Redditi da attività assicurativa, bancaria e altre attività finanziarie<sup>161</sup>;
- Proventi derivanti da operazioni di compravendita o da prestazioni di servizi, con valore economico aggiunto scarso o nullo, effettuate con soggetti che controllano il soggetto estero controllato o con soggetti controllati dal soggetto estero controllato (c.d. *operazioni infragruppo*).

Sebbene l'elencazione adottata dalla norma sia molto chiara ed estesa, è opportuno procedere con alcuni chiarimenti di ordine pratico ed interpretativo. Innanzitutto, in merito alle operazioni infragruppo è bene sottolineare come la disposizione non preveda un coinvolgimento *tout court* delle operazioni in cui vengano coinvolti soggetti controllati/controlanti, bensì si limiti a considerare “sospette” quelle operazioni che non generano un effettivo rendimento<sup>162</sup>. È evidente come il timore sia legato al fatto che queste operazioni comportino un mero spostamento di redditi da una società all'altra.

In generale, si può osservare come tali redditi provengano sostanzialmente da immobilizzazioni (materiali o immateriali) che non comportano lo svolgimento di una specifica attività commerciale o industriale da parte della società estera, ma per le quali è sufficiente un'iscrizione a bilancio. Il caso tipico di una situazione di questo tipo è quello delle *holding* c.d. statiche, ovvero quelle società create appositamente per detenere le partecipazioni del gruppo, oppure quelle società che hanno come scopo principale quello di gestire e sfruttare economicamente eventuali marchi, brevetti o altri diritti connessi all'attività svolta da un altro soggetto (che potrebbe essere il soggetto controllante)<sup>163</sup>.

---

<sup>160</sup> Per “proprietà intellettuale” il legislatore dovrebbe riferirsi ad una definizione ampia, che ricomprende i redditi derivanti dalla detenzione di diritti d'autore, marchi e brevetti.

<sup>161</sup> Cfr. M. Piazza, *Le attività finanziarie generano redditi passivi*, in *I focus del Sole 24 ore*, 30 gennaio 2019, dove l'autore sottolinea come questa tipologia di reddito fosse stata esclusa dal precedente elenco di redditi derivanti da passive income, così come osservato da Assonime in “Note e Studi” 3/2010 e come disposto dalla circolare 23/E del 2011 dell'Agenzia delle Entrate. Tuttavia, la direttiva ATAD, includendo in modo esplicito i redditi derivanti da attività assicurativa, bancaria e finanziaria, ha ampliato il campo applicativo della disposizione, obbligando in questo senso i soggetti che gestiscono tali attività per il tramite di strutture societarie estere ad adoperare la circostanza esimente prevista dalla disciplina CFC per non subire la tassazione per trasparenza del reddito delle controllate estere.

<sup>162</sup> Al fine di valutare il valore normale delle operazioni, la norma fa espresso rinvio a quanto stabilito dalla disciplina sul *transfer pricing* ai sensi del comma 7 articolo 110 del Tuir, di cui si è già detto nel corso del primo capitolo.

<sup>163</sup> Cfr. M. Bargagli, *La CFC rule si adegua alla direttiva anti-elusione*, in *Fiscalità e commercio internazionale*, 12/2018, pag. 15 e ss.

Ecco che la presenza prevalente (per oltre un terzo del reddito totale) di questi elementi, unita ad una fiscalità molto bassa presente nello stato di insediamento nella CFC, è considerata da parte del legislatore italiano una prova che fa scattare automaticamente l'applicazione della disciplina antielusiva di cui all'articolo 167 del Tuir. Una volta appurati tali elementi, spetterà al contribuente dimostrare la non artificiosità della struttura estera e, quindi, la non elusività della struttura partecipata.

#### **3.2.4. La circostanza esimente unica.**

La disciplina CFC previgente, oltre all'ambito soggettivo, aveva altresì previsto delle circostanze disapplicative differenziate a seconda della provenienza della società estera controllata (se UE o extra UE).

Coerentemente con l'intervento di uniformazione dell'ambito soggettivo, la nuova disciplina è andata a riorganizzare la disciplina adottando una circostanza esimente unica ed universalmente utilizzabile da parte di tutti i soggetti passivi, siano essi detentori di partecipazioni di controllo in società europee o appartenenti allo spazio SEE, ovvero in società localizzate in territori extra UE.

La novellata disciplina dispone infatti, ai sensi del comma 5 dell'articolo 167 Tuir, che le disposizioni sulle CFC non si applicano se <<il soggetto di cui al comma 1 (ovvero il controllante, ndr) dimostra che il soggetto controllato non residente svolge un'attività economica effettiva, mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali>>.

La nuova esimente unica riprende in parte quanto precedentemente disposto dalla lettera a) del comma 5 del previgente testo dell'articolo 167 Tuir, implementandola e adattandola rispetto a quanto disposto dalla direttiva ATAD<sup>164</sup>. Segnatamente, la nuova formulazione risulta essere "meno rigorosa" rispetto alla precedente, poiché viene eliminato qualsiasi riferimento al mercato dello Stato di localizzazione della controllata estera<sup>165</sup>. Come è già stato evidenziato infatti, la versione previgente richiedeva la dimostrazione di un legame tra lo svolgimento dell'attività della controllata ed il mercato di insediamento, assumendo implicitamente un

---

<sup>164</sup> Sulle criticità legate alla citata esimente presente nella disciplina previgente si veda G. Marino, *La nozione di mercato nella disciplina CFC: verso una probatio diabolica?* in *Rivista di Diritto Tributario*, 2001, pag. 1113.

<sup>165</sup> Viene inoltre eliminata la seconda esimente di cui alla lettera b) del comma 5 articolo 167 Tuir (versione precedente) che prevedeva la disapplicazione qualora si riuscisse a dimostrare che <<dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori a regime fiscale privilegiato>>. Come osservato correttamente da Assonime nell'audizione del 4 ottobre 2018, tale seconda esimente avrebbe perso qualsiasi utilità in conseguenza dell'osservazione del livello di tassazione effettiva *erga omnes* ai fini dell'ambito applicativo.



tentativo di elusione nel caso in cui tali elementi non combaciassero. Coerentemente con quanto disposto per l'ambito soggettivo, il legislatore ha deciso di abbandonare qualsiasi riferimento allo Stato di insediamento<sup>166</sup> (in questo caso inteso come mercato *in loco*), utilizzando invece un criterio oggettivamente ed universalmente valido, legato cioè all'attività svolta dalla CFC.

Ai fini della dimostrazione dell'esimente unica in parola, il contribuente potrebbe seguire le indicazioni fornite dall'Agenzia delle Entrate tramite la circolare n. 51/E del 2010. Con questa, il Fisco ha precisato come la presenza *in loco* di una “*struttura organizzativa idonea a svolgere un'attività commerciale, dotata di autonomia gestionale*” può essere considerata una condizione necessaria ma non sufficiente ai fini della dimostrazione, poiché sarà comunque necessario dimostrare lo svolgimento effettivo dell'attività dichiarata. A tal fine l'Agenzia suggerisce di presentare una serie di documenti che potrebbero essere utili a comprovare la sussistenza dello svolgimento di un'attività effettiva, tra cui: il bilancio certificato della CFC; una relazione dettagliata sulla struttura organizzativa del soggetto estero; i contratti di locazione degli uffici, dei lavoratori dipendenti e di eventuali altri elementi utili a ricondurre l'attività al luogo di insediamento; documentazione che certifichi i consumi di utenze; eventuali polizze assicurative che coinvolgano la società estera controllata e la sua attività; una relazione sull'organo amministrativo, indicandone la composizione, le cariche e la residenza dei membri; qualsiasi ulteriore fatto o documento comprovante lo svolgimento di un'attività economica<sup>167</sup>. L'elencazione non deve intendersi come esaustiva o vincolante, trattandosi di mero chiarimento proveniente dall'amministrazione finanziaria e non di atto avente forza di legge.

Alla luce di quanto esposto, nessun problema dovrebbe porsi nel caso in cui la CFC dovesse svolgere un'attività fisicamente dimostrabile dalla presenza di “*personale, attrezzature, attivi e locali*”.

Diverso è il caso delle società che non sono in grado di dimostrare la presenza di tali elementi. Il riferimento va alle già richiamate società *holding* ovvero alle società che gestiscono attivi immobilizzati senza svolgere alcuna attività di stampo industriale o commerciale<sup>168</sup>.

---

<sup>166</sup> Autorevole dottrina ritiene tuttavia che il radicamento con il territorio dello Stato estero di insediamento possa essere ancora utilizzato come strumento a favore del contribuente in sede di verifica dello svolgimento di un'attività economica effettiva da parte della CFC. La contestazione legata alla previgente normativa derivava infatti dall'*obbligatorietà* di una connessione tra il territorio e l'attività svolta. Ciò non toglie che il soggetto domestico possa comunque sfruttare la connessione con il mercato estero come *elemento dirimente* per comprovare l'effettività della struttura estera controllata. Cfr. L. Miele, A. Sura, F. Bontempo, T. Fabi, *Regime delle Controlled Foreign Companies (CFC) in Bilancio e Reddito d'impresa – IPSOA Manuali* (a cura di) L. Miele, A. Sura, F. Bontempo, T. Fabi, 2019

<sup>167</sup> Così come era stato chiarito dalla circolare Agenzia delle Entrate 51/E del 6 ottobre 2010. Cfr. Cfr. L. Miele, A. Sura, F. Bontempo, T. Fabi, *Bilancio e Reddito d'impresa*, IPSOA, 2019.

<sup>168</sup> Cfr. E. Della Valle, *La normativa cfc è compatibile con il diritto UE e con i trattati contro le doppie imposizioni - la normativa cfc al “test” della suprema corte*, in *GT – Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, 4/2016, pag. 297 e ss.

Per queste la circostanza esimente in parola non sembrerebbe trovare applicazione<sup>169</sup>. Tuttavia, è stato già osservato come la nuova formulazione della norma appaia meno rigida rispetto alla precedente, in quanto la dimostrazione dello svolgimento di una “*attività economica effettiva*” non presenta vincoli. In tal senso, la questione si focalizza sul concetto di *attività economica effettiva*, caratteristica che potrebbe essere dimostrata altresì (a mero titolo di esempio) da una *holding* statica che detiene le partecipazioni di un gruppo, poiché la sua attività effettiva potrebbe lecitamente essere quella di gestire e coordinare le società ad essa sottostante. Lo svolgimento di tale attività può ben avvenire anche senza una massiccia presenza fisica nel territorio dello Stato estero, in quanto questo non implica una automatica presunzione di non effettività (*ergo* artificiosità) della struttura estera. L’importante è che vi sia una certa coerenza tra attività dichiarata e attività svolta<sup>170</sup>, ovvero che la struttura estera sia reale, esistente ed operativa<sup>171</sup>.

Per chiarire definitivamente la questione è utile infine richiamare quanto disposto dalla direttiva ATAD (UE 2016/1164) che, lo ricordiamo, sta alla base del decreto legislativo n. 142 del 2018. In particolare, alla lettera b) paragrafo 2 dell’articolo 7, il legislatore comunitario dispone che debbano essere inclusi nella base imponibile del soggetto domestico controllante i redditi che derivano da “*costruzioni non genuine*”. Vengono definite società estere *non genuine* quei soggetti che “*non possiederebbero gli attivi o non avrebbero assunto i rischi che generano la totalità o una parte dei loro redditi se non fossero controllate da una società che svolge le funzioni significative per tali attivi e tali rischi e che sono funzionali al fine di generare gli utili della controllata*”. Sostanzialmente, il legislatore comunitario pone l’attenzione sul grado di autonomia nello svolgimento delle attività da parte della CFC, implicando una presunzione di artificiosità nel caso in cui tale autonomia dovesse essere sostituita da un’eccessiva dipendenza rispetto al soggetto domestico controllante.

---

<sup>169</sup> Si consideri inoltre che la generazione di redditi provenienti da *passive income* renda questi soggetti altamente esposti all’ambito applicativo previsto dal comma 4 dell’articolo 167 Tuir.

<sup>170</sup> In questi termini peraltro si è espresso il Condirettore generale di Assonime durante l’Audizione del 4 ottobre 2018, affermando che “*La nuova esimente appare meno rigorosa. Infatti, il regime di CFC non si applica se il contribuente dimostra che “il soggetto controllato non residente svolge un’attività economica effettiva, mediante l’impiego di personale, attrezzature, attività o locali”. A quanto sembra, dunque, anche una controllata estera che si limita a conseguire prevalentemente interessi, canoni, ecc., potrebbe soddisfare questa prova se dimostra che la sua attività, le sue competenze, i suoi fattori produttivi sono coerenti con tale attività economica*” Cfr. M. Piazza, *La stretta fiscale contro l’elusione*, in *Norme & Tributi* de Il sole 24 ore, 30 gennaio 2019, dove l’autore afferma che resta necessario “*che la struttura locale sia qualitativamente e quantitativamente proporzionata all’attività svolta*”.

<sup>171</sup> Dello stesso avviso peraltro sono risultati dei recenti chiarimenti forniti dall’Agenzia delle Entrate, in particolare con la circolare numero 7/E del 2013 e con la risoluzione numero 69/E del 2016.

Tale chiave di lettura sembra essere pacificamente estendibile anche alla normativa nazionale, poiché coerente con la *ratio* stessa della disciplina sulle CFC. In tal senso, una società estera controllata è artificiosa nel momento in cui non è in grado di svolgere le attività che generano una parte o tutti i propri profitti senza la presenza della società controllante. Seguendo questo ragionamento, ai fini della disapplicazione, il soggetto controllante si troverebbe nella sostanza a dover dimostrare l'autonomia operativa dell'entità estera, utilizzando qualsiasi elemento a propria disposizione. Senza considerare che, laddove sia dimostrato che le decisioni sono prese in Italia, potrebbe porsi un problema di esteroinvestizione (sul tema si rimanda all'approfondimento effettuato nel primo capitolo).

### ***3.2.5. La determinazione e l'imputazione per trasparenza del reddito generato dalla CFC in capo al soggetto domestico controllante: determinazione della base imponibile e calcolo delle imposte.***

Come è stato già evidenziato nel corso dell'analisi dell'evoluzione normativa della disciplina italiana sulle CFC, il legislatore ha deciso di utilizzare quale strumento di contrasto all'utilizzo improprio di strutture estere artificiali il meccanismo della tassazione per trasparenza sul reddito da queste generato. In particolare, si è detto come tale meccanismo risulti essere utilizzato in maniera quantomeno insolita, se confrontato rispetto alle altre casistiche in cui trova applicazione all'interno del nostro sistema tributario (su tutte, la tassazione dei redditi generate dalle società di persone e l'opzione esercitabile dalle società che detengono partecipazioni in società di capitali).

La tassazione per trasparenza all'interno della disciplina sulle *Controlled Foreign Companies* prevede il trasferimento automatico del reddito generato dal soggetto controllato in capo al soggetto controllante, limitatamente alla percentuale di partecipazioni che esso detiene. Tale parte di reddito diventerà così reddito imponibile per il socio domestico e su di esso sarà assoggettato a nuova tassazione.

La particolarità del meccanismo in parola è legata principalmente a due fattori. *In primis*, la disciplina di cui all'articolo 167 deroga alle disposizioni che normalmente operano sulla tassazione dei redditi provenienti da società di capitali (c.d. regime PEX – participation exemption<sup>172</sup>). *In secundis*, viene fatta eccezione al principio di territorialità secondo il quale

---

<sup>172</sup> Per evitare una doppia imposizione sul reddito prodotto da una società di capitali e successivamente distribuito in capo ai soci, la normativa fiscale domestica prevede un particolare regime di esclusione parziale della tassazione sui dividendi. Questi infatti subiscono già una prima imposizione, in capo alla società, nel

sono tassati in Italia i redditi ovunque prodotti da soggetti residenti oppure i redditi prodotti da soggetti non residenti all'interno del territorio dello Stato. Ebbene con la normativa italiana sulle CFC il regime PEX non trova applicazione<sup>173</sup> e il principio di territorialità viene scavalcato con la tassazione (per trasparenza) di un reddito generato da un soggetto non residente presso uno Stato estero.

Prima di essere imputato, il soggetto domestico controllante dovrà procedere con la rideterminazione del reddito proveniente dalla CFC ai fini del calcolo dell'imposta domestica.

A tal fine, il comma 7 dell'articolo 167 del Tuir stabilisce in maniera specifica che i redditi della società estera controllata devono essere (ri)determinati <<in base alle disposizioni valevoli ai fini dell'imposta sul reddito delle società per i soggetti di cui all'articolo 73 (Tuir)<sup>174</sup>>>. In buona sostanza, qualsiasi sia la natura del soggetto estero ed altrettanto quella del soggetto italiano controllante, a questo verranno applicate le norme previste dal legislatore domestico per i soggetti IRES<sup>175</sup>.

Tali disposizioni subiscono delle deroghe di significativa rilevanza derivanti da una serie di eccezioni specifiche poste dal legislatore stesso. In particolare, per la rideterminazione del reddito della CFC *non* possono trovare applicazione le seguenti norme:

- Articolo 30 della legge 23 dicembre 1994, n. 724, inerente le disposizioni specifiche previste per le società non operative;
- Articolo 2, comma 36-decies, del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, inerente le disposizioni specifiche previste per le società in perdita sistematica;
- Articolo 62-sexies del decreto legge 30 agosto 1993, n. 331, convertito con modificazioni dalla legge 29 ottobre 1993, n. 427, contenente le disposizioni sugli studi di settore;

---

momento in cui il reddito viene generato. Successivamente, nel momento della loro distribuzione, troverebbero una seconda tassazione in capo al socio. L'esclusione parziale opera distintamente a seconda della natura del soggetto percettore degli utili: in capo alle società di capitali, troviamo un'esclusione parziale del 95%, in capo al socio imprenditore è imponibile il 58,14%. Per quanto riguarda invece la distribuzione in capo al socio persona fisica, possiamo affermare che non operi più un vero e proprio regime PEX, poiché viene applicata un'imposta sostitutiva pari al 26% del dividendo. Cfr. M. Beghin, *Diritto Tributario per l'università e per la preparazione all'esercizio delle professioni economico-giuridiche*, Padova, 2017.

<sup>173</sup> Anche se, come vedremo, la doppia imposizione di uno stesso reddito viene evitata tramite il riconoscimento di un credito d'imposta per le imposte assolte nello Stato estero.

<sup>174</sup> La citata disposizione riporta l'elenco dei soggetti a cui applicare l'imposta sul reddito delle società (c.d. IRES). Sul punto si veda quanto già enunciato nel primo capitolo in tema di esteroinvestizione.

<sup>175</sup> Cfr. A. Ballacin, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, 2016, CEDAM.

- Articolo 1 del decreto legge 5 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n.214, inerente l'agevolazione ACE;
- Articolo 86, comma 4, del Tuir, inerente la rateizzazione delle plusvalenze realizzate.

L'elenco previsto dal legislatore dovrebbe essere considerato a tutti gli effetti un numero chiuso, così come suggerisce un'interpretazione letterale della norma che parla espressamente di "eccezioni per le disposizioni di cui". Va tuttavia segnalato come parte della dottrina non sia concorde con questa linea interpretativa, e consideri la lista di disposizioni una mera esemplificazione, estendibile ad ulteriori disposizioni di carattere simile o assimilabile<sup>176</sup>. Sul punto sarebbe auspicabile un intervento chiarificatore da parte del legislatore.

Una volta definita la base imponibile, il reddito ottenuto viene traslato dalla società estera al soggetto residente controllante. Tale imputazione avviene *pro quota* rispetto alla partecipazione agli utili che il socio residente detiene nella CFC. La situazione del controllo deve risultare alla data di chiusura dell'esercizio della partecipata e viene imputato per l'intero periodo d'imposta di riferimento, anche qualora la situazione del controllo sorga nel corso dell'esercizio<sup>177</sup>.

Abbiamo già osservato come il controllo di un soggetto residente in una società estera controllata possa essere sostanzialmente di due tipi: diretto o indiretto. Per quanto attiene la prima fattispecie (il controllo diretto) non sembrano porsi particolari problematiche. Nel momento in cui il socio domestico rientri in una delle tipologie che configurano il controllo<sup>178</sup>, a questo verrà imputato direttamente e per trasparenza il reddito *pro quota* della CFC<sup>179</sup>.

Qualora il controllo sia di tipo indiretto, l'imputazione avviene in maniera diversa. In questo caso infatti il reddito viene imputato in capo al primo soggetto che trova all'interno del territorio dello Stato. Assistiamo in questo modo ad un sostanziale scollamento tra soggetto che fa scattare l'applicazione della normativa e soggetto che ne subisce le conseguenze da un punto di vista fiscale<sup>180</sup>.

<sup>176</sup> Cfr. L. Miele, A. Sura, F. Bontempo, T. Fabi, *Bilancio e Reddito d'impresa*, IPSOA, 2019.

<sup>177</sup> Tale affermazione è stata peraltro confermata sia dalla relazione di accompagnamento del Decreto Ministeriale 21 novembre 2001, sia dalla circolare 18/E del 2002 dell'Agenzia delle Entrate.

<sup>178</sup> Sul punto si veda quanto richiamato nel paragrafo inerente il controllo ai sensi dell'articolo 2359 c.c. e della nuova tipologia di controllo per partecipazione agli utili della CFC.

<sup>179</sup> Si segnala che, nel caso in cui oltre al soggetto controllante vi siano ulteriori soggetti residenti (non controllati dal primo) detentori di quote di minoranza, per questi ultimi non troverà applicazione la disciplina sulle CFC. Infatti è il presupposto del controllo che fa scattare la normativa specifica e non la presenza di un controllante nel territorio dello Stato.

<sup>180</sup> Prendiamo il caso analizzato nel paragrafo inerente i presupposti applicativi della disciplina. Avevamo una società Alfa italiana, detentrici di un controllo indiretto su una CFC Gamma, per il tramite di un'ulteriore società italiana Gamma e una società estera Omega (soggetta a fiscalità ordinaria e quindi non CFC). In questo caso, il controllo sussiste in virtù della catena partecipativa posta in essere, ed è la società capogruppo Alfa a far scattare il presupposto della disciplina CFC. Tuttavia, l'articolo 3 del D.M. 21 novembre 2001 stabilisce che il reddito della

Una volta trasferito il reddito della CFC in capo al soggetto controllante residente, questo viene <<assoggettato a tassazione separata con l'aliquota media applicata sul reddito del soggetto cui sono imputati e, comunque, non inferiore all'aliquota ordinaria dell'imposta sul reddito delle società>>, così come disposto dal comma 8 dell'articolo 167 Tuir.

Sostanzialmente, il soggetto controllante dovrà procedere alla liquidazione delle imposte sul proprio reddito complessivamente prodotto (per imposte si intende sia IRES che IRPEF, a seconda della natura giuridica del socio). Sulla base di queste, egli dovrà calcolare il tasso di incidenza delle imposte sul reddito complessivo "domestico" e confrontare questa aliquota con l'aliquota IRES vigente (al momento questa si attesta al 24%). La maggiore tra le due sarà l'aliquota alla quale andrà tassato il reddito proveniente dalla CFC.

Sul punto, è stato già osservato come il meccanismo della tassazione per trasparenza di un reddito proveniente da uno Stato estero possa sfociare nella maggior parte delle ipotesi in un fenomeno di doppia tassazione economica di tale reddito. Risulta infatti evidente come un'eventuale tassazione in origine da parte dello Stato di residenza della CFC, ancorché esiguo, rischi di trovare una seconda tassazione in virtù dell'applicazione della disciplina di cui all'articolo 167 del Tuir. Ulteriormente, qualora gli utili generati dalla CFC (e tassati per trasparenza in capo al soggetto italiano controllante) venissero distribuiti in un momento successivo, questi dovrebbero essere nuovamente tassati in capo al socio residente.

Per evitare l'insorgere di tali problematiche di evidente rilievo, il legislatore ha messo a disposizione del contribuente due strumenti volti a neutralizzare le suddette incongruità: il riconoscimento di un credito d'imposta sulle imposte versate nello Stato estero (comma 9 dell'articolo 167 Tuir) e la non imponibilità degli utili distribuiti dalla CFC fino a concorrenza dei redditi già tassati per trasparenza (comma 10 dell'articolo 167 Tuir).

Per quanto attiene il riconoscimento del credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero<sup>181</sup>, questo viene riconosciuto per tutte le imposte pagate all'estero a titolo definitivo da parte della società estera controllata. L'importo così ottenuto può essere quindi portato in detrazione

---

CFC va attribuito al "primo soggetto residente che si incontra risalendo nella catena partecipativa". Nel nostro caso, il primo soggetto residente è la società Beta, per la propria quota di partecipazione, e Alfa capogruppo per la quota restante. A Beta verrà quindi imputato il reddito della CFC Gamma limitatamente al 20% delle partecipazioni. Ad Alfa verrà invece imputato il 20% (derivante dalla partecipazione diretta) ed il 20% (100% $\times$ 20%, derivante dalla partecipazione indiretta tramite Omega). Cfr. L. Miele, A. Sura, F. Bontempo, T. Fabi, *Bilancio e Reddito d'impresa, cap. 18. Regime delle controlled foreign companies*, IPSOA, 2019.

<sup>181</sup> Il riferimento normativo a cui fa espresso riferimento la disposizione in parola è l'articolo 165 del Tuir.

dall'imposta sul reddito dovuta dal socio controllante in seguito all'imputazione per trasparenza del reddito della CFC<sup>182</sup>.

Diversamente, per gli utili provenienti dalla società estera controllata il legislatore ha previsto una non concorrenza alla formazione del reddito del soggetto domestico controllante. Tale "non concorrenza" tuttavia è limitata ai redditi già tassati per trasparenza in capo al controllante medesimo. Nel caso in cui la distribuzione degli utili dovesse provenire da una riserva "mista", formata cioè da utili già assoggettati alla disciplina CFC e tassati in Italia e da utili non assoggettati, risulta evidente che questi ultimi dovrebbero comunque trovare tassazione in Italia in capo al soggetto residente<sup>183</sup>.

Infine, qualora il soggetto estero controllato produca delle perdite fiscali, in virtù del regime di separazione dei redditi generati dalla CFC e quelli del soggetto domestico, il legislatore ha disposto che tali perdite possano essere utilizzate solo in compensazione di eventuali redditi futuri generati dalla controllata medesima. In nessun modo si può verificare una commistione tra i risultati di gestione delle due entità<sup>184</sup>.

### ***3.2.6. Gli ulteriori elementi della norma: l'interpello facoltativo e l'obbligo di segnalazione in dichiarazione dei redditi.***

Per veder riconosciuto il proprio diritto alla disapplicazione della disciplina CFC, dimostrando l'esimente prevista dal comma 5 dell'articolo 167 Tuir, il soggetto passivo residente può interpellare l'Agenzia delle Entrate (ai sensi dell'articolo 11, comma 1, lettera b) della legge 27

---

<sup>182</sup> È importante sottolineare che per la disciplina CFC opera la *per company limitation*, ovvero la compensazione del credito può avvenire solo tra imposte e credito derivante dalla medesima CFC. Sono invece ammesse in detrazione eventuali imposte pagate dalla CFC presso un altro Stato (diverso da quello ove risiede) proprio perché il meccanismo utilizzato si focalizza sulla singola entità estera controllata e non sullo Stato di residenza. Sulla questione è intervenuta peraltro la stessa Agenzia delle Entrate tramite la Risoluzione n. 112/E del 11 agosto 2017.

<sup>183</sup> Sul punto, l'Agenzia delle Entrate ha precisato che il contribuente dovrebbe dimostrare la provenienza degli utili e, qualora necessario, ricostruirne la provenienza per evidenziare se questi siano già stati imputati per trasparenza. Cfr. Circolare 51/E del 2010 dell'Agenzia delle Entrate. Va tuttavia rilevato come i nuovi accordi sullo scambio di informazioni rilevanti a livello fiscale, che coinvolgono un numero molto ampio di Paesi della comunità internazionale, renderebbero tale dimostrazione un ingiustificato onere probatorio affidato al contribuente. Cfr. P. Valente, *I paradisi fiscali nell'era BEPS e dello scambio automatico di informazioni*, in *Fiscalità e commercio int.*, 4/2016, pag. 16 e ss.

<sup>184</sup> Questa disposizione risulta perfettamente in linea con la ratio antielusiva della disposizione. Cfr. G. Ingraio, *La riforma dell'IRES e la legislazione sulle controlled foreign companies*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'IRES. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Milano, 2008, pag. 268 e ss.

luglio 2000). Tale istanza, si sottolinea, è facoltativa e non può in alcun modo pregiudicare il diritto del contribuente a dimostrare la non artificiosità anche in sede di contenzioso.

Fino all'introduzione del decreto legge n. 147 del 2015 la normativa CFC prevedeva, ai fini della disapplicazione del meccanismo di imposizione per trasparenza dei redditi prodotti da una controllata estera in capo alla sua controllante italiana, l'obbligo di presentazione di una specifica istanza di interpello<sup>185</sup>. Considerato tale obbligo, stando all'interpretazione letterale della norma, l'interpello avrebbe dovuto essere l'unico strumento valido a disposizione del contribuente per poter disapplicare la disciplina. L'obbligatorietà dell'azione preventiva aveva tuttavia generato non poche perplessità poiché la mancata presentazione dell'istanza avrebbe generato *ipso facto* una presunzione legale assoluta di elusione fiscale<sup>186</sup>. Per queste ragioni la stessa Agenzia delle Entrate, anticipando possibili contestazioni provenienti dal legislatore comunitario (e dalla Corte di Cassazione), era già intervenuta con la Circolare 32/E del 14 giugno 2010 ("Nuove istruzioni sulla trattazione delle istanze di interpello"), tramite la quale aveva chiarito che *"l'obbligatorietà dell'interpello 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"*<sup>187</sup>.

Il passaggio definitivo ad un regime facoltativo di presentazione dell'istanza di interpello è di grande rilevanza. Stando all'attuale disposizione normativa infatti, in caso di mancata presentazione, il soggetto passivo conserverà il proprio diritto a far valere le proprie ragioni circa la bontà della controllata estera altresì in fase di accertamento<sup>188</sup>. Tale modifica normativa ha avuto il merito di alleggerire il carico in termini di onere probatorio che gravava unicamente sulle spalle del contribuente. Per effetto della vigente disciplina, in caso di mancata presentazione di un'apposita istanza di interpello ovvero in caso di diniego dell'istanza da parte

---

<sup>185</sup> Ai sensi dei commi 5 e 8-ter della precedente versione dell'articolo 167 del Tuir, il soggetto domestico era tenuto *"a interpellare preventivamente l'amministrazione finanziaria, ai sensi dell'articolo 11 della legge 27 luglio 2000, n. 212, recante lo statuto dei diritti del contribuente"*.

<sup>186</sup> Cfr. A. Giovannini, *L'interpello preventivo dell'Agenzia delle Entrate (C.F.C. e Statuto dei diritti del contribuente)*, in *Rass. Trib. 2*, 2002, pag. 449 ss. ; G. Sozza, *Aspetti sostanziali e processuali dell'interpello obbligatorio ex art. 127-bis del Tuir*, *il Fisco 22*, 2002, pag. 3386 ss.

<sup>187</sup> Bisogna segnalare come tale tesi risultasse tuttavia in contrasto con quanto stabilito dalla medesima amministrazione finanziaria, la quale, tramite la circolare 7/E del 2009, aveva adottato una linea molto più intransigente nel senso di considerare *"inammissibile"* un eventuale ricorso in caso di mancata presentazione dell'istanza di interpello. Ad operare ulteriori chiarimenti, interverranno successivamente le circolari 51/E del 2010 e 23/E del 2011, consolidando una posizione meno rigida e più disponibile circa una valutazione in sede di accertamento, ancorché in assenza di un'apposita istanza di interpello.

<sup>188</sup> Cfr. A. Mastromatteo e B. Santacroce, *Gli effetti degli interpelli su accertamento e contenzioso*, *il Fisco 26*, 2016, pag. 2518 ss ; P. Tarigo, *l'interpello disapplicativo di norme antielusive nella recente riforma*, *Rass. Trib.*, 2017, pag. 396 ss.



del Fisco, l'amministrazione finanziaria è tenuta ad avviare un contraddittorio preventivo con il contribuente invitandolo a trasmettere documentazione idonea a comprovare la sussistenza dell'esimente ovvero l'assenza dei presupposti applicativi<sup>189</sup>.

Il decreto legge 147 del 2015 ha introdotto un ulteriore elemento all'interno della disciplina CFC, contenuto nell'attuale disposizione di cui al comma 11, che dispone che *<<fatti salvi i casi in cui la disciplina del presente articolo sia stata applicata oppure non lo sia stata per effetto dell'ottenimento di una risposta favorevole all'interpello, il soggetto di cui al comma 1 (soggetto controllante residente, ndr) deve segnalare nella dichiarazione dei redditi la detenzione di partecipazioni in soggetti controllati di cui ai commi 2 e 3, al ricorrere delle condizioni di cui al comma 4, lettere a) e b)>>*.

Nella sostanza, viene imposto un obbligo di segnalazione in dichiarazione dei redditi volto a evidenziare il possesso di una partecipazione in una società estera controllata<sup>190</sup>. Il predetto obbligo è rivolto a tutti i soggetti che, decidendo di non applicare la disciplina in parola, non abbiano preventivamente interpellato l'amministrazione finanziaria ovvero che abbiano ricevuto da quest'ultima parere negativo in merito all'istanza presentata. In caso di mancata segnalazione, il legislatore ha previsto l'irrogazione di una sanzione pari al 10% del reddito prodotto dalla controllata estera ed imputabile per trasparenza (anche solo teoricamente) al soggetto controllante, con una sanzione minima di 1.000 euro ed una massima di 50.000 euro.

Tale mancanza è pertanto idonea a determinare l'applicazione di una sanzione amministrativa e non porta in nessun caso alla conseguenza di non poter disapplicare la disposizione. Ciò in quanto la finalità della norma è quella di tenere monitorate le partecipazioni detenute da un soggetto domestico in società estere, in modo tale da facilitare il compito all'amministrazione finanziaria che, altrimenti, dovrebbe rinvenire l'informazione tramite un incrocio dei dati provenienti dagli uffici tributari esteri.

---

<sup>189</sup> Tale meccanismo è espressamente previsto dall'articolo 11 dell'articolo 167 del Tuir che dispone che *"l'Agenzia delle Entrate, prima di procedere all'emissione dell'avviso di accertamento d'imposta o di maggiore imposta, deve notificare all'interessato un apposito avviso con il quale viene concessa al medesimo la possibilità di fornire, nel termine di 90 giorni, le prove per la disapplicazione delle disposizioni"*.

<sup>190</sup> L'obbligo in parola peraltro presuppone un riconoscimento semplice e lineare della società estera controllata da indicare nell'apposito quadro in dichiarazione dei redditi. Come è stato osservato tuttavia, tale individuazione non è sempre di facile portata, e rischia di indurre il contribuente a commettere un errore formale in sede dichiarativa. Per evitare tale evenienza, tramite la circolare n. 17 del 28 giugno 2017, Assonime suggerisce di indicare il numero più ampio possibile di società estere controllate, in modo da evitare eventuali contestazioni. Cfr. P. Sella, *Il punto di Assonime sulle novità del regime CFC*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 10/2017, p. 15 e ss.

### **3.3. Osservazioni in merito al nuovo articolo 167 Tuir. Compatibilità rispetto alle libertà fondamentali del diritto europeo e rispetto del principio costituzionale di capacità contributiva.**

#### ***3.3.1. I principi comunitari di riferimento e gli orientamenti della Corte di Giustizia UE.***

Una volta indagati gli elementi caratterizzanti della disciplina italiana in tema di *controlled foreign companies*, nonché gli aspetti procedurali ad essa connessi, è utile a questo punto della trattazione procedere con una disamina dei principi costituzionali nazionali e sovranazionali con cui la disciplina entra in contatto, valutandone un'eventuale conflittualità.

Come già ampiamente trattato, la disciplina è stata oggetto nel corso degli anni di importanti modifiche che ne hanno mutato i tratti principali. In particolare, a decorrere dall'introduzione della modifica apportata dal decreto legge n. 78 del 2009, la normativa italiana sulle CFC è stata estesa ai soggetti detentori di partecipazioni di controllo in società estere residenti presso Stati membri dell'Unione Europea<sup>191</sup>. Tale ampliamento aveva inevitabilmente portato la disciplina domestica a doversi confrontare con le disposizioni del diritto comunitario e reso necessario un approfondimento circa la compatibilità della norma con i principi e le libertà fondamentali sanciti dal Trattato di Roma.

Nella sostanza, il punto della questione si focalizzava nello stabilire se la norma, andando ad imputare per trasparenza il reddito generato da una società estera in capo al soggetto domestico controllante, potesse in qualche modo confliggere con le libertà del diritto comunitario e, conseguentemente, limitarne l'esercizio in giustificazione di un fine di interesse pubblico nazionale. Ulteriormente, ci si poteva chiedere se gli elementi della disciplina legati agli aspetti procedurali non fossero eccedenti rispetto a quanto necessario per applicare una norma efficace.

Primariamente occorre sottolineare come una disciplina come quella prevista dall'articolo 167 del Tuir portasse indubbiamente ad un trattamento discriminante nei confronti di soggetti domestici detentori di partecipazioni di controllo in soggetti esteri. Questi, al sussistere di determinati elementi e di un determinato livello impositivo a cui era sottoposto il soggetto estero

---

<sup>191</sup> Va detto che nel testo di legge precedentemente in vigore il legislatore non escludeva a priori un'applicazione della norma ai soggetti che controllavano società estere residenti presso stati membri UE, ma faceva rinvio ad un'elencazione chiusa (c.d. *black list*) di paesi considerati poco collaborativi in termini di scambio di informazioni, ed eccessivamente permissivi in termini di prelievo tributario. In questo contesto, si sarebbe potuto verificare, in termini astratti, l'inserimento di uno o più stati comunitari all'interno della predetta lista. Circostanza che, tuttavia, non si è mai verificata, portando di fatto ad un'assunzione di non applicabilità della disciplina alle CFC residenti nell'Unione Europea.

controllato, venivano assoggettati ad una tassazione per trasparenza sugli utili prodotti dalla CFC, in deroga alle disposizioni normalmente applicabili dalla legislazione tributaria nazionale<sup>192</sup>.

Adottando il criterio della tassazione per trasparenza (così come previsto per le partecipazioni in società di persone e per le società di capitali a ristretta base azionaria) anche per le partecipazioni in soggetti localizzati in paesi esteri a fiscalità privilegiata, il legislatore aveva deciso di derogare al principio generale dell'ordinamento italiano per ovviare ad una situazione patologica del sistema, ritenendo che solo la tassazione per trasparenza potesse far fronte a tale criticità, fronteggiando così il duplice rischio di: vedere venir meno la propria autorità impositiva su detti redditi; veder trasferire parte dei redditi prodotti nel nostro paese, a vantaggio di Stati che presentavano un regime impositivo più favorevole.

La disciplina attualmente vigente ha mantenuto, relativamente agli aspetti che qui ci interessano, un ambito applicativo pressoché invariato, seppur parzialmente riformulato, rispetto alla norma che nel 2009 aveva per la prima volta coinvolto i soggetti comunitari nel perimetro applicativo della disciplina. Ciò detto, la differenziazione tra detenzione di partecipazioni in soggetti domestici ed in soggetti esteri (ancorché comunitari) permane, *ergo*, il legislatore domestico ha continuato ad adoperare un differente trattamento degli investimenti nazionali da quelli internazionali/comunitari.

Evidentemente una discriminazione di questo tipo rappresenta un inasprimento normativo nei confronti di quei soggetti che decidano di ampliare gli orizzonti della propria attività economica verso l'estero e, pertanto, ben potrebbe configurarsi come una limitazione alla libertà di circolazione dei capitali (articolo 63 del T.F.U.E) ed alla libertà di stabilimento (articolo 49 del T.F.U.E).

Le due libertà appena richiamate rivestono un ruolo primario all'interno dell'ordinamento giuridico comunitario e sono strettamente correlate tra loro, al punto tale da poter affermare, come si comprenderà meglio in seguito, che la libertà di stabilimento risulti essere sostanzialmente inglobata nella libertà di circolazione dei capitali<sup>193</sup>.

---

<sup>192</sup> Il riferimento va alla disciplina sul regime di tassazione degli utili prodotti dalle società di capitali controllate, tipicamente tassati in capo al socio esclusivamente al momento della loro distribuzione.

<sup>193</sup> Tale affermazione peraltro risulta giustificata anche da un ragionamento logico-formale secondo cui lo stabilimento presuppone la movimentazione di capitale mentre, contrariamente, la movimentazione di capitale non presuppone lo stabilimento. Il principio della libera circolazione dei capitali inoltre consente al cittadino comunitario di spostare le proprie disponibilità anche presso paesi terzi. Se raffrontato alla libertà di stabilimento, che è limitata alla localizzazione presso altri stati membri della comunità europea, questo ha portata indubbiamente più ampia. Tuttavia, la Corte di Giustizia ha dato rilevanza primaria alla libertà di stabilimento (sentenza Baars, causa C-251/98), relegando il principio della libera circolazione dei capitali ad un

Per quanto attiene al principio di libera circolazione dei capitali, questo è volto a garantire ai soggetti residenti nell'Unione di far circolare liberamente i capitali all'interno dello spazio libero europeo per implementare o avviare attività economiche. Detto principio può essere analizzato sotto un duplice aspetto: quello della raccolta di capitale e quello dell'investimento estero. Entrambe le prospettive tuttavia ci portano ad osservare come la portata dell'articolo 63 del T.F.U.E., che prevede un espresso divieto di “*restrizioni ai movimenti di capitali [...] tra gli Stati membri, nonché tra paesi terzi*”, lo renda strettamente connesso alla libertà di impresa e, conseguentemente, alla libertà di stabilire la propria impresa (*ergo* investire) nel luogo ritenuto più idoneo dall'imprenditore stesso<sup>194</sup>.

La seconda libertà menzionata, quella di stabilimento, stabilisce che un soggetto, residente in uno stato comunitario, ha il diritto di stabilire la propria attività economica all'interno di ciascuno degli Stati membri dell'Unione Europea e, nel fare ciò, viene vietata qualsiasi restrizione proveniente dalla legislazione interna di uno Stato che abbia come diretta conseguenza quella di limitare la portata della libertà in parola<sup>195</sup>.

È lo stesso Trattato poi, all'articolo 54, che esplicita quali soggetti giuridici possono ricadere nella citata libertà, individuandovi quelle società che sono:

- Costituite secondo la legge in vigore nello stato membro<sup>196</sup>;
- Localizzate all'interno del territorio comunitario.

La predetta libertà viene riconosciuta sotto un duplice aspetto, al punto da poter distinguere tra libertà di stabilimento primaria e secondaria, ciò in quanto un soggetto può liberamente decidere di avviare un'attività imprenditoriale direttamente tramite l'apertura di una società *ex novo* in un paese membro (stabilimento primario), ovvero indirettamente, decidendo cioè di spostare un'attività già avviata nel territorio di provenienza in un altro stato membro (stabilimento secondario), attraverso l'apertura di stabilimenti, agenzie o filiali.

---

ruolo secondario. Cfr. G. Bizzioli, *Profili ricostruttivi in tema di compatibilità della disciplina Cfc e della disciplina sulla presunzione di residenza in Italia con l'ordinamento comunitario*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Milano, 2008.

<sup>194</sup> Cfr. P. Boria, *Principio di non restrizione ai fini fiscali*, in P. Boria, *Diritto Tributario Europeo*, 2017, Giuffrè editore, Milano, pag. 140 e ss.

<sup>195</sup> Si veda E. Bruno e A. Valente in *Il principio di non discriminazione e il divieto di restrizioni fiscali*, *Manuale di fiscalità internazionale*, a cura di A. Dragonetti, A. Sfondrini, V. Piacentini, IPSOA, 2016.

<sup>196</sup> In tal senso, ha avuto notevole importanza il processo di coordinamento del diritto societario, fino ad arrivare, con il regolamento CE-2157 del 2001, a prevedere la possibilità di costituire una società c.d. europea, il cui statuto è validamente riconosciuto in tutti gli stati membri.

La *ratio* della libertà di stabilimento, così come interpretata dalla Corte di Giustizia Europea<sup>197</sup>, è quella di lasciare che il soggetto comunitario sia libero di stabilire la propria attività dove lo ritenga più opportuno (a prescindere dallo scopo per cui viene effettuata tale scelta). Possiamo dunque assimilare detta libertà ad una sorta di lasciapassare messo a disposizione del contribuente che intendesse lecitamente investire o diversificare la propria attività a vantaggio di un Paese diverso (purché comunitario), senza che il Paese di origine possa impedirlo.

Il vincolo posto dal Trattato, se calato su una legislazione nazionale, si pone come limite negativo alla potestà impositiva dei singoli Stati, con particolare riferimento alla materia dell'imposizione diretta. Se infatti ogni Stato è libero di adottare la normativa che ritiene più opportuna al fine di proteggere e garantire un adeguato livello di gettito tributario, questa non può mai entrare in contrasto con quanto disposto dalle libertà fondamentali e, segnatamente, dalla libertà di stabilimento<sup>198</sup>. In questo senso, una disciplina nazionale che intenda limitare, in qualsiasi modo, la libertà di un cittadino comunitario di stabilire la propria attività economica presso un altro Stato membro, sarà giudicata illegittima dalla Corte e verrà disapplicata dal giudice italiano<sup>199</sup>.

A questo limite negativo, l'opera interpretativa della Corte di Giustizia Europea ha affiancato nel tempo due limiti positivi, idonei ad assumere applicazione diretta all'interno dei singoli ordinamenti nazionali. Specificatamente la Corte, nel valutare possibili contrasti tra le legislazioni tributarie nazionali e il diritto comunitario, ha estrapolato un duplice principio di *non discriminazione fiscale*<sup>200</sup> e di *non restrizione delle libertà fondamentali*<sup>201</sup>.

Di particolare rilevanza è la disposizione recante il principio di non discriminazione fiscale<sup>202</sup> che stabilisce il divieto di qualsiasi “*discriminazione effettuata in base alla nazionalità*”<sup>203</sup>. Per “discriminazione” è da intendersi la circostanza nella quale situazioni tra loro identiche, o

---

<sup>197</sup> Cfr. Corte di Giustizia Europea, Sentenza Klopp n. 107/83 del 12 luglio 1984.

<sup>198</sup> Cfr. S. Dorigo, Il ruolo del diritto dell'Unione Europea, in R. Cordeiro Guerra (a cura di), Diritto Tributario Internazionale – Istituzioni, Padova, 2012, CEDAM, pag 177 ss.

<sup>199</sup> Cfr. M. Beghin, *Diritto Tributario per l'università e per la preparazione all'esercizio delle professioni economico-giuridiche*, Padova, CEDAM, 2017, pag. 80.

<sup>200</sup> Cfr. Sentenza del 25 gennaio 2007 della CGUE, causa Meindl C-329/05, in Racc. p. I-1107.

<sup>201</sup> Con particolare riferimento alla libertà di stabilimento, questo principio si traduce nel divieto a che il legislatore limiti in qualsiasi modo la volontà di un imprenditore di espandere la propria attività oltre i confini nazionali. Cfr. S. Dorigo, Il ruolo del diritto dell'Unione Europea, op. cit.

<sup>202</sup> Disciplinato dall'articolo 18 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (già articolo 12 del Trattato CE), il quale dispone che <<Nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità>>.

<sup>203</sup> Cfr. sentenza Avoir fiscal, causa C-270/83, Commissione delle CE v. Repubblica francese) e sentenza Schumacker, causa C-279/93, dove la Corte ha costruito il principio di non discriminazione nel senso che <<il divieto di discriminazione europeo proibisce agli Stati membri non solo diversi trattamenti in ragione della nazionalità, come nel caso avoir fiscal, ma anche diversi trattamenti in ragione della residenza, poiché, secondo l'id quod plerumque accidit, il non residente è anche cittadino straniero>>

quantomeno assimilabili, vengano trattate dal medesimo legislatore in modo differente, discriminando appunto una delle due fattispecie<sup>204</sup>. Specificatamente all'ambito fiscale, possiamo affermare che sussiste una discriminazione nel momento in cui l'ordinamento prevede, per situazioni uguali o simili, un trattamento fiscale più gravoso per una delle due, inteso come diretta applicazione di una norma più sfavorevole<sup>205</sup>. Ecco che la libertà di stabilimento trova nel principio anzidetto una clausola di salvaguardia, una sorta di mantello protettivo che vincola il legislatore nazionale a non operare discriminazioni normative che abbiano, tra le altre, la conseguenza di limitare la libertà di stabilire la propria attività economica in un altro Stato dell'Unione.

Altrettanta importanza assume il principio di non restrizione, inteso come divieto per gli Stati membri di adottare normative interne che possano limitare la portata di una o più libertà fondamentali, ostacolando di fatto lo sviluppo e il consolidamento del mercato unico europeo, così come tratteggiato dal Trattato di Roma<sup>206</sup>. Tale principio prescinde dalla presenza o meno di una discriminazione posta in essere dalla norma nazionale e ha la funzione di vietare l'insorgenza di qualsiasi barriera di tipo protezionistico che uno Stato membro potrebbe adottare, soprattutto se a discapito degli altri Stati dell'Unione. In questo senso la Corte di Giustizia UE<sup>207</sup> ha nel tempo interpretato il principio come un deterrente alla creazione di barriere in uscita o in entrata che possano in qualche modo negare, o comunque limitare, al cittadino residente la possibilità di operare liberamente al di fuori dei confini nazionali, anche in relazione alla collocazione geografica della propria attività economica.

Alla luce di quanto esposto, risulta ora più chiara la sovrapposizione normativa che le due libertà in parola (quella di stabilimento e quella di circolazione dei capitali) risultano avere. Pur tuttavia, vi è un differimento sostanziale da un punto di vista del profilo soggettivo. Se da un lato infatti la libertà di stabilimento è rivolta in maniera esclusiva alla collocazione di attività

---

<sup>204</sup> Si vedano al riguardo le sentenze *Klockner – Werke AG e Hoesch AG*, sentenze del 13/07/1963, cause riunite C-17/61 e C-20/61.

<sup>205</sup> Si veda il caso *Gilly*, in cui la Corte ha ritenuto che la semplice sussistenza di livelli impositivi differenti tra i singoli stati membri, non generi una discriminazione tra i cittadini comunitari, nel senso che un cittadino non può contestare al proprio Stato (come è avvenuto nella circostanza in parola), di applicare un regime fiscale discriminatorio, per il solo fatto che un cittadino residente in un altro stato si vede applicare un regime più favorevole. In definitiva, vi è discriminazione "quando c'è un trattamento fiscale più gravoso, a parità di condizioni". Così commentato in Bruno e Valente, *Il principio di non discriminazione e il divieto di restrizioni*, op.cit. [6]

<sup>206</sup> Cfr. P. Boria, *Principio di non restrizione ai fini fiscali*, in P. Boria, *Diritto Tributario Europeo*, 2017, Giuffrè editore, Milano, pag. 134 e ss.; S. Dorigo, *Il ruolo del diritto dell'Unione Europea*, in R. Cordeiro Guerra (a cura di), *Diritto Tributario Internazionale – Istituzioni*, Padova, 2012, CEDAM, pag 174 e ss.

<sup>207</sup> Si veda la sentenza *Dassonville* della CGUE, 11 luglio 1974, causa C-8/74, in Racc. p. I-837, dove la Corte ha giudicato restrittiva «ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari».

imprenditoriali presso altri Stati dell'Unione, intendendo cioè delimitare il perimetro applicativo della norma ai soli confini continentali, dall'altro la libertà di circolazione dei capitali trova come elemento dirimente il solo presupposto oggettivo, non vincolando il cittadino comunitario ad alcun limite territoriale.

Risulta pertanto evidente la maggior portata in termini di applicabilità della libertà di circolazione dei capitali, estendibile cioè agli investimenti effettuati verso paesi terzi. Nonostante ciò, la Corte di Giustizia Europea, disattendendo gli orientamenti dottrinali proposti sul tema<sup>208</sup>, ha ritenuto maggiormente opportuna l'adozione di un'interpretazione restrittiva, individuando quale principio primariamente applicabile la libertà di stabilimento<sup>209</sup>. Ecco quindi che un'analisi sulla compatibilità tra la disciplina interna sulle CFC e il diritto comunitario ci porterà *in primis* ad adoperare quale parametro di riferimento la libertà disposta dagli articoli 49 e 54 del T.F.U.E. e, solo in caso di coinvolgimento di paesi extra-UE, la libertà di circolazione dei capitali ai sensi dell'articolo 63 del Trattato.

Per le ragioni appena esposte, la disciplina italiana sulle CFC sembra essere in apparente contrasto con il principio di non discriminazione fiscale, poiché impone ad un soggetto residente un regime impositivo differente in virtù della mera collocazione geografica di una società da questi controllata<sup>210</sup>. La detenzione di una partecipazione estera, da un punto di vista giuridico e sostanziale, non si discosta dalla detenzione di una partecipazione domestica. Nonostante ciò, il legislatore ritiene opportuna l'adozione di una disciplina più rigida. Ecco perché l'applicazione di una disposizione differente potrebbe comportare una oggettiva discriminazione.

Alla luce di quanto esposto, possiamo quindi giungere ad una prima, importante conclusione, che verrà approfondita oltre: la normativa domestica in tema di CFC si scontra, in modo oggettivo ed evidente, con la libertà di stabilimento, specialmente se letta sotto la lente dei

---

<sup>208</sup> Cfr. G. Bizioli., Profili ricostruttivi in tema di compatibilità della disciplina Cfc e della disciplina sulla presunzione di residenza in Italia con l'ordinamento comunitario, in M. BEGHIN (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Milano, 2008.

<sup>209</sup> Sul punto si veda la sentenza Baars, causa C-251/98, dove la Corte di Giustizia ha dato rilevanza primaria alla libertà di stabilimento, relegando il principio della libera circolazione dei capitali ad un ruolo secondario. Cfr. G. Bizioli, *Profili ricostruttivi in tema di compatibilità della disciplina Cfc e della disciplina sulla presunzione di residenza in Italia con l'ordinamento comunitario*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Milano, 2008.

<sup>210</sup> Sul punto è opportuno specificare che una disciplina sulle CFC non impedisce *direttamente* al soggetto residente di stabilirsi fuori dai confini nazionali tramite la costituzione di società estere. Tuttavia è indubbio il fatto che, prevedendo una disposizione diversificata e oggettivamente inasprita rispetto alla disciplina domestica, siffatta normativa imponga al soggetto residente di considerare la variabile fiscale quale potenziale effetto negativo, limitando di fatto la scelta relativa alla delocalizzazione dell'attività. In questo senso, possiamo affermare che la disciplina in parola si scontri, seppur non apertamente, con la libertà di stabilimento così come disciplinata dal legislatore europeo.

principi di non discriminazione fiscale, nel momento in cui va ad applicare un regime di sfavore nei confronti di quei soggetti detentori di partecipazioni di controllo in società estere, se raffrontato al trattamento subito dai contribuenti che detengono un medesimo vincolo partecipativo con società domestiche.

Nonostante quanto appena affermato, tuttavia, l'opera interpretativa della Corte di Giustizia ha nel tempo portato a definire un regime derogatorio alla libertà in parola, tale da rendere talune soluzioni legislative di stampo restrittivo giustificabili di fronte ad un contrasto con la norma comunitaria. È quindi necessario comprendere se la restrizione imposta alla libertà di stabilimento da parte della disciplina CFC risulti essere giustificata o meno dalle deroghe giurisprudenziali.

In particolare, la questione è stata affrontata dalla Corte con una sentenza che ha fatto scuola. Il riferimento va al noto caso *Cadbury Schweppes*<sup>211</sup>. La predetta sentenza ha chiarito in modo netto ed inequivocabile entro quali limiti una disciplina CFC nazionale possa ritenersi idonea e congrua rispetto ai vincoli posti dal Trattato. Non lascia pertanto stupiti il tentativo, avviato a partire dalla riforma del 2009 da parte del legislatore italiano, di correggere la disciplina nazionale, accogliendo le conclusioni della sentenza, con risultati tuttavia non sempre soddisfacenti come è stato già rilevato nel corso della trattazione dell'evoluzione domestica della normativa CFC.

La causa è stata sollevata nell'ambito di una controversia tra l'amministrazione finanziaria inglese e, per l'appunto, la *Cadbury Schweppes plc*, una società residente nel Regno Unito, assieme alla sua controllata, la *Cadbury Schweppes Overseas Ltd*, anch'essa residente nel medesimo Stato. Quest'ultima, a sua volta, controllava altre due società (la CSTS e la CSTI) residenti nella Repubblica Irlandese, che svolgevano attività di raccolta fondi e di finanziamento per il gruppo *Cadbury*. In virtù di una apposita disposizione vigente nel Regno Unito all'epoca dei fatti<sup>212</sup>, assimilabile ad una disciplina specifica sulle CFC,

---

<sup>211</sup> La sentenza in oggetto è stata pronunciata il 12 settembre 2006, in seguito al procedimento di causa C-196/04 tra *Cadbury Schweppes plc* e *Cadbury Schweppes Overseas Ltd* da una parte, e il *Commissioners of Inland Revenue* (l'Agenzia delle Entrate inglese, ndt) dall'altra. Sul tema si veda ampiamente, M. Beghin, *La sentenza Cadbury Schweppes e il malleabile principio della libertà di stabilimento*, in *Rassegna tributaria*, 2007, pag. 986 ss.; E.M. Bagarotto, *La disciplina in materia di controlled foreign companies alla luce delle modifiche apportate dalla legge di stabilità 2016 e nell'attesa dell'attuazione della direttiva "anti-BEPS"*, in *Dir. e Prat. Tributaria*, 3/2017, pag.967 e ss.; A. Ballacín, *Osservazioni a margine di una sentenza di merito in tema di incompatibilità della disciplina cfc con le convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni. Ulteriori riflessioni sul rapporto tra la novellata normativa cfc ed il diritto comunitario*, *Riv. Dir. Trib.*, 2009, pag. 161 e ss.

<sup>212</sup> La disposizione era contenuta negli articoli 747-756 e relativi allegati della legge "*Income and Corporation Taxes Act*" del 1988, vigente nel Regno Unito. Successivamente, la disciplina subirà una serie di rilevanti modifiche negli anni, fino ad arrivare all'attuale *Taxation (International and Other Provisions) Act 2010 (TIOPA)* - Parte 9. Cfr. Tassazione delle società, Scheda Paese Regno Unito, rivista BIG SUITE IPSOA.



L'amministrazione fiscale britannica aveva contestato alla società *Cadbury Schweppes* la mancata tassazione sugli utili prodotti, ancorché non distribuiti, dalle due controllate residenti in Irlanda, in quanto l'imposizione subita dalle due società irlandesi risultava nettamente inferiore rispetto a quella prevista dalla legislazione inglese. La Corte è quindi stata chiamata a giudicare se:

- La società *Cadbury Schweppes* avesse abusato delle libertà fondamentali istituite dal Trattato CE (in particolare: delle libertà di stabilimento, dei principi di libertà di prestazione di servizi e di circolazione dei capitali) al fine di ottenere un'imposizione fiscale più vantaggiosa;
- In caso di risposta negativa, se la normativa CFC inglese fosse da considerare una limitazione a tali libertà, quand'anche una discriminazione in contrasto con il medesimo principio di cui all'articolo 12 del Trattato CE ;
- Una disciplina CFC nazionale, in ogni caso, potesse essere giustificata da motivi di lotta all'evasione fiscale, a prescindere dal caso esaminato.

La sentenza della Corte si è incentrata sostanzialmente sugli articoli 43 e 48 del Trattato CE ovvero sulla libertà di stabilimento e, quindi, il derivato principio di non discriminazione fiscale, confermando di fatto la già rilevata preminenza della libertà di stabilimento su quella di circolazione dei capitali.

In particolare, secondo questa pronuncia della Corte di Giustizia Europea, la libertà di stabilimento è da intendersi nel senso di una garanzia per il soggetto comunitario a non poter <<essere privato della possibilità di avvalersi delle disposizioni del Trattato solo perché ha inteso approfittare dei vantaggi fiscali offerti dalle norme in vigore in uno Stato membro<sup>213</sup>>>. In tal senso, la Corte esplicita chiaramente che la ricerca di un risparmio di imposta è circostanza lecita e non costituisce in alcun modo un abuso delle libertà fondamentali<sup>214</sup>. Pertanto, nel caso di specie esaminato, la società *Cadbury Schweppes* ha lecitamente costituito due società controllate nel territorio irlandese con il solo fine di ricercare un risparmio d'imposta, senza ostare ad alcuna delle libertà previste dal Trattato CE.

Relativamente all'applicazione di una disciplina specifica sulle CFC, prevista dagli ordinamenti nazionali, la Corte opera dei chiarimenti di larghissima portata ed altrettanta importanza.

---

<sup>213</sup> Cfr. par. 36 della sentenza *Cadbury Schweppes*, causa C-196/04 del 12 settembre 2006.

<sup>214</sup> Cfr. par. 37 della sentenza cit., dove la Corte richiama espressamente le sentenze *Centros*, causa C-212/97 del 9 marzo 1999, Racc. pag. I-1459, punto 27, e sentenza *Inspire Act*, causa C-167/01, Racc. pag. I-10155, punto 96.

Innanzitutto, specifica che il regime in parola rappresenta, oggettivamente, un ostacolo alla libertà di stabilimento. Infatti, la sentenza dice chiaramente che <<la legislazione sulle SEC (acronimo utilizzato dalla giurisprudenza inglese per individuare le controllate estere, ndt) comporta una disparità di trattamento fra le società residenti<sup>215</sup>>> ed in particolare <<crea uno svantaggio fiscale per la società residente cui detto regime è applicabile>>.

Tuttavia, sulla base di alcune sentenze precedenti<sup>216</sup>, la Corte aveva già avuto modo di stabilire che <<una misura nazionale che restringe la libertà di stabilimento è ammessa solo con il fine di contrastare le costruzioni di puro artificio che hanno il fine di eludere la normativa dello stato membro>>. Nell'affermare ciò, procedendo ad un'interpretazione della *ratio* sottostante l'articolo 43 del Trattato CE, la Corte stabiliva che, per potersi considerare “non artificioso”, lo stabilimento estero doveva sostanziarsi in un insediamento effettivo, dietro il quale fosse cioè rinvenibile l'esercizio di un'attività economica reale.

Le intenzioni della Corte miravano con tutta evidenza a vietare che i soggetti residenti utilizzassero delle strutture giuridiche artificiali (altrimenti dette “società schermo”), senza altra finalità se non quella di spostare la tassazione di taluni redditi verso Stati a fiscalità più vantaggiosa.

A tal fine, proseguiva la Corte, sarebbe stato necessario dimostrare la presenza di elementi oggettivi in grado di provare la non artificialità della costruzione, quali ad esempio la presenza di locali, personale e attrezzature. La ricerca del risparmio di imposta non rappresenta in sé una causa sufficiente ad ingenerare una legislazione che imputi automaticamente i redditi della controllata in capo alla controllante. Il mero risparmio d'imposta, se non accompagnato da una costruzione artificiosa, è circostanza lecita e protetta dalle libertà del Trattato. Solo la presenza di una costruzione non economicamente veritiera può giustificare la presenza di una disciplina discriminatoria.

Ecco quindi che una limitazione alla libertà di stabilimento è ammessa se e solo se questa mira a salvaguardare l'ordinamento tributario domestico da quelle operazioni elusive che collocano in maniera fittizia un'entità all'estero. Nell'adottare siffatta disposizione, tuttavia, il legislatore deve altresì tenere in considerazione il principio di proporzionalità dei mezzi normativi adoperati rispetto a quanto stabilito dalla legislazione comunitaria<sup>217</sup>. Tale principio viene

---

<sup>215</sup> Cfr. par. 43 della sentenza Cadbury Schweppes, causa C-196/04 del 12 settembre 2006

<sup>216</sup> In particolare, il riferimento va alle sentenze ICI, 16 luglio 1998, causa C-264/96, Racc. pag. I-4695, punto 26; Lankhorst-Hohorst 12 dicembre 2002, causa C-324/00, Racc. pag. I-11779, punto 37; De Lasteyrie du Saillant, cit., punto 50, nonché Marks & Spencer, cit., punto 57.

<sup>217</sup> Cfr. P. Boria, Diritto tributario europeo, Milano, Giuffrè Editore, 2017, pag. 254 ss.

particolarmente adoperato dalla Corte per giudicare se la limitazione di una libertà fondamentale risulti essere l'unica strada percorribile, ovvero, se non fosse possibile l'adozione di una strada alternativa, meno onerosa per il contribuente. La norma domestica, sostanzialmente, non può imporsi in misura superiore rispetto a quanto è necessario per raggiungere la finalità di interesse pubblico che va perseguendo<sup>218</sup>.

Se calato sulla realtà di una disposizione nazionale sulle CFC, il predetto principio di proporzionalità porta inevitabilmente il legislatore ad operare un bilanciamento tra gli interessi pubblici in gioco, rinvenibili nella necessità di ostacolare quelle pratiche abusive di collocazione artificiosa di una struttura estera, e gli interessi privati del singolo contribuente, che si troverebbe a subire l'onere probatorio derivante da una presunzione legale di larga portata.

La linea tratteggiata dalla Corte è da considerarsi un punto cardine di partenza per qualsiasi disciplina nazionale sulle CFC, così come disposto altresì dalla Commissione europea, che ha fatto proprie le argomentazioni in parola tramite un'importante Comunicazione del 10 dicembre 2007 (COM (2007) 785).

L'importanza della pronuncia non si limita alla disciplina sulle società estere controllate, ma ha portata più ampia, giacché essa va a tratteggiare un'interpretazione estensiva del principio della libertà di stabilimento, visto come un bilanciamento di pesi in gioco: da una parte quello dei cittadini e delle imprese, dall'altro quello degli Stati.

Successivamente, la Corte di Giustizia Europea ha avuto modo di esprimersi ulteriormente sulla compatibilità tra discipline nazionali in tema di CFC e diritto comunitario. Particolare rilievo ha assunto la recente sentenza sulla causa C-135/17 del 29 febbraio 2019<sup>219</sup> dove la Corte, riportando ampi passaggi della sentenza Cadbury, ha valutato il caso di una società tedesca (X GmbH) che, secondo l'amministrazione tributaria tedesca (Finanzamt Stuttgart-Körperschaften), avrebbe utilizzato una società di diritto svizzero (Y) per gestire i diritti sportivi di un'altra società tedesca (Z GmbH) legata alla Y da un contratto di natura finanziaria. I redditi percepiti dalla società tedesca, in virtù della particolare legislazione ivi presente in tema di CFC,

---

<sup>218</sup> La proporzionalità di una norma, specificatamente, va verificata sotto tre criteri standard: l'idoneità, intesa come idoneità della norma nel conseguire l'obiettivo prefissato; la necessità, ovvero la mancanza di un'alternativa meno onerosa per il contribuente ma altrettanto efficace sotto il profilo degli effetti giuridici; l'adeguatezza, ovvero la valutazione circa un bilanciamento tra interessi pubblici e interessi privati. Cfr. P. Boria, *Diritto tributario europeo*, Milano, Giuffrè Editore, 2017, pag. 254 ss.

<sup>219</sup> Cfr. Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 26 febbraio 2019 sulla causa C-135/17; G. Odetto, *La corte UE mette uno stop agli abusi dei benefici delle direttive*, in *Eutekne.it*, 2019.

sono stati imputati in capo alla società X GmbH poiché provenienti prevalentemente da *passive income*.

La peculiarità della sentenza sta nel fatto che, non essendo la controllata una società residente presso uno stato membro UE, la Corte si è trovata a dover giudicare la compatibilità della disciplina tedesca non già sulla base della libertà di stabilimento che, come già esposto, non trova applicazione, bensì sulla base del principio di libera circolazione dei capitali ai sensi dell'articolo 63 del T.F.U.E.<sup>220</sup>

Sul punto la Corte, appurando che una normativa sulle CFC <<è tale da dissuadere gli investitori [...] dall'effettuare investimenti in società stabilite in taluni paesi terzi e rappresenta, pertanto, una restrizione alla libera circolazione dei capitali>><sup>221</sup> stabilisce che detta restrizione è, al pari di quanto disposto per la libertà di stabilimento, giustificabile solo ed esclusivamente da un <<motivo imperativo di interesse generale>><sup>222</sup>, individuandovi segnatamente la prevenzione dell'evasione e dell'elusione fiscale, purché tale normativa <<non eccede quanto necessario per raggiungere lo scopo prefissato>><sup>223</sup>. Per verificare quest'ultimo elemento, la Corte fa espresso riferimento alla sentenza *Cadbury Schweppes* nel punto in cui essa giustifica una normativa CFC nel momento in cui questa va a colpire comportamenti che consistono nella creazione di costruzioni di puro artificio.

Ma non solo, nella sentenza C-135/17 la Corte amplia la predetta nozione, specificando che al fine di comprovare l'artificialità dello stabilimento estero, il legislatore può adoperare quali elementi indicativi, oltre alla presenza di locali, personale e attrezzature, anche la sussistenza di <<operazioni il cui obiettivo principale [...] consista nel trasferimento artificioso degli utili generati da attività svolte sul territorio di uno Stato membro verso paesi terzi a basso livello di imposizione>><sup>224</sup>.

Infine, la Corte si chiede se l'attuazione di un onere probatorio eccessivo posto a capo del contribuente possa essere giustificato nel caso in cui il paese terzo non appartenga all'Unione Europea. La conclusione a cui giunge la Corte è che <<ove non sussista un quadro giuridico convenzionale, tra lo Stato membro e il paese terzo>> è legittimo per lo Stato membro adottare una norma presuntiva che ribalti l'onere probatorio totalmente in capo al contribuente. In altre

---

<sup>220</sup> Sul punto peraltro si aggiunge un'ulteriore complicazione derivante dalla c.d. clausola di standstill, ovvero un'apposita disposizione contenuta nell'articolo 64 del Trattato che lascia impregiudicata dalla libera circolazione dei capitali una qualunque restrizione nei confronti dei paesi terzi in vigore alla data del 31 dicembre 1993, per quanto riguarda i movimenti di capitali verso paesi terzi.

<sup>221</sup> Cfr. Par. 58 Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 26 febbraio 2019 sulla causa C-135/17

<sup>222</sup> Cfr. Par. 61 Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 26 febbraio 2019 sulla causa C-135/17

<sup>223</sup> Cfr. par. 75 Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 26 febbraio 2019 sulla causa C-135/17

<sup>224</sup> Cfr. Par. 84 Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 26 febbraio 2019 sulla causa C-135/17

parole, viene posta l'attenzione sull'esistenza di un effettivo scambio di informazioni tra Stati. Elemento che, qualora presente, non renderebbe giustificata una disposizione presuntiva capace di generare conseguenze troppo onerose dal punto di vista dell'onere probatorio<sup>225</sup>.

### ***3.3.2. Compatibilità della nuova normativa con i principi comunitari***

La finalità del decreto legislativo n. 142 del 2018 era quella di recepire quanto disposto dalla direttiva ATAD emanata dal Consiglio dell'Unione Europea. Non vi era, nelle intenzioni del legislatore<sup>226</sup>, alcun intento di correggere quelle asimmetrie presenti tra la disciplina CFC previgente e i principi comunitari inerenti la libertà di stabilimento e il principio di proporzionalità. Come è stato già osservato, peraltro, la stessa Corte di Cassazione aveva affermato una tendenziale congruità della disciplina domestica con quanto stabilito dalla giurisprudenza comunitaria.

La riforma dell'articolo 167 del Tuir introdotta a decorrere dal primo gennaio 2019 ha avuto il grande merito di riorganizzare la disciplina italiana sulle società estere controllate, rendendola omogenea e uniforme, senza più operare alcuna distinzione basata sulla mera provenienza geografica della controllata estera. Ulteriormente, la norma ha semplificato i criteri disapplicativi, andando a prevedere un'unica circostanza esimente da dimostrare, legata all'effettività dell'attività economica svolta nello Stato estero.

Sul punto, bisogna rilevare la permanenza delle principali criticità evidenziate nel corso dell'analisi della normativa previgente. In particolare, la norma continua ad adoperare una sorta di presunzione legale di elusività, con conseguente inversione dell'onere probatorio in capo al contribuente.

Nonostante la disposizione non preveda alcuna obbligatorietà di presentare un'apposita istanza di interpello, ma riconosca la possibilità di disapplicare la disciplina anche in sede di

---

<sup>225</sup> Cfr. Par. 95 Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 26 febbraio 2019 sulla causa C-135/17

<sup>226</sup> In particolare, nella parte introduttiva della relazione illustrativa al decreto legislativo 142/2018, viene chiarito che <<Il presente decreto legislativo è emanato in attuazione della legge 25 ottobre 2017, n. 163 (legge di delegazione europea) al fine di recepire la Direttiva (UE) 2016/1164 del Consiglio del 12 luglio 2016 recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno (cd. ATAD 1), come modificata dalla Direttiva (UE) 2017/952 del Consiglio del 29 maggio 2017 recante modifica della direttiva (UE) 2016/1164 relativamente ai disallineamenti da ibridi con i Paesi terzi (cd. ATAD 2).>>. Nessuna menzione viene invece fatta ai principi e alle libertà fondamentali del diritto comunitario. Trattasi pertanto di adozione legislativa meramente improntata al ravvicinamento delle legislazioni nazionali all'interno dell'Unione e non già ad un intento di maggior conformazione alla giurisprudenza comunitaria.

contenzioso, resta infatti evidente come tale meccanismo richieda un onere documentale non indifferente per poter permettere al soggetto domestico controllante di evitare la tassazione per trasparenza dei redditi prodotti dalla società estera controllata.

Ulteriormente, i recenti accordi in termini di scambio di informazioni stipulati e implementati tra i vari Stati<sup>227</sup>, sembrano fornire all'amministrazione finanziaria un potere di acquisizione documentale sempre più determinante, tale da consentire alle autorità fiscali un contrasto alle pratiche elusive maggiormente deciso e preciso.

Tali elementi sembrerebbero quindi propendere per un giudizio nuovamente critico nei confronti della disciplina italiana. Di questo avviso peraltro si è espressa una parte della dottrina, tramite la denuncia presentata dalla 'Commissione per l'esame della compatibilità di leggi e prassi tributarie con il diritto dell'Unione Europea', istituita per volere dell'Associazione Italiana dei Dottori Commercialisti, indirizzata alla Commissione Europea<sup>228</sup>.

Ulteriormente, sono stati sollevati dubbi in merito all'utilizzo dell'interpello quale strumento utilizzato per la disapplicazione preventiva della disciplina. L'utilizzo dello strumento dell'interpello di cui all'articolo 11, comma 1 lettera b), della legge n. 212 del 27 luglio 2000 (Statuto dei diritti del contribuente) è previsto, come già detto, al comma 5 dell'art. 167 Tuir.<sup>229</sup>.

---

<sup>227</sup> Secondo quanto riportato tramite il suo Report del 2015 dal Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes dell'OCSE, la maggior parte degli Stati della comunità internazionale era pronta per operare una definitiva cooperazione in materia fiscale. L'adozione del c.d. Global Standard ha dato agli stati uno strumento di ampia portata che consente uno scambio automatico di informazioni fiscalmente rilevanti quale standard di cooperazione fiscale internazionale. Al giorno d'oggi, la quasi totalità degli Stati OCSE ha aderito allo standard (c.d. Global members) ad eccezione di Bahrain, Nauru e Vanuatu. Cfr. P. Valente, *I paradisi fiscali nell'era BEPS e dello scambio automatico di informazioni*, in *Fiscalità e commercio int.*, 4/2016, pag. 16 e ss. ; <https://www.oecd.org/tax/transparency/>

<sup>228</sup> La denuncia, recante il seguente titolo: "*Denuncia n°12 – Illegittimità comunitaria del regime fiscale sulle controlled foreign companies (CFC rules) applicato a società ed enti con sede in altro stato comunitario*" è stata originariamente presentata alla Commissione Europea il 16 marzo 2016, per evidenziare il contrasto presente tra la normativa italiana sulle CFC e il principio di proporzionalità nonché la libertà di stabilimento, chiedendo alla Commissione di avviare la procedura di infrazione (ex art. 258 del TFUE) nei confronti del legislatore italiano. Tale denuncia si basava, in origine, sulla previgente disposizione, superata dall'attuale articolo 167 del Tuir, così come novellato dal d. lgs. 142/2018 di recepimento della disciplina ATAD. La Commissione, in seguito alla presa visione della bozza (poi divenuta definitiva) del decreto legislativo di recepimento, ha integrato la denuncia il 28 settembre 2018, continuando a richiedere con fermezza l'applicazione della procedura di infrazione, adducendo il mancato superamento delle criticità già esposte nella denuncia originaria. Cfr. AIDC, *Denuncia n°12 – Illegittimità comunitaria del regime fiscale sulle controlled foreign companies (CFC rules) applicato a società ed enti con sede in altro stato comunitario come previsto dall'art. 167, commi 8-bis e 8-ter, del D.P.R. n.917/1986*" originariamente presentata alla Commissione Europea il 16 marzo 2016. A cura di: A. Savonarola e M. Piazza. Componenti commissione: Antonini Dott. Gianfranco, Centore Prof. Avv. Paolo, Holzmilller Dott. Giuseppe, Piazza Prof. Dott. Marco, Poggi Longostrevi Dott. Stefano, Santacroce Prof. Avv. Benedetto, Vismara Prof. Avv. Fabrizio. Esperti coinvolti: Bozzi Avv. Aldo, Capelli Prof. Avv. Fausto, Falsitta Prof. Avv. Gaspare, Marzorati Dott. Guido, Rizzardi Dott. Raffaele, Roscini Vitali Rag. Franco.

<sup>229</sup> Nel caso specifico della disciplina sulle CFC, la previsione di poter interpellare l'amministrazione finanziaria è prevista per l'appunto dallo stesso testo legislativo dell'articolo 167 del Tuir che, al comma 5, dispone che <<il

Nel caso specifico della disciplina sulle CFC, ai sensi del comma 5 dell'articolo 167 Tuir, il contribuente *può* interpellare l'amministrazione finanziaria per richiedere se sussistono le condizioni per disapplicare il regime di tassazione per trasparenza sui redditi generati dalla controllata estera.

La risposta da parte del Fisco (non impugnabile in sede giudiziaria) non è vincolante per il soggetto passivo, il quale può decidere di discostarsi dalla stessa. In altre parole, il soggetto passivo può procedere alla disapplicazione della disciplina CFC anche nel caso di risposta negativa da parte dell'Agenzia delle Entrate, consapevole, del rischio di contestazioni da parte degli uffici tributari<sup>230</sup>.

Nonostante quanto affermato, sarebbe irragionevole non portare in evidenza altresì quegli elementi positivi della norma introdotti dalla recente riforma che sembrano essere in linea con quanto stabilito dalla Corte di Giustizia e con quanto disposto dai principi comunitari.

Innanzitutto, la rimozione della differenziazione del presupposto applicativo sulla base della provenienza della società estera controllata è elemento di non poco conto, poiché è andato ad eliminare una disegualianza fondata sulla mera collocazione geografica dell'entità estera.

Il nuovo presupposto applicativo 'unico' si basa sulla dimostrazione di elementi che, oggettivamente, potrebbero portare a presumere la "non genuinità" della struttura estera: la presenza di un livello impositivo *effettivo* inferiore alla metà di quello domestico, e la generazione di oltre un terzo dei proventi da c.d. *passive income*. Tale previsione peraltro, risulta perfettamente in linea con quanto stabilito dalla direttiva ATAD del Consiglio dell'Unione Europea.

Si consideri inoltre l'unificazione e la riformulazione della nuova circostanza esimente prevista dal comma 5 della disposizione. Nel testo si fa espresso riferimento alla necessità di uno svolgimento di "*un'attività economica effettiva*" da parte del soggetto estero, che può essere dimostrata mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali. Il richiamo evidente a cui fa riferimento il legislatore va alla sentenza *Cadbury-Schweppes* che, lo ricordiamo, consente l'applicazione di una norma che limiti la libertà di stabilimento purché questa "*abbia il fine di contrastare costruzioni di puro artificio*".

---

contribuente può interpellare l'Agenzia delle Entrate ai sensi dell'articolo 11, comma 1, lettera b) della legge 27 luglio 2000, n.12>>.

<sup>230</sup> Sul punto si veda A. Angelini, A. Erario, *Cfc: profili interpretativi e applicativi alla luce delle recenti modifiche normative, compatibilità rispetto al diritto comunitario ed internazionale*, in *Fisc. E Comm. Int.*, 6/2018, pag. 5 e ss.

Tramite la previsione di questa circostanza esimente, il legislatore fa salve tutte le società estere controllate non artificiali, rendendo di fatto inapplicabile il regime in parola a quei soggetti che avessero deciso di delocalizzare parte della propria attività in maniera effettiva e non fittizia. Ovviamente le ipotesi dovranno essere valutate caso per caso e la dimostrazione di “non artificialità” risulterà più o meno difficile a seconda della tipologia di attività svolta dalla società estera controllata.

Alla luce di quanto esposto, la disciplina italiana sulle CFC così come formulata dal vigente articolo 167 del Tuir sembra nella sua sostanza maggiormente conforme ai principi e alle libertà fondamentali della Comunità Europea. Restano comunque talune criticità che possono essere corrette o quantomeno limitate, in particolar modo per quanto riguarda l'onere probatorio posto a carico del contribuente.

### ***3.3.3. I principi costituzionali e la disciplina italiana sulle CFC.***

Come è già stato evidenziato più volte, la disciplina italiana in tema di CFC, prevedendo un regime di tassazione per trasparenza che colpisce un soggetto residente sui redditi prodotti da una società estera da esso controllata, deroga alle ordinarie regole sulla tassazione del reddito d'impresa. Nel fare ciò, la tassazione va di fatto a colpire un soggetto che non ha generato quel reddito e che, salvo un'eventuale distribuzione, non ne è ancora entrato in possesso.

Tale situazione ci induce a riflettere sulla compatibilità della norma con il principio di capacità contributiva disposto dall'articolo 53 della Costituzione<sup>231</sup>. La capacità contributiva si configura come capacità economica del soggetto, ovvero come sua attitudine a porre in essere un fatto che esprime forza economica<sup>232</sup>. Questa forza va valutata sotto il duplice profilo della effettività e della attualità.

Il principio di capacità contributiva rappresenta un limite per il legislatore nel determinare il presupposto d'imposta. La sua funzione principale è quella di garantire al contribuente che non ci sia una tassazione ingiusta. Tale ingiustizia va valutata sia per quanto attiene l'oggetto della tassazione (il reddito, il patrimonio, ecc.) sia per quanto attiene il soggetto che la medesima va a colpire.

---

<sup>231</sup> Cfr. F. Moschetti, *Il Principio della capacità contributiva*, Padova, 1973; G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, 2010.

<sup>232</sup> Cfr. F. Tesaro, *Istituzioni di diritto Tributario – Parte Generale*, Milano, UTET, 2011.



Orbene, per quanto concerne la disciplina sulle CFC è evidente la presenza di una “ingiustizia” intesa come mancanza di capacità contributiva da parte del soggetto che viene colpito dalla disposizione in parola. Tale effetto per altro, come già evidenziato, non è un *unicum* nel panorama tributario italiano, ma trova i suoi effetti anche nel caso delle società di persone e delle società di capitali a ristretta base azionaria i cui redditi, al pari della normativa sulle CFC, subiscono una traslazione immediata in capo al soggetto che ne detiene le quote o partecipazioni<sup>233</sup>.

Per quanto concerne le ultime due, tuttavia, la mancanza di capacità contributiva in capo al soggetto che subisce la tassazione trova una sua giustificazione nello stretto legame che vige tra partecipato e partecipante, tale da rendere il reddito prodotto dal primo nella immediata disponibilità del secondo. Tale linea interpretativa, per quanto riguarda la disciplina CFC, non trova assolutamente riscontro, giacché fino al momento in cui non si sostanzia la distribuzione dell’utile della controllata estera, tale reddito non può dirsi, né tantomeno presumersi, nella disponibilità della controllante domestica<sup>234</sup>.

Pur tuttavia, abbiamo già visto come il legislatore adotti questa soluzione, seppur in modo “improprio”, per ovviare ad una situazione patologica del sistema fiscale. Altrimenti detto, lo strumento della tassazione per trasparenza viene utilizzato per scongiurare che, tramite l’utilizzo di strutture puramente artificiali, il soggetto domestico possa distrarre parte dei propri redditi, evitando così la tassazione nel territorio dello Stato.

Tale ragion giustificatrice, in linea con la *ratio* antielusiva della disposizione, sembra in qualche modo sopperire all’eventuale rischio di contrasto con il principio costituzionale di capacità contributiva. Principio che, al pari di quanto avviene per le società di persone e di capitali a ristretta base azionaria, viene in qualche modo “scavalcato” dal fine più alto della protezione del sistema tributario domestico, con lo scopo di combattere, appunto, situazioni di delocalizzazione non genuina dell’attività economica.

A tal proposito, è opportuno evidenziare in questa sede come la norma, nel corso della sua evoluzione, abbia assunto profili di potenziale incostituzionalità. Il riferimento va a quelle modifiche introdotte dal decreto legge n. 78 del 2009 che avevano ridotto il campo di

---

<sup>233</sup> Sulla tassazione per trasparenza si rimanda a quanto già trattato nel paragrafo 2.1 del secondo capitolo relativo all’evoluzione normativa della disciplina italiana sulle CFC.

<sup>234</sup> Cfr. G. Ingraò, *La riforma dell’IRES e la legislazione sulle Controlled Foreign Companies*, in M. BEGHIN (a cura di), *Saggi sulla riforma dell’Ires, dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Milano, p. 268 e ss.

applicazione delle circostanze esimenti, limitandone di fatto l'utilizzo a quei soggetti che controllavano società generatrici di redditi prevalentemente provenienti da *passive income*<sup>235</sup>.

Ulteriormente, il legislatore aveva disposto come la prova dello svolgimento di un'effettiva attività economica (disposta dal comma 5, lettera a) dell'articolo 167 Tuir) andasse dimostrata sotto una stretta correlazione con il mercato dello Stato di insediamento del soggetto estero, negandone di fatto l'utilizzo a quei soggetti controllanti società estere che non operavano con il mercato locale. Tali limitazioni avevano come diretta conseguenza quella di attrarre a tassazione, mediante il meccanismo della trasparenza, redditi effettivamente generati da soggetti esteri, in capo a soggetti italiani, sulla base di mere supposizioni.

La novella disciplina, emanata con il decreto legge n. 142 del 2018 e in vigore a decorrere dal primo gennaio 2019, sembra aver superato le predette criticità, ricollocando gli effetti della norma all'interno di un contesto antielusivo, senza aggravare eccessivamente la posizione del soggetto domestico che intenda dimostrare la "non artificiosità" della struttura estera controllata.

---

<sup>235</sup> Sul punto si veda quanto già trattato nel corso del secondo capitolo, in particolar modo al paragrafo 3.3. E' utile qui ricordare che la prima delle due esimenti ai sensi del comma 5, lett. a) articolo 167 Tuir disponeva che il soggetto doveva dimostrare "lo svolgimento di un'effettiva attività industriale o commerciale nel mercato dello Stato o del territorio di insediamento".

## *Conclusioni*

Nel corso del presente elaborato è stato evidenziato come la naturale tendenza degli operatori economici all'internazionalizzazione, intesa come ricerca di mercati esteri su cui sviluppare la propria attività, sia un fenomeno di grande portata e rilevanza nell'attuale contesto economico.

Se osservato da una prospettiva meramente nazionale, questo fenomeno ha portato le imprese domestiche ad espandere la propria attività oltre confine, attuando talvolta delle semplici operazioni commerciali con soggetti esteri, talvolta operando delle vere e proprie strategie di delocalizzazione dell'attività economica.

Tali dinamiche, peraltro, si inseriscono all'interno di una logica di risparmio di costo che trova nell'internazionalizzazione dei mercati una delle maggiori opportunità in termini commerciali, finanziari e, talvolta, tributari. Sotto questo punto di vista, risulta evidente come l'operatore economico sia portato ad attuare, nei limiti di quanto concesso dalla legge, pratiche di pianificazione fiscale basate su scala internazionale, volte cioè a sfruttare quelle asimmetrie e quelle discrepanze presenti tra i regimi impositivi dei vari Stati.

Questa tendenza degli operatori si contrappone, inevitabilmente, al timore del singolo legislatore nazionale che vede nei fenomeni suindicati una seria minaccia per la fuoriuscita di gettito tributario dalle casse pubbliche.

La delocalizzazione, tuttavia, in quanto fenomeno economico figlio di un sistema improntato sulla libera concorrenza, è un "fatto naturale", una tendenza lecitamente operabile da parte di ciascun soggetto passivo domestico che, per queste ragioni, non dovrebbe subire limitazione alcuna da parte dello Stato di provenienza. In ogni caso, è opportuno operare una netta distinzione tra delocalizzazione genuina e delocalizzazione non genuina. La prima descrive uno spostamento di capitali lecito, effettivo e riscontrabile, la seconda invece si sostanzia nello stabilimento di strutture artificiali, giuridicamente esistenti ma sostanzialmente prive di consistenza.

È in questa seconda dinamica che il legislatore, con il condivisibile fine di porre rimedio a quelle situazioni elusive che ne ledono l'autorità impositiva, interviene in modo forte e deciso tramite una serie di strumenti giuridici volti a contrastare fenomeni di delocalizzazione non genuina, finalizzati cioè alla sola distrazione di redditi in favore di Stati o territori che presentano regimi fiscali più accomodanti per il soggetto economico.

Su tutti, nel corso dell'elaborato si è fatto cenno ad alcuni tra i principali strumenti legislativi che operano in questo contesto e coadiuvano il compito dell'amministrazione finanziaria nel proteggere le casse erariali da un eventuale tentativo di sottrarvi materia imponibile. Da un lato, la definizione stessa di residenza fiscale che, operando una serie di presunzioni legali, mira ad evitare che il soggetto cerchi di spostare fittiziamente la propria residenza presso un altro Stato, pur mantenendo l'operatività all'interno dei confini nazionali, "vestendosi" da soggetto estero. Ulteriormente, il legislatore ha visto quale potenziale minaccia la presenza di gruppi di imprese sviluppate su scala internazionale che, tramite la messa a punto di operazioni infragrupo, potrebbero essere indotte a sfruttare le differenze dei sistemi tributari per sottrarre materia imponibile da uno Stato in favore di un altro, fiscalmente più permissivo. Tale rischiosità viene contrastata con la disciplina del *transfer pricing* che, come abbiamo visto, impone al soggetto domestico di rivalutare le operazioni effettuate nei confronti di società connesse al prezzo di mercato. Infine, il legislatore ha previsto un'apposita disciplina per le società estere controllate da soggetti residenti in Italia, le c.d. *controlled foreign companies*, su cui il presente lavoro si è soffermato.

La disciplina nazionale sulle CFC, introdotta con la legge 21 novembre 2000 n. 342, prevede sin dall'origine l'imputazione per trasparenza del reddito prodotto dall'entità estera, localizzata in un paese a fiscalità privilegiata, in capo al soggetto domestico controllante. L'utilizzo dello strumento della tassazione per trasparenza era quanto mai insolito, nonché utilizzato in misura difforme rispetto alla medesima disciplina disposta per le società di persone e le società a ristretta base azionaria. A questo, il legislatore aveva affiancato la possibilità per il contribuente, al ricorrere di specifici requisiti, di svincolarsi dalla disciplina presentando un'apposita istanza di interpello (originariamente posta come *conditio sine qua*) e dimostrando una circostanza esimente legata allo svolgimento di un'effettiva attività industriale o commerciale da parte del soggetto estero.

La finalità della norma era in origine duplice. Da un lato essa mirava ad essere disposizione antielusiva, di contrasto cioè a quelle costruzioni "abusive" che avevano come solo fine quello di distrarre i redditi dal paese di stabilimento della controllante. Dall'altro, essa aveva, originariamente, lo scopo di porre rimedio a quelle pratiche di *tax deferral*, ovvero di differimento del momento distributivo nel territorio nazionale di quei redditi prodotti dalla controllata estera e mai traslati sul soggetto domestico controllante.

Nonostante la recente introduzione, abbiamo osservato come la disciplina nazionale sia stata oggetto di una serie di modifiche di ampia portata nel corso degli anni, che ne hanno snaturato i contenuti nonché la *ratio* stessa.

Da ultimo è intervenuto il legislatore comunitario che ha disposto, tramite la direttiva c.d. ATAD, una serie di misure di lotta ai fenomeni di erosione della base imponibile negli Stati membri e di spostamento dei redditi verso Paesi a fiscalità vantaggiosa, volte a favorire un'integrazione del panorama legislativo fiscale europeo. Il Consiglio UE si è premurato in tal senso di fornire delle indicazioni tramite il meccanismo del c.d. *minimum standard*, ponendosi cioè nei confronti degli Stati membri come base di partenza su cui strutturare una disciplina specifica, la cui rigidità veniva comunque lasciata all'arbitrio del singolo Stato.

Nel recepire tale provvedimento, il legislatore italiano ha approvato, nel novembre del 2018, il decreto legislativo n. 147, che ha ulteriormente riformulato l'articolo 167 del Tuir, in conformità con quanto disposto dalla direttiva UE. Tale intervento ha sostanzialmente ridefinito i contorni della disciplina nazionale, andando a riorganizzare la norma nel suo insieme, rendendola omogenea, ordinata e maggiormente lineare. In particolare, la norma ha eliminato la dicotomia precedentemente inserita, prevedendo un presupposto applicativo valido *erga omnes*, legato cioè al livello di tassazione subito dalla controllata e alla natura dei redditi da questa prodotti. Inoltre, il legislatore si è premurato di disporre una circostanza esimente unica, legata esclusivamente allo svolgimento di un'effettiva attività economica, abbandonando tutte le cause di esclusione previste dallo schema precedente. Per contro, il legislatore non ha ritenuto opportuno un intervento sull'onere probatorio posto a carico del contribuente, giudicandolo, evidentemente, necessario e non sostituibile da meccanismi di diversa natura, meno gravosi per il soggetto passivo.

Tale disciplina, vista la rilevanza sovranazionale, non può esimersi da una valutazione effettuata sotto la lente del diritto comunitario e, segnatamente, di quelle libertà fondamentali disposte dal Trattato di Roma che fungono da limite negativo per il legislatore nazionale, ancorché in una materia come quella dell'imposizione diretta lasciata alla potestà impositiva dei singoli Stati.

Specificatamente, le libertà che una norma sulle CFC impone di approfondire sono: quella di circolazione dei capitali, quella di stabilimento e, susseguentemente, il principio di proporzionalità.

Le prime due libertà trovano una sostanziale sovrapposizione in termini giuridici se calate nel contesto di fenomeni di delocalizzazione delle attività economiche. Entrambe infatti proteggono il cittadino comunitario dalla facoltà di muovere i propri capitali (*ergo* di stabilire un'attività economica) all'interno dell'Unione, ove egli lo ritenga più opportuno, senza che il paese di provenienza possa in qualche modo impedire tale pratica. Sostanzialmente, il soggetto economico è munito di una sorta di lasciাপassare che, limitatamente alla libertà di circolazione

dei capitali, può essere esteso altresì ai rapporti con Paesi terzi rispetto all'Unione, fornendo così una libertà di investimento e, quindi, di stabilimento, globalmente spendibile. Pur tuttavia, tali libertà, che si pongono come limite nei confronti del legislatore nazionale, subiscono una deroga nel momento in cui una loro pedissequa applicazione vada a contrastare con motivi imperativi di interesse pubblico. Secondo la Corte di Giustizia Europea, la lotta all'elusione fiscale è uno tra i motivi anzidetti e, pertanto, può portare a limitare l'applicazione delle due libertà suesposte, legate allo stabilimento di un soggetto economico. Ulteriormente, la Corte stabilisce che detta limitazione, specificatamente al caso di una disciplina CFC, possa essere operata ma nei limiti disposti dal principio di proporzionalità, ovvero, senza eccedere quanto necessario per raggiungere la finalità che la norma persegue.

La nuova formulazione della disciplina italiana, così come disposta dal decreto legislativo n. 147 del 2018, risulta sostanzialmente in linea con quanto disposto dal diritto UE, giacché essa, con l'apposita previsione di un'unica circostanza disapplicativa volta a salvaguardare tutte le entità estere che non presentano i caratteri dell'artificiosità, sembra conformarsi alla linea proveniente dalla Corte da una parte, e dal legislatore europeo dall'altra.

Non sembrano inoltre profilarsi eventuali dubbi di incostituzionalità generati dal principio di capacità contributiva, poiché la mancata corrispondenza tra soggetto tassato e soggetto percettore del reddito, sembra ora giustificata da una *ratio* più nitida e dai contorni ben definiti, che vede così nella lotta all'elusione il suo scopo principale.

Restano tuttavia presenti talune incongruenze relativamente all'onere probatorio posto a carico del contribuente che potrebbero confliggere con il già richiamato principio di proporzionalità. La portata in termini di adempimenti e di raccolta documentale che grava sul soggetto domestico è infatti tale da mettere in discussione il bilanciamento tra finalità della norma e diritti del contribuente. Se da un lato non può che essere vista con favore la non obbligatorietà di presentazione dell'interpello preventivo, disposta a partire dalla Riforma del 2015, dall'altro è indubbio come il soggetto sia comunque chiamato a dimostrare la non artificiosità della struttura estera, quantomeno in sede accertativa.

Tale conformazione peraltro si scontra, a nostro parere, con la crescente collaborazione internazionale posta in essere tra le amministrazioni fiscali, fattore che dovrebbe garantire agli uffici tributari domestici un maggior grado di incisività in termini di controllo e, conseguentemente, una minor necessità di confronto con gli operatori economici privati. Tale linea è stata peraltro abbracciata dalla stessa Corte di Giustizia Europea che, con la recente sentenza nella causa C-135/17, ha avuto modo di affermare che <<la presenza di un tale

*obbligo* (di produzione di elementi atti a dimostrare le ragioni commerciali della delocalizzazione) *dev'essere valutata in funzione della disponibilità di misure amministrative e regolamentari che consentano, se del caso, un controllo della veridicità di siffatti elementi*>>, ovvero, delle informazioni fornite dal contribuente.

Per gli altri aspetti, la norma sembra essere rientrata nei binari della *ratio* anti elusiva da cui era sorta, andando cioè a colpire esclusivamente quelle strutture non genuine che si pongono quale mero schermo societario, centri di imputazione reddituale aventi il solo ed esclusivo fine di garantire un risparmio fiscale, appunto, indebito.

A tal proposito è opportuno comunque sottolineare come la garanzia prevista dalla circostanza esimente, posta quale clausola di salvaguardia per il soggetto domestico, presenti un raggio applicativo che non sembra ricomprendere tutte le strutture societarie presenti nello scenario economico moderno. Risulta infatti evidente come una previsione generica di presunzione di artificiosità della struttura estera, congiuntamente all'ammissibilità di una disapplicazione normativa connessa alla presenza fisica nello Stato di insediamento, debba trovare maggior specificità in relazione a quelle crescenti casistiche "residuali" di attività economiche che, ancorché effettive, rischiano di non superare la soglia prevista dal legislatore (su tutte, si pensi al caso delle *holding statiche* di cui si è parlato).

Si intende dire che la norma, seppur nel perimetro di una conformazione ora chiara e allineata al diritto comunitario e alle conseguenti interpretazioni giurisprudenziali, debba ancora in qualche modo essere calata in misura più efficace su quelle realtà che rischiano, in virtù di un'interpretazione letterale, di trovarsi intrappolate in una disciplina che, a rigor di logica, non dovrebbe trovare attuazione. Si tratta cioè di trovare un bilanciamento raffinato tra la necessità da parte dello Stato di adottare una presunzione che miri a scovare quelle strutture artificiali, e l'accortezza di garantire al contribuente una disposizione equa e non discriminante.

In conclusione, la normativa italiana sulle *controlled foreign companies*, così come formulata dal testo vigente, assume caratteri maggiormente condivisibili e, sostanzialmente, allineati rispetto al diritto comunitario. Ciò non toglie, tuttavia, che la norma debba e possa ulteriormente essere perfezionata e corretta sotto il profilo procedimentale e, particolarmente, in relazione all'onere probatorio posto a carico del contribuente.

Nella sostanza, la disciplina risponde ora all'intento antielusivo originariamente prefissato e, successivamente, convalidato dalle interpretazioni della Corte di Giustizia UE, quello cioè di strumento giuridico volto ad annullare gli effetti negativi per l'erario derivanti dalla costruzione di strutture puramente artificiali localizzate in Stati esteri a fiscalità privilegiata. Resta ora nelle

mani dell'interprete una corretta applicazione della disciplina, anche nella prospettiva di limare le eventuali storture che una interpretazione letterale potrebbe ancora oggi provocare.



## BIBLIOGRAFIA

### Dottrina

ALBANO G., *Stabile organizzazione nel raggio d'azione – La stretta fiscale contro l'elusione*, in *I focus del Sole* inserto de *Il sole 24 ore*, 30 gennaio 2019.

ALONZO P., PALLARIA G. e COMMITTERI G., *Transfer pricing e paradisi fiscali*, 2013, IPSOA, Milano.

AMATUCCI F., *Principi e nozioni di diritto tributario – II<sup>a</sup> parte*, Torino, 2011.

ANGELINI A. e ERARIO A., *Cfc: profili interpretativi e applicativi alla luce delle recenti modifiche normative, compatibilità rispetto al diritto comunitario ed internazionale*, in *Fisc. E Comm. Int.*, 6/2018, pag. 5 e ss.

ANTONACCHIO F., *Le criticità connesse all'estensione del regime cfc alle controllate fuori dalla black list*, in *il Fisco*, 2010, pag. 7478 ss.

BAGAROTTO E. M., *La disciplina in materia di controlled foreign companies alla luce delle modifiche apportate dalla legge di stabilità 2016 e nell'attesa dell'attuazione della "direttiva anti-beps"*, in *Dir. Prat. Trib.*, 3/2017.

BALLACIN A. e BIZIOLI G., *L'abuso del diritto tributario: profili internazionali ed europei*, in SACCHETTO C. (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, Giappichelli editore, 2011

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

BALLANCIN A., *Osservazioni a margine di una sentenza di merito in tema di incompatibilità della disciplina CFC con le Convenzioni internazionali contro le doppie*

*imposizioni. Ulteriori riflessioni sul rapporto tra la novellata normativa CFC e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. trib.*, n. 3/2010.

BARGAGLI M., *La CFC rule si adegua alla direttiva anti-elusione*, in *Fiscalità e commercio internazionale*, 12/2018, pag. 15 e ss.

BEGHIN M., *Diritto Tributario per l'università e per la preparazione all'esercizio delle professioni economico-giuridiche*, Padova, CEDAM, 2017.

BEGHIN M., *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, Padova, CEDAM, 2013.

BEGHIN M., *La sentenza Cadbury Schweppes e il "malleabile" principio di libertà di stabilimento*, in *Rass. Trib.*, 2007, pag. 983 ss.

BEGHIN M., *Note minime a proposito dell'interpello obbligatorio nella disciplina del c.d. "consolidato mondiale"*, in *Boll. Trib.*, pag. 1285 ss., 18/2009.

BELLUZZO L. e LO PRESTI E., *Le black e white lists italiane: un quadro di sintesi*, in *il Fisco*, 2002, pag. 4672 ss.

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

BIZIOLI G., *Taking EU fundamental freedoms seriously: does the anti-tax avoidance directive take precedence over the single market?*, in *EC tax review*, 3/2017.

BONARELLI P., *Lo scambio automatico di informazioni: il nuovo scenario internazionale*, in *Fisc. Comm. Int.*, 2016, pag. 30 ss.

BORIA P., *Diritto tributario europeo*, Milano, Giuffrè Editore, 2017.

BRUNO E. - VALENTE A. *Il principio di non discriminazione e il divieto di restrizioni fiscali*, in A. DRAGONETTI, A. SFONDRINI, V. PIACENTINI (a cura di) *Manuale di fiscalità internazionale*, IPSOA, 2016.

CAMPOBASSO G. F., *Diritto Commerciale Vol. 2: Diritto delle società*, 2015, UTET Giuridica.

CAPOLUPO S., *Presupposti soggettivi della normativa sulle controlled foreign companies*, in *il Fisco*, n.7, pag. 917 ss., 2002.

CARPENTIERI L., *Commento all'art. 168 Tuir*, in A. FANTOZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi tributarie*, 2011, Padova.

CATARRASO C. - CHINELLATO G., *Esterovestizione e sanzionabilità penale in L'esterovestizione: profili fiscali domestici ed internazionali e i profili penali*, a cura della *Commissione fiscalità internazionale e diritto comunitario dell'O.D.C.E.C. di Roma*, Giuffrè editore, 2016.

CORDEIRO GUERRA R., *Imprese estere controllate e collegate*, in F. Tesauro (a cura di), *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, Bologna, Zanichelli, 2007.

CORDEIRO GUERRA R., *Riflessioni critiche e spunti sistematici sulla introducenda disciplina sulle Controlled Foreign Companies (art. 127-bis del Tuir)*, in *Rassegna Tributaria*, 5/2000, pag. 1399.

DACCÒ A., *Le partecipazioni dei soci di soci*, in MARCO CIAN (a cura di), *Diritto commerciale vol. II*, Torino, 2013, pag. 585.

DELLA VALLE E., *La normativa CFC è compatibile con il diritto UE e con i trattati contro le doppie imposizioni – la normativa CFC al “test” della Suprema Corte*, in *G.T.* 4, 2016, pag. 297 ss.

DEMATTE' C., *La concorrenza montante dei paesi a basso costo*, in *Economia & Management*, 1/2003, pag. 5 e ss.

DEZZANI L. - GAZZO M., *Cfc legislation: luci ed ombre della nuova proposta legislativa*, in *il Fisco*, pag. 11528 ss., 38/2000.

DI PIETRO A. - TASSANI T., *I principi europei del diritto tributario*, Padova, CEDAM, 2014

DOMINICI R., *Considerazioni sul regime delle Cfc*, in *Corriere Tributario*, n. 38/2003 pag. 3125 e ss.

DORIGO S., *Il ruolo del diritto dell'Unione Europea*, in CORDEIRO GUERRA R. (a cura di), *Diritto Tributario Internazionale – Istituzioni*, Padova, 2012, CEDAM

DRAGONETTI A. - PIACENTINI V. - SFONDRINI A., *Manuale di fiscalità internazionale*, Milano, IPSOA, 2010.

FALSITTA G., *L'interpretazione antielusiva della norma tributaria come clausola generale immanente al sistema e direttamente ricavabile dai principi costituzionali*, in *Corr. Giur.*, 2009, pag. 293 e ss.

FALSITTA G., *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, CEDAM, 2010.

FERRONI B., *Stabilite le nuove linee guida per il transfer pricing*, in *il Fisco*, 2018, pag. 2449.

GAFFURI A. M., *La tassazione dei redditi d'impresa prodotti all'estero*, Milano, Giuffrè editore, 2008.

GALGANO F., *Trattato di Diritto Civile*, 2014.

GARBARINO C. e BONARELLI P., *Misure di contrasto ai “regimi fiscali privilegiati”*: la nuova normativa cfc, in *Fiscalità e commercio internazionale*, 2016, pag. 17 ss.

GARBARINO C., *Manuale di Tassazione Internazionale*, Milano, IPSOA, 2008.

GASPARRI T., *Il nuovo regime di branch exemption per le stabili organizzazioni all'estero*, in *il Fisco*, 2015, p. 2448.

GERMANI A., *Exit tax senza sospensione per la società che lascia l'Italia*, in "Il focus del Sole", inserto de *Il sole 24 ore*, 30 gennaio 2019, p. 12.

GIOVANNINI A., *L'interpello preventivo dell'Agenzia delle Entrate (C.F.C. e Statuto dei diritti del contribuente)*, in *Rass. Trib.* 2, 2002, pag. 449 ss.

GROPPI T. - SIMONCINI A., *Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti*, Torino, Giappichelli editore, 2012.

INGRAO G., *La riforma dell'IRES e la legislazione sulle Controlled Foreign Companies*, in M. BEGHIN (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'Ires, dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Milano, p. 268, 2008.

KLEIN N., *No Logo*, Baldini & Castoldi, Milano, 2000.

LUPI R., *Principi generali in tema di CFC e radicamento territoriale delle imprese*, in *Rassegna Tributaria*, 6/2000.

MAISTO G., *Il metodo delle liste positive (white list) e negative (black list) ai fini dell'imposizione nei rapporti con Stati aventi regime fiscale privilegiato*, in BEGHIN M. (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'IRES. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Milano, Giuffrè editore, 2008, pag. 311 e ss.

MAISTO G., *L'estensione della normativa CFC alle imprese estere collegate*, in *Rivista Diritto Tributario*, 2005, p. 241.

MARINO G., *La nozione di mercato nella disciplina CFC: verso una probatio diabolica?*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2001, pag. 1113.

MARINO G., *La residenza nel diritto tributario*, Padova, CEDAM, 1999.

MARINO G., *Osservazioni in tema di residenza nel contesto dello scambio automatico di informazioni*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2018 pag. 1 ss.

MASTROBERTI A., *Cfc legislation: incertezze applicative alla luce della riforma Ires*, in *Azienda & Fisco – Fiscalità internazionale*, 2005.

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

MASTROMATTEO A. e SANTACROCE B., *Interpelli disapplicativi a tutela differita: quale soluzione per i contenziosi pendenti?*, in *il Fisco*, 2015, pag. 3920 e ss.

MIELE L. - ROMAGNOLI V., *CFC rules più aderenti alle “best practices” internazionali*, in *Corriere Tributario*, 38/2015.

MIELE L. - SURA A. - BONTEMPO F. - FABBI T., *Regime delle Controlled Foreign Companies (CFC)* in MIELE L. - SURA A. - BONTEMPO F. - FABBI T. (a cura di) *Bilancio e Reddito d'impresa*, IPSOA manuali, Milano, 2019.

MIELE L., *L'estensione alle società collegate della disciplina Cfc*, in *Corriere Tributario*, 47/2006, pag. 3752 e ss

MOSCHETTI F., *Il Principio della capacità contributiva*, Padova, 1973.

MOSCHETTI G., *Origine storica, significato e limiti di utilizzo del place of effective management, quale criterio risolutivo nei casi di doppia residenza delle persone giuridiche*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2010, pag. 245 ss.

NASTRI M. - PIAZZA M. - VOLANTE M., *Il tramonto dell'ace e l'avvento della mini-ires: conseguenze fiscali e valutative*, in *il Fisco*, numero 19/2019, pag. 1816 e ss.

ODETTO G., *Estensione della disciplina CFC alle imprese estere collegate non residenti*, in *Pratica Fiscale e Professionale*, 43/2006, p. 15.

ODETTO G., *La corte UE mette uno stop agli abusi dei benefici delle direttive*, in Eutekne.it, 2019.

PAGANUZZI M., *La cfc legislation*, in SACCHETTO C. (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, Gappichelli editore, 2011

PANSIERI S., *L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, in FALSITTA G. (a cura di), *Manuale di diritto tributario – parte speciale*, Padova, 2012.

PAPOTTI R. - MOLINARI F., *La Disciplina Cfc Alla Prova Della Direttiva Anti-Elusione Dell'unione Europea*, in *Corriere Tributario*, 2016, pag. 2609 ss.

PATAVIGNA P., *Abuso del diritto fiscale nell'ordinamento europeo*, Torino, Giappichelli editore, 2011.

PERINI A., *Tra esterovestizione e attività di direzione e coordinamento della capogruppo: la corte di Milano scrive l'epilogo della vicenda "Dolce e Gabbana"*, in *Dir. Prat. Trib.*, pp.92 ss, 5/2017.

PERLINI L. - POLLARI N., *Luci ed ombre delle recenti disposizioni fiscali interne a portata ultraterritoriale: il nuovo art. 127-bis del tuir*, in *il Fisco*, 2/2001, p. 300.

PEZZUTO G., *Il nuovo regime in materia di cfc (controlled foreign companies)*, in *il Fisco*, 2001, pag. 1472 ss.

PIAZZA M. - DELLA CARITÀ A. - BAGGIO E., *Cfc e tassazione integrale dei dividendi esteri: breve guida al self-assessment*, in *Fiscalità e commercio internazionale*, 5/2019, pag. 40 e ss.

PIAZZA M. e MAIESE A., *L'Agenzia delle entrate spiega come verificare il 'tax rate test' per le Cfc 'non black list'*, in *Corriere Tributario*, n. 26/2011, pag. 2106.

PIAZZA M., *Le attività finanziarie generano redditi passivi*, in *I focus del Sole 24 ore*, 30 gennaio 2019.

PIAZZA M., *Partecipazione agli utili oltre il 50% per il controllo della società estera*, in *I focus del Sole 24 ore*, inserto de *Il sole 24 ore*, 2019.

PISTOLESI F., *Le istruzioni dell’Agenzia delle Entrate sulla impugnabilità delle risposte agli interpelli*, in *Riv. Dir. Trib.*, pag. 859 ss., 12/2009.

POGGIOLI M., *Appunti sul regime di tassazione per trasparenza intersocietario di cui all’art. 115 t.u.i.r.: profili funzionali, aspetti applicativi e risvolti problematici*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2006, p. 10047.

POGGIOLI M., *La “novella” nella disciplina CFC e il diritto dell’Unione Europea: armonia o conflitto?*, in *Il Commercialista Veneto*, n. 196/2010, pag. 5 ss.

RESCIGNO G. U., *Corso di diritto pubblico XVI edizione*, Bologna, Zanichelli editore, 2017, pag. 112 ss.

RICARDO D., *Principi di Economia Politica e dell’Imposta*, 1817, UTET, p.261.

ROCCATAGLIATA F., *Corso di diritto tributario internazionale*, (a cura di) V. UCKMAR, Padova, 2000.

RODANO G., *Crisi di Rappresentanza e globalizzazione dei mercati*, in *Filosofia in movimento*, 2017.

ROLLE G., *Effetti su CFC, dividendi esteri e plusvalenze della nuova nozione di ‘regimi fiscali privilegiati*, in *il fisco*, 2016.

SACCON C., *Il concetto di controllo* in U.SOSTERO, F. CERBIONI e C. SACCON (a cura di) *Bilancio consolidato: disciplina nazionale e IFRS*, 2016.

SELLA P., *Compatibilità del regime CFC con il diritto comunitario e con le convenzioni contro le doppie imposizioni*, in *Fiscalità & Commercio internazionale* 8-9, 2016, pag. 23 ss.



SELLA P., *Il punto di assonime sulle novità del regime cfc*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2017, pag. 15 ss.

SERENA A. e PAVANETTO S., *Modifiche alla disciplina CFC e alla tassazione dei dividendi e plusvalenze black list*, in *Bilancio e Reddito d'impresa*, 3/2019, p. 17 ss.

SOZZA G., *Aspetti sostanziali e processuali dell'interpello obbligatorio ex art. 127-bis del Tuir*, in *il Fisco* 22, 2002, pag. 3386 ss.

SPOLIDORO M. E., *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. Soc.* 1995, pag. 466 e ss.

STESURI A., *La riforma fiscale e la disciplina delle società estere controllate e collegate*, in *Azienda & Fisco* 19/2004, p.3 ss.

STEVANATO D., *Elusione fiscale e abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2015, p. 10695.

STEVANATO D., *Il transfer pricing tra evasione ed elusione*, in *GT – Riv. Giur. Trib.*, 2013.

STEVANATO D., *Tecniche interpretative e pretesa immanenza di una norma generale antielusiva*, in *Corriere Tributario*, 2009, pag. 403 ss.

TARIGO P., *l'interpello disapplicativo di norme antielusive nella recente riforma*, in *Rass. Trib.*, 2017, pag. 396 ss.

TESAURO F., *Istituzioni di diritto tributario I parte generale - XI<sup>a</sup> edizione*, Milano, UTET, 2015.

TRABUCCHI A., CERULLI IRELLI F., *Il regime opzionale di "branch exemption"*, in *Corriere tributario*, 2015, pag. 1610.

UCKMAR V. - CORASANITI G. - DE' CAPITANI DI VIMERCATE P. - CORRADO OLIVA C., *Manuale di Diritto Tributario Internazionale*, Padova, CEDAM, 2012.

VALENTE P. - CARDONE D. M., *Esterovestizione – profili probatori e metodi di difesa nelle verifiche*, Milano, IPSOA, 2015.

VALENTE P., *Elusione Fiscale Internazionale*, Milano, IPSOA, 2014.

VALENTE P., *I paradisi fiscali nell'era BEPS e dello scambio automatico di informazioni*, in *Fisc. e Comm. Internaz.*, 4/2016, p. 16.

VALENTE P., *Il nuovo modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni: profili di novità*, in *il Fisco*, pag. 557 ss., 6/2018.

VALENTE P., *La giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di transfer pricing*, in *il Fisco*, 2012, pag. 7062 ss.

VALENTE P., *Manuale del Transfer pricing*, Milano, IPSOA, 2018.

VALENTE P., *Transfer Pricing: le ultime novità*, IPSOA quotidiano, 2018.

VOLPI F., *Massimizzazione del profitto e motivazioni dell'imprenditore*, in *Giornale degli Economisti e Annali di Economia, Nuova Serie, Anno 24, Numero 1/2 (Gennaio-Febbraio 1965)*, pp. 66-84.

VOZZA A., *L'interpello per le controllate non residenti in paesi "black list"*, in *Corriere Tributario* n.19, p. 1525 ss., 2010.

WERNER-LOBO K. e WEISS H., *I crimini delle multinazionali*, Newton Compton, 2010.

ZANOTTI N., *Gli incerti profili dell'esterovestizione nell'attuale realtà economica internazionale*, in *Dir. Prat. Trib.*, pp. 864 ss., 2/2018.

ZIZZO G., *Clausola antielusione e capacità contributiva*, in *Rassegna Tributaria*, 2009, pag. 487 ss.

ZIZZO G., *Disposizioni Generali – La residenza* in G. Falsitta (a cura di) *Manuale di Diritto Tributario Parte Speciale, XXI edizione*, Padova, CEDAM, 2016.

### **Atti parlamentari**

Audizione di Assonime del 4 ottobre 2018 davanti all'Ufficio di Presidenza della Commissione Finanze e tesoro del Senato nell'ambito dell'esame dell'Atto del Governo n. 42 riferito allo schema di decreto legislativo recante norme contro le pratiche di elusione fiscale.

Commenti in relazione all'art. 13 del D.L. 1° luglio 2009, n. 78. Osservazioni del tavolo interassociativo ABI - ANIA - Assonime – Confindustria

Nota breve "*Il Progetto Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*", NB n. 13, Servizio del Bilancio ottobre 2015, Senato della Repubblica, XVII legislatura.

Relazione illustrativa al decreto legislativo di recepimento della direttiva ATAD 1, in attuazione della legge di delegazione europea n. 163 del 25 ottobre 2017.

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

Scheda di lettura per l'Assemblea n. 187/16 del 22 luglio 2009 "*Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini. D.L. 78/2009 – A.C. 2561-A*", a cura del Servizio Studi – Dipartimento Bilancio della Camera dei Deputati.

## **Normativa di riferimento**

Legge numero 342 del 21 novembre 2000.

Decreto Ministeriale del 21 novembre 2001, pubblicato in Gazzetta ufficiale n. 273 del 23 novembre 2001.

Decreto Ministeriale 21 novembre 2001, n. 429, pubblicato in Gazz. Uff. 12 dicembre 2001 n. 288.

Decreto Legislativo n. 344 del 12 dicembre 2003.

Decreto Legge n. 78 del 1 luglio 2009.

Decreto Legislativo n. 147 del 14 settembre 2015.

Legge numero 208 del 28 dicembre 2015.

Direttiva UE 2016/1164 del 12 luglio 2016 del Consiglio dell'Unione Europea *recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno.*

Decreto Legislativo n. 142 del 29 novembre 2018.

## **Giurisprudenza**

Commissione tributaria provinciale di Bergamo, Sez. I, sentenza 12 novembre 2009, n. 170;

Corte di Cassazione, sezione V, tramite la sentenza n. 25281 del 16 dicembre 2015;

Corte di Giustizia UE, caso Gilly, causa C-336/96 del 12 maggio 1996;

Corte di Giustizia UE, sentenza Avoir fiscal, causa C-270/83 del 28 gennaio 1986;

Corte di Giustizia UE, sentenza Baars, causa C-251/98 del 13 aprile 2000;

Corte di Giustizia UE, sentenza Cadbury Schweppes, provvedimento C-196/04, 12 settembre 2006;

Corte di Giustizia UE, sentenza Centros, causa C-212/97 del 9 marzo 1999;

Corte di Giustizia UE, sentenza Dassonville causa C-8/74, in Racc. p. I-837 del 11 luglio 1974;

Corte di Giustizia UE, sentenza della Corte (Grande Sezione) sulla causa C-135/17 del 26 febbraio 2019;

Corte di Giustizia UE, sentenza Inspire Act, causa C-167/01 del 30 settembre 2003;

Corte di Giustizia UE, sentenza Klopp n. 107/83 del 12 luglio 1984;

Corte di Giustizia UE, sentenza Lankhorst-Hohorst, causa C-324/00 del 12 dicembre 2002;

Corte di Giustizia UE, sentenza Schumacker, causa C-279/93 del 14 febbraio 1995;

Corte di Giustizia UE, sentenze ICI, causa C-264/96 del 16 luglio 1998;

Corte di Giustizia UE, sentenze Klockner – Werke AG e Hoesch AG, sentenze del 13/07/1963, cause riunite C-17/61 e C-20/61.

## **Prassi**

Agenzia delle Entrate, Circolare 28/E del 4 agosto 2006

Agenzia delle Entrate, Circolare 35/E del 4 agosto 2016

Agenzia delle Entrate, Circolare n. 18/E del 12 febbraio 2002

Agenzia delle Entrate, Circolare n. 23/E del 26 maggio 2011

Agenzia delle Entrate, Circolare n. 23/E del 26 maggio 2011

Agenzia delle Entrate, Circolare n. 23/E del 26 maggio 2011, *Ulteriori chiarimenti in materia di Controlled Foreign Companies (CFC)*.

Agenzia delle Entrate, Circolare n. 51/E del 6 settembre 2010

Agenzia delle Entrate, Circolare n. 7/E del 29 marzo 2013

Agenzia delle Entrate, Provvedimento n. 108954/2018 del 30 maggio 2018.

Agenzia delle Entrate, Provvedimento n. 143239 del 19 settembre 2016

Agenzia delle Entrate, Risoluzione 63/E del 28/03/2007 (Istanza di Interpello) –Guardia di finanza, circolare n. 1/2008.

Agenzia delle Entrate, Risoluzione n. 112/E del 11 agosto 2017

Agenzia delle Entrate, Risoluzione n. 69/E del 5 agosto 2016

### **Altra documentazione**

AIDC, Denuncia n°12 – *Illegittimità comunitaria del regime fiscale sulle controlled foreign companies (CFC rules) applicato a società ed enti con sede in altro stato comunitario come previsto dall'art. 167, commi 8-bis e 8-ter, del D.P.R. n.917/1986*” originariamente presentata alla Commissione Europea il 16 marzo 2016. A cura di: A. Savonarola e M. Piazza. Componenti commissione: Antonini Dott. Gianfranco, Centore Prof. Avv. Paolo, Holzmilller Dott. Giuseppe, Piazza Prof. Dott. Marco, Poggi Longostrevi Dott. Stefano, Santacroce Prof. Avv. Benedetto, Vismara Prof. Avv. Fabrizio. Esperti coinvolti: Bozzi Avv. Aldo, Capelli Prof. Avv. Fausto, Falsitta Prof. Avv. Gaspare, Marzorati Dott. Guido, Rizzardi Dott. Raffaele, Roscini Vitali Rag. Franco.

AIDC, *Integrazione denuncia n. 12 - fiscalità diretta del 16 marzo 2016 chap (2016) 01234 illegittimità comunitaria del regime fiscale sulle controlled foreign companies (“cfc rules”) come previsto dall'art. 167 d.p.r. n.917/1986*, del 26 Settembre 2018.

ASSONIME, circolare numero 17 del 28 giugno 2017, *“Redditi 2017-SC – IRAP 2017”*, a cura di MICOSSI D.

Commissione fiscalità internazionale e diritto comunitario dell'ODCEC di Roma, Studio n.3 *L'esterovestizione, i profili fiscali domestici ed internazionali e i profili penali*, Roma, 2016.

OCSE, Harmful Tax Competition. An emerging global issue, Parigi, 1998.

OECD (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>

OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013. <https://www.oecd.org/tax/beps/>.

OECD, *The OECD's Project on Harmful Tax Practices: the 2001 Progress Report*, Parigi, 2001.

OECD, *Towards Global Tax Co-operation. Report to the 2000 Ministerial Council Meeting and Recommendations by the Committee on Fiscal Affairs. Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices*, Parigi, 2000-

OECD, *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*, Action 13, OECD Report, 2012.

OECD, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and Tax Administrations* emanate nel 2017.

Tassazione delle società, *Scheda Paese Regno Unito*, rivista BIG SUITE IPSOA.

Convenzione tra la Repubblica Italiana e la Repubblica Federale di Germania per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio e prevenire le evasioni fiscali, Bonn, 19 ottobre 1989.

Commissione CE, *Verso il coordinamento fiscale nell'Unione europea. Un pacchetto di misure volte a contrastare la concorrenza fiscale dannosa*. COM(97) 495 del 01 ottobre 1997. Comunicazione della Commissione al Consiglio ed al Parlamento europeo.

Commissione Europea, Raccomandazione (2012/772/UE) del 6 dicembre 2012 - "Raccomandazione della commissione sulla pianificazione fiscale aggressiva".

Consiglio dell'Unione Europea, Risoluzione 2010/C 156/01 del 8 giugno 2010 "sul coordinamento delle norme sulle società estere controllate (SEC) e sulla sottocapitalizzazione nell'Unione europea".

