



UNIVERSITÀ COMMERCIALE “LUIGI BOCCONI”
SCUOLA SUPERIORE UNIVERSITARIA
Corso di Laurea Magistrale in Economia e Legislazione
per l’Impresa

L’evoluzione della disciplina italiana in materia di società
controllate estere tra crisi dei criteri di collegamento
territoriale, Progetto BEPS e Direttiva ATAD

Relatore:
Prof.ssa **STEFANIA BOFFANO**

Tesi di Laurea Magistrale di:
MATTEO STURLA
matricola n. 1771278

Anno Accademico 2018-2019

Εἰς ἑαυτόν

ABSTRACT

Il presente lavoro tratta dell'evoluzione paradigmatica che ha caratterizzato le *Controlled Foreign Company legislations* nel contesto internazionale e, di riflesso, in Italia, riservando particolare attenzione alla *ratio* e alle istanze di natura economica perseguite dai legislatori nelle diverse occasioni in cui abbiano ritenuto opportuno ricorrere a questo istituto. Nel dettaglio, la relazione è suddivisa in quattro sezioni fondamentali. Nella prima, si analizzano i criteri di collegamento su cui si fondano le pretese impositive degli Stati allo scopo di dimostrare, anche analiticamente, quali siano gli elementi di vulnerabilità dei sistemi fiscali che determinano l'urgenza di introdurre una disciplina in materia di società controllate estere. Segnatamente, si esaminano gli elementi che possono caratterizzare in astratto una CFC *rule* e i diversi obiettivi di politica fiscale che uno Stato potrebbe perseguire tramite la stessa. Nella seconda, si opera la ricostruzione della disciplina italiana dedicata alle società controllate estere, dalla sua introduzione nell'ordinamento (Legge n. 342/2000) fino alla Legge di Stabilità per il 2016 (Legge n. 208/2015), dalla quale emerge l'influenza sulla *ratio* della norma delle istanze provenienti dal dibattito internazionale in materia di contrasto ai regimi fiscali privilegiati. La terza parte si focalizza sulla dimensione europea del diritto tributario, soffermandosi in modo particolare sulle disposizioni in materia di CFC disegnate dalla Direttiva 1164/2016/UE (ATAD) e sul significato da esse assunto alla luce della giurisprudenza comunitaria. La quarta sezione, infine, è dedicata all'analisi e al commento delle disposizioni vigenti, contenute nel Decreto Legislativo n. 142/2018 di attuazione della Direttiva ATAD, nonché al loro coordinamento con altri istituti dell'ordinamento, quali il regime opzionale della *branch exemption*, il trattamento fiscale degli OICR e la presunzione di esterovestizione.

INDICE

<i>Introduzione</i>	V
---------------------------	---

CAPITOLO I

LA DISCIPLINA DELLE CONTROLLED FOREIGN COMPANIES NEL CONTESTO DEL DIRITTO TRIBUTARIO INTERNAZIONALE

1. Potestà impositiva e criteri di localizzazione del reddito	1
2. Neutralità fiscale: un'analisi giuridico-economica	4
2.1. <i>Capital Export Neutrality</i> (CEN)	5
2.2. <i>Capital Import Neutrality</i> (CIN)	6
2.3. Neutralità fiscale e CFC <i>legislations</i>	7
3. Il ruolo dei paesi a fiscalità privilegiata nelle strategie di pianificazione fiscale internazionale	10
3.1. Paradisi fiscali e rifugi fiscali.....	10
3.2. Paradisi fiscali e regimi fiscali preferenziali.....	11
3.3. BEPS <i>Action 5</i> e Modello OCSE: i principi di sostanza e trasparenza nel contrasto ai regimi fiscali preferenziali dannosi	13
4. Caratteristiche comuni delle CFC <i>legislations</i>	17
4.1. Definizione e ambito soggettivo	18
4.2. Nozione di controllo.....	19
4.3. Circostanze esimenti	21
4.4. Ambito oggettivo: la natura del reddito	23
4.5. Regole per l'attribuzione del reddito.....	26
4.6. Regole per prevenire o eliminare la doppia imposizione internazionale	27

CAPITOLO II

GENESI E RATIO DELLA DISCIPLINA ITALIANA
IN MATERIA DI SOCIETÀ CONTROLLATE ESTERE

1. Contesto storico e introduzione dell'art. 127- <i>bis</i>	30
2. Ambito soggettivo: soggetti partecipanti e partecipati	31
3. Ambito oggettivo: il requisito del controllo	33
4. L'individuazione dei paesi a fiscalità privilegiata ai fini CFC	37
4.1. I criteri generali <i>ex art. 127-bis</i> , comma 4	37
4.2. Il metodo della <i>black list</i>	38
5. L'imputazione dei redditi della CFC	39
6. Doppia imposizione giuridica ed esclusione dei dividendi distribuiti.....	43
7. Circostanze esimenti	46
7.1. Effettiva attività industriale o commerciale	46
7.2. Non-localizzazione dei redditi in Stati o territori <i>black list</i>	48
8. L'interpello preventivo	49
9. L'estensione della disciplina alle società collegate	51
10. Natura e <i>ratio</i> della disciplina CFC italiana	55

CAPITOLO III

L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA CFC TRA ESIGENZE DI
CONTRASTO ALLA CRISI ECONOMICA E DI SOSTEGNO
ALL'INTERNAZIONALIZZAZIONE DELLE IMPRESE

1. Legge 24 dicembre 2007, n. 244: dalla <i>black list</i> alla <i>white list</i>	62
2. Decreto-legge 1 luglio 2009, n. 78	64
2.1. L'estensione della disciplina CFC alle società controllate residenti in paesi <i>white list</i>	64
(segue) «Costruzione di puro artificio»: la sentenza Cadbury Schweppes	67

2.2. Le modifiche alla prima esimente	69
3. Legge 23 dicembre 2014, n. 190: il ritorno alla <i>black list</i>	72
4. Decreto Legislativo 14 settembre 2015, n. 147, e Legge 28 dicembre 2015, n. 208	76
4.1. Abrogazione dell'estensione della disciplina CFC alle imprese estere collegate	77
4.2. Il temporaneo ritorno alla <i>black list</i> e la sua definitiva abrogazione a favore di un criterio generale per l'individuazione dei paradisi fiscali	78
4.3. Modalità di determinazione dei redditi	80
4.4. Credito d'imposta sulle ritenute applicate ai dividendi e alle plusvalenze	83
4.5. I profili procedurali ad esito della riforma degli interpelli.....	84
5. Gli effetti delle riforme sulla <i>ratio</i> della disciplina. Il nuovo orientamento al <i>transactional approach</i>	92

CAPITOLO IV

L'INFLUENZA DELLA NORMATIVA COMUNITARIA SULLA DISCIPLINA CFC: LA DIRETTIVA 2016/1164/UE (ATAD I)

1. Contesto giuridico: la dimensione europea del diritto tributario	99
1.1. Gli interventi legislativi comunitari in materia fiscale.....	100
1.2. L'armonizzazione «negativa» realizzata dalla Corte di Giustizia UE	103
2. L'implementazione delle regole anti-BEPS nell'Unione Europea	106
3. Il contenuto della Direttiva ATAD in materia di società controllate estere	111
4. La compatibilità delle norme sulle società controllate estere con il diritto europeo	116
4.1. Principio di proporzionalità.....	117
4.2. Libera circolazione dei capitali	119
4.3. Libertà di stabilimento	123

CAPITOLO V

IL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA ATAD IN ITALIA
ED I RAPPORTI DELLA NUOVA DISCIPLINA CFC
CON GLI ALTRI ISTITUTI DELL'ORDINAMENTO

1. Premessa	125
2. Ambito soggettivo: soggetti partecipanti e partecipati	126
3. Ambito oggettivo: il requisito del controllo	128
4. I requisiti del nuovo regime unico per le società controllate estere	131
4.1. Il requisito della tassazione effettiva.....	132
4.2. Il requisito dei <i>passive income</i>	133
5. L'imputazione dei redditi della CFC	139
6. Doppia imposizione giuridica ed esclusione dei dividendi distribuiti.....	140
7. Circostanza esimente: attività economica effettiva	145
8. L'interpello facoltativo, l'obbligo di segnalazione in dichiarazione e il contraddittorio preventivo.....	147
9. Gli OICR e la disciplina CFC	149
10. I rapporti tra il regime della <i>branch exemption</i> e la disciplina CFC	155
11. I rapporti tra la presunzione di esterovestizione e la disciplina CFC	158
12. La <i>ratio</i> della disciplina CFC ad esito del recepimento della Direttiva ATAD ...	164
 <i>Conclusioni</i>	 169
<i>Allegati</i>	176
<i>Bibliografia</i>	177

INTRODUZIONE

«*We have decided to go to the Moon*». Correva l'anno 1962, e mentre il mondo guardava «*verso lo spazio, la luna ed i pianeti che vi sono oltre ad essa*» ⁽¹⁾, il Presidente americano John Fitzgerald Kennedy annunciava due decisioni storiche: superare i confini della Terra per conquistare la Luna e superare i confini degli Stati Uniti per (ri)conquistare i redditi artificialmente sottratti al potere impositivo dello Stato.

Risale infatti allo stesso anno del celebre discorso di Kennedy alla cattedra della Rice University l'approvazione da parte del Congresso degli Stati Uniti d'America della cosiddetta *Subpart F rule*, altrimenti nota per essere stata la prima disciplina in materia di società controllate estere residenti in Stati o territori a fiscalità privilegiata introdotta in un ordinamento tributario. Assunto l'ufficio nel corso di una fase di recessione economica interna e di aspro conflitto con l'Unione Sovietica, il Presidente Kennedy espresse sin da subito la propria preoccupazione circa gli effetti nocivi causati dalle strategie di pianificazione fiscale aggressiva poste in essere dalle imprese multinazionali sull'efficiente allocazione dei capitali fra i diversi Stati e, di conseguenza, sulla bilancia dei pagamenti e sul gettito fiscale statunitense. Invero, nel corso di una seduta congiunta del Congresso del 1963, Kennedy denunciò tali pratiche: «*Di recente, un numero sempre maggiore di società americane ha riorganizzato i propri rapporti con le rispettive imprese estere controllate – mediante l'implementazione di accordi artificiali tra società madre e figlie in materia di prezzi delle operazioni infragruppo, cessioni di licenze di brevetti, commissioni di gestione, ed altre simili pratiche che massimizzano l'accumulo di profitti in paradisi fiscali – in modo tale da sfruttare le differenze tra i sistemi tributari stranieri e gli accordi internazionali al fine di ridurre drasticamente o eliminare completamente le proprie passività fiscali, sia in patria che all'estero. Nella misura in cui questi paradisi fiscali e gli altri regimi privilegiati consentiranno alle imprese statunitensi di investire o di localizzare all'estero i propri redditi per conseguire vantaggi fiscali indebiti, l'allocazione efficiente delle risorse internazionali sarà turbata, la nostra*

⁽¹⁾ Kennedy, J. F. (1962), *John F. Kennedy Moon Speech. Rice Stadium, 12th September 1962*. Ultimo accesso: 6 Settembre 2019. Disponibile al link: <https://er.jsc.nasa.gov/seh/ricetalk.htm>.

già sfavorevole bilancia dei pagamenti non sarà mai completamente compensata, e gli utili che altrimenti potrebbero essere investiti negli Stati Uniti saranno trattenuti e reinvestiti all'estero» ⁽²⁾. Con queste parole, il Presidente americano prendeva atto dell'esigenza di esplorare soluzioni nuove per affrontare la tempesta socioeconomica scatenata dalle spinte espansive di un mercato a vocazione globale.

Nell'anno del cinquantenario dello sbarco del primo uomo sulla Luna, è sufficiente guardarsi intorno per cogliere la facilità con cui sia oggi possibile trasferire persone, beni, servizi, capitali, imprese, *know-how* in ogni angolo del mondo. La «ricchezza senza materia né peso» ⁽³⁾, veicolata da tecnologie capaci di consentire la circolazione di capitali ridotti ad una dimensione cartolare ⁽⁴⁾ e di beni sempre più spesso accessori ad un servizio ⁽⁵⁾, rifugge ai limiti spaziali tipici delle economie post-industriali e si mostra sempre più insofferente ad ogni delimitazione territoriale. A risentire di questi fenomeni è la potestà impositiva degli Stati, storicamente considerata come una delle prerogative costitutive della loro sovranità. Tale ricchezza ha infatti dimostrato di non essere propensa a soggiacere ad altre regole che non siano quelle economiche, finendo così per favorire il proliferare di complessi strumenti di erosione della base imponibile («termini fiscali») ⁽⁶⁾ che hanno determinato la crisi dei tradizionali criteri di collegamento e del concetto stesso di residenza fiscale.

A fronte di un modello economico sempre più astratto dalla dimensione fisica, la necessità di ripensare le regole di misurazione del reddito maturato entro un determinato ordinamento, al fine di assicurare una corretta ripartizione delle pretese tributarie sullo

⁽²⁾ Il discorso, ivi tradotto, è riportato da Young, I. (2013), *JFK's international tax legacy*. Ultimo accesso: 6 settembre 2019. Disponibile al link: <https://economia.icaew.com/opinion/november-2013/jfks-international-tax-legacy>.

⁽³⁾ Coyle, D. (1999), *The weightless world: strategies for managing the digital economy*, MIT press.

⁽⁴⁾ Tremonti, G., *Il regime fiscale dei nuovi beni*, in *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, 1990, pag. 370 ss.

⁽⁵⁾ Rifkin, J. (2001), *L'era dell'accesso – La rivoluzione della new economy*, Mondadori, Milano, pag. 117 ss.

⁽⁶⁾ Tanzi, V., *Globalization, Technological Developments, and the Work of Fiscal Termites*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2001, pag. 1264 ss.

stesso, è diventata sempre più centrale nel dibattito pubblico. In questo contesto, infatti, l'ordinamento tributario internazionale, ispirato ai principi formulati dalla Società delle Nazioni negli anni Venti del Novecento e fondato sulle convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni, si presentava del tutto inadeguato al contrasto dei sempre più frequenti fenomeni di «apolidia» fiscale, quali la doppia non imposizione. Fu così che l'impegno a prevenire i fenomeni di erosione della base imponibile e di spostamento dei profitti («*Base Erosion and Profit Shifting*», «BEPS») assunto dai leader dei Paesi del G20 in occasione del Summit di Città del Messico del 18-19 giugno 2012 si tradusse in un mandato esplicito all'OCSE a formulare delle risposte alle questioni poste dalla nuova fenomenologia della ricchezza ⁽⁷⁾. Il crescente senso di urgenza maturato intorno al problema consentì di giungere ad una conclusione dei lavori in tempi eccezionalmente rapidi, tanto che già al G20 di Mosca del 19-20 luglio 2013 l'OCSE presentò il rapporto «*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*», con il quale si definiva il piano d'azione che avrebbe condotto, in occasione del Summit di Lima del 5 ottobre 2015, alla pubblicazione del pacchetto di quindici *Actions* di contrasto al BEPS.

Tra le proposte normative individuate dal Progetto OCSE-G20, un piano di prim'ordine era occupato dalle regole d'imputazione per trasparenza dei redditi conseguiti dalle società estere partecipate, meglio note come *Controlled Foreign Company* (CFC) *rules*. Il presente lavoro si propone di ricostruirne il percorso evolutivo nel corso del tempo, in ambito internazionale e – di riflesso – in Italia, prestando particolare attenzione alla *ratio* e alle istanze di natura economica di volta in volta perseguite dai legislatori attraverso l'adozione o la modifica di tale istituto.

Innanzitutto, nel Capitolo I, la disciplina in oggetto è contestualizzata nella più ampia questione circa le modalità di esercizio del potere impositivo da parte degli Stati, che si sostanzia nella definizione di criteri di collegamento propedeutici al perseguimento di determinati obiettivi di neutralità dell'ordinamento tributario nazionale. Tali criteri, tuttavia, hanno dimostrato di essere vulnerabili alle strategie di pianificazione

⁽⁷⁾ Ballancin, A. (2016), *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, Wolters Kluwer, CEDAM, pag. 5.

fiscale implementate dalle imprese multinazionali, tipicamente per il tramite di enti residenti in Stati o territori a fiscalità privilegiata, ingenerando nei governi l'urgenza di ricorrere proprio all'approvazione di un regime CFC. Al fine di favorire la comprensione di questo fenomeno, il lavoro ripercorre l'evoluzione delle nozioni di paradiso fiscale, rifugio fiscale e regime fiscale preferenziale alla luce delle pubblicazioni OCSE in materia (*Harmful Tax Competition* del 1998, *BEPS Action 5 – Final Report* del 2015) e del Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni.

Conclusa tale indagine, lo stesso Capitolo esamina gli elementi che possono caratterizzare in astratto le *CFC legislations*. In tal senso, il rapporto *BEPS Action 3 – Designing Effective Controlled Foreign Company Rules* rappresenta un punto di partenza recente per tracciare gli aspetti salienti della disciplina ed il suo ambito di applicazione. Inoltre, esso propone diverse raccomandazioni utili a comprendere come l'efficacia della norma, in relazione ai diversi obiettivi di politica fiscale che uno Stato ha intenzione di perseguire tramite la stessa, dipenda in larga parte dalle modalità di determinazione del reddito della società controllata non residente da imputare al soggetto controllante. I sei *building blocks* in cui si articola l'*Action 3 – 2015 Final Report*, inoltre, assumono particolare rilevanza alla luce del fatto che rappresentano il *framework* dottrinale a cui si ispirano le disposizioni CFC delineate dalla Direttiva 1164/2016 (Direttiva ATAD I).

Segue, nei Capitoli II e III, un *excursus* storico circa le disposizioni in materia di imprese controllate estere contenute nel Testo Unico delle Imposte sui Redditi (D.P.R. del 22 dicembre 1986, n. 917), dalla loro introduzione nell'ordinamento (Legge n. 342/2000) fino alla Legge di Stabilità per il 2016 (Legge n. 208/2015). Una siffatta visione d'insieme sulle repentine modifiche che hanno interessato la disciplina nel corso della sua storia, infatti, consente di mettere in evidenza il percorso seguito dal legislatore italiano per trasformare il regime CFC da misura dichiaratamente finalizzata a disincentivare i differimenti d'imposta, ma sostanzialmente classificabile tra gli strumenti preordinati a perseguire una politica di *Capital Export Neutrality*, a strumento di contrasto all'utilizzo in chiave elusiva delle giurisdizioni a fiscalità privilegiata.

Il Capitolo IV si focalizza sulla dimensione europea del diritto tributario. La necessità di assicurare che le imposte siano versate nel luogo in cui le società generano

utili e valore, evitando così fenomeni di erosione della base imponibile e di spostamento dei profitti, infatti, rappresenta un obiettivo perseguito anche dalle istituzioni comunitarie, come si evince dalla recente Direttiva 2016/1164/UE (ATAD I). L'analisi degli standard proposti dal testo normativo europeo, e del significato da essi assunto alla luce della giurisprudenza comunitaria, rappresenta dunque il presupposto necessario per illustrare le innovazioni recentemente introdotte in Italia e contenute nel Decreto di attuazione che ha recentemente riscritto le regole interne in materia di società controllate estere (D.Lgs. n. 142/2018). Il Capitolo V, infatti, è dedicato all'analisi e al commento delle nuove disposizioni, nonché al loro coordinamento con altri istituti giuridici, quali il regime opzionale della *branch exemption* ed il trattamento fiscale degli OICR.

L'ampio spazio riservato alla normativa CFC vigente, infine, è propedeutico a verificare se i modelli tipici di organizzazione della catena del valore configurati dalle imprese multinazionali possano essere oggetto di sindacato da parte dell'Amministrazione finanziaria in forza di tali modifiche, ovvero se risultino più efficaci altri strumenti normativi, quali ad esempio la presunzione di esteroinvestizione.

CAPITOLO I

LA DISCIPLINA DELLE CONTROLLED FOREIGN COMPANIES NEL CONTESTO DEL DIRITTO TRIBUTARIO INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 1. Potestà impositiva e criteri di localizzazione del reddito. – 2. Neutralità fiscale: un’analisi giuridico-economica. – 2.1. *Capital Export Neutrality* (CEN). – 2.2. *Capital Import Neutrality* (CIN). – 2.3. Neutralità fiscale e *CFC legislations*. – 3. Il ruolo dei paesi a fiscalità privilegiata nelle strategie di pianificazione fiscale internazionale. – 3.1. Paradisi fiscali e rifugi fiscali. – 3.2. Paradisi fiscali e regimi fiscali preferenziali. – 3.3. BEPS Action 5: i principi di sostanza e trasparenza nel contrasto ai regimi fiscali preferenziali dannosi. – 4. Caratteristiche comuni delle *CFC legislations*. – 4.1. Definizione e ambito soggettivo. – 4.2. Nozione di controllo. – 4.3. Circostanze esimenti. – 4.4. Ambito oggettivo: la natura del reddito. – 4.5. Regole per l’attribuzione del reddito. – 4.6. Regole per prevenire o eliminare la doppia imposizione internazionale.

1. Potestà impositiva e criteri di localizzazione del reddito

Nel diritto internazionale pubblico, lo Stato esercita la propria sovranità su un determinato territorio: ciascuno Stato può disciplinare le attività che si svolgono entro il proprio ambito spaziale, senza essere vincolato in alcun modo dall’esercizio della sovranità di altri Stati. Similmente, per sovranità fiscale si intende il potere di imposizione che si manifesta, entro l’ambito territoriale dell’ordinamento dello Stato, nella facoltà del soggetto attivo (lo Stato) di definire la portata delle proprie pretese tributarie nei confronti dei soggetti passivi (i contribuenti).

Gli ordinamenti tributari vigenti fino alla metà dell’Ottocento non contemplavano disposizioni insistenti su presupposti manifestatisi al di fuori dell’ambito territoriale nazionale, anche se realizzati da soggetti riconducibili alla propria sovranità. Secondo la risalente dottrina della *territorialità dell’imposta*, infatti, la sovranità impositiva di uno Stato doveva essere interpretata come una «riserva di caccia» (*chassé guardée*) entro la

quale le leggi tributarie esplicano i propri effetti ⁽⁸⁾. In tale contesto, i sistemi fiscali erano fondati su imposte di tipo reale, il cui criterio di collegamento spaziale per la localizzazione del presupposto era costituito dalla *fonte*, intesa come luogo di produzione o di consumo della ricchezza colpita (*locus rei sitae*), piuttosto che dai legami personali del contribuente con il territorio nazionale ⁽⁹⁾.

L'affermazione del criterio di collegamento personale rappresenta la conseguenza diretta della crisi dei presupposti economici e dottrinali che avevano giustificato l'esistenza di sistemi impositivi informati al principio di territorialità. Da un lato, infatti, il diritto tributario aveva iniziato a riflettere il nuovo paradigma dello Stato-collettività ⁽¹⁰⁾, ispirato a principi di solidarietà e di uguaglianza sostanziale e contrapposto allo Stato-apparato ⁽¹¹⁾. Nell'ottica di uno Stato-collettività, la non tassazione dei redditi prodotti all'estero da parte di un membro della comunità legittimerebbe una discriminazione tra soggetti caratterizzati dal medesimo status personale – sia esso la cittadinanza, la residenza o il domicilio. Ne conseguirebbero un ingiustificato beneficio per i soggetti titolari di redditi sia di fonte domestica sia estera, che subirebbero il prelievo progressivo solo sulla ricchezza domestica, e un danno per coloro che possiedono esclusivamente redditi domestici. Dall'altro lato, l'internazionalizzazione dell'economia, stimolando la circolazione di beni, servizi e capitali, ha accelerato il processo di espansione delle imprese sui mercati esteri – dapprima attraverso l'esportazione e la commercializzazione di prodotti finiti (movimento di beni) e, successivamente, mediante la creazione di unità

⁽⁸⁾ Sul punto, Niboyet, J. P., *Les double impositions au point de vue juridique*, in *Recueil des Cours*, 1930, vol. 31, n. 1, pag. 13 ss.

⁽⁹⁾ Cordeiro Guerra, R. (2016), *Diritto tributario internazionale*, Wolters Kluwer. CEDAM, pag. 3.

⁽¹⁰⁾ Giuliano (1974) identifica lo Stato-collettività con «la stessa comunità degli uomini, il popolo, che, attraverso l'organizzazione politica entro un territorio definito, assumerebbe appunto il carattere di Stato. Di modo che per Stato dovrebbe intendersi la sintesi, o meglio la composizione di un insieme di elementi eterogenei, tra i quali emergerebbero il popolo, il territorio e la sovranità intesa come potestà politica stabile ed efficace sul popolo e sul territorio». Giuliano, M., *La società internazionale e il diritto*, in *Diritto Internazionale*, 1974, vol. 1, pag. 37.

⁽¹¹⁾ Sempre Giuliano (1974) definisce lo Stato-apparato come «l'apparato governativo; l'autorità o il complesso delle autorità che detengono la summa potestas (sovranità) nel seno di ciascuna delle comunità entro le quali, di tempi più remoti, risulta raggruppata e divisa l'umanità; il gruppo di uomini che esercita il supremo potere politico nel seno di una comunità». Giuliano, M., op. cit., pag. 37.

produttive e autonome in altri paesi (spostamento dei fattori produttivi) ⁽¹²⁾. Minacciati dai processi di delocalizzazione dei fattori produttivi innescati dalle imprese multinazionali nel tentativo di migliorare la propria competitività sui mercati, gli Stati esportatori di capitali e tecnologie hanno iniziato ad accettare con sempre meno favore l'idea di rinunciare a tassare quella parte di ricchezza prodotta all'estero dalle proprie imprese residenti.

Questi fenomeni hanno così portato alla nascita di un nuovo presupposto, il criterio del collegamento personale fondato sul principio di *residenza*, che, estendendo la potestà impositiva dello Stato al di fuori dei suoi confini, ha messo in crisi la tradizionale coincidenza tra territorio e sovranità fiscale. Infatti, se si ammette la possibilità che lo Stato possa esprimere la propria pretesa tributaria non solo riferendosi alla localizzazione territoriale di una fattispecie, ma anche riferendosi a fattispecie poste in essere al di fuori del territorio dello Stato stesso, cioè fattispecie di reddito prodotto all'estero, allora si rende opportuno operare una distinzione tra determinazione dello spazio nel quale la legge tributaria ha effetto («efficacia» o «territorialità» della legge tributaria) e determinazione dei fatti che essa può regolare («estensione» o «ultraterritorialità» della legge tributaria) ⁽¹³⁾. La dottrina riconosce dunque il carattere *ultraterritoriale* della disciplina tributaria, nel senso che le norme interne dello Stato possono anche avere ad oggetto presupposti verificatisi in territorio straniero, purché esista un criterio di collegamento tra il soggetto a cui questi sono riferibili e l'ordinamento giuridico dello Stato che ne giustifica la pretesa ⁽¹⁴⁾.

Riassumendo, in un quadro di mobilità internazionale dei flussi di risparmio e di investimento, i criteri di collegamento su cui si fondano le pretese impositive degli Stati possono essere ricondotti a due tipologie fondamentali. Da una parte, il principio della *residenza* («*residence taxation*») stabilisce un criterio di collegamento di tipo personale,

⁽¹²⁾ Sul punto, Garbarino, C. (2008), *Manuale di tassazione internazionale*, IPSOA Wolters Kluwer Italia, pag. 857.

⁽¹³⁾ Garbarino, C. (2018), *Diritto convenzionale tributario*, G. Giappichelli Editore, pag. 1.

⁽¹⁴⁾ La *pretesa impositiva* è un mero fatto empirico e rappresenta la volontà di uno Stato di tassare una certa fattispecie. La *potestà impositiva*, d'altra parte, è il potere giuridico espresso da una legge che è efficace indipendentemente dall'esercizio delle potestà impositive degli altri Stati. Sul punto, Garbarino, C. (2018), *op. cit.*, pag. 2.

generalmente basato sulla residenza del soggetto che realizza il presupposto e indipendentemente dal luogo ove quest'ultimo si manifesti (principio del reddito mondiale o «*worldwide taxation principle*»). Dall'altra parte, il principio della fonte («*source taxation*») si fonda su criteri di tipo reale, ovverosia collega l'imposizione a presupposti realizzati nel territorio dello Stato che emana il tributo.

2. Neutralità fiscale: un'analisi giuridico-economica

La scelta del criterio di collegamento dipende dagli obiettivi di neutralità che il legislatore intende perseguire attraverso la disciplina di una fattispecie tributaria. Sebbene la dottrina abbia proposto diverse forme di neutralità fiscale ⁽¹⁵⁾, il presente lavoro approfondisce gli effetti delle politiche di neutralità interna (*capital export neutrality*) e di neutralità esterna (*capital import neutrality*) sull'allocazione globale degli investimenti. Tale digressione consente di analizzare le criticità generate rispettivamente dal principio di residenza e dal principio della fonte, nonché di comprendere come l'introduzione di una disciplina CFC nell'ordinamento tributario possa essere utile per correggere le distorsioni insite nei suddetti criteri di collegamento.

⁽¹⁵⁾ Per *capital ownership neutrality* si intende un modello di neutralità che realizza l'efficienza economica sulla base dell'ipotesi in cui la produttività del capitale dipenda da, e vari con, l'identità dei suoi proprietari.

Si parla poi di *national neutrality* (o *national efficiency*) quando lo stato della residenza considera le imposte pagate dai propri residenti nello Stato della fonte come costi derivanti dagli investimenti esteri, consentendone la deduzione dalla base imponibile.

Infine, la *national ownership neutrality* si basa sull'idea che, nei sistemi tributari basati sul principio di residenza, gli investimenti provenienti dall'estero compensino e sostituiscano il gettito fiscale originato dagli investimenti diretti all'estero.

Sull'argomento, si vedano Richman, P. B. (1963), *Taxation of Foreign Investment Income: An Economic Analysis*, John Hopkins Press; Desai, M. A., Hines Jr., J. R. (2003), *Evaluating International Tax Reform*, National Tax Journal; Horst, T. (2007), *A Note on the Optimal Taxation of International Investment Income*, Quarterly Journal of Economics; Shaheen, F. (2007), *International Tax Neutrality: Reconsiderations*, Virginia Tax Review; Weisbach, D. A. (2014), *The Use of Neutralities in International Tax Policy*, University of Chicago Coase-Sandor, Institute for Law and Economics, Research Paper n. 697.

2.1. *Capital Export Neutrality* (CEN)

Un sistema di tassazione soddisfa le condizioni di *capital export neutrality* ⁽¹⁶⁾ quando è basato sul principio della *residenza*, ovverosia quando i soggetti economici residenti in uno Stato sono sottoposti allo stesso livello di prelievo fiscale, indipendentemente dalla localizzazione dei propri investimenti. Tale circostanza permette di valutare la convenienza di una data operazione economica alla luce del suo tasso di rendimento lordo, prescindendo così dall'impatto della variabile fiscale. Analiticamente, in un mercato caratterizzato da imposte basate sul principio di residenza, un investitore residente nel paese h otterrà un rendimento netto pari a $r_h(1 - t_h)$ se investe in h e un rendimento pari a $r_f(1 - t_h)$ se investe in un altro Stato ⁽¹⁷⁾. In equilibrio, l'investitore dovrà essere indifferente tra investire nel proprio Stato di residenza e all'estero, per cui:

$$r_h(1 - t_h) = r_f(1 - t_h)$$

che implica $r_h = r_f$ ⁽¹⁸⁾.

Si dimostra così che il principio di residenza realizza la *capital export neutrality*: applicando l'aliquota dello Stato di residenza su tutti i redditi dei residenti – quali che siano le aliquote vigenti nei paesi in cui sono localizzati i loro investimenti –, il sistema fiscale non altera l'efficiente allocazione dei capitali fra i diversi Stati ⁽¹⁹⁾.

Dal momento che un criterio di collegamento puramente personale favorisce gli Stati esportatori di capitali, nella realtà è ampiamente diffusa la prassi di perseguire la neutralità interna concedendo un credito sulle imposte pagate nello Stato di localizzazione dell'investimento da parte dei soggetti residenti. Pur permettendo di realizzare la

⁽¹⁶⁾ Musgrave, P. B. (1969), *United States Taxation of Foreign Investment Income: Issues and Arguments*, Law School of Harvard University.

⁽¹⁷⁾ Siano r il tasso di rendimento, t l'aliquota fiscale, h lo Stato della residenza e f lo Stato della fonte.

⁽¹⁸⁾ Tale condizione deriva dall'idea che, in un mercato concorrenziale con rendimenti decrescenti e piena libertà di movimento dei capitali, in assenza di imposte e spese pubbliche, l'allocazione delle risorse sia ottimale quando qualsiasi impiego di risorse produttive determini lo stesso rendimento. Diversamente, si innescherebbe un movimento di risorse dall'impiego meno produttivo a favore di quello più produttivo che terminerebbe solo quando $r_h = r_f$.

⁽¹⁹⁾ Sul punto, Artoni, R. (2015), *Elementi di scienza delle finanze (ottava edizione)*, Il Mulino, pag. 132.

capital export neutrality e di ripartire il gettito fiscale tra lo Stato importatore e lo Stato esportatore di capitali, siffatto modello impositivo richiede forme di cooperazione e di coordinamento sovranazionale al fine di evitare il verificarsi di situazioni di doppia imposizione internazionale ⁽²⁰⁾. Tale rischio è insito nella contemporanea applicazione del principio di residenza e del principio della fonte e/o nel riconoscimento di un credito d'imposta in misura non integrale da parte dello Stato di residenza dell'investitore.

2.2. *Capital Import Neutrality (CIN)*

La *capital import neutrality* ⁽²¹⁾ è la condizione di neutralità perseguita dai sistemi fiscali fondati sul principio della *fonte*, e si realizza quando i redditi sono tassati esclusivamente in ragione della localizzazione geografica degli investimenti che li generano, a prescindere dallo Stato di residenza dell'investitore. Analiticamente, supponendo che gli Stati h ed f abbiano adottato il principio della fonte, un investitore residente nel paese h otterrà un rendimento al netto delle imposte pari a $r_h(1 - t_h)$ se investe in h e un rendimento pari a $r_f(1 - t_f)$ se investe in f , quindi:

$$r_h(1 - t_h) = r_f(1 - t_f)$$

così, affinché sia verificata l'uguaglianza, se $t_h \neq t_f$ allora $r_h \neq r_f$.

Tale passaggio consente di evidenziare che la condizione necessaria per assicurare un'efficiente allocazione del capitale attraverso il principio di territorialità sia l'armonizzazione delle legislazioni fiscali (e delle aliquote) degli Stati. Diversamente, gli investitori sarebbero incentivati a localizzare i propri investimenti in quei paesi in cui la minore pressione fiscale contribuirebbe a determinare un maggiore rendimento netto. Sotto questo profilo, dunque, il criterio di localizzazione in parola realizza una forma di neutralità – detta appunto *capital import neutrality* – con riferimento alla localizzazione dell'investitore, il quale è sottoposto alla stessa imposizione dei residenti nella giurisdizione dello Stato dell'investimento. In altre parole, un capitale in h genera un rendimento pari a $r_h(1 - t_h)$ ⁽²²⁾, indipendentemente dalla residenza dell'investitore.

⁽²⁰⁾ Artoni, R. (2015), *op. cit.*, pag. 135.

⁽²¹⁾ Musgrave, P. B. (1969), *op. cit.*

⁽²²⁾ Ovvero pari a $r_f(1 - t_f)$ qualora si investisse in f .

2.3. Neutralità fiscale e CFC *legislations*

Al di là della sua efficacia nel garantire un'efficiente allocazione dei capitali a livello internazionale e della sua compatibilità con la personalità dell'imposizione e con i canoni equitativi perseguiti dagli Stati-collettività, il principio della residenza pone diversi problemi con riferimento all'applicazione delle imposte sui redditi delle società. Si consideri un'Impresa Multinazionale di Gruppo costituita da una società residente nello Stato h (casa madre) che controlla una *subsidiary* nello Stato f . Se lo Stato h applica il principio della residenza, i redditi prodotti dalla controllata in f devono essere attribuiti alla casa madre residente in h e sommati alla sua base imponibile, indipendentemente dalla loro distribuzione. La casa madre dovrà dunque calcolare le imposte dovute su tali redditi nel rispetto delle regole fiscali del paese h , eventualmente beneficiando del credito per l'imposta pagata in f . Tuttavia, se il paese h ha un'aliquota più elevata di quella in vigore nel paese f , la società controllata dalla casa madre residente in h si troverebbe in una condizione di svantaggio competitivo rispetto ai suoi concorrenti residenti in f , che pagherebbero imposte più basse. Analiticamente, nell'ipotesi in cui $t_h > t_f$, il carico fiscale sul reddito della controllata ammonterebbe a $t_h Y_f$ ⁽²³⁾ ⁽²⁴⁾, mentre i soggetti residenti in f sarebbero sottoposti ad un prelievo inferiore e pari a $t_f Y_f$.

Per attenuare questo effetto, i sistemi tributari informati al principio di residenza tipicamente consentono il differimento del pagamento dell'imposta dovuta (*tax deferral*) all'esercizio in cui la società controllata distribuisce i dividendi, ovverosia al momento in cui tali redditi entrano nella disponibilità della casa madre. La possibilità di beneficiare di una sospensione dell'imposizione – che potrebbe anche trasformarsi in esenzione qualora la sua durata fosse indeterminata – può indurre le imprese multinazionali a porre in essere alcuni comportamenti preordinati a massimizzare ed ottimizzare la riduzione delle aliquote effettive a livello globale. Alcuni esempi tipici in questo senso sono il reinvestimento degli utili delle controllate, lo spostamento in avanti del realizzo di plusvalenze sulle partecipazioni nelle controllate e il trasferimento di utili mediante

⁽²³⁾ Sia Y il reddito imponibile, con il pedice ad indicare lo Stato in cui è prodotto.

⁽²⁴⁾ Tale ammontare risulta dalla somma tra l'imposta pagata dalla controllata nello stato della fonte f , pari a $t_f Y_f$, e l'imposta pagata nello stato della residenza h , pari a $(t_h - t_f) Y_f$.

tecniche di erosione della base imponibile ad un soggetto sostanzialmente esente (e.g. ente non commerciale, localizzato in uno Stato a fiscalità privilegiata oppure in perdita) ⁽²⁵⁾. Le *CFC legislations* nascono proprio allo scopo di disincentivare simili strategie di pianificazione fiscale internazionale: prevedendo l'imputazione in capo alla controllante del reddito delle società controllate localizzate in paesi a fiscalità privilegiata, la disciplina impedisce di posticipare il pagamento dell'imposta alla data di effettiva distribuzione dei dividendi – qualora essa dovesse mai effettivamente essere deliberata.

Il fatto che le norme CFC impongano la tassazione per trasparenza al verificarsi di una serie di condizioni – il livello di tassazione relativamente basso sopportato dalla società controllata estera e/o la natura passiva del reddito prodotto dalla stessa (*passive, tainted income*) – corrobora l'ipotesi secondo cui esse possano essere adottate non solo per contrastare il *tax deferral*, ma anche i fenomeni di erosione della base imponibile e di trasferimento degli utili (*Base Erosion and Profit Shifting*, BEPS). È proprio questa una delle motivazioni che inducono gli Stati dotati di un sistema fiscale informato al principio della fonte ad introdurre una disciplina CFC nel proprio ordinamento. Pur astenendosi dal tassare i redditi prodotti all'estero dai soggetti residenti o ad essi collegati allo scopo di realizzare la *capital import neutrality*, infatti, tali Stati potrebbero essere interessati a proteggere le loro entrate tributarie da pratiche elusive realizzate attraverso l'incorporazione di soggetti meramente interposti (*base companies*) in paesi a regime fiscale privilegiato, che non esercitano alcuna effettiva attività produttiva e/o commerciale ma si limitano a gestire degli investimenti passivi ovvero sono strumentali a produrre una fittizia localizzazione dei redditi. Per completezza, non bisogna trascurare il fatto che una disciplina CFC con finalità antielusiva potrebbe essere adottata da qualsiasi Stato, indipendentemente dal criterio di collegamento prescelto.

Con riferimento agli obiettivi di politica economica perseguiti da un legislatore mediante l'adozione di una disciplina CFC, l'*Action 3 – Designing Effective Controlled*

⁽²⁵⁾ Garbarino, C. (2008), *op. cit.*, pag. 857.

Foreign Company Rules ⁽²⁶⁾ pubblicata dall'OCSE nel contesto del Progetto BEPS raccomanda equilibrio tra l'opportunità di sottoporre a tributo il reddito prodotto all'estero da un soggetto residente e la competitività dell'ordinamento. Secondo il Rapporto, infatti, uno Stato dotato di CFC *rules* potrebbe ritrovarsi in una situazione di svantaggio competitivo rispetto alle giurisdizioni che non le hanno introdotte o il cui ambito di applicazione è più ristretto, dal momento che le società controllate dalla casa madre residente in tale Stato sarebbero costrette a pagare imposte più alte rispetto ai loro concorrenti residenti nello Stato della fonte. Le imprese multinazionali potrebbero così reagire a questa ulteriore forma di prelievo implementando una strategia di *corporate inversion* ⁽²⁷⁾ oppure modificando i propri assetti proprietari, con evidenti effetti distorsivi sulla sostanza delle attività economiche svolte. A tal proposito, l'OCSE sostiene che l'efficacia delle CFC *rules* non dipenda soltanto dal loro ruolo nel correggere le distorsioni determinate dai diversi criteri di localizzazione del reddito, ma anche e soprattutto dal numero di paesi che adottano regole basate su presupposti e ambiti di applicazione simili. Quest'ultima raccomandazione è stata accolta dall'Unione Europea, che ha introdotto un *minimum standard* in materia di società controllate estere con l'approvazione della Direttiva 1164/2016/UE ⁽²⁸⁾.

⁽²⁶⁾ OCSE (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report, OCSE/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OCSE Publishing, Paris. Disponibile al link: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>

⁽²⁷⁾ La *corporate inversion* è una forma di riorganizzazione di una Impresa Multinazionale di Gruppo attraverso cui la capogruppo viene incorporata in una società di nuova costituzione in uno Stato con un regime fiscale vantaggioso. Attraverso il trasferimento della sede legale, la capogruppo diventa una *subsidiary*, mentre la società estera si trasforma nella nuova *parent company*. La *ratio* di un'operazione di *corporate inversion* è evitare l'applicazione della disciplina CFC adottata dallo Stato in cui risiede la società controllante: collocando la *holding* in un paradiso fiscale non dotato di CFC *rules*, il Gruppo realizza una riduzione delle ritenute sui redditi esteri e delle imposte societarie dovute attraverso strategie di *profit shifting*, quali il pagamento a favore della *holding* di interessi, *royalties* o di altri costi deducibili nello Stato di residenza della nuova *subsidiary*.

⁽²⁸⁾ Sul punto, *infra*, Capitolo IV.

3. Il ruolo dei paesi a fiscalità privilegiata nelle strategie di pianificazione fiscale internazionale

Come ampiamente discusso nel paragrafo precedente, uno Stato tipicamente adotta una disciplina in materia di società controllate estere con l'obiettivo di reprimere comportamenti di tipo abusivo, quali il *tax deferral* e/o il trasferimento (fittizio o reale ⁽²⁹⁾, ma ordinato al perseguimento di un vantaggio fiscale) di reddito imponibile in Stati o territori caratterizzati da regimi fiscali sensibilmente più vantaggiosi di quello domestico attraverso società estere non effettivamente operative. Ricostruire la genesi della nozione di «paradiso fiscale» è dunque utile per comprendere l'ambito di applicazione delle *CFC legislations*.

3.1. Paradisi fiscali e rifugi fiscali

Nel secondo dopoguerra, la dottrina anglosassone propose una distinzione tra *tax heaven* (paradiso fiscale) e *tax haven* (rifugio fiscale). Secondo i commentatori dell'epoca, per paradiso fiscale si intendeva uno Stato o territorio nel quale fosse possibile trasferire redditi imponibili derivanti da attività lecite con il solo scopo – non necessariamente illecito – di sfuggire alla tassazione più elevata imposta dallo Stato di origine del reddito. In questo caso, era dunque la delocalizzazione del reddito finalizzata ad eludere le norme tributarie meno vantaggiose a determinare l'insorgere di un illecito. La nozione di rifugio fiscale assunse una connotazione diversa e più ampia di quella di paradiso fiscale: con essa si intendeva uno Stato o territorio che, in virtù della sua legislazione in tema di

⁽²⁹⁾ L'interposizione *fittizia* rappresenta una particolare forma di simulazione, vale a dire una situazione in cui l'accordo simulatorio ha per oggetto l'attribuzione della qualità di un contratto (che di per sé non è simulato) a un soggetto estraneo al negozio stesso, che si limita a prestare il proprio nome. In ambito tributario, l'accordo tra interposto e interponente non interessa l'Amministrazione Finanziaria: se l'interposto è un soggetto solo nominativamente partecipe, allora l'interponente risulta il soggetto principale dell'accordo, e quindi il vero centro d'imputazione dei diritti e degli obblighi giuridici di natura fiscale (per l'Italia, art. 37, comma 3, D.P.R. n. 600/1973).

L'interposizione *reale*, invece, si caratterizza per il fatto che l'interposto agisce come l'effettivo contraente del contratto, assumendosi in proprio i diritti da esso derivanti, e obbligandosi a ritrasferirli all'interponente o ad un terzo con un successivo negozio. Dal punto di vista pratico, pertanto, gli effetti dell'interposizione reale non sono voluti dal contribuente, in quanto tale operazione è posta in essere solamente per conseguire vantaggi fiscali indebiti.

controlli bancari, societari, fiscali, penali e in materia di tutele dei risparmiatori, consentiva ai soggetti ivi incorporati di evitare le possibili conseguenze del sindacato giurisdizionale dello Stato di origine su attività illecite, tra cui proprio il trasferimento di reddito imponibile ⁽³⁰⁾.

3.2. Paradisi fiscali e regimi fiscali preferenziali

Nel 1998, la pubblicazione del Rapporto intitolato «*Harmful Tax Competition: an Emerging Global Issue*» ⁽³¹⁾ riuscì nell'intento di dare visibilità globale al problema della pianificazione fiscale aggressiva operata dalle imprese multinazionali ed esacerbata dalla tendenza degli Stati a ridurre le aliquote fiscali allo scopo di attrarre investimenti esteri. La presa di posizione dell'OCSE in un ambito strettamente discrezionale come la fiscalità era guidata dall'obiettivo di mettere in luce come le pratiche fiscali dannose influenzino l'allocazione delle attività finanziarie e dei servizi, erodano le basi imponibili degli altri Paesi, distorcano i commerci e i modelli d'investimento e minino l'equità, la neutralità e la generale accettazione sociale dei sistemi tributari ⁽³²⁾. Il Rapporto non propone una definizione univoca e condivisa di paradiso fiscale, bensì opera una distinzione tra «paradisi fiscali» e «regimi fiscali preferenziali» e ne individua gli elementi tipici.

Nel dettaglio, un paradiso fiscale si caratterizza per l'assenza o la presenza di aliquote puramente nominali dell'imposta sul reddito, la tendenza a promuovere sé stesso o comunque ad essere considerato come un luogo che offre la possibilità di sottrarsi all'imposizione nello Stato di residenza (*reputation test*) ⁽³³⁾, la scarsa trasparenza nelle disposizioni legislative ed amministrative, la non reciprocità in fatto di scambio di informazioni e di segreto bancario e la mancata previsione di alcun requisito di effettività

⁽³⁰⁾ Tasca, M., Vietti, M. (2009), *Società off-shore e paradisi legali – Regole e disciplina*, Giuffrè Editore, pag. 270

⁽³¹⁾ OCSE (1998), *Harmful Tax Competition: an Emerging Global Issue*, Parigi. Disponibile al link: https://www.OCSE-ilibrary.org/taxation/harmful-tax-competition_9789264162945-en

⁽³²⁾ OCSE (1998), *op. cit.*, par. 4.

⁽³³⁾ OCSE (1998), *op. cit.*, par. 51.

e sostanzialità ⁽³⁴⁾ con riguardo alle attività svolte da parte delle società ivi residenti ⁽³⁵⁾. Un regime fiscale preferenziale, invece, offre una localizzazione favorevole per la detenzione di investimenti passivi ovvero per la contabilizzazione di *paper profits* mediante norme e/o prassi amministrative in deroga all'ordinamento tributario e societario. Alla luce della tendenza osservata in molti Stati, membri e non dell'OCSE, di introdurre regole di favore per attrarre attività particolarmente mobili come i capitali finanziari, i beni immateriali e le attività di servizi, il Rapporto esclude che tutti i regimi fiscali preferenziali siano dannosi e propone un test sulla sostanza delle attività svolte per accertarne il potenziale pericolo (*substance test*). In particolare, i «fattori chiave» per l'identificazione dei regimi fiscali preferenziali dannosi sono l'assenza di tassazione o la modesta imposizione effettiva del reddito ⁽³⁶⁾, l'isolamento del regime preferenziale dal mercato nazionale del paese attraverso l'esclusione dalla sua applicabilità dei soggetti residenti o il divieto per i soggetti che ne beneficiano di operare con soggetti ivi residenti (cd. *ring-fencing*), l'assenza di trasparenza nei confronti dello Stato di residenza dell'investitore e la mancanza di un effettivo scambio di informazioni con altri Stati ⁽³⁷⁾. Infine, il Rapporto formula una serie di raccomandazioni in contrasto alle pratiche di concorrenza fiscale dannosa, tra cui proprio l'adozione, da parte dei paesi ancora sprovvisti, e

⁽³⁴⁾ La mancata previsione di questi requisiti consente alle Imprese Multinazionali di Gruppo di incorporare una cd. «società di rifatturazione» (*billing company*), ovvero sia un veicolo puramente cartaceo in capo al quale sono contabilizzate le transazioni generate dall'attività caratteristica del gruppo nonostante esso non svolga alcun tipo di attività economica effettiva sul territorio dello Stato.

⁽³⁵⁾ OCSE (1998), *op. cit.*, par. 47, 52.

⁽³⁶⁾ Secondo l'OCSE (1998), un'assente o modesta imposizione effettiva sul reddito – realizzata mediante aliquote nominali particolarmente basse o per l'effetto delle regole di determinazione della base imponibile – rappresenta la *conditio sine qua non* per qualificare un regime fiscale preferenziale come dannoso. Il test proposto dal Rapporto prevede infatti che, qualora il regime fiscale di uno Stato presenti tale caratteristica, allora sia necessario effettuare una valutazione dell'ordinamento tributario alla luce degli altri «fattori chiave» e, se necessario, degli «altri fattori» prescritti.

⁽³⁷⁾ OCSE (1998), *op. cit.*, par. 60-64

l'effettiva applicazione, da parte dei paesi che già le prevedono, di norme sulle *Controlled Foreign Companies* coerenti con la strategia di ridurre gli effetti distorsivi prodotti dai regimi fiscali preferenziali dannosi ⁽³⁸⁾ ⁽³⁹⁾.

3.3. BEPS Action 5 e Modello OCSE: i principi di sostanza e trasparenza nel contrasto ai regimi fiscali preferenziali dannosi

La pubblicazione dell'*Action 5 – Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance* ⁽⁴⁰⁾ ha rappresentato una recente occasione per riproporre il tema della lotta ai regimi fiscali preferenziali dannosi all'attenzione del dibattito pubblico internazionale. Il lavoro si contestualizza all'interno del *framework* dottrinale elaborato dall'OCSE, dal *Global Forum on Taxation* e dal *Forum on Harmful Tax Practices* (FHTP) a partire dal Rapporto del 1998 ⁽⁴¹⁾, e si prefissa l'obiettivo di contrastare le suddette pratiche riaffermando la priorità di perseguire i principi di sostanza e trasparenza nei rapporti tra Stati.

Nello specifico, sebbene il Rapporto del 1998 avesse già proposto l'accertamento del requisito di sostanza dell'attività svolta per verificare la legittimità di un beneficio fiscale ⁽⁴²⁾, esso assume particolare importanza nel contesto del progetto BEPS al punto

⁽³⁸⁾ OCSE (1998), *op. cit.*, par. 97-100

⁽³⁹⁾ Il punto è interessante, soprattutto alla luce dell'*Action 3 – 2015 Final Report*. Una disciplina CFC, infatti, non dovrebbe essere introdotta con la finalità di accrescere il gettito nazionale ma con l'obiettivo di modificare il comportamento del contribuente, agendo come deterrente verso pratiche quali il *tax deferral*, la delocalizzazione dei fattori mobili o lo spostamento dei profitti.

⁽⁴⁰⁾ OCSE (2015), *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 – 2015 Final Report*, OCSE/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OCSE Publishing, Paris. Disponibile al link: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241190-en>

⁽⁴¹⁾ Al Rapporto OCSE del 1998 seguirono: *Towards Global Tax Cooperation: Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices* (2001), *The OCSE's project on Harmful tax practices: the 2001 progress report* (2002), *Harmful tax practices: the 2004 progress report* (2004), *Consolidated Application Note: Guidance in Applying the 1998 Report to Preferential Tax Regimes* (2004) e *The OCSE's Project on Harmful Tax Practices: 2006 Update on Progress in Member Countries* (2006).

⁽⁴²⁾ Il *substance test* formulato dal Rapporto del 1998 vagliava i regimi fiscali preferenziali dannosi alla luce di quattro fattori chiave (par. 61-67) e di otto elementi complementari (par. 68-79). L'ottavo di questi ultimi, in particolare, considera l'ipotesi che un regime preferenziale incoraggi operazioni poste in essere esclusivamente per ragioni fiscali, precisando che molti di questi regimi sono disegnati secondo

da diventarne il secondo pilastro – assicurare che i redditi non possano più essere artificialmente sottratti al potere impositivo degli Stati ove tale valore è stato generato. L'*Action 5*, infatti, prende atto che alcune previsioni tipiche dei regimi fiscali preferenziali, quali il *ring-fencing*, non rappresentino più un pericolo per la base imponibile degli Stati quanto la riduzione delle aliquote per particolari categorie di reddito mobile, e propone un *substance test* per ciascuna di esse.

In questo senso, particolare attenzione viene riservata al trattamento fiscale dei redditi derivanti dallo sfruttamento dei diritti sulla proprietà intellettuale (*IP regimes*). Dei tre approcci ⁽⁴³⁾ proposti dal FHTP per accertare se le norme in materia di incentivi fiscali per Ricerca e Sviluppo (R&S) e di tassazione agevolata sui redditi derivanti dall'utilizzo di beni immateriali previste da uno Stato determinino un pregiudizio per gli altri Stati, il G20 ha optato per il cd. *nexus approach*. Come il nome suggerisce, questo approccio condiziona la possibilità di beneficiare di un *IP Regime* ⁽⁴⁴⁾ in una determinata giurisdizione, sia esso di natura *front-end* o *back-end* ⁽⁴⁵⁾, all'esistenza di un nesso tra i

modalità che consentono ai contribuenti di realizzare benefici fiscali indebiti attraverso operazioni prive di sostanza economica.

⁽⁴³⁾ Oltre al *nexus approach*, il FHTP aveva proposto il *value creation approach*, in base al quale il contribuente può beneficiare del regime fiscale di favore solo se svolge un significativo numero di attività di sviluppo, e il *transfer pricing approach*, per cui lo sconto fiscale è accordato se il contribuente svolge le funzioni, si assume i rischi ed impiega le attività che consentono di beneficiarne.

⁽⁴⁴⁾ Un *IP regime*, anche noto con il nome *Patent Box*, è una forma di tassazione agevolata sui redditi derivanti dall'utilizzo di taluni beni immateriali. Siffatti incentivi sono stati introdotti da numerosi Stati per favorire gli investimenti in attività di Ricerca e Sviluppo e per incentivare la collocazione e il mantenimento di beni immateriali sul territorio nazionale.

Anche l'Italia ha recentemente introdotto il meccanismo del *Patent Box* (Legge n. 190/2014), ovvero un regime opzionale di tassazione per i redditi derivanti dall'utilizzo di software protetto da copyright, di brevetti industriali, di disegni e modelli, nonché di processi, formule e informazioni relativi ad esperienze acquisite nel campo industriale, commerciale o scientifico giuridicamente tutelabili.

⁽⁴⁵⁾ Un beneficio fiscale *front-end* tipicamente consiste nel riconoscimento un credito d'imposta o altra forma di sconto per i costi sostenuti per le attività di ricerca e sviluppo di beni intangibili. Un regime *back-end*, invece, garantisce un trattamento fiscale dei redditi derivanti dallo sfruttamento dei diritti sulla proprietà intellettuale più favorevole rispetto a quello previsto per i redditi di altra natura (e.g. commerciale o finanziaria).

costi sostenuti per sviluppare il bene immateriale e i ricavi generati dallo stesso bene. L'obiettivo del *nexus approach* è dunque garantire un trattamento fiscale di favore soltanto a quei soggetti che svolgono effettivamente le funzioni di R&S ovvero detengono beni intangibili sviluppati internamente e/o acquistati ad un prezzo di mercato ⁽⁴⁶⁾. Infine, riconoscendo l'efficacia del *nexus approach* per valutare la sussistenza del requisito di attività sostanziale, l'*Action 5* ne estende l'applicazione a tutti i regimi preferenziali più tipici, tra cui quelli a favore di centri di coordinamento, società di distribuzione, approvvigionamento e *service centers*, società finanziarie e di *leasing*, gestori di fondi di investimento, banche e assicurazioni, attività di navigazione e *holding*. La *ratio* della previsione è evidente: indipendentemente dalla loro natura, i redditi soggetti ad un trattamento fiscale più favorevole devono essere realizzati dallo stesso contribuente che ha sostenuto i costi necessari per sviluppare o acquisire le attività con cui sono stati prodotti.

Il secondo obiettivo dell'*Action 5* è il miglioramento della trasparenza nei rapporti tra gli Stati attraverso la previsione di un obbligo di scambio spontaneo di informazioni in materia di accordi preventivi (*tax ruling*) ⁽⁴⁷⁾. In questo senso, il FHTP ha proposto un percorso articolato in tre fasi: (i) sviluppare un *framework* condiviso per lo scambio spontaneo di informazioni in merito agli accordi preventivi che consentono di beneficiare di regimi fiscali preferenziali, (ii) estendere l'obbligo di *disclosure* agli accordi preventivi di qualsiasi natura, indipendentemente dal loro effetto sulla base imponibile e la localizzazione dei redditi, e (iii) stabilire una serie di *best practices* per la definizione

Il *nexus approach* si propone proprio di estendere il collegamento tra costi sostenuti e benefici fiscali tipico dei regimi *front-end* anche ai regimi *back-end*, prevedendo che i redditi soggetti al trattamento fiscale più favorevole siano realizzati attraverso beni immateriali ad effettiva disposizione del soggetto beneficiario. Sul punto, OCSE (2015), *op. cit.*, par. 28

⁽⁴⁶⁾ OCSE (2015), *op. cit.*, par. 28

⁽⁴⁷⁾ Attenendosi al contenuto dell'*Action 5*, esistono sei categorie di accordi preventivi che, in assenza di un obbligo di scambio spontaneo di informazioni, possono sollevare problemi da un punto di vista BEPS: (i) i *ruling* riguardanti regimi fiscali preferenziali; (ii) *Advance Price Agreements* (APAs) unilaterali o altri accordi transfrontalieri unilaterali in materia di *transfer pricing*; (iii) accordi transfrontalieri che determinano una variazione in diminuzione del reddito imponibile; (iv) accordi in materia di stabile organizzazione; (v) accordi su società *conduit*; (vi) ogni altro accordo previsto dal FHTP che, in assenza di uno spontaneo scambio di informazioni, rischia di sollevare questioni da un punto di vista BEPS.

e l'implementazione di tali accordi. Il lavoro contribuisce così a definire il terzo pilastro del progetto BEPS – assicurare trasparenza promuovendo maggiore certezza e prevedibilità del diritto nei rapporti tra fisco e contribuenti.

Da un punto di vista normativo, l'importanza dello standard internazionale in materia di trasparenza e scambio di informazioni è sancito all'art. 26 delle Convenzioni contro le doppie imposizioni ispirate al Modello OCSE ⁽⁴⁸⁾. Tre sono i principali tipi di scambio di informazioni disciplinati: lo scambio su richiesta, lo scambio automatico e lo scambio spontaneo ⁽⁴⁹⁾. Lo scambio su richiesta è una procedura specifica volta a raccogliere informazioni con riferimento ad un caso specifico che attiene la posizione fiscale di un singolo contribuente o di un gruppo definito di contribuenti. Lo scambio automatico consiste in un flusso sistematico di informazioni su una o varie categorie di reddito che hanno fonte in uno Stato contraente e vengono corrisposte nell'altro. Infine, lo scambio spontaneo riguarda tipicamente informazioni acquisite da uno Stato ma di potenziale interesse per l'altro contraente: solitamente questa forma di cooperazione ha per oggetto casi di frodi fiscali o di gravi violazioni, spesso collegati alla commissione di reati.

L'art. 26 impone una serie di disposizioni che limitano la discrezionalità delle parti contraenti in favore del contribuente. Innanzitutto, oggetto dello scambio devono essere informazioni «verosimilmente pertinenti», ossia utili per applicare le disposizioni della Convenzione ovvero le leggi interne ⁽⁵⁰⁾. Inoltre, le informazioni oggetto di scambio sono sottoposte ad obblighi di trattamento confidenziale, per cui possono essere comunicate soltanto alle persone e alle autorità incaricate dell'accertamento, della riscossione,

⁽⁴⁸⁾ OCSE (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OCSE Publishing. Disponibile al link: http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en

⁽⁴⁹⁾ Le tre forme di scambio possono essere anche combinate tra loro, e gli Stati possono anche convenire altre tecniche per condividere le informazioni rilevanti ai fini fiscali, come le verifiche simultanee, le ispezioni tributarie all'estero e lo scambio di informazioni relativo alla grande industria. Sul punto, Garbarino, C. (2017), *La tassazione delle società e dei gruppi*, G. Giappichelli Editore, pag. 313.

⁽⁵⁰⁾ Di conseguenza, gli Stati contraenti non possono porre in essere le cosiddette «*fishing expeditions*», ovverossia richiedere informazioni prive di un nesso apparente con un accertamento o un'indagine in corso.

della decisione di ricorsi o del controllo di tali attività in relazione alle imposte in questione.

Con riferimento ai rapporti tra gli Stati contraenti, il par. 3 dell'art. 26 stabilisce che lo scambio di informazioni debba essere informato al principio di reciprocità, al fine di evitare situazioni asimmetriche tali per cui uno degli Stati contraenti si vede costretto a porre in essere sforzi maggiori rispetto all'altro a vantaggio di quest'ultimo. Da ciò discende la non sussistenza dell'obbligo di scambio se esso impone agli Stati di adottare provvedimenti amministrativi o di fornire informazioni in deroga alla propria legislazione o alla propria prassi o a quelle dell'altro Stato contraente, ovvero di fornire informazioni che potrebbero rivelare un segreto industriale, commerciale, professionale o la cui comunicazione sarebbe contraria all'ordine pubblico. Inoltre, uno Stato non può declinare una richiesta di scambio adducendo come legittimo motivo del rifiuto l'assenza di un proprio interesse ai fini interni (*domestic tax interest*), la protezione del segreto bancario o il fatto che le informazioni richieste siano detenute da un'istituzione finanziaria, un mandatario, un agente o un fiduciario.

Infine, un importante limite allo scambio di informazioni è il principio del previo esperimento dei mezzi interni, alla luce del quale una richiesta di informazioni può essere inoltrata all'altro Stato contraente solo dopo che lo Stato richiedente abbia previamente esaurito le misure previste dalla propria normativa interna secondo le procedure domestiche per ottenere le informazioni ricercate.

4. Caratteristiche comuni delle CFC *legislations*

Dopo aver illustrato gli elementi caratterizzanti i paradisi fiscali ed i regimi fiscali preferenziali che più interessano ai fini del presente lavoro, è ora possibile tracciare i presupposti e gli ambiti di applicazione tipici delle normative CFC e ragionare sulle modalità con cui essi influenzano i contribuenti e le loro strategie di pianificazione fiscale internazionale.

4.1. Definizione e ambito soggettivo

In generale, le CFC *legislations* consentono ad una giurisdizione di assoggettare ad imposizione i redditi degli enti commerciali non residenti ma partecipati da un soggetto residente, al verificarsi di determinate condizioni.

La prima considerazione imposta da una definizione così ampia riguarda il presupposto soggettivo, ovverosia la natura del soggetto controllato estero. Come già dimostrato, uno Stato decide di adottare una disciplina CFC per perseguire determinati obiettivi di politica economica, siano essi il contrasto al *tax deferral* o l'erosione della base imponibile e lo spostamento dei profitti. Proprio per questa ragione, la disciplina in parola non dovrebbe applicarsi soltanto alle società – diversamente da quanto il nome potrebbe suggerire –, ma a tutte le figure giuridiche dotate di una qualificazione potenzialmente pregiudizievole per l'ordinamento tributario. Nel dettaglio, le norme CFC dovrebbero assoggettare ad imposizione anche gli enti commerciali trasparenti come i *trusts* e le *partnerships* ⁽⁵¹⁾. Infatti, sebbene il regime naturale di questi soggetti preveda la tassazione del reddito in capo ai partecipanti, qualora lo stesso soggetto fosse qualificato come soggetto imponibile dallo Stato della residenza e come soggetto trasparente dallo Stato della fonte, in assenza di una CFC *rule* il reddito di tale soggetto non sarebbe oggetto di imposizione da parte di nessuno dei due Stati. La stessa situazione si verificherebbe poi nel caso in cui una società residente in un paese a fiscalità privilegiata – controllata da una società (capogruppo) residente in uno Stato in cui vige una CFC *rule* – controllasse a sua volta un soggetto trasparente: se la disciplina prevede l'imputazione del reddito del soggetto trasparente direttamente alla capogruppo, le strategie poste in essere per trasferire reddito dalla CFC al soggetto trasparente e sottrarlo così a tassazione nello Stato della capogruppo non sortirebbero alcun effetto sulla base imponibile di quest'ultimo. Infine, un'altra questione sollevata dall'*Action 3* riguarda l'applicazione delle CFC *rules* alle stabili organizzazioni (*branch*). Una disciplina CFC efficace dovrebbe qualificare come soggetto controllato estero sia le stabili organizzazioni

⁽⁵¹⁾ OCSE (2015), *op. cit.*, par. 26-27

all'estero degli enti controllati non residenti nel territorio dello Stato, sia le stabili organizzazioni all'estero degli enti residenti che abbiano optato per un regime di esenzione degli utili e delle perdite attribuibili alle proprie *branch* ⁽⁵²⁾.

4.2. Nozione di controllo

La seconda considerazione riguarda le forme e le misure del controllo ⁽⁵³⁾. Secondo l'*Action 3*, un soggetto detiene il controllo di una società estera se dispone almeno della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria (controllo legale), ovvero di una partecipazione agli utili superiore al 50 per cento (controllo economico) ⁽⁵⁴⁾ ⁽⁵⁵⁾. Tali ipotesi di controllo, infatti, possono essere verificate in modo ragionevolmente semplice, garantendo così un adeguato equilibrio tra efficacia, certezza del diritto e semplificazione degli adempimenti amministrativi. Per quanto riguarda la misura del controllo, invece, se si ammette che le CFC *rules* possono servire a disincentivare le strategie di pianificazione fiscale aggressiva, allora dovrebbero essere applicabili ogniqualvolta un soggetto detiene una partecipazione al capitale o agli utili di una società controllata

⁽⁵²⁾ OCSE (2015), *op. cit.*, par. 28

⁽⁵³⁾ La scelta dell'Autore di proporre, all'inizio del paragrafo 4.1., una definizione incentrata sulla nozione di «partecipazione» anziché di «controllo» è propedeutica ad includere anche le norme CFC (come quelle in vigore in Francia, Stati Uniti e Italia *ante* Legge del 28 dicembre 2015, n. 208) che condizionano l'applicazione ad una percentuale di partecipazione di gran lunga inferiore a quella richiesta per il controllo. Ciò detto, dal momento che la maggioranza degli ordinamenti nazionali, coerentemente con le raccomandazioni contenute nell'*Action 3*, richiedono il possesso di una partecipazione tale da conferire il controllo legale ovvero economico nella CFC, il resto della trattazione verte sulla nozione di controllo.

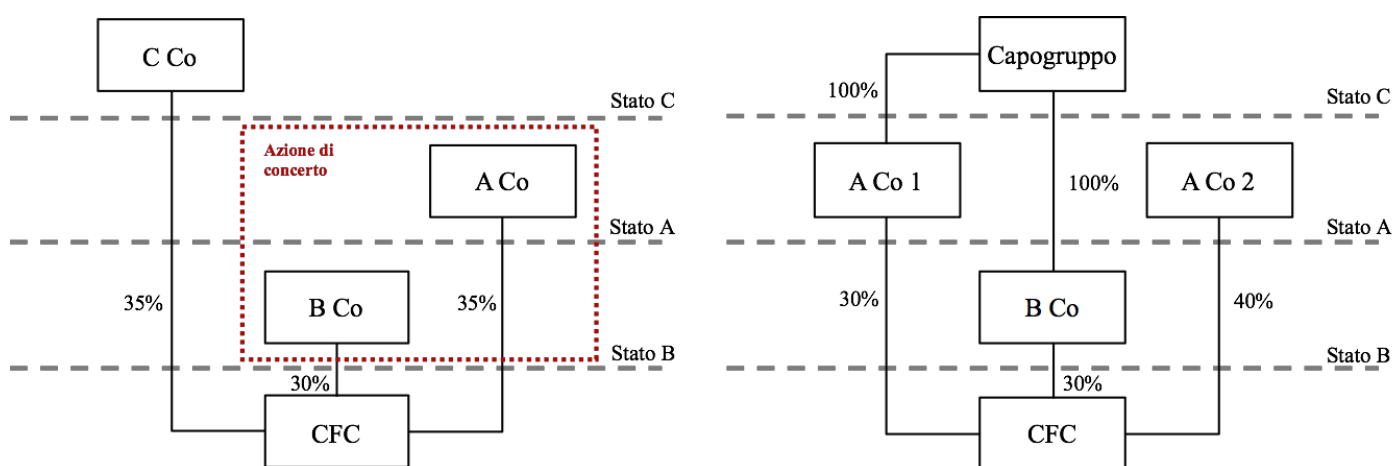
⁽⁵⁴⁾ OCSE (2015), *op. cit.*, par. 25, 36.

⁽⁵⁵⁾ L'*Action 3 – 2015 Final Report* definisce anche il controllo di fatto e il controllo ai sensi dei principi contabili per la redazione del bilancio consolidato, illustrandone le ragioni per cui non si prestano ai fini delle CFC *legislations*.

La prima ipotesi genera complessità e incertezza in capo ai contribuenti: essa riconosce eccessiva discrezionalità all'amministrazione finanziaria nell'analisi dei fatti e delle circostanze utili a provare che il soggetto controllante ha il diritto di assumere le decisioni strategiche più importanti, ovvero ha il potere di imporre o influenzare le attività quotidiane del soggetto estero. Nel secondo caso, invece, si riconosce che i principi contabili generalmente prevedono un riferimento alle fattispecie di controllo legale e/o economico per definire il perimetro del bilancio consolidato di una capogruppo.

estera superiore al 50 per cento ⁽⁵⁶⁾. Esistono poi una serie di casi in cui gli azionisti di minoranza, pur non detenendo individualmente il controllo della società estera, decidono di agire insieme per influenzarne la gestione: basti pensare alle azioni di concerto o al frazionamento di una partecipazione tra soggetti sottoposti a comune controllo (Figura 1). Dal momento che siffatti accordi potrebbero essere posti in essere per eludere l'applicazione della disciplina CFC, l'Action 3 raccomanda di adottare un test di controllo che verifichi – in assenza di un soggetto controllante identificabile – se esistono degli azionisti di minoranza dotati di potere decisionale sulle strategie della società estera ⁽⁵⁷⁾.

Figura 1 – Schemi tipici di frazionamento del controllo ⁽⁵⁸⁾



Un'ultima considerazione circa la nozione di controllo ai fini delle CFC rules riguarda le ipotesi di controllo realizzate attraverso una catena partecipativa (*sub-holding*) ⁽⁵⁹⁾. Una norma CFC efficace dovrebbe prevedere l'imputazione del reddito della società estera al soggetto apicale residente qualora esso sia titolare di almeno una partecipazione di controllo nella *sub-holding* non residente che a sua volta controlla la società

⁽⁵⁶⁾ OCSE (2015), *op. cit.*, par. 37.

⁽⁵⁷⁾ A tale scopo, il test di controllo potrebbe analizzare i fatti e le circostanze che caratterizzano i rapporti tra gli azionisti (con il rischio di creare eccessiva complessità amministrativa) ovvero i rapporti partecipativi tra le società del gruppo.

⁽⁵⁸⁾ OCSE (2015), *op. cit.*, par. 39, 41.

⁽⁵⁹⁾ OCSE (2015), *op. cit.*, par. 46.

estera; in tali casi, solo per l'imputazione dei redditi della CFC dovrebbe operare il principio della demoltiplicazione. Ad esempio, una capogruppo «*Parent*» possiede una partecipazione del 70 per cento in una *sub-holding*, la quale a sua volta controlla il 60 per cento dei diritti di voto nell'assemblea di una società estera. Se si applicasse la disciplina appena illustrata, dal momento che il requisito del controllo è integrato ad ogni livello della catena partecipativa, il reddito della CFC dovrebbe essere imputato – in virtù del principio di demoltiplicazione – a *Parent* nella misura della sua partecipazione economica, pari 42 al per cento (70% x 60%).

Per contrastare la frammentazione fittizia e puramente formale delle partecipazioni ed invocare così la disapplicazione della disciplina, diversi Stati hanno introdotto regole di individuazione della soglia di controllo di natura presuntiva (*constructive ownership rules*): in tali ordinamenti, è sufficiente che più soggetti residenti – anche tra loro indipendenti – detengano una partecipazione nella società estera perché quest'ultima possa essere qualificata come una CFC (*global domestic ownership test*). Per determinare quali soggetti concorrano al raggiungimento della soglia di controllo, alcuni Stati considerano ogni singola partecipazione detenuta dai residenti, mentre altri stabiliscono una quota minima affinché la stessa sia computata ai fini della verifica del requisito (*minimum ownership requirement*) ⁽⁶⁰⁾.

4.3. Circostanze esimenti

Tutti i paesi dotati di una CFC *legislation* prevedono anche delle circostanze al verificarsi delle quali la disciplina non si applica. La *ratio* di queste deroghe risiede nella volontà di escludere i soggetti esteri che, data la natura dell'attività economica svolta e/o del reddito prodotto, non rientrano in un disegno meramente finalizzato a realizzare un vantaggio fiscale indebito.

Una previsione molto diffusa condiziona l'applicazione della normativa CFC all'esito del confronto tra il livello di tassazione (nominale o effettivo) nello Stato della società controllata estera e quello nello Stato di residenza del soggetto controllante: se

⁽⁶⁰⁾ Ballancin, A. (2016), *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, Wolters Kluwer, CEDAM, pag. 64.

la differenza tra le pretese impositive supera una determinata soglia, allora il reddito della CFC sarà imputabile al soggetto controllante. Tale soglia può essere determinata prendendo a riferimento un'aliquota di *benchmark* ⁽⁶¹⁾ ovvero una frazione dell'imposta che il soggetto estero scontrerebbe se fosse residente nello Stato dell'azionista di controllo ⁽⁶²⁾. Diversamente, uno Stato può semplificare il processo di identificazione delle giurisdizioni a regime fiscale privilegiato predisponendo una lista nera (*black list*) di paesi o territori caratterizzati da un livello di tassazione sensibilmente inferiore al proprio oppure dalla mancanza di un adeguato scambio di informazioni in materia fiscale. L'uso delle liste sicuramente determina maggiore certezza del diritto poiché consente al contribuente di conoscere *ex ante* la disciplina applicabile alla propria controllata estera, e riduce la discrezionalità dell'Amministrazione finanziaria nel qualificare *ex post* un soggetto come residente in uno Stato a fiscalità privilegiata ⁽⁶³⁾.

Una seconda tipologia di esimente tipica è la *de minimis threshold*. Tale previsione generalmente esclude l'imputazione del reddito della società estera in capo al soggetto controllante qualora i redditi di natura passiva (*passive income*) della CFC non superino una determinata soglia, espressa in termini assoluti o in percentuale dell'imponibile ⁽⁶⁴⁾ ⁽⁶⁵⁾. Un altro criterio di esenzione è l'*anti-avoidance requirement*, che consente la disapplicazione della normativa in parola quando il contribuente residente riesce a dimostrare che il soggetto controllato non residente svolge un'attività economica effettiva ⁽⁶⁶⁾. Infine, taluni ordinamenti escludono l'applicabilità della disciplina al verificarsi di

⁽⁶¹⁾ È questo il caso della disciplina CFC tedesca: essa qualifica come residente in un regime fiscale privilegiato qualsiasi società soggetta ad imposizione effettiva inferiore al 25 per cento.

⁽⁶²⁾ L'attuale art. 167 TUIR, come riformato dal D.Lgs. 29 novembre 2018, n. 142, rientra in questa ipotesi, prevedendo l'applicazione della disciplina in parola qualora i soggetti controllati non residenti siano assoggettati a tassazione effettiva inferiore alla metà di quella a cui sarebbero stati soggetti qualora residenti in Italia.

⁽⁶³⁾ OCSE (2015), *op. cit.*, par. 61-65

⁽⁶⁴⁾ L'attuale formulazione dell'art. 167 TUIR contiene un requisito di questo natura: esso prevede che il reddito della CFC sia imputato al soggetto controllante qualora oltre un terzo dei proventi realizzati dalla società sia di natura passiva.

⁽⁶⁵⁾ OCSE (2015), *op. cit.*, par. 53

⁽⁶⁶⁾ OCSE (2015), *op. cit.*, par. 60

fatti tali da offrire sufficienti garanzie che la società estera non sia stata costituita al solo fine di beneficiare del differimento d'imposta e/o di porre in essere comportamenti elusivi: tra questi, l'adozione di una politica di distribuzione annuale degli utili (*acceptable distribution test*), lo svolgimento di un'effettiva attività industriale o commerciale nel territorio di insediamento o la quotazione dei propri titoli in un mercato regolamentato ⁽⁶⁷⁾.

Quanto alle modalità per la verifica dell'applicazione delle circostanze esimenti, la maggior parte delle legislazioni nazionali prevede la possibilità per il contribuente di esperire una procedura di interpello (obbligatoria o facoltativa), ovvero il diritto a far valere la sussistenza delle esclusioni previste dalla norma in fase di istruttoria endoprocedimentale o in sede giurisdizionale ⁽⁶⁸⁾.

4.4. Ambito oggettivo: la natura del reddito

Una volta stabilito che una società controllata estera rientra nell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina CFC interna, si rende necessario comprendere se il reddito da essa realizzato presenta caratteristiche tali da poter sollevare questioni in fatto di erosione della base imponibile e di spostamento dei profitti. Tale analisi può essere effettuata adottando un approccio transazionale (*transactional approach*, *tainted income approach*) ovvero giurisdizionale (*jurisdictional approach*, *entity approach* o *total income approach*) ⁽⁶⁹⁾.

Nel caso di *transactional approach*, soltanto i redditi derivanti da attività diverse dalla produzione o dallo scambio di beni o di servizi con parti indipendenti (*passive*

⁽⁶⁷⁾ European Federation of Accountants (2002), *FEE Position Paper on Controlled Foreign Company Legislations in the EU*. Disponibile al link: <https://www.accountancyeurope.eu/publications/controlled-foreign-company-legislations-in-the-eu/>

⁽⁶⁸⁾ Ballancin, A. (2016), *op. cit.*, pag. 86.

⁽⁶⁹⁾ Le definizioni sono di Avi-Yonah, R.S., Sartori, N. (2012), *US Subpart F Legislative Proposals: A Comparative Perspective*, in University of Michigan Public and Legal Theory Working Paper Series. Disponibile al link: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1991966.

Sul punto, anche OCSE (1996), *Controlled Foreign Company Legislation: Studies in Taxation of Foreign Source Income*, pag. 20, 47 ss.

income) ed i redditi non economicamente collegati all'ordinamento in cui la società controllata estera è residente (*base company income*) sono imputati per trasparenza ai soggetti controllanti ⁽⁷⁰⁾. In questo modo, la norma CFC ambisce a ristabilire la potestà impositiva dello Stato in cui è localizzato il processo di creazione del valore e a salvaguardare la competitività delle imprese residenti sul mercato internazionale. La scelta di circoscrivere l'ambito di applicazione della norma a *passive income* e *base company income* impone dunque una definizione di queste categorie di reddito. Adottando una classificazione prettamente legale, nella nozione di redditi passivi sono ricompresi gli interessi e gli altri proventi generati da attivi finanziari, i dividendi, le rendite, i canoni e gli altri proventi derivanti dalla cessione o concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà intellettuale, nonché le plusvalenze derivanti dalla cessione o permuta di determinati beni (incluse le plusvalenze da cessione di partecipazioni o altri strumenti finanziari) ⁽⁷¹⁾. Quanto invece al *base company income*, appartengono alla categoria in esame i redditi di natura commerciale (*business income, non passive income*) che non esprimono un valore coerente con le funzioni svolte, le attività impiegate e i rischi assunti dalla società controllata estera a cui sono allocati ⁽⁷²⁾. A titolo di esempio, appartengono alla categoria in esame i proventi derivanti da operazioni di compravendita di beni o da prestazioni di servizi con valore economico scarso o nullo effettuate a favore di altri soggetti appartenenti allo stesso gruppo multinazionale.

Per contro, il *jurisdictional approach* prevede che qualora un determinato ammontare del reddito della CFC rientri nella definizione di *tainted income*, l'intero reddito della società estera debba essere imputato al soggetto controllante residente. Questo approccio, semplificando le ipotesi di applicazione ad un *aut aut* condizionato ad una misura di reddito, ha sicuramente il vantaggio di ridurre gli oneri amministrativi in capo ai contribuenti. D'altra parte, l'operare di un criterio di prevalenza comporta in ogni caso un rischio di sovra ovvero sotto imposizione. Infatti, qualora una società controllata

⁽⁷⁰⁾ OCSE (2015), *op. cit.*, par. 97. Sulla distinzione tra *passive income* e *base company income*, Ballancin, A. (2016), *op. cit.*, pag. 74 ss.

⁽⁷¹⁾ OCSE (2015), *op. cit.*, par. 77-78.

⁽⁷²⁾ Ballancin, A. (2016), *op. cit.*, pag. 77.

estera realizzi una quantità di reddito «inquinato» superiore alla soglia prevista dalla normativa, il suo intero reddito sarà sottoposto a tassazione nello Stato di residenza del soggetto controllante – nonostante una parte di esso derivi dallo svolgimento di un’attività economica effettiva; nel caso opposto, la minor parte di *tainted income* non rientrerà nell’ambito oggettivo di applicazione della *CFC rule*, alimentando il rischio che la società estera, seppur dedita ad un’attività commerciale, possa essere utilizzata come veicolo per sottrarre redditi passivi all’imposizione ⁽⁷³⁾.

Qualsiasi sia l’approccio adottato per l’analisi della natura del reddito delle società controllate estere, una disciplina CFC deve anche contenere delle disposizioni in merito alle modalità di determinazione della base imponibile di tali soggetti. Il criterio più efficace – nonché il più consistente con gli obiettivi del *BEPS Action Plan* – è l’estensione alla CFC delle regole per il calcolo del reddito d’impresa previste dall’ordinamento del soggetto controllante ⁽⁷⁴⁾. La *ratio* di questa opzione risiede nella volontà di vanificare l’applicabilità delle regole per la determinazione del reddito fiscale previste dall’ordinamento della società controllata estera: spesso infatti gli Stati riescono ad attrarre investitori esteri proprio implementando delle regole di determinazione della base imponibile *ad hoc*, in deroga alla disciplina generale delle imposte sui redditi, che consentono loro di beneficiare di un prelievo fiscale effettivo di gran lunga inferiore a quello nominale. Un’altra questione riguarda infine il trattamento fiscale delle perdite generate dalla società controllata estera: in tal caso, l’*Action 3* raccomanda di consentire il riporto delle perdite della CFC ai periodi d’imposta successivi, affinché possano essere utilizzate per ridurre l’importo del reddito complessivo della stessa. Prevedere l’imputazione al soggetto controllante anche dei risultati negativi della società controllata estera, infatti, aumenterebbe il rischio di operazioni fittizie utili a generare perdite nella giurisdizione della CFC ⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷³⁾ OCSE (2015), *op. cit.*, par. 96.

⁽⁷⁴⁾ OCSE (2015), *op. cit.*, par. 101.

⁽⁷⁵⁾ OCSE (2015), *op. cit.*, par. 103.

4.5. Regole per l'attribuzione del reddito

Oltre a definire le modalità di calcolo del reddito della società controllata estera, una disciplina CFC tipicamente regola i criteri di attribuzione di tale risultato agli azionisti. Sebbene la maggior parte delle CFC *rules* imponga di imputare i redditi della società estera al socio residente in proporzione alla soglia di controllo (ovvero di influenza considerevole) prevista per l'applicazione della disciplina, gli Stati possono prevedere percentuali di controllo e di attrazione diversi per disincentivare determinati schemi di pianificazione fiscale aggressiva. Per esempio, prevedendo una soglia rilevante ai fini dell'imputazione del reddito più elevata rispetto a quella prevista ai fini del controllo e ammettendo la concentrazione di quote (*constructive ownership rule*), alcuni Stati cercano di contrastare gli investimenti effettuati dai residenti tali da consentire loro di influire significativamente sulla società partecipata. Con riferimento all'ambito temporale, poi, è pacifico che i requisiti di applicabilità della norma debbano sussistere alla data di chiusura del periodo d'imposta della società estera: in questo modo, la norma rende irrilevanti le eventuali modificazioni dell'assetto proprietario che potrebbero verificarsi tra tale data e l'approvazione della delibera di destinazione dell'utile, creando affidamento intorno ai soggetti a cui deve essere imputato il reddito in virtù del loro potere decisionale sulla società. La data della chiusura del periodo d'imposta della società partecipata, inoltre, è generalmente utilizzata anche per identificare il momento in cui il suo reddito debba essere imputato al socio residente. Invece, per quanto riguarda l'ipotesi in cui la partecipazione sia stata acquisita nel corso dell'anno, alcune norme CFC prevedono l'imputazione del reddito in proporzione al periodo di effettiva detenzione, mentre altre prescindono da questa considerazione e attribuiscono il reddito in misura integrale ⁽⁷⁶⁾.

Un'altra rilevante questione riguarda le modalità con cui la legislazione nazionale attribuisce al socio residente il reddito della società controllata non residente. In base al *deemed dividend approach*, il risultato d'esercizio della CFC si presume percepito a prescindere dalla sua effettiva distribuzione, divenendo così oggetto di imposizione in capo al socio residente secondo le regole interne applicabili ai dividendi. Il *piercing the*

⁽⁷⁶⁾ OCSE (2015), *op. cit.*, par. 113-117.

corporate veil approach, invece, qualifica la CFC alla stregua di un ente trasparente, per cui i suoi redditi devono essere considerati come realizzati direttamente dai soci: tale modello definisce una deroga al potere di autodeterminazione della società, la quale non viene considerata come un soggetto giuridico autonomo, ma piuttosto come un veicolo utilizzato dai suoi soci per generare reddito ⁽⁷⁷⁾.

Una volta comprese le regole per l'attribuzione, resta da stabilire quale aliquota applicare. Anche se le CFC *legislations* generalmente estendono l'imposizione ordinaria prevista dallo Stato di residenza del socio al reddito della controllata estera, un'opzione alternativa potrebbe essere l'introduzione di una *top-up tax*, in ragione della quale il reddito rimpatriato è assoggettato ad imposizione in base alla differenza tra l'imposta assolta nello Stato della fonte ed una determinata soglia (*floor*) ⁽⁷⁸⁾. Tuttavia, secondo le raccomandazioni dell'*Action 3*, una previsione di tale natura, determinando un beneficio dalla localizzazione dei redditi al di fuori dallo Stato di residenza pari alla differenza tra l'aliquota nominale a cui è sottoposto il soggetto controllante e il *floor*, potrebbe qualificarsi a sua volta come regime fiscale preferenziale e ridurre l'efficacia della disciplina CFC ⁽⁷⁹⁾.

4.6. Regole per prevenire o eliminare la doppia imposizione internazionale

Se il principale effetto di una disciplina CFC è determinare l'estensione della potestà impositiva di uno Stato su un soggetto non residente, è naturale che la sua applicazione possa originare fenomeni di doppia imposizione internazionale al verificarsi di determinate ipotesi, quali: (i) la CFC è assoggettata ad imposizione nello Stato di residenza; (ii) più ordinamenti avanzano la propria pretesa impositiva sul reddito CFC; (iii) gli utili già

⁽⁷⁷⁾ OCSE (2015), *op. cit.*, par. 118. Per una differenza tra i due approcci, si veda Rust, A., *CFC Legislations and EC Law*, in Intertax, 2008, n. 493.

⁽⁷⁸⁾ Si supponga che lo Stato di residenza del socio preveda un'aliquota nominale del 30% e applichi la disciplina CFC alle società controllate estere che scontano un'imposizione effettiva inferiore al 15%. Nell'ipotesi di *top-up tax*, i redditi conseguiti dalla CFC sarebbero assoggettati ad imposizione in capo al socio residente nella minor misura del 15% anziché all'aliquota ordinaria del 30%.

⁽⁷⁹⁾ OCSE (2015), *op. cit.*, par. 119-120.

imputati per trasparenza al socio residente in forza di tale normativa sono successivamente distribuiti a quest'ultimo ⁽⁸⁰⁾.

Con riguardo alla prima ipotesi, la maggior parte delle legislazioni nazionali riconosce un credito d'imposta indiretto pari all'obbligazione tributaria effettivamente e definitivamente scontata dalla società controllata nello Stato di insediamento. Altri ordinamenti, invece, consentono di dedurre le imposte estere dal reddito attribuito al socio residente a cui si applica la disciplina; quest'ultimo metodo, tuttavia, è sconsigliato dall'OCSE perché non consente allo Stato del soggetto controllante di asserire correttamente la propria potestà impositiva sul reddito della CFC.

La seconda ipotesi verte in merito ai casi in cui il controllo è integrato attraverso l'interposizione di società intermedie residenti in Stati diversi. Secondo l'*Action 3*, la priorità in fatto di applicazione della disciplina CFC dovrebbe essere accordata alla giurisdizione della società che, nella catena partecipativa, è più vicina alla società controllata estera. Di conseguenza, lo stato di residenza della *holding* capogruppo dovrebbe riconoscere il credito per le imposte assolte dalle *sub-holding* intermedie sui redditi a queste ultime imputate per trasparenza in forza delle CFC *rules* dei rispettivi ordinamenti.

Atteso il terzo profilo di analisi, la maggior parte degli Stati dispone che gli utili successivamente distribuiti, in qualsiasi forma, dalla CFC non concorrono alla formazione della base imponibile dei soggetti residenti fino all'ammontare del reddito assoggettato a tassazione per trasparenza. Se una previsione simile non crea alcuna difficoltà quando la norma prevede l'imputazione dell'intero reddito della società estera al soggetto controllante (*jurisdictional approach*), lo stesso non si può dire nell'ipotesi di *transactional approach* ovvero nel caso di partecipazione indiretta per il tramite di una *sub-holding* che non ha conseguito soltanto redditi già imputati alla capogruppo. In questi casi, per superare le difficoltà nello stabilire se i redditi distribuiti rientrano nell'ambito oggettivo della disciplina, le legislazioni nazionali adottano tipicamente il criterio della prioritaria distribuzione degli utili già imputati e tassati per trasparenza. Infine, si verifica un problema di doppia imposizione giuridica quando lo Stato di residenza della CFC

⁽⁸⁰⁾ OCSE (2015), *op. cit.*, par. 125-131.

applica una ritenuta alla fonte sui dividendi in uscita: anche in tal caso, lo Stato del soggetto controllante, pur considerando la successiva distribuzione dei dividendi fiscalmente irrilevante, dovrebbe eliminare la doppia imposizione prevedendo un credito d'imposta pari alla ritenuta applicabile dallo Stato della CFC ⁽⁸¹⁾.

L'*Action 3* propone altre due possibili fattispecie di doppia imposizione. La prima riguarda le ipotesi di aggiustamento ai fini della normativa sui prezzi di trasferimento tra soggetti esteri sottoposti a comune controllo e residenti in giurisdizioni differenti: in tal caso, dal momento che – realisticamente – l'aggiustamento determinerà una riduzione del reddito del soggetto residente nello Stato a minore fiscalità a beneficio di quello residente nello Stato a maggiore fiscalità, il soggetto controllante dovrebbe poter beneficiare di uno sgravio nella misura delle maggiori imposte già pagate dalla sua controllata a minore fiscalità. La seconda ipotesi si integra nel caso di cessione della partecipazione da parte del socio in relazione al quale ha operato il regime di imputazione per trasparenza: così come previsto in relazione alla distribuzione degli utili, generalmente le legislazioni nazionali prevedono l'irrilevanza fiscale della plusvalenza realizzata dal socio, per la parte della stessa relativa agli utili non distribuiti ma già previamente assoggettati ad imposizione in capo al soggetto controllante in forza della disciplina CFC ⁽⁸²⁾.

⁽⁸¹⁾ Ballancin, A. (2016), *op. cit.*, pag. 91-92.

⁽⁸²⁾ OCSE (2015), *op. cit.*, par. 122.

CAPITOLO II

GENESI E RATIO DELLA DISCIPLINA ITALIANA IN MATERIA DI SOCIETÀ CONTROLLATE ESTERE

SOMMARIO: 1. Contesto storico e introduzione dell'art. 127-*bis*. – 2. Ambito soggettivo: soggetti partecipanti e partecipati. – 3. Ambito oggettivo: il requisito del controllo. – 4. L'individuazione dei paesi a fiscalità privilegiati ai fini CFC. – 4.1. I criteri generali ex art. 127-*bis*, comma 4. – 4.2. Il metodo della *black list*. – 5. L'imputazione dei redditi della CFC. – 6. Doppia imposizione giuridica ed esclusione dei dividendi distribuiti. – 7. Circostanze esimenti. – 7.1. Effettiva attività industriale o commerciale. – 7.2. Non-localizzazione dei redditi in Stati o territori *black list*. – 8. L'interpello preventivo. – 9. L'estensione della disciplina alle società collegate. – 10. Natura e *ratio* della disciplina CFC italiana.

1. Contesto storico e introduzione dell'art. 127-*bis*

All'inizio del nuovo millennio, gli effetti sulla localizzazione degli investimenti internazionali prodotti dall'assenza di restrizioni alla circolazione dei capitali rappresentavano una delle principali questioni irrisolte da parte dell'ordinamento tributario italiano. All'epoca, l'unica norma pensata per disincentivare il trasferimento all'estero di attività economiche allo scopo di realizzare un risparmio d'imposta era l'art. 76, TUIR, commi 7-*bis* e 7-*ter* ⁽⁸³⁾, in materia di indeducibilità delle spese e degli altri componenti negativi di reddito derivanti da operazioni realizzate tra imprese residenti in Italia ed imprese domiciliate fiscalmente in Stati a fiscalità privilegiata. Tali disposizioni, tuttavia, non avevano prodotto risultati apprezzabili sul piano del recupero di base imponibile, determinando così l'esigenza di un intervento legislativo ispirato alle CFC *rules* già adottate da altri Stati e fedele alle raccomandazioni dell'OCSE e dell'Unione Europea.

⁽⁸³⁾ Legge 30 dicembre 1991, n. 413, e successive modificazioni.

La prima CFC *legislation* italiana fu l'esito di un lungo iter legislativo, iniziato nel 1999 con la presentazione di due disegni di legge ⁽⁸⁴⁾ e conclusosi con l'approvazione della Legge del 21 novembre 2000, n. 342, e l'introduzione dell'art. 127-*bis*, TUIR, rubricato «*Disposizioni in materia di imprese estere partecipate*». Ispirandosi al *jurisdictional (entity) approach* che caratterizzava la normativa francese di cui all'articolo 209b del *Code général des impôts* ⁽⁸⁵⁾, l'art. 127-*bis* stabiliva che gli utili – rideterminati secondo le norme sul reddito d'impresa italiane – conseguiti da una società localizzata in uno Stato o territorio a regime fiscale privilegiato e controllata da un soggetto residente in Italia dovessero essere imputati a quest'ultimo per la sua quota di pertinenza. Come corollario a questa nuova forma di trattamento fiscale, la disciplina prevedeva anche l'irrelevanza ai fini impositivi delle successive erogazioni di dividendi fino a concorrenza dell'ammontare del reddito stesso.

2. Ambito soggettivo: soggetti partecipanti e partecipati

Per il combinato disposto dai commi 1 e 2 dell'art. 127-*bis*, i soggetti partecipanti ai fini della normativa CFC erano le persone fisiche residenti e i soggetti di cui agli articoli 5 e 87, comma 1, lettera a), b) e c) del Testo Unico, ovverosia società di persone, società di armamento, società di fatto, associazioni senza personalità giuridica costituite fra persone fisiche, imprese familiari, società di capitali, società cooperative, società di mutua assicurazione ed enti pubblici e privati diversi dalle società, esercenti o meno attività

⁽⁸⁴⁾ Il DDL n. 4185 di iniziativa parlamentare e il DDL n. 4336 approvato dal Consiglio dei Ministri il 15 novembre 1999.

⁽⁸⁵⁾ Per sommi capi, l'art. 209b condizionava l'applicazione della disciplina CFC al fatto che il soggetto controllato estero fosse sottoposto ad un'aliquota fiscale effettiva inferiore ai due terzi di quella francese. Sotto il profilo soggettivo, invece, una società si qualificava come controllante nell'ipotesi in cui detenesse almeno il 10 per cento delle azioni o dei diritti di voto della controllata. Se tali requisiti venivano integrati, il soggetto residente in Francia subiva la tassazione separata sull'utile della controllata estera, anche se essa non aveva deliberato un'effettiva ripartizione dei dividendi, pur beneficiando di un credito per le imposte già pagate all'estero.

commerciali ⁽⁸⁶⁾. Esclusi dall'ambito soggettivo della norma restavano quindi i *trust* ⁽⁸⁷⁾ e i soggetti non residenti nel territorio dello Stato di cui alla lettera d) dell'art. 87, comma 1, comprese le stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti in possesso di una partecipazione in un altro soggetto estero qualificabile come CFC ⁽⁸⁸⁾.

Quanto ai soggetti partecipati, il comma 1 dell'art. 127-*bis* menzionava ogni impresa, società ed altro ente residente o localizzato ⁽⁸⁹⁾ in Stati o territori a regime fiscale privilegiato, inclusi i soggetti non residenti operanti per il tramite di stabili organizzazioni. Come con riguardo ai soggetti partecipanti, i numerosi interrogativi riguardanti l'inclusione dei *trust* nell'ambito di applicazione della nuova normativa non si risolsero fino all'approvazione dell'art. 74, comma 1, lettera a), della Legge del 27 dicembre 2006, n. 296, che ha modificato l'art. 73 (*ex art.* 87).

⁽⁸⁶⁾ Diversamente dalla normativa francese da cui trae ispirazione, la disciplina CFC italiana presenta un ambito soggettivo più ampio, non limitato alle persone giuridiche residenti ma esteso anche alle persone fisiche.

⁽⁸⁷⁾ Sebbene la Convenzione dell'Aia, con la quale l'Italia ha riconosciuto il *trust* come rapporto giuridico, fosse stata ratificata solo da una decina d'anni, l'orientamento dottrinario prevalente tendeva a non escludere il *trust* dall'ambito di applicazione dell'art. 87. Per tale ragione, dunque, vi era la tendenza a qualificare un *trust* come controllante ai fini della disciplina CFC al verificarsi di tre condizioni: (i) essere fiscalmente residente in Italia; (ii) detenere una partecipazione di controllo in una società o ente localizzato in Stati o territori a fiscalità privilegiata; (iii) essere il beneficiario effettivo dei dividendi distribuiti da tale società o ente controllato. Sul punto, Capolupo, S., *Presupposti soggettivi della normativa sulle controlled foreign companies*, in *Il Fisco*, 2002, n. 7, parte 1, pag. 917.

⁽⁸⁸⁾ La motivazione sottesa a questa esclusione risiedeva probabilmente nel fatto che, qualora la disciplina fosse stata indirizzata anche alle stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti, si sarebbe potuto determinare un contrasto tra pretese impositive, quella italiana e quella dello Stato della capogruppo (qualora anch'esso avesse adottato una disciplina CFC), e dunque un'ipotesi di doppia imposizione. Sul punto, sempre Capolupo, S. (2002), *op. cit.*

⁽⁸⁹⁾ Nella relazione al disegno di legge n. 4336 della VI Commissione Finanze e Tesoro del Senato si legge che i soggetti esteri devono essere individuati «*in relazione al fatto che essi godano oggettivamente dei regimi fiscali privilegiati, quale che sia il collegamento territoriale che determini tale situazione di godimento; collegamento che potrebbe, infatti, essere dato non solo dalla residenza ma anche dal domicilio, dalla costituzione del soggetto estero secondo la legge dello Stato che accorda il regime fiscale privilegiato, ed altro. In questo senso, è stato introdotto accanto al concetto di residenza anche quello di «localizzazione» in Stati o territori con regime fiscale privilegiato*». Siffatta definizione consente dunque di applicare la normativa CFC anche a tutte le ipotesi in cui il soggetto estero non è fiscalmente residente nello Stato, ma può comunque beneficiare del regime fiscale privilegiato in virtù di altre caratteristiche oggettive o soggettive.

3. Ambito oggettivo: il requisito del controllo

L'art. 127-*bis*, comma 1, prevedeva che, ai fini dell'imputazione del reddito della CFC, il soggetto residente in Italia ne doveva detenere il controllo, direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona. La norma, tuttavia, non proponeva una definizione puntuale di controllo, ma rinviava (comma 3) alla definizione civilistica di cui all'art. 2359 c.c. ⁽⁹⁰⁾. Un soggetto residente, dunque, integrava il requisito del controllo ai fini dell'art. 127-*bis* nelle seguenti ipotesi:

- Controllo di diritto (art. 2359, n. 1): il soggetto partecipante dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria della CFC (*rectius*, del 50 per cento più uno delle azioni con diritto di voto nell'assemblea ordinaria);
- Controllo di fatto interno, basato su una partecipazione (art. 2359, n. 2): il soggetto partecipante dispone dei voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria della CFC ⁽⁹¹⁾;
- Controllo di fatto esterno, su base contrattuale (art. 2359, n. 3): il soggetto partecipante esercita un'influenza dominante sulla CFC in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Con riguardo alla nozione di controllo indiretto, essa non si esauriva nelle ipotesi di controllo tramite società fiduciaria o per interposta persona (di cui agli articoli 127-*bis*, comma 1, TUIR, e 2359, comma 2, c.c.), ma si estendeva anche a tutte le situazioni in

⁽⁹⁰⁾ Con riferimento alla nozione di controllo ai fini della disciplina CFC, è interessante notare che il testo originariamente proposto non facesse riferimento al requisito del controllo, ma, proprio come la norma francese a cui si ispirava, al possesso di una partecipazione (diretta o indiretta) al soggetto estero in misura del 25 per cento ovvero di una partecipazione di valore assoluto non inferiore a 15 miliardi di lire. Nel corso dei lavori parlamentari, tuttavia, si preferì il controllo civilistico quale unico presupposto oggettivo di applicazione della disciplina. Tale nozione, infatti, avrebbe meglio rispecchiato l'esistenza di un legame tra soggetto residente ed ente estero tale da consentire di qualificare il primo quale effettivo *dominus* dei risultati dell'attività svolta dal secondo, nonché di attenuare i problemi di ordine pratico concernenti il recepimento delle informazioni necessarie per la determinazione del reddito da attribuire alla controllante. Sul punto, Ballancin, A. (2016), *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, Wolters Kluwer, CEDAM, pag. 282.

⁽⁹¹⁾ Stando alla Risoluzione del 15 novembre 2002, n. 358/E, tale ipotesi di controllo può facilmente trovare riscontro nelle realtà societarie caratterizzate dalla separazione tra proprietà e controllo, ovvero sia nelle società che, presentando un capitale fortemente diffuso, sono interessate da un elevato tasso di assenteismo assembleare.

cui un soggetto italiano si trovava in posizione dominante rispetto alla struttura mediana (*sub-holding* o altro schema di interposizione reale) di una catena di controllo dotata di un'influenza egemonica su un soggetto residente in un paradiso fiscale ⁽⁹²⁾. Al fine di determinare l'esistenza di un rapporto di supremazia indiretto, dunque, non si doveva tenere conto degli effetti demoltiplicativi derivanti dall'interposizione di altri soggetti ⁽⁹³⁾, ma della sussistenza del requisito del controllo ad ogni livello della catena partecipativa. D'altra parte, la norma non avrebbe trovato applicazione per difetto di presupposto soggettivo qualora la partecipazione rilevante ai fini della disciplina CFC fosse stata detenuta da uno o più soggetti residenti controllati a loro volta da un soggetto non residente: in tal caso, infatti, la società localizzata nello Stato a fiscalità privilegiata sarebbe stata controllata da un soggetto di cui alla lettera d) dell'articolo 87, comma 1, TUIR ⁽⁹⁴⁾.

Attenendosi alla stretta accezione letterale dell'art. 127-*bis*, il quale disponeva che il reddito della CFC dovesse essere imputato «*ai soggetti residenti in proporzione alle partecipazioni da essi detenute*», un'altra ipotesi contemplata dalla disciplina in materia era il controllo congiunto. Questa ipotesi si verifica quando l'influenza dominante sulla società controllata estera è ottenuta da più soggetti residenti non legati da alcun vincolo partecipativo, ma da un accordo (come un sindacato di voto) tale da garantire loro un potere di determinazione collegiale delle decisioni dell'assemblea ordinaria: in tal caso, il reddito della società controllata estera doveva essere imputato al soggetto residente in posizione di preminenza rispetto agli altri soci pattisti ⁽⁹⁵⁾.

Il rinvio all'ipotesi di controllo di fatto esterno aveva destato numerose perplessità in dottrina con riguardo alla legittimità di attribuire il reddito di una CFC al soggetto

⁽⁹²⁾ Gaffuri, A. (2016), *La disciplina delle CFC*, in Dragonetti, A., Piacentini, V. e Sfondrini, A. (a cura di), *Manuale di fiscalità internazionale – VII edizione*, IPSOA Wolters Kluwer, pag. 1811.

⁽⁹³⁾ Laddove abbia voluto attribuire rilevanza all'effetto demoltiplicativo derivante dalle relazioni esistenti tra i soggetti appartenenti ad un gruppo, infatti, il legislatore lo ha previsto espressamente (come agli articoli 120 e 133, TUIR, rispettivamente in materia di consolidato domestico e mondiale).

⁽⁹⁴⁾ Assonime, Circolare del 18 dicembre 2000, n. 65.

⁽⁹⁵⁾ Garbarino, C. (2008), *Manuale di tassazione internazionale*, IPSOA Wolters Kluwer Italia, pag. 1644.

che ne deteneva il controllo in forza di un contratto, pur senza possedere una partecipazione anche minima nella stessa. Infatti, sebbene l'art. 127-*bis* fosse finalizzato ad assicurare che i redditi prodotti da una società estera localizzata in uno Stato o territorio a fiscalità privilegiata fossero tassati in Italia, la stessa norma non prevedeva che il presupposto fosse integrato *erga omnes*, ma soltanto qualora la CFC presentasse un grado minimo di connessione con un soggetto residente ⁽⁹⁶⁾. Stando all'ultimo periodo del comma 1 dell'articolo in parola, che estendeva l'applicabilità della normativa alle «*partecipazioni in soggetti non residenti relativamente ai redditi derivanti da loro stabili organizzazioni assoggettati ai predetti regimi fiscali privilegiati*», sembrerebbe essere proprio il possesso di una partecipazione ad instaurare la connessione necessaria all'Italia per esercitare la propria potestà impositiva sui redditi della società controllata estera ⁽⁹⁷⁾.

La pubblicazione del Decreto Ministeriale del 21 novembre 2001, n. 429, fu determinante per chiarire alcuni dubbi sollevati dalla dottrina intorno alla nozione di controllo ai fini della disciplina CFC.

Innanzitutto, il rinvio alla disciplina civilistica ha legittimato la sussistenza del controllo anche nelle ipotesi in cui un soggetto disponga di un diritto reale parziario sulla partecipazione, quale il pegno o l'usufrutto: ai sensi dell'art. 2352 c.c., infatti, in tali casi il diritto di voto spetta – salvo convenzione contraria delle parti – al creditore pignoratizio o all'usufruttuario. Inoltre, il riferimento al comma 2 dell'articolo 2359 c.c. ha reso irrilevanti, ai fini del computo per la determinazione del controllo, i voti spettanti per conto di terzi (come il voto per delega), mentre la mancata menzione del comma 3 dello stesso articolo ha consentito di escludere le ipotesi di influenza notevole dall'ambito di applicazione dell'art. 127-*bis*.

In secondo luogo, il regolamento attuativo in parola ha chiarito *ex art.* 1, comma 3, che la verifica della sussistenza del controllo dovesse essere effettuata «*alla data di*

⁽⁹⁶⁾ Stevanato, D., *Controlled Foreign Companies: concetto di controllo e imputazione di reddito*, in Rivista di Diritto Tributario, 2000, n. 7-8, pag. 777 ss.

⁽⁹⁷⁾ Tale interpretazione è stata successivamente proposta anche nella relazione al Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 21 novembre 2001, n. 429, che ha precisato che «*ai fini dell'imputazione del reddito, oltre il controllo, è necessaria una, seppur minima, partecipazione all'utile dell'impresa estera da parte del soggetto italiano*».

chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato», indipendentemente dal periodo di possesso della partecipazione.

Il D.M. n. 429/2001 ha poi introdotto due misure propedeutiche ad arginare quei comportamenti strumentali alla disapplicazione della disciplina CFC per difetto del presupposto oggettivo, realizzato mediante la frammentazione fittizia e puramente formale delle partecipazioni. La prima prevedeva l'applicazione delle disposizioni di contrasto all'interposizione e all'elusione di cui agli articoli 37, terzo comma, e 37-bis del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, «*per i comportamenti posti in essere allo scopo del frazionamento del controllo o della perdita temporanea dello stesso ovvero della riduzione dei redditi imputabili*». La seconda faceva invece riferimento all'integrazione del requisito del controllo da parte delle persone fisiche e disponeva che anche i voti esercitabili dai familiari di cui all'articolo 5, comma 5, TUIR (coniuge, parenti entro il terzo grado e affini entro il secondo grado) dovessero essere conteggiati nella misura del controllo esercitato direttamente dalla persona fisica ⁽⁹⁸⁾.

Infine, l'art. 4, comma 3, D.M. n. 429/2001, escludeva dall'ambito di applicazione della norma il soggetto controllante o i soggetti da esso partecipati se non possedevano partecipazioni agli utili. Diversamente, infatti, il prelievo avrebbe determinato in capo al socio residente un'obbligazione tributaria riferita ad un reddito che il medesimo non avrebbe mai potuto conseguire, violando così il principio di capacità contributiva. Allo stesso modo, costituiva una condizione ostativa all'imputazione automatica del reddito anche il possesso di titoli partecipativi che conferiscono solo prerogative di natura patrimoniale: in tal caso, l'azionista non dispone della facoltà di prendere parte all'assemblea dei soci e di esprimere la propria volontà con il voto ⁽⁹⁹⁾.

⁽⁹⁸⁾ L'impostazione adottata dal D.M. n. 429/2001 fu criticata in dottrina perché introduceva una regola di individuazione della soglia di controllo di natura presuntiva (*constructive ownership rules*) non contemplata dall'art. 127-bis, né in generale né con riferimento ai soggetti o enti controllanti diversi dalle persone fisiche. Inoltre, essa produceva l'effetto di ricondurre ad una partecipazione congiunta una pluralità di situazioni giuridiche di soggetti che, seppur legati da un legame familiare, potrebbero avere delle posizioni differenti. Sul punto, Bartolomucci, S., *L'ambito soggettivo di applicazione delle controlled foreign companies: alcune problematiche interpretative ed applicative della norma*, in *Il Fisco*, 2002, vol. 1, pag. 1910.

⁽⁹⁹⁾ Gaffuri, A. (2016), *op. cit.*, pag. 1810.

4. L'individuazione dei paesi a fiscalità privilegiata ai fini CFC

Il comma 4 dell'art. 127-*bis* qualificava come privilegiati ai fini della disciplina CFC i regimi fiscali di Stati o territori individuati con decreti del Ministro delle Finanze «*in ragione del livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia, della mancanza di un adeguato scambio di informazioni ovvero di altri criteri equivalenti*». La norma individuava dunque tre criteri: (i) il livello di tassazione sensibilmente inferiore, (ii) l'adeguato scambio di informazioni, (iii) altri criteri equivalenti.

4.1. I criteri generali ex art. 127-*bis*, comma 4

Il primo criterio proposto dalla norma era ispirato al Codice di Condotta ⁽¹⁰⁰⁾ approvato dal Consiglio dell'Unione Europea nel 1997, nel quale si può leggere che «*vanno considerate potenzialmente dannose e pertanto coperte dal presente Codice le misure fiscali che determinano un livello di imposizione effettivo nettamente inferiore, ivi compresa l'imposizione di entità zero, ai livelli generalmente applicati nello Stato membro interessato*». Il legislatore ha dunque commesso un duplice errore, ovverosia recepire una formula lessicale non tratta da un atto normativo ma da un impegno politico di collaborazione tra gli Stati Membri dell'Unione, e non introdurre alcun riferimento alla soglia rilevante ai fini della qualificazione del regime fiscale privilegiato ⁽¹⁰¹⁾. Fu la Camera dei Deputati, con l'ordine del giorno del 4 ottobre 2000, ad impegnare il Governo «*in sede di prima applicazione della nuova disciplina, a definire in via transitoria, quale livello di tassazione sensibilmente inferiore, quello che in media si discosti di almeno il 30 per cento dal livello di tassazione medio applicato in Italia*». Inoltre, il Ministero delle Finanze, mediante la Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 16 novembre 2000, n. 207/E, precisò che «*una tassazione sensibilmente inferiore è riscontrabile non solo con riferimento al livello delle aliquote delle imposte di un determinato Paese*

⁽¹⁰⁰⁾ Risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti di governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, del 1 dicembre 1997, su un codice di condotta in materia di tassazione delle imprese, C98/C201, in CGUE 6 gennaio 1998-C2. Disponibile al link: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31998Y0106\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31998Y0106(01))

⁽¹⁰¹⁾ Sul punto, Cordeiro Guerra, R., *La nuova definizione di «regime fiscale privilegiato» nell'ambito della disciplina in tema di controlled foreign companies e di componenti negative derivati da operazioni con imprese estere*, in Rassegna Tributaria, 2000, n. 6, pag. 1792 ss.

o del territorio, ma anche alle caratteristiche strutturali dei tributi, la cui applicazione comporti, di fatto, una tassazione inferiore in capo al contribuente». Secondo il regolamento ministeriale, dunque, uno Stato poteva qualificarsi come regime fiscale privilegiato quand'anche offrisse vantaggi fiscali ad un solo settore economico o a determinati tipi di soggetti, ovvero adottasse regole generali di formazione della base imponibile tali da determinare un prelievo tributario notevolmente inferiore rispetto a quello italiano.

Il riferimento alla mancanza di un adeguato scambio di informazioni si ispirava invece al Rapporto OCSE *Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue* del 1998, che aveva individuato nella scarsa trasparenza una delle caratteristiche tipiche dei regimi fiscali privilegiati. Sebbene l'Amministrazione Finanziaria si fosse inizialmente orientata nel senso di ritenere integrato il requisito in parola in assenza di una Convenzione contro le doppie imposizioni, la dottrina ha ritenuto che una previsione così generica potesse avere una portata tale da consentire di qualificare come regimi fiscali privilegiati anche tutti quegli Stati che presentassero delle restrizioni allo scambio di informazioni nel loro ordinamento interno nonostante avessero ratificato un accordo convenzionale in materia ⁽¹⁰²⁾.

Infine, gli «*altri criteri equivalenti*» sono individuabili in via residuale con riferimento alle caratteristiche tipiche dei regimi fiscali privilegiati delineate dal Rapporto OCSE del 1998 ⁽¹⁰³⁾.

Anche se, soffermandosi al dato letterale, i criteri di cui all'art. 127-bis, comma 4, potevano risultare alternativi, la dottrina riteneva che il livello di tassazione inferiore dovesse sempre sussistere, mentre il criterio della mancanza di un adeguato scambio di informazioni e i criteri equivalenti fossero alternativi ⁽¹⁰⁴⁾.

4.2. Il metodo della *black list*

Dopo aver definito i criteri generali per l'individuazione dei regimi fiscali privilegiati, il legislatore italiano decise di emanare il D.M. n. 21 novembre 2001, n. 429, recante un

⁽¹⁰²⁾ Cordeiro Guerra, R. (2000), *op. cit.*

⁽¹⁰³⁾ Sul punto, *infra*, Capitolo I, Paragrafo 3.3.

⁽¹⁰⁴⁾ Garbarino, C. (2008), *op. cit.*, pag. 1650.

elenco esaustivo (cd. *black list*) di Stati e territori che rispondevano ai suddetti criteri. Tale elenco aveva dunque natura tassativa, in quanto non prevedeva clausole residuali che consentissero di applicare la normativa CFC anche nei confronti di quegli Stati che, pur integrando i criteri delineati dal comma 4 dell'art. 127-*bis*, non erano stati inclusi nella lista ministeriale.

Nel dettaglio, l'art. 1 del Decreto in parola recava l'indicazione degli Stati e territori che si presumono a fiscalità privilegiata in ogni caso, sulla base del fatto che godono di un regime di esenzione quasi totale del reddito, l'art. 2 individuava Stati e territori per i quali erano sancite «*esclusioni con specifico riferimento a determinate tipologie societarie*», mentre l'art. 3 disponeva l'applicazione delle previsioni *ex art. 1* ad una serie di Stati e territori soltanto con riferimento ai soggetti e alle attività indicate. Il comma 2 di quest'ultimo articolo, inoltre, estendeva la disposizione di cui al comma 1 ai soggetti e alle attività insediati negli Stati di cui al medesimo comma che usufruivano di regimi fiscali agevolati sostanzialmente analoghi a quelli ivi indicati, in virtù di accordi o provvedimenti dell'autorità fiscale dei medesimi Stati. Tale norma non estendeva in via residuale e generale la *black list*, ma consentiva all'Amministrazione finanziaria di ricomprendere nell'ambito di applicazione della disciplina CFC anche i regimi di favore accordati in virtù di atti o prassi di tipo amministrativo (*ruling*).

La decisione del legislatore italiano di pubblicare una *black list* aveva sicuramente il pregio di garantire maggiore certezza del diritto, consentendo al contribuente di conoscere *ex ante* gli ambiti territoriali e le fattispecie di *harmful preferential tax regimes* che avrebbero determinato l'applicazione della disciplina. D'altra parte, un approccio di questo tipo richiedeva un periodico aggiornamento della lista al fine di evitare l'estensione della disciplina CFC a presupposti non più giustificabili a seguito di una variazione normativa.

5. L'imputazione dei redditi della CFC

Verificata la sussistenza dei presupposti soggettivi e oggettivi rilevanti ai fini dell'applicazione della disciplina di cui all'art. 127-*bis*, il reddito realizzato dalla CFC doveva essere rideterminato nel suo ammontare ai sensi del comma 6 dello stesso articolo e successivamente attribuito al soggetto controllante residente in proporzione alla quota

di partecipazione (diretta o indiretta) agli utili, indipendentemente dalla distribuzione degli stessi.

L'art. 127-*bis*, comma 6, prevedeva la regola generale in base alla quale i redditi di una società controllata estera erano determinati secondo le disposizioni di cui al Titolo V, Capo VI, TUIR, nonché secondo le disposizioni contenute agli articoli 96, 96-*bis*, 103, 103-*bis* relativi rispettivamente al trattamento dei dividendi esteri e comunitari, al meccanismo di riporto delle perdite, alle imprese di assicurazione e agli enti creditizi e finanziari ⁽¹⁰⁵⁾. Inoltre, la norma escludeva l'applicabilità delle disposizioni agevolative di cui agli articoli 54, comma 4, e 67, comma 3, inerenti alla rateizzazione delle plusvalenze da realizzo e agli ammortamenti anticipati ⁽¹⁰⁶⁾. Il generico rinvio operato dal legislatore alle norme sulla determinazione del reddito di impresa consentiva dunque di trascurare la natura del soggetto residente che avrebbe subito l'imputazione e la tassazione per trasparenza del reddito della CFC: in questo senso, le regole richiamate dall'art. 127-*bis*, comma 6, si applicavano al titolare di reddito d'impresa residente in Italia, a prescindere che fosse un soggetto IRPEF, una società di persone, ovvero un soggetto IRES ⁽¹⁰⁷⁾.

Il rinvio alle disposizioni del Testo Unico delle Imposte sui Redditi, propedeutico a rendere la base imponibile della CFC uniforme rispetto a quella del soggetto residente in Italia, comportava rilevanti difficoltà operative dovute all'applicazione di regole nazionali a risultati realizzati in contesti normativi differenti e spesso non comparabili. In particolare, inizialmente si pensava che l'impresa controllante residente in Italia avrebbe dovuto gestire la contabilità della società controllata estera secondo la logica del doppio binario, così da poter sia adempiere agli obblighi della giurisdizione di residenza, sia

⁽¹⁰⁵⁾ «*La ratio dell'applicazione con portata ultraterritoriale delle norme sostanziali interne relative alla determinazione del reddito della CFC da imputare pro quota al soggetto residente è quello di non consentire alle società estere di avvalersi di disposizioni favorevoli dello Stato di residenza in relazione alla base imponibile e delle aliquote*». Così, Garbarino (2008), *op. cit.*, pag. 1655.

⁽¹⁰⁶⁾ La volontà del legislatore di non riconoscere alle società controllate estere la possibilità di avvalersi di disposizioni agevolative si osserva anche dal mancato inserimento di richiami ad altri regimi, come ad esempio quello relativo alla disciplina dell'imposta sostitutiva sulle operazioni straordinarie di cui al D.Lgs. n. 358/1997. Sul punto, Assonime, Circolare del 18 dicembre 2000, n. 65, e Pezzuto, G., *Il nuovo regime in materia di CFC (controlled foreign companies)*, in *Il Fisco*, 2001, n. 5, pag. 1472.

⁽¹⁰⁷⁾ Garbarino, C. (2017), *La tassazione delle società e dei gruppi*, G. Giappichelli Editore, pag. 292.

determinare l'utile civilistico a cui applicare le variazioni in aumento e in diminuzione per derivare il risultato oggetto di attribuzione.

Al fine di evitare manipolazioni reddituali e allo stesso tempo semplificare l'applicazione della normativa CFC, il legislatore è intervenuto introducendo il riconoscimento integrale dei valori fiscali di partenza. Il D.M. n. 429/2001 stabilisce infatti che, ai fini della determinazione del reddito, *«il bilancio ovvero altro documento riepilogativo della contabilità di esercizio redatti secondo le norme dello Stato o territorio in cui risiede o è localizzata l'impresa, la società o l'ente non residente costituisce parte integrante del prospetto»* da allegare alla dichiarazione dei redditi. Inoltre, l'art. 2, comma 2, prevedeva che *«i valori risultanti dal bilancio relativo all'esercizio o periodo di gestione anteriore a quello da cui si applicano le disposizioni del presente regolamento sono riconosciuti ai fini delle imposte sui redditi a condizione che siano conformi a quelli derivanti dall'applicazione dei criteri contabili adottati nei precedenti esercizi o ne venga attestata la congruità»* da un revisore legale dei conti. La soluzione accolta consentiva dunque al soggetto controllante italiano di evitare di ricostruire il conto economico e lo stato patrimoniale della controllata estera in conformità al dettato del codice civile, e di assumere l'utile risultante dal bilancio redatto secondo le regole dello Stato di residenza come base di partenza per la determinazione del reddito della CFC.

Il reddito della società controllata estera così determinato doveva poi essere imputato al soggetto controllante residente in Italia in proporzione alla partecipazione detenuta, direttamente o indirettamente. Con particolare riferimento ai casi di partecipazione indiretta, l'art. 3, comma 1, del D.M. n. 429/2001 ha confermato la tesi secondo cui, qualora un socio residente integrasse il requisito del controllo per il tramite di soggetti residenti o di stabili organizzazioni italiane di soggetti non residenti, il reddito dovesse essere attribuito al soggetto residente più «vicino» alla CFC nella catena societaria. Questo principio valeva anche nell'ipotesi in cui una società estera fosse stata controllata da una capogruppo italiana attraverso una catena partecipativa di soggetti intermedi residenti e non residenti: in tal caso, i redditi della società estera non erano attribuiti alla

capogruppo, bensì al primo soggetto residente che controllava i soggetti intermedi non residenti (¹⁰⁸).

Ai sensi del comma 1 dell'art. 127-bis, l'imputazione dei redditi ai soggetti residenti era effettuata «*a decorrere dalla chiusura dell'esercizio o del periodo di gestione del soggetto partecipato*», indipendentemente dall'approvazione di una delibera di distribuzione dei dividendi. Tale soluzione, coincidente con quella prevista ai fini della verifica della sussistenza del rapporto di controllo, era finalizzata a collegare l'imputazione del reddito prodotto ai diritti patrimoniali relativi agli utili non distribuiti (¹⁰⁹).

Con riguardo all'importo dell'obbligazione tributaria in capo al soggetto controllante, l'art. 127-bis, comma 6, disponeva che i redditi del soggetto non residente imputati per trasparenza secondo le modalità appena illustrate «*sono assoggettati a tassazione separata con l'aliquota media applicata sul reddito complessivo del soggetto residente e, comunque, non inferiore al 27 per cento*». Il regime di tassazione separata, che si distingue nettamente dal consolidamento orizzontale completo previsto per le stabili organizzazioni, rispondeva all'esigenza di impedire commistioni tra i redditi del soggetto residente in Italia e quelli dalla controllata estera, ovvero tra i risultati realizzati dalle diverse società estere appartenenti al medesimo soggetto controllante residente. In questo modo, inoltre, il legislatore ha neutralizzato sia il rischio che il reddito della CFC

(¹⁰⁸) Così come nelle ipotesi in cui i soggetti attraverso i quali viene esercitato il controllo siano residenti all'estero, anche in questo caso opera il principio della demoltiplicazione, ovverossia il reddito è attribuito al soggetto residente in Italia in proporzione alla sua percentuale di partecipazione agli utili della CFC. Ad esempio, in presenza di una partecipazione azionaria dell'80 per cento da parte del soggetto residente in una società non residente che, a sua volta, detiene il 60 per cento di una CFC (integrando in tal modo il presupposto del controllo), la misura del reddito attribuito alla società residente è pari al 48 per cento.

(¹⁰⁹) Per lo stesso motivo, «*il reddito della partecipata estera è imputato al socio controllante residente che risulta tale alla chiusura dell'esercizio della partecipata e l'imputazione avviene per l'intero ammontare a prescindere dalla circostanza che la detenzione della partecipazione di controllo si sia protratta per l'intero periodo d'imposta. Non trova, quindi, applicazione l'imputazione del reddito pro rata temporis, con tassazione in capo alla controllante del solo reddito prodotto dalla controllata successivamente al verificarsi del requisito del controllo*». Sul punto, Relazione illustrativa al Decreto Ministeriale del 21 novembre 2001, n. 429.

potesse scontare un prelievo inferiore ad una determinata aliquota per effetto delle agevolazioni previste dall'ordinamento interno in materia di redditi d'impresa ⁽¹¹⁰⁾, sia la possibilità di compensare eventuali perdite della controllante con i redditi della società estera e viceversa. Le perdite della società controllata estera, infatti, restavano sottoposte alla disciplina di cui all'art. 103, esplicitamente richiamato dal comma 6 dell'art. 127-*bis*, che prevedeva la possibilità di utilizzarle in compensazione degli utili realizzati nei periodi d'imposta successivi, ma non oltre il quinto.

6. Doppia imposizione giuridica ed esclusione dei dividendi distribuiti

La disciplina delle società controllate estere era completata da una serie di previsioni volte ad evitare l'insorgere di fenomeni di doppia imposizione giuridica. Innanzitutto, l'art. 127-*bis*, comma 6, prevedeva che dall'imposta dovuta per i redditi CFC fossero ammesse in detrazione, ai sensi dell'art. 15, TUIR, le imposte pagate all'estero a titolo definitivo. L'art. 15, comma 1, disponeva che *«se alla formazione del reddito complessivo concorrono redditi prodotti all'estero, le imposte ivi pagate a titolo definitivo su tali redditi sono ammesse in detrazione dall'imposta netta dovuta fino alla concorrenza della quota d'imposta corrispondente al rapporto tra i redditi prodotti all'estero ed il reddito complessivo al netto delle perdite di precedenti periodi d'imposta ammesse in diminuzione»*. Coerentemente con il principio della tassazione separata, la detrazione delle imposte pagate all'estero doveva avvenire distintamente per ciascuna CFC, anche nel caso in cui il soggetto italiano detenesse più partecipazioni di controllo in diverse società residenti o localizzate nel medesimo Stato a regime fiscale privilegiato. Similmente, il calcolo del limite di detrazione doveva essere effettuato evitando le compensazioni tra i redditi prodotti all'estero da diverse CFC e le imposte ivi assolate a titolo definitivo.

La seconda disposizione pensata per evitare fenomeni di doppia imposizione, ovvero la esclusione da tassazione in capo al soggetto controllante residente dei dividendi distribuiti dalla CFC, era sancita dal comma 7 dell'art. 127-*bis*, il quale stabiliva

⁽¹¹⁰⁾ Sul punto, Ingraio, G. (2008), *La riforma dell'IRES e la legislazione sulle Controlled Foreign Companies*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'IRES. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Giuffrè Editore, Milano, p. 268.

che *«gli utili distribuiti, in qualsiasi forma, dai soggetti non residenti di cui al comma 1 non concorrono alla formazione del reddito dei soggetti residenti fino all'ammontare del reddito assoggettato a tassazione, ai sensi del medesimo comma 1, anche negli esercizi precedenti»*. In altri termini, per evitare che i dividendi della CFC ricadessero nella base imponibile del soggetto controllante sia al momento dell'effettiva distribuzione sia per effetto dell'attribuzione determinata dall'art. 127-bis, il legislatore ha sancito l'irrelevanza ai fini fiscali degli utili distribuiti nei limiti dell'ammontare già tassato per trasparenza. Tuttavia, la corretta individuazione degli utili distribuiti dalla società controllata estera già imputati e tassati in capo al socio controllante poteva sollevare difficoltà operative, soprattutto nei casi di controllo indiretto realizzato attraverso soggetti intermedi non residenti, presso i quali i dividendi deliberati dalla CFC vengono a sommarsi algebricamente ai proventi e ai costi della stessa. A tal riguardo, il D.M. n. 429/2001 ha stabilito che gli utili distribuiti dal soggetto non residente direttamente partecipato dal socio controllante italiano si considerano formati prioritariamente con i dividendi deliberati dalla società controllata estera. Sul punto, la Relazione illustrativa al Decreto ha confermato che la norma impone una presunzione assoluta, applicabile a prescindere dall'esistenza di altri regimi interni.

Per evitare l'eventuale duplicazione d'imposta generata dalle ritenute tipicamente applicate dal paese d'origine sui dividendi erogati dalle società ivi residenti, il secondo periodo del comma 7 dell'art. 127-bis disponeva anche che le imposte pagate all'estero sugli utili distribuiti da una CFC erano ammesse in detrazione, ai sensi dell'art. 15, fino all'ammontare dell'imposta italiana applicata sul reddito assoggettato a tassazione separata, decurtata dell'eventuale importo ammesso in detrazione fino a concorrenza delle imposte pagate sul reddito della CFC ai sensi del comma 6 dell'art. 127-bis. A tal proposito, la Relazione della VI Commissione del Senato sul disegno di legge n. 4336, si esprime nei seguenti termini: *«è altresì consentita, per la capienza residua, la detrazione dell'ulteriore imposta pagata all'estero dal soggetto partecipante residente per il rimpatrio dei dividendi corrispondenti agli utili già assoggettati a tassazione nei modi anzidetti e che, come tali, non concorrono più, al momento dell'incasso, alla formazione*

del reddito di quest'ultimo» ⁽¹¹¹⁾. In altre parole, il legislatore riconosceva la possibilità di accreditare la ritenuta sui dividendi sulla parte d'imposte pagate in Italia in conformità alla disciplina CFC eccedente rispetto al credito d'imposta concesso dal comma 6 dell'art. 127-bis ⁽¹¹²⁾.

Infine, una questione strettamente correlata all'applicazione della disciplina CFC riguardava l'effetto dell'attribuzione dei redditi sul valore fiscale di una partecipazione in una società controllata estera. Infatti, nel caso in cui un soggetto residente avesse ceduto una partecipazione di controllo in una CFC successivamente all'attribuzione del reddito per trasparenza, ma antecedentemente alla concreta distribuzione degli utili, il maggior valore del patrimonio netto riferito alla mancata distribuzione avrebbe determinato – in assenza di una previsione esplicita in merito – una doppia imposizione giuridica sullo stesso reddito. Al riguardo, l'art. 3, comma 5, D.M. n. 429/2001, aveva stabilito che il costo di una partecipazione detenuta in una società controllata estera dovesse essere aumentato o diminuito, rispettivamente, dei redditi e delle perdite ⁽¹¹³⁾ attribuiti per trasparenza al soggetto residente, e ridotto degli utili distribuiti fino a concorrenza dell'ammontare già imputato. La *ratio* di questa previsione risiedeva nell'evitare che i

⁽¹¹¹⁾ A proposito della ritenuta eventualmente applicata sui dividendi in uscita, è interessante la posizione della Circolare Assonime del 18 dicembre 2000, n. 65: *«diversamente dalle imposte di cui sopra, quella in esame è effettivamente un'imposta propria del soggetto residente; si tratta, tuttavia, di un'imposta prelevata su un dividendo che, come detto, non concorre più a formare l'imponibile all'atto del rimpatrio. La soluzione prescelta – per evidenti motivi di equità – è stata quella di consentire la detrazione anche di tale imposta, avendo riguardo alle imposte assolte dal soggetto partecipante sull'utile dell'impresa partecipata estera in occasione della sua tassazione per trasparenza. Peraltro, per evitare – come la stessa circolare ministeriale pone in evidenza – il pericolo, in effetti più teorico che pratico, di una «doppia attribuzione di credito», la stessa norma stabilisce che l'imposta da prendere a riferimento per questa ulteriore detrazione è l'imposta italiana già «nettizzata» dalla detrazione relativa alle imposte pagate all'estero dall'impresa partecipata»*.

⁽¹¹²⁾ Baggio, R. (2009), *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Giuffrè Editore, pag. 411.

⁽¹¹³⁾ A tal riguardo, l'art. 5, comma 3, D.M. n. 429/2001, prevedeva inoltre che le perdite della società controllata estera determinassero una riduzione per il soggetto residente del valore fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni nella CFC, e che tale valore avrebbe rilevato nei riguardi di future cessioni di partecipazioni del soggetto non residente che non beneficino della *participation exemption*.

redditi e le perdite già rispettivamente tassati o dedotti per trasparenza in capo al soggetto residente fossero nuovamente tassati o dedotti al momento della cessione della partecipazione, anche al di fuori delle ipotesi di *participation exemption* ⁽¹¹⁴⁾.

7. Circostanze esimenti

La disciplina in materia di società controllate estere individuava due circostanze al ricorrere delle quali i soggetti residenti erano esclusi dall'ambito di applicazione della norma in esame. Nel dettaglio, il comma 5 dell'art. 127-*bis* prescriveva la disapplicazione delle disposizioni *ex* comma 1 qualora il soggetto residente dimostrasse, mediante una procedura d'interpello preventivo di cui all'art. 11, Legge n. 212/2000, che (i) la società o ente non residente svolgesse un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività, nello Stato o nel territorio nel quale aveva sede, ovvero che (ii) dalle partecipazioni non conseguisse l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori in cui sono sottoposti a regimi fiscali privilegiati di cui al comma 4. Nell'ottica del legislatore, dunque, le esimenti rappresentavano degli elementi di prova, alternativi tra loro, sufficienti a giustificare il fine non elusivo della scelta di localizzare una società in un regime fiscale privilegiato.

7.1. Effettiva attività industriale o commerciale

Con riferimento alla prima esimente, è evidente la scelta di consentire la disapplicazione del regime di tassazione per trasparenza ai soggetti che avessero optato per la delocalizzazione dell'attività in funzione di ragioni prettamente economiche, e non al solo scopo di ottenere una riduzione del carico fiscale per il tramite di costruzioni artificiose. D'al-

⁽¹¹⁴⁾ Uno dei requisiti oggettivi del regime di *participation exemption*, introdotto in Italia dal D.Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, è la «*residenza fiscale della società partecipata in uno Stato o territorio diverso da quelli a regime fiscale privilegiato di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell'articolo 167, comma 4, o, alternativamente, l'avvenuta dimostrazione, a seguito dell'esercizio dell'interpello secondo le modalità del comma 5, lettera b), dello stesso articolo 167, che dalle partecipazioni non sia stato conseguito, sin dall'inizio del periodo di possesso, l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori in cui sono sottoposti a regimi fiscali privilegiati di cui al predetto decreto ministeriale*».

tra parte, tuttavia, l'espressione «*effettiva attività industriale e commerciale*» aveva sollevato diversi dubbi sul suo significato ⁽¹¹⁵⁾. Nonostante l'assenza di qualsiasi requisito in merito alla natura dei redditi prodotti dalla CFC, la dottrina si interrogò sull'opportunità di interpretare il riferimento all'attività commerciale in senso estensivo, ricomprendendo così tutte le attività definite dall'art. 2195 c.c., ovvero in senso restrittivo, escludendo dall'esimente in parola le attività bancarie, assicurative e ausiliarie per effetto della loro natura particolarmente mobile, a maggior rischio di comportamenti elusivi. A chiarire la portata della norma fu il D.M. n. 429/2001, disponendo che «*ai fini della risposta positiva rileva in particolare, nei riguardi del soggetto controllante autore dell'interpello, il fatto che l'impresa, la società o l'ente non residente svolge effettivamente un'attività commerciale, ai sensi dell'articolo 2195 del codice civile, come sua principale attività nello Stato o nel territorio con regime fiscale privilegiato nel quale ha sede, con una struttura organizzativa idonea allo svolgimento della citata attività oppure alla sua autonoma preparazione e conclusione*».

Nonostante il chiarimento offerto dal regolamento ministeriale, una parte della dottrina propose un'interpretazione della nozione di «attività industriale e commerciale» alla luce del riferimento al «mercato locale» contenuto nell'originaria formulazione della norma ⁽¹¹⁶⁾. Stando a questa posizione, l'esimente non avrebbe dovuto essere concessa a tutti quei soggetti che, pur effettivamente svolgendo le attività di cui all'art. 2195

⁽¹¹⁵⁾ Per esempio, Lupi, R., *Principi generali in tema di CFC e radicamento territoriale delle imprese*, in *Rassegna Tributaria*, 2000, n. 6, pag. 1734, ritenne che l'espressione dovesse essere riferita a qualsiasi attività radicata al territorio e qualificata come tale in base, ad esempio, all'esistenza di impianti industriali, attrezzature tecniche o di una clientela locale.

⁽¹¹⁶⁾ A partire dal DDL n. 4185 del luglio 1999 fino al testo approvato dalla Commissione Finanze e Tesoro nel giugno 2000, la disciplina CFC in esame aveva sempre contenuto un riferimento esplicito al mercato del paese estero. La prima versione della disposizione prevedeva infatti la non applicazione (automatica) della regola di imputazione per trasparenza dei redditi di soggetti non residenti che «*svolgono principalmente un'attività industriale o commerciale effettiva e realizzano le operazioni in maniera preponderante sul mercato del Paese nel quale hanno sede*». In sede di conversione, la Camera dei Deputati modificò la disposizione, sostituendo la parola «mercato» con «Stato» e rendendo obbligatoria la procedura di interpello, al fine di non creare una disposizione eccessivamente rigida, ma piuttosto demandando all'Amministrazione finanziaria il compito di valutare la natura dell'attività economica. Sul punto, Ballancin, A. (2016), *op. cit.*, pag. 285.

c.c. in uno Stato o territorio a regime fiscale privilegiato, rivolgevano i propri prodotti o servizi a mercati diversi da quello di insediamento ⁽¹¹⁷⁾. Altra parte della dottrina, al contrario, ritenne che l'attenzione dovesse essere rivolta alle ragioni economiche che avevano determinato la scelta di localizzare l'attività in quello Stato e alle interazioni in atto tra la società e lo Stato medesimo ⁽¹¹⁸⁾.

Altro requisito imposto dalla disciplina per beneficiare della prima esimente era la principalità delle attività commerciali o industriali. Per attività principale si intendeva l'attività che, sulla base di riscontri fattuali, risultasse quantitativamente superiore ad altre comunque svolte. Secondo l'Agenzia delle Entrate ⁽¹¹⁹⁾, il requisito era rispettato se la società realizzava la maggior parte dei suoi ricavi, documentati dai bilanci, dall'attività commerciale o industriale svolta nello Stato in cui la CFC aveva sede. Inoltre, l'analisi dell'attività doveva essere concreta e non basarsi esclusivamente su quanto dichiarato dal soggetto estero nello statuto ⁽¹²⁰⁾. L'attenzione, anche in questo caso, doveva essere rivolta alla connessione tra l'attività e il territorio di localizzazione per escludere tutti quei casi in cui la scelta dello Stato di residenza fosse dettata esclusivamente dall'obiettivo di realizzare un risparmio d'imposta ⁽¹²¹⁾.

7.2. Non-localizzazione dei redditi in Stati o territori *black list*

Con riguardo alla seconda esimente, essa rispondeva all'esigenza di escludere dall'ambito applicativo della disciplina CFC quei soggetti che dimostravano di aver subito una

⁽¹¹⁷⁾ Crosti, A., *Breve analisi della normativa in materia di controlled foreign companies*, in Il Fisco, 2000, n. 1, pag. 49-50.

⁽¹¹⁸⁾ Questa impostazione, condivisa da Assonime nella Circolare del 18 dicembre 2000, n. 65, si ritrova in Marongiu, G., *Imprese estere partecipate: prime riflessioni sulle circostanze escludenti l'imputazione dei redditi ai soggetti controllati*, in Diritto e Pratica Tributaria, 2001, n. 1, pag. 137, e Gazzo, M., Rinaldi, D., *CFC legislation: brevi note sulle circostanze esimenti*, in Il Fisco, n. 12, pag. 4806.

⁽¹¹⁹⁾ Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 31 ottobre 2012, n. 343/E. Disponibile al link: http://www.finanzaefisco.it/agenziaentrate/cir_ris_2002/ris343-02.htm

⁽¹²⁰⁾ Piazza, M. (2001), *Guida alla fiscalità internazionale*, VIII edizione, Il Sole24Ore, Milano, pag. 1003.

⁽¹²¹⁾ Perrone, C., *Normativa CFC e cause esimenti nella recente prassi ministeriale*, in Il Fisco, 2003, n. 6, pag. 820.

tassazione congrua all'estero e per i quali, quindi, la localizzazione di imprese in Stati o territori a regime fiscale privilegiato costituiva un aspetto caratterizzante del loro modello operativo ⁽¹²²⁾, e non una scelta strategica meramente volta a realizzare un risparmio d'imposta. In questo senso, dunque, il regime d'imputazione per trasparenza non avrebbe dovuto operare in tutti quei casi nei quali il reddito prodotto dalla società controllata estera avesse subito una tassazione equiparabile a quella italiana, sia con riferimento alle aliquote sia alle caratteristiche strutturali dei tributi.

Sul punto, il D.M. n. 429/2001 intervenne stabilendo un principio generale, ovvero che la seconda esimente avrebbe potuto essere invocata nell'ipotesi in cui i redditi conseguiti dai soggetti controllati esteri fossero stati «*prodotti in misura non inferiore al 75 per cento in altri Stati o territori diversi da quelli di cui all'articolo 127-bis, comma 4, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, ed ivi sottoposti integralmente a tassazione ordinaria*». Nella prassi, poi, si sono osservate alcune ipotesi tipiche di esclusione dall'ambito applicativo della disciplina CFC ai sensi dell'esimente in parola. La più diffusa, tanto da essere menzionata anche dal regolamento ministeriale, interessava le società controllate estere che, operando mediante stabili organizzazioni localizzate in Stati *non-black list*, ricevevano utili già «*sottoposti integralmente a tassazione ordinaria nello Stato o territorio in cui ha sede l'impresa, la società o l'ente partecipato*». Un altro caso avrebbe potuto verificarsi quando il soggetto controllato estero operava in settori differenti da quelli beneficiari di un regime fiscale privilegiato. Un'ulteriore possibilità riguardava le CFC rientranti nel perimetro di consolidamento fiscale di una *sub-holding* controllante non residente, a sua volta controllata da un soggetto italiano ⁽¹²³⁾.

8. L'interpello preventivo

Il comma 5 dell'art. 127-*bis* disponeva che per ottenere l'esclusione dall'applicazione della normativa CFC, il soggetto residente dovesse interpellare preventivamente l'Am-

⁽¹²²⁾ Relazione della VI Commissione del Senato.

⁽¹²³⁾ Garbarino, C. (2008), *op. cit.*, pag. 1676.

ministrazione finanziaria ai sensi dell'art. 11 della Legge n. 212/2000. Tale impostazione fu particolarmente criticata dalla dottrina, sia perché produceva l'effetto di trasformare uno strumento utile a garantire maggiore certezza del diritto in un onere in capo al contribuente, sia per il rischio che, in caso di mancata presentazione dell'istanza ovvero di risposta sfavorevole, l'Amministrazione finanziaria potesse precludere al contribuente la possibilità di dimostrare la sussistenza delle condizioni esimenti in fase di un successivo accertamento o contenzioso ⁽¹²⁴⁾. Dunque, in caso di mancato esercizio dell'interpello preventivo, nonostante sussistessero i presupposti oggetto delle esimenti, al ricorrere dei requisiti sostanziali si doveva applicare la normativa CFC.

L'interpello doveva essere proposto 120 giorni (180 giorni se la società fosse stata già operativa) prima della data prevista per la presentazione della dichiarazione dei redditi relativa al periodo d'imposta in cui si voleva escludere l'applicabilità della disciplina CFC alla società controllata estera oggetto dell'istanza. La preventiva proposizione dell'interpello non precludeva la possibilità di ottenere il parere da parte dell'Agenzia, ma gli effetti di una eventuale risposta positiva sarebbero decorsi solo a partire dalla dichiarazione successiva alla data in cui era avvenuto l'accoglimento dell'istanza.

Ai sensi dell'art. 5, comma 2, D.M. n. 429/2001, la risposta dell'Amministrazione finanziaria era resa con atto espresso entro 120 giorni (180 giorni se la società fosse stata già operativa) a partire dalla data di consegna o di ricezione dell'istanza d'interpello da parte dell'ufficio, ovvero senza un atto espresso entro il decorso del termine (meccanismo del silenzio-assenso). Un'eventuale risposta positiva sarebbe rimasta valida anche nei periodi d'imposta successivi, a condizione che le circostanze e i presupposti a fondamento dell'istanza sui quali l'Amministrazione finanziaria si era pronunciata non fossero cambiati. In quest'ultimo caso, il contribuente aveva due alternative per salvaguardare gli effetti della precedente pronuncia favorevole, ovvero sia riproporre istanza d'interpello esplicando solamente i cambiamenti intervenuti con riguardo ai presupposti di fatto e di diritto, oppure dimostrare l'ininfluenza delle circostanze sopravvenute ai fini della disapplicazione della normativa CFC.

⁽¹²⁴⁾ Tra gli altri, Lupi, R. (2000), *op. cit.*; Giovannini, A., 2002, *L'interpello preventivo all'Agenzia delle Entrate (CFC e Statuto dei diritti del contribuente)*, in *Rassegna Tributaria*, 2002, n. 2, pag. 449; Bruzzone, M., *L'interpello per le «CFC»*, in *Corriere Tributario*, 2000, n. 2, pag. 113.

9. L'estensione della disciplina alle società collegate

A distanza di un paio di anni dall'entrata in vigore della prima CFC *legislation* prevista dall'ordinamento italiano, il legislatore decise di estendere l'ambito applicativo della disciplina anche alle società estere collegate residenti in Stati o territori a regime fiscale privilegiato. Nel dettaglio, con l'approvazione del Decreto Legislativo del 12 dicembre 2003, n. 344, in attuazione della legge delega del 7 aprile 2003, n. 80, l'art. 167 ha recepito, senza alcuna modifica, il testo del previgente art. 127-*bis* ⁽¹²⁵⁾, mentre il nuovo art. 168 ha esteso l'operatività della normativa CFC anche ai casi in cui un soggetto residente in Italia detenesse non già il controllo, bensì un collegamento con una società localizzata in uno Stato o territorio *black list*. La nuova previsione normativa in materia di imprese estere collegate, divenuta operativa solo dal periodo d'imposta 2006 in seguito alla pubblicazione del Decreto Ministeriale del 7 agosto 2006, n. 268, si discostava dall'analoga disciplina relativa alle società controllate estere solo con riferimento al presupposto oggettivo di applicazione e ai criteri di determinazione del reddito.

Il comma 1 dell'art. 168 prevedeva che le disposizioni in materia di società controllate estere si applicassero anche nel caso in cui un soggetto, persona fisica o soggetto di cui agli articoli 5 e 73, comma 1, lettera a), b), c), TUIR, anche non titolare di redditi d'impresa e residente in Italia detenesse «*direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona, una partecipazione non inferiore al 20 per cento agli utili di un'impresa, di una società o di altro ente, residente o localizzato in Stati o territori a regime fiscale privilegiato*» ⁽¹²⁶⁾. La percentuale rilevante ai fini dell'integrazione del presupposto oggettivo era poi ridotta al 10 per cento qualora la

⁽¹²⁵⁾ Il D.Lgs. n. 344/2003, includendo il *trust* tra i soggetti passivi di cui all'art. 73, richiamato dall'art. 167 per individuare l'ambito soggettivo della norma, ha consentito di risolvere le questioni dottrinali inizialmente sorte in merito all'applicabilità della disciplina CFC a questo istituto.

⁽¹²⁶⁾ Proprio come previsto dalla disciplina in materia società controllate estere, anche il D.M. n. 268/2006 aveva precisato che, con riferimento alla verifica del superamento delle soglie di partecipazioni agli utili previsti dalla norma, «*si tiene conto della eventuale demoltiplicazione prodotta dalla catena partecipativa*» e, per le persone fisiche, delle partecipazioni detenute dal coniuge, dai parenti entro il terzo grado e dagli affini entro il secondo grado.

società partecipata fosse quotata in borsa. Inoltre, contrariamente a quanto disposto dall'art. 167, il secondo periodo del comma 1 escludeva, in presenza di un rapporto di collegamento, l'applicazione della disciplina nel caso di partecipazioni in soggetti non residenti in Stati o territori a fiscalità privilegiata, *«relativamente ai redditi derivanti da loro stabili organizzazioni assoggettati a regimi fiscali privilegiati»* ⁽¹²⁷⁾.

Con riferimento all'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 168, si osserva l'assenza di un rinvio esplicito alla nozione civilistica di collegamento *ex art. 2359*, comma 3, c.c. Secondo quest'ultimo, infatti, sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società è in grado di esercitare un'influenza notevole in forza di una partecipazione minoritaria; in tali situazioni, *«l'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati»*. L'art. 168, invece, identificando il collegamento con esclusivo riferimento al superamento di una percentuale rilevante di partecipazione agli utili, sia essa diretta o indiretta, e prescindendo dall'effettivo potere del soggetto controllante di influenzare la gestione della società, semplificava l'individuazione dei casi di applicazione della nuova disciplina.

La dottrina sollevò numerose critiche con riguardo alla nozione di collegamento elaborata dal legislatore e, soprattutto, agli effetti derivanti dalla sua applicazione. Innanzitutto, il regime d'imputazione del reddito per trasparenza non poteva essere giustificato in ragione della possibilità di esercitare una qualche forma di influenza dominante sulla collegata estera, dal momento che essa non era sufficiente per indirizzarne le strategie fiscali o le politiche di distribuzione dei dividendi. In questo senso, l'estensione dell'ambito di applicazione della disciplina CFC non appariva certamente coerente con alcune delle istanze perseguite dalla versione originaria della norma, in particolare con l'obiettivo di contrastare il *tax deferral* ⁽¹²⁸⁾. Altri commentatori interpretarono l'art. 168

⁽¹²⁷⁾ La scelta di escludere le stabili organizzazioni rispondeva alla volontà di sgravare il soggetto residente in Italia dall'onere di operare una distinzione tra gli utili della stabile organizzazione soggetti ad imputazione e gli utili esclusi, nonché di ridurre le difficoltà connesse al reperimento dei dati della *branch*, considerato il rapporto di mero collegamento esistente tra il contribuente italiano e la società estera. Sul punto, Ballancin, A. (2016), *op. cit.*, pag. 291.

⁽¹²⁸⁾ Stevanato, D. (2000), *op. cit.*

come un tentativo di rafforzare la *ratio* antielusiva della norma – intesa come deterrente al trasferimento dei redditi in paradisi fiscali ⁽¹²⁹⁾ –, ovvero come uno strumento diretto a garantire l'applicazione del medesimo regime tributario a tutti i soggetti residenti, a prescindere dalla localizzazione degli investimenti, in ossequio al principio della *capital export neutrality* ⁽¹³⁰⁾.

Una seconda censura riguardava le conseguenze sul piano probatorio della discrasia tra la nozione di collegamento ai fini civilistici e tributari. Nello specifico, mentre il codice civile stabiliva una presunzione d'influenza del socio superabile con qualsiasi mezzo, dal punto di vista fiscale – ferma restando la natura relativa della presunzione – la prova contraria rimaneva vincolata alle disposizioni dell'art. 167, ovvero sia alle cause esimenti previste dal comma 5 e all'obbligo d'interpello, indipendentemente dal fatto che la quota di partecipazione agli utili detenuta dal socio gli consentisse di esercitare un qualsiasi tipo di influenza sulla partecipata ⁽¹³¹⁾.

L'assenza di coordinamento tra le previsioni di cui agli articoli 167 e 168, infine, sollevava incertezze con riferimento alla disciplina applicabile ai casi in cui la medesima CFC fosse sottoposta a controllo esterno di fatto (*ex art. 2359 c.c., n. 3, come richiamato dall'art. 167, TUIR*) e ad influenza notevole (*ex art. 168, TUIR*) rispettivamente da parte di due diversi soggetti residenti. In tal caso, se l'influenza notevole si risolveva in un mero potere interdittivo (cioè non dispositivo) rispetto alle scelte di posticipare la distribuzione degli utili della CFC, l'applicazione del regime *ex art. 168* risultava giustificata. Se invece le scelte di localizzazione del reddito erano esclusivamente imputabili al diverso socio che esercita il controllo *ex art. 167*, il soggetto collegato sarebbe rimasto escluso dalla tassazione per trasparenza ⁽¹³²⁾.

⁽¹²⁹⁾ Cordeiro Guerra, R., *Riflessioni critiche e spunti sistematici sulla introducenda disciplina delle Controlled Foreign Companies*, in *Rassegna Tributaria*, 2000, vol. 43, n. 5, pag. 1399.

⁽¹³⁰⁾ Dominici, R., Lupi, R., *Lo spirito della legislazione CFC e i suoi intrecci con la deducibilità dei costi verso paradisi fiscali*, in *Dialoghi di Diritto Tributario*, 2005, n. 9, pag. 1191.

⁽¹³¹⁾ Capolupo, S., *Le modifiche alla normativa controlled foreign companies*, in *Il Fisco*, 2003, n. 47, parte 1, pag. 18526.

⁽¹³²⁾ Stevanato, D., Lupi, R., *Regole CFC, controllo indiretto ed esimenti: risoluzione n. 63 del 2007*, in *Dialoghi di Diritto Tributario*, 2007, n. 4, pag. 527 ss.

Con riferimento ai criteri di determinazione del reddito oggetto di imputazione, invece, il comma 2 dell'art. 168 disponeva che i redditi della società estera collegata fossero determinati per un importo corrispondente al maggiore tra l'utile prima delle imposte risultante dal bilancio della stessa, redatto anche in assenza di un obbligo di legge, e un reddito induttivamente determinato sulla base dei coefficienti di rendimento ⁽¹³³⁾ riferiti alle categorie di beni che componevano l'attivo patrimoniale. Dunque, anche nel caso di partecipazione in una società collegata, l'art. 168 imponeva di derivare il reddito imputabile per trasparenza dal bilancio redatto dal soggetto non residente, anche in assenza di un obbligo di legge, in conformità ai principi contabili vigenti in Italia.

Come la nozione di collegamento, anche le modalità di calcolo del reddito sollevarono numerose perplessità in dottrina. Sebbene fosse chiaro l'intento del legislatore di semplificare operativamente gli adempimenti in capo a quei soci che, non detenendo il controllo della società, avrebbero potuto avere delle difficoltà nel disporre delle informazioni e dei dati necessari per rideterminare il reddito della partecipata secondo le regole dell'ordinamento italiano, la norma poneva comunque una serie di questioni rilevanti. Innanzitutto, la derivazione del reddito imponibile da un bilancio redatto secondo regole contabili presumibilmente divergenti da quelle previste in Italia poneva il rischio di operazioni di erosione della base imponibile attraverso l'applicazione di criteri di valutazione di talune componenti negative di reddito particolarmente discrezionali quali gli accantonamenti, le perdite su cambi e la svalutazione dei crediti ⁽¹³⁴⁾.

⁽¹³³⁾ Il comma 3 dell'art. 168 dispone circa la determinazione forfetaria del reddito sulla base dei seguenti coefficienti:

- 1 per cento sul valore delle azioni, delle quote di partecipazione, degli strumenti finanziari assimilati alle azioni, delle obbligazioni, degli altri titoli in serie o in massa, anche se non costituiscono immobilizzazioni finanziarie;
- 1 per cento sul valore dei crediti;
- 4 per cento sul valore delle immobilizzazioni costituite da beni immobili e da navi, anche in locazione finanziaria;
- 15 per cento sul valore delle altre immobilizzazioni, anche in locazione finanziaria.

Ai fini dell'applicazione di tale norma, l'utile lordo di bilancio e la congruità dei valori degli elementi dell'attivo devono essere attestati da uno o più soggetti iscritti nel registro dei revisori contabili.

⁽¹³⁴⁾ Capolupo, S. (2003), *op. cit.*

Con riferimento alla determinazione induttiva del reddito al quale occorre fare riferimento nei casi in cui dalla sua applicazione si fosse ottenuto un risultato maggiore rispetto all'utile di bilancio, la dottrina evidenziò il rischio di attribuire al socio residente un imponibile non effettivamente prodotto, ma presuntivamente calcolato sulla base di coefficienti applicati ai valori di determinati beni dell'attivo patrimoniale che avrebbero potuto non essere attendibili per via delle divergenze tra i principi contabili italiani e quelli dello Stato estero ⁽¹³⁵⁾. La pubblicazione del D.M. n. 268/2006 tentò di fornire una soluzione a queste problematiche stabilendo che il risultato d'esercizio e la congruità dei valori degli elementi dell'attivo dovessero essere attestati da uno o più soggetti iscritti nel registro dei revisori contabili. Questa previsione però sollevava a sua volta diverse difficoltà operative. Da una parte, ci si chiedeva come i soci residenti avrebbero potuto recuperare le informazioni necessarie per la redazione della situazione economica e patrimoniale in assenza di scritture contabili ⁽¹³⁶⁾; dall'altra, si paventava il rischio che nessun revisore si sarebbe voluto assumere la responsabilità di certificare la congruità di valori non risultanti da un bilancio predisposto e regolarmente approvato dall'assemblea della collegata estera ⁽¹³⁷⁾.

10. Natura e *ratio* della disciplina CFC italiana

Leggendo la relazione di accompagnamento al testo della legge che ha introdotto la disciplina CFC nell'ordinamento tributario italiano, si coglie l'esplicita intenzione del legislatore di *«limitare gli effetti distorsivi derivanti dal ricorso, da parte di soggetti italiani, alla costituzione di imprese, od altri enti, localizzati in Stati o territori aventi un regime fiscale privilegiato, per ottenere risparmi d'imposta»*. Tale obiettivo era stato perseguito attraverso un testo normativo che prevedeva la tassazione per trasparenza di tutto l'utile, a prescindere dalla sua natura o composizione (*entity approach*), prodotto

⁽¹³⁵⁾ Bonarelli, P., *Regime CFC per le collegate estere: pubblicato il decreto attuativo*, in *Fiscalità Internazionale*, 2006, n. 6, pag. 520.

⁽¹³⁶⁾ Dominici, R., *Partecipazioni di collegamento in imprese site in paradisi fiscali*, in *Corriere Tributario*, 2006, n. 23, pag. 1845 ss.

⁽¹³⁷⁾ Tomassini, A., *Attuate le «regole CFC» per le imprese collegate*, in *Corriere Tributario*, 2006, n. 44, pag. 3490 ss.

da una società controllata localizzata in uno Stato o territorio caratterizzato da un ordinamento tributario di favore (*jurisdictional approach*). Nella versione originaria della norma, dunque, convivevano tre istanze complementari: il contrasto alla delocalizzazione del reddito in paradisi fiscali, il contrasto al *tax deferral* ed il perseguimento della *capital export neutrality*.

Con riferimento alla prima istanza, è necessario innanzitutto capire come qualificare la decisione di un'impresa italiana di localizzare le proprie attività in uno Stato a fiscalità privilegiata alla luce delle categorie tipiche dell'ordinamento tributario, ovvero se essa sia lecita, evasiva o elusiva. In particolare, si parla di evasione fiscale quando il contribuente pone in essere un comportamento contrario alla legge (come può essere l'occultamento del presupposto impositivo e/o della base imponibile) allo scopo di evitare di adempiere all'obbligazione tributaria. L'evasione si contrappone al fenomeno del legittimo risparmio d'imposta, che il contribuente può invece realizzare optando per l'opzione fiscalmente meno gravosa tra quelle consentite dal regime di riferimento. L'elusione fiscale, infine, consiste in un comportamento del contribuente che, pur rispettoso della lettera della normativa tributaria, tende a evitare il pagamento dell'imposta con costruzioni negoziali il cui solo scopo è quello di sottrarsi all'obbligo fiscale.

Stando a queste definizioni, il risparmio d'imposta realizzato attraverso la localizzazione di un'attività in uno Stato a fiscalità privilegiata non rappresenta necessariamente la patologica conseguenza di una decisione strategica orientata ad occultare il presupposto impositivo. Inoltre, l'ordinamento italiano riconosce piena libertà organizzativa agli imprenditori (art. 2082 c.c.), per cui non sussiste ragione alcuna per pensare che un soggetto residente non possa scegliere di realizzare un investimento in una società residente in uno Stato caratterizzato da un regime fiscale privilegiato⁽¹³⁸⁾. D'altra parte, qualora i redditi generati da una società controllata estera conservino primarie connessioni col territorio italiano, l'Amministrazione finanziaria potrebbe ricondurre questi comportamenti a fattispecie di interposizione, reale o fittizia, sicuramente meritevoli di censura. Secondo la dottrina antecedente all'introduzione dell'art. 127-bis,

⁽¹³⁸⁾ Cordeiro Guerra, R. (2000), *op. cit.*

TUIR, tale potere spettava all'Amministrazione finanziaria in forza degli articoli 37 e 37-bis⁽¹³⁹⁾ del D.P.R. del 29 settembre 1973, n. 600.

L'art. 37, comma 3, D.P.R. n. 600/1973, dispone che *«in sede di rettifica o di accertamento d'ufficio sono imputati al contribuente i redditi di cui appaiono titolari altri soggetti quando sia dimostrato, anche sulla base di presunzioni gravi, precise e concordanti, che egli ne è l'effettivo possessore per interposta persona»*. La norma sembrerebbe dunque mirata a combattere i comportamenti elusivi posti in essere attraverso schemi di interposizione fittizia.

L'art. 37-bis, comma 1, D.P.R. n. 600/1973, rubricato come *«Disposizioni antielusive»*, stabiliva invece che *«sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti»*. Tale previsione intendeva dunque scongiurare le fattispecie di interposizione reale, ovverosia quelle imputazioni di ricchezza effettivamente volute ma al solo scopo di realizzare un vantaggio fiscale.

La presenza nell'ordinamento tributario di norme potenzialmente applicabili al contrasto dei fenomeni di interposizione realizzati attraverso società localizzate in Stati a fiscalità privilegiata impone una riflessione circa la necessità avvertita dal legislatore di introdurre una disciplina CFC. Innanzitutto, bisogna considerare che gli articoli 37 e 37-bis, D.P.R. n. 600/1973, recano disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi. Trattandosi di norme di natura procedimentale che attribuiscono all'Amministrazione finanziaria determinati poteri in fase di controllo del corretto adempimento degli obblighi fiscali dei contribuenti, ne consegue che sia la stessa Amministrazione ad avere l'onere di provare l'interposizione *«sulla base di presunzioni gravi, precise e concordanti»*. L'art. 127-bis, invece, ha una chiara natura sostanziale: collocata tra le disposizioni comuni nel Testo Unico delle Imposte sui Redditi, la norma

⁽¹³⁹⁾ L'articolo è stato abrogato dal D.Lgs. del 5 agosto 2015, n. 128. Le disposizioni che richiamano la norma in parola si intendono ora riferite all'art. 10-bis, Legge del 27 luglio 2000, n. 212, in quanto compatibili. Esso ha infatti introdotto nell'ordinamento una clausola generale che raccoglie i principi e le regole in materia di abuso del diritto e di elusione in materia fiscale e le unifica in un'unica definizione, oltre a sancirne l'irrelevanza penale.

prevede una presunzione relativa sulla base della quale si assume l'interposizione, a meno che il socio controllante non provi la sussistenza di almeno una delle esimenti. Così formulata, la disciplina CFC inverte l'onere della prova, ponendola a carico del contribuente, e solleva l'Amministrazione finanziaria dalle difficoltà di dimostrare fenomeni d'interposizione posti in essere da soggetti residenti in paesi con i quali, tra l'altro, è carente «*un adeguato scambio di informazioni*» ⁽¹⁴⁰⁾.

Un altro elemento utile per comprendere la *ratio* dell'art. 127-bis è la disposizione contenuta al comma 1, secondo la quale «*i redditi conseguiti dal soggetto estero partecipato sono imputati, a decorrere dalla chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero partecipato, ai soggetti residenti in proporzione alle partecipazioni da essi detenute*». Attenendosi alla lettera della norma, la CFC *legislation* italiana consentirebbe di replicare la tecnica utilizzata dall'Amministrazione finanziaria in sede di accertamento per negare all'interponente il vantaggio fiscale indebito realizzato attraverso un soggetto interposto, ovvero si dovrebbe superare la soggettività tributaria della società controllata estera e tassare il reddito della stessa direttamente in capo al soggetto controllante residente. In questo senso, la disciplina CFC inizialmente introdotta nell'ordinamento italiano potrebbe essere classificata come norma antielusiva di carattere speciale rispetto alla fattispecie più ampia contemplata dall'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973.

Secondo un'altra parte della dottrina, la disciplina CFC sarebbe stata introdotta per contrastare il differimento del pagamento dell'imposta dovuta all'esercizio in cui la società controllata distribuisce i dividendi. Tale interpretazione, tuttavia, è stata fortemente criticata per diverse ragioni. Innanzitutto, attenendosi alla lettera del comma 1 dell'art. 127-bis, oggetto di tassazione in Italia non è il dividendo maturato e non distribuito, bensì il reddito del soggetto estero. A supporto di questa interpretazione concorre il comma 7 dell'articolo in parola, secondo il quale una delibera di distribuzione del dividendo non evita la tassazione per trasparenza, bensì determina l'esclusione dalla base imponibile di un ammontare pari a quello del reddito sottoposto a prelievo ai sensi del comma 1 ⁽¹⁴¹⁾.

⁽¹⁴⁰⁾ Cordeiro Guerra, R. (2000), *op. cit.*

⁽¹⁴¹⁾ Cordeiro Guerra, R. (2000), *op. cit.*

La possibilità di disapplicare la disciplina CFC dimostrando lo svolgimento da parte della controllata estera di «*un'effettiva attività industriale o commerciale*» (art. 127-*bis*, comma 5) rappresenta un altro elemento testuale della norma che indebolisce le interpretazioni a supporto della *ratio* di contrasto al *tax deferral*. In questo senso, il legislatore non sembrerebbe tanto interessato all'eventuale differimento d'imposizione connesso alla mancata distribuzione degli utili, bensì al fatto che un soggetto residente possa avere un collegamento – nella forma di controllo societario – con un soggetto capace di produrre reddito sottoposto ad un livello di tassazione non ritenuto congruo, mediante l'impiego di attività fittiziamente localizzate in uno Stato a fiscalità privilegiata. Ebbene, qualora il soggetto controllante residente fosse riuscito a superare la presunzione legale prevista dalla norma dimostrando che la società controllata estera svolgeva un'effettiva attività industriale o commerciale in via prevalente, sarebbe venuto meno l'interesse dello Stato italiano ad estendere la propria potestà impositiva su un soggetto non residente.

Infine, una parte della dottrina riteneva che l'art. 127-*bis*, instaurando un'obbligazione tributaria in capo al soggetto controllante riferita ad un reddito indisponibile almeno fino alla delibera di distribuzione degli utili, porrebbe una questione di legittimità costituzionale legata ad una potenziale violazione dei «*normali criteri di riferibilità soggettiva*» e quindi del principio di capacità contributiva statuito dall'art. 53 della Costituzione italiana. Se infatti l'intento del legislatore fosse il contrasto al differimento di imposizione degli utili da partecipazione – a prescindere dalle circostanze nelle quali questi ultimi sono stati prodotti –, la disposizione finirebbe per qualificare come elusiva la mera inerzia nella quale si manifesta la mancata distribuzione dell'utile⁽¹⁴²⁾. I sostenitori della *ratio* di contrasto al *tax deferral* giudicavano infondata la questione di incostituzionalità sulla base del fatto che si trattasse di un diritto del soggetto passivo individuato dalla norma, cioè del socio di controllo, decidere se distribuire i dividendi. Di conseguenza, la mancata distribuzione doveva essere considerata come un atto di dispo-

⁽¹⁴²⁾ Stevanato, D. (2000), *op. cit.*

sizione di un reddito già affluito nella sfera giuridica del socio, al pari dell'accantonamento di utile indiviso ⁽¹⁴³⁾. Tuttavia, tale interpretazione apparirebbe debole di fondamento alla luce dell'art. 2433 c.c., il quale prescrive che, nelle società di capitali, i soci maturano il diritto al dividendo soltanto nel momento in cui l'assemblea delibera la distribuzione degli utili. In questo senso, la mancata deliberazione non potrebbe essere qualificata come un atto di rinuncia ad un diritto già acquisito.

Delle tre istanze analizzate, tuttavia, è la volontà del legislatore di attuare una politica di *capital export neutrality* ad avere raccolto maggior consenso in dottrina ⁽¹⁴⁴⁾. La scelta dell'Italia di introdurre una disciplina CFC applicabile solo a soggetti localizzati in Stati a regime fiscale privilegiato (*designated jurisdiction approach*) non si limiterebbe a reprimere i fenomeni di elusione fiscale internazionale, ma sottende una strategia di politica fiscale mirata a sottrarre gli operatori economici residenti dalla logica di valutare la convenienza di un investimento meramente sulla base del livello del prelievo fiscale.

La *ratio* in questione sembrerebbe la più coerente con le modifiche che hanno interessato la normativa originaria a partire dalla c.d. *Riforma Tremonti* (Legge Delega del 7 aprile 2003, n. 80). Innanzitutto, l'estensione della disciplina CFC alle ipotesi di mero collegamento societario operata dal D.Lgs. del 12 dicembre 2003, n. 344, porta ad escludere con sempre maggiore convinzione le argomentazioni a sostegno della finalità di contrasto al *tax deferral*: è innegabile infatti che, nei casi di collegamento, il socio non abbia sufficiente potere per posticipare la distribuzione dell'utile realizzato dalla partecipata estera. Il combinato disposto dagli articoli 167 e 168 sembrerebbe dunque pensato per disincentivare i profili di delocalizzazione elusiva del reddito in paradisi fiscali, garantendo un'imposizione adeguata in ottica di neutralità fiscale interna ⁽¹⁴⁵⁾.

⁽¹⁴³⁾ Nanetti, F., *The Italian CFC: Tax Measures, Law Against Tax Avoidance or International Countermeasure? Reflections and preliminary interpretations*, in EC Tax Review, 2001, n. 1, pag. 58.

⁽¹⁴⁴⁾ Franzé, R. (2005), *Il regime di imputazione dei redditi dei soggetti partecipati residenti o localizzati in paradisi fiscali*, in AA.VV., *Diritto Tributario Internazionale*, pag. 927; Dominici, R., Lupi, R. (2005), op. cit.; Ballancin, A., *Note ricostruttive sulla ratio sottesa alla disciplina italiana in tema di controlled foreign companies*, in Rivista di Diritto Tributario, 2008, n. 1, pag. 13.

⁽¹⁴⁵⁾ Stevanato, D., *La delega fiscale e la CFC legislation*, in Il Fisco, 2002, n. 18, pag. 2730.

Un ulteriore indizio in questo senso emerge dal legame tra l'art. 167 e l'art. 87, TUIR. Quest'ultima norma condiziona la possibilità di beneficiare dell'esenzione sulle plusvalenze realizzate relativamente ad azioni o quote di partecipazioni in società ed enti ad una serie di requisiti oggettivi e soggettivi. Tra questi, al comma 1, lettera c), si stabilisce che la società partecipata deve essere residente *«in uno Stato o territorio diverso da quelli a regime fiscale privilegiato di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell'articolo 167, comma 4»*. Alternativamente, il socio ha la facoltà di dimostrare, mediante l'esercizio dell'interpello secondo le modalità previste dallo stesso art. 167, comma 5, lettera b), che *«dalle partecipazioni non sia stato conseguito, sin dall'inizio del periodo di possesso, l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori in cui sono sottoposti a regimi fiscali privilegiati di cui al predetto decreto ministeriale»*. Il richiamo normativo alla seconda esimente di cui all'art. 167 rafforza l'ipotesi dell'esistenza di un disegno sistematico di *policy* fiscale – di cui la disciplina CFC è la norma fondante – funzionale ad assicurare che i redditi realizzati all'estero siano assoggettati almeno una volta ad un livello di tassazione non necessariamente pari a quello italiano, ma almeno congruo ⁽¹⁴⁶⁾.

⁽¹⁴⁶⁾ In questo senso, l'interpretazione è coerente con la Risoluzione del 28 marzo 2007, n. 63/E, la quale ha confermato che *«la ratio della disposizione dell'art. 167, comma 5, lettera b), del TUIR, in sostanza, è quella di garantire che i redditi prodotti all'estero siano tassati almeno una volta in misura congrua»*. Inoltre, la stessa Risoluzione afferma che *«l'esimente in parola tende ad escludere dall'ambito applicativo del provvedimento anche i gruppi che dimostrino di subire, comunque, una tassazione congrua all'estero o per i quali la localizzazione di imprese in «paradisi fiscali» costituisce una modalità legata al loro assetto operativo»*.

CAPITOLO III

L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA CFC TRA ESIGENZE DI CONTRASTO ALLA CRISI ECONOMICA E DI SOSTEGNO ALL'INTERNAZIONALIZZAZIONE DELLE IMPRESE

SOMMARIO: 1. Legge 24 dicembre 2007, n. 244: dalla *black list* alla *white list*. – 2. Decreto-Legge 1 luglio 2009, n. 78. – 2.1. L'estensione della disciplina CFC alle società controllate residenti in paesi *white list*. – (segue) «*Costruzione di puro artificio*»: la sentenza *Cadbury Schweppes*. – 2.2. Le modifiche alla prima esimente. – 3. Legge 23 dicembre 2014, n. 190: il ritorno alla *black list*. – 4. Decreto Legislativo 14 settembre 2015, n. 17, e Legge 28 dicembre 2015, n. 208. – 4.1. Abrogazione dell'estensione della disciplina CFC alle imprese estere collegate. – 4.2. Il temporaneo ritorno alla *black list*, l'abrogazione e l'introduzione di un criterio generale per l'individuazione dei paradisi fiscali. – 4.3. Modalità di determinazione dei redditi. – 4.4. Credito d'imposta sulle ritenute applicate ai dividendi. – 4.5. I profili procedurali ad esito della riforma degli interpellati. – 5. Gli effetti delle riforme sulla ratio della disciplina. Il nuovo orientamento al *transactional approach*.

1. Legge 24 dicembre 2007, n. 244: dalla *black list* alla *white list*

Con l'approvazione della Legge del 24 dicembre 2007, n. 244 (Legge Finanziaria per il 2008), la disciplina CFC italiana subì per la prima volta una rilevante modifica del proprio ambito di applicazione. Nel dettaglio, la legge prevedeva il superamento della *black list*, e quindi dell'individuazione dei regimi fiscali privilegiati attraverso un elenco tassativo, a favore di una *white list* di paesi nei confronti dei quali non avrebbero trovato applicazione le disposizioni in materia di imprese estere controllate o collegate. Il passaggio ad un sistema di liste positive fu realizzato attraverso l'abolizione del comma 4 dell'art. 167 e l'introduzione dell'art. 168-bis. Questa nuova disposizione attribuiva al Ministero dell'Economia e delle Finanze il compito di individuare sia gli Stati o i territori «che consentono un adeguato scambio di informazioni» (comma 1), sia gli Stati o i

territori che, oltre a consentire un adeguato scambio di informazioni, sono caratterizzati da un livello di tassazione «*non sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia*» (comma 2) ⁽¹⁴⁷⁾ ⁽¹⁴⁸⁾.

Ragionando in astratto, l'art. 168-*bis* sarebbe dovuto diventare il riferimento normativo richiamato da tutti i regimi del Testo Unico aventi ad oggetto operazioni transnazionali, indistintamente realizzate da persone fisiche o giuridiche, in relazione alle quali rileva la localizzazione in uno Stato a regime fiscale privilegiato. Le due liste erano infatti volte a disciplinare ambiti differenti: tra gli altri, il comma 1 menzionava il regime della deducibilità dei componenti negativi di reddito derivanti da operazioni realizzate tra imprese residenti in Italia ed imprese localizzate in Paesi a fiscalità privilegiata (art. 110, comma 10), mentre il comma 2 rilevava ai fini della disciplina CFC e della *participation exemption* ⁽¹⁴⁹⁾. Tuttavia, la mancata pubblicazione dei decreti ministeriali produsse l'effetto di mantenere inalterato l'impianto normativo fondato sulla *black list* di cui al D.M. n. 429/2001 ancora vigente al 31 dicembre 2007 ⁽¹⁵⁰⁾.

⁽¹⁴⁷⁾ La dottrina non esitò a mettere in luce come il mancato riferimento agli «*altri criteri equivalenti*» previsto dal comma 4 dell'art. 167 non aveva comunque permesso di superare i dubbi interpretativi e le criticità che si erano presentate già all'epoca della prima formulazione della norma. In particolare, restava il problema della eccessiva indeterminatezza nella definizione del livello d'imposizione «sensibilmente inferiore», che attribuiva eccessiva discrezionalità all'Amministrazione finanziaria nell'individuazione degli Stati e dei territori a regime fiscale privilegiato. Sul punto, Maisto, G. (2008), *Il metodo delle liste positive (white list) e negative (black list) ai fini dell'imposizione nei rapporti con Stati aventi regime fiscale privilegiato*, in Beghin, M. (2008), *Saggi sulla riforma dell'IRES. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Giuffrè Editore, pag. 311.

⁽¹⁴⁸⁾ La scelta del legislatore di introdurre due distinte *white lists* si discostava dalla proposta originaria di cui al DDL n. 1817 del 2007, il quale prevedeva l'adozione del criterio unico dello scambio di informazioni, a prescindere dal livello di prelievo. Tale soluzione, oltre ad allineare l'Italia all'approccio sancito dall'OCSE con la pubblicazione del *Progress Report* del 2001, avrebbe consentito di individuare i soggetti rientranti nell'ambito di applicazione delle norme menzionate dall'art. 168-*bis* facendo riferimento alle Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia.

⁽¹⁴⁹⁾ Si presenta così un ulteriore legame normativo tra la disciplina CFC e il regime della *participation exemption* che conferma l'ipotesi dell'esistenza di un disegno unitario del legislatore propedeutico a realizzare una politica di neutralità fiscale interna e perseguito attraverso i due istituti in parola. Sul punto, *infra*, Capitolo II, Paragrafo 10.

⁽¹⁵⁰⁾ La mancata implementazione delle suddette modifiche normative comportò numerose difficoltà operative, dal momento che, a causa del mancato aggiornamento della *black list* ancora in vigore nelle more della pubblicazione del decreto attuativo, continuavano a rientrare nell'ambito di applicazione

2. Decreto-legge 1 luglio 2009, n. 78

L'approvazione del Decreto-legge del 1 luglio 2009, n. 78, convertito con Legge del 3 agosto 2009, n. 102, ha rappresentato il primo vero tentativo di riforma della disciplina italiana in materia di imprese estere controllate e collegate. In attuazione alle intese raggiunte tra gli Stati aderenti all'OCSE in materia di emersione di attività economiche e finanziarie detenute in Paesi aventi regimi fiscali privilegiati, e coerentemente con quanto già disposto in altri ordinamenti europei, tale decreto interveniva sull'ambito soggettivo di applicazione e sulle cause esimenti del regime CFC per rafforzarne il ruolo di «*contrasto agli arbitraggi fiscali internazionali*» ⁽¹⁵¹⁾.

2.1. L'estensione della disciplina CFC alle società controllate residenti in paesi *white list*

Il D.L. n. 78/2009 ha esteso l'inclusione nel perimetro della tassazione per trasparenza della disciplina CFC alle società controllate estere non residenti in Stati a regime fiscale privilegiato che presentavano congiuntamente due requisiti riguardanti la tipologia di reddito prodotto e il carico fiscale a cui sono assoggettate ⁽¹⁵²⁾. La formulazione letterale del nuovo comma 8-*bis* dell'art. 167, infatti, prevedeva che «*la disciplina di cui al comma 1 trova applicazione anche nell'ipotesi in cui i soggetti controllati ai sensi dello stesso comma sono localizzati in stati o territori diversi da quelli ivi richiamati, qualora ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni:*

- a) sono assoggettati a tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella a cui sarebbero stati soggetti in Italia;*
- b) hanno conseguito proventi derivanti per più del 50 per cento 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*

della norma i soggetti residenti in Stati con cui l'Italia aveva nel frattempo stipulato una Convenzione o un accordo volto a realizzare un adeguato scambio di informazioni.

⁽¹⁵¹⁾ Così è rubricata la disposizione di cui all'art. 13 del D.L. n. 78/2009.

⁽¹⁵²⁾ Si noti che, ai sensi dell'art. 168, il nuovo comma 8-*bis* non trovava applicazione nei confronti delle società estere collegate.

soggetti che direttamente o indirettamente controllano la società o l'ente, ne sono controllati o sono controllati dalla stessa società che controlla la società o l'ente non residente, ivi compresi i servizi finanziari».

Il comma 8-*bis* determinava l'applicabilità della regola di cui al comma 1 ai soggetti controllati che, seppur residenti in Stati o territori che non integravano i criteri generali per l'identificazione dei regimi fiscali privilegiati (comma 4), conseguivano prevalentemente un reddito di natura passiva assoggettato ad una tassazione effettiva inferiore a più del 50 per cento di quella italiana, beneficiando così di un risparmio tributario indebito. In questo modo, la disciplina CFC estendeva il proprio ambito di applicazione a due diverse categorie di società controllate, quelle assoggettate al regime in ragione della rispettiva localizzazione in uno Stato o territorio non-*white list* – a prescindere dal livello di imposizione –, e quelle assoggettate al regime in ragione del livello impositivo effettivamente scontato – indipendentemente dalla loro localizzazione in un regime fiscale privilegiato ⁽¹⁵³⁾. Attraverso la nuova disposizione, dunque, il legislatore aveva inteso colpire la costituzione di società tipicamente prive di contenuto imprenditoriale, che non svolgevano altra funzione pratica se non quella di intestarsi *passive income* al posto del soggetto controllante residente in Italia, con l'effetto di attenuare indebitamente il prelievo impositivo del gruppo di appartenenza ⁽¹⁵⁴⁾.

Coerentemente con l'impianto normativo della disciplina CFC, che consentiva di superare la presunzione di elusività insita nella scelta di localizzare una società in un regime fiscale privilegiato ricorrendo alla procedura d'interpello preventivo, il D.L. n. 78/2009 introdusse un'esimente speciale, invocabile unicamente dal contribuente al ricorrere delle due condizioni imposte dal comma 8-*bis*. Il nuovo comma 8-*ter* dell'art. 167 prevedeva infatti la possibilità per un soggetto residente di evitare la tassazione per

⁽¹⁵³⁾ Risoluzione del 21 settembre 2007, n. 262/E, con la quale l'Agenzia delle Entrate ha specificato che «l'inclusione di uno stato o territorio (...) a prescindere dal tipo di regime tributario concretamente applicabile alle società di volta in volta considerate (...) è stata effettuata dal legislatore in base a valutazioni non sindacabili in sede di interpello», respingendo così un'istanza di disapplicazione fondata sull'assoggettamento della controllata estera ad un livello di prelievo equivalente a quello italiano. Disponibile al link: <http://www.agenziaentrate.gov.it/>.

⁽¹⁵⁴⁾ Gaffuri, A. (2016), *La disciplina delle CFC*, in Dragonetti, A., Piacentini, V. e Sfondrini, A. (a cura di), *Manuale di fiscalità internazionale – VII edizione*, IPSOA Wolters Kluwer, pag. 1825 ss.

trasparenza del reddito di una società *white list* dimostrando che «*l'insediamento all'estero non rappresenta una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale*».

Oltre a fornire precisazioni sulle modalità di confronto tra il livello «effettivo» di imposizione estero e quello «virtuale» domestico, nonché sul loro rispettivo calcolo ⁽¹⁵⁵⁾, la Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 6 ottobre 2010, n. 51/E, ha chiarito che il parere in ordine all'artificialità della suddetta costruzione non sarebbe stato reso sulla base di elementi valutati in modo discrezionale, ma in aderenza ad indicatori predefiniti, oggettivi e verificabili, individuati facendo riferimento alla Risoluzione del Consiglio dell'Unione Europea sul coordinamento delle norme sulle società controllate estere e sulla sottocapitalizzazione nell'Unione Europea dell'8 giugno 2010 ⁽¹⁵⁶⁾. Infine, la Cir-

⁽¹⁵⁵⁾ Ai fini della verifica in questione, il confronto doveva essere effettuato:

- Tenendo conto unicamente delle imposte sul reddito, da individuare facendo riferimento, qualora esistente, alla Convenzione per evitare le doppie imposizioni vigente con lo Stato estero, ed escludendo in ogni caso l'IRAP;
- Facendo riferimento, relativamente ad entrambi i termini del confronto, al «carico effettivo di imposizione gravante sulla società estera» (c.d. *effective tax rate*, ossia il rapporto tra l'imposta corrispondente al reddito imponibile e l'utile ante imposte);
- Prendendo in considerazione soltanto le imposte correnti e non le eventuali imposte anticipate e differite;
- Determinando il carico fiscale complessivo della CFC con riguardo al totale degli utili e non soltanto ai redditi di natura passiva.

Per operare il confronto, quindi, il soggetto controllante residente doveva (i) determinare la base imponibile della società controllata estera applicando le norme sostanziali italiane, (ii) calcolare il debito tributario che ne sarebbe derivato se fosse stata applicata l'aliquota societaria italiana, e (iii) rapportare il risultato all'utile ante imposte emergente dal bilancio o dal rendiconto della CFC. Se il *tax rate* domestico così ottenuto fosse stato superiore al doppio di quello estero, il requisito di cui al comma 8-bis, lettera a), sarebbe stato soddisfatto. Nel caso in cui fosse risultata verificata anche l'ulteriore condizione individuata dalla lettera b), relativa alla natura passiva del reddito della società controllata estera, allora la CFC avrebbe dovuto essere, in linea di principio, inclusa nel perimetro di tassazione per trasparenza.

⁽¹⁵⁶⁾ La Risoluzione in parola contiene un elenco non esaustivo di indici in presenza dei quali è ragionevole presumere che gli utili della controllata estera siano stati artificialmente localizzati in capo ad una CFC e quindi distratti dallo Stato UE di origine. Nel dettaglio, ai sensi della citata Risoluzione, sono considerati indicatori di artificialità della società estera i seguenti:

- L'insufficienza di motivi economici o commerciali validi per l'attribuzione degli utili, che pertanto non rispecchia la realtà economica;

colare in parola chiariva che la formula «*volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale*» rappresentasse una mera specificazione del concetto di «*costruzione di puro artificio*» formulato dalla giurisprudenza comunitaria.

(segue) «Costruzione di puro artificio»: la sentenza *Cadbury Schweppes*

Con l'introduzione del comma 8-ter, il legislatore ha accolto nell'ordinamento tributario italiano la nozione di «*wholly artificial arrangement*» («costruzione di puro artificio») elaborata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza *Cadbury Schweppes* ⁽¹⁵⁷⁾, alla quale si può dunque fare riferimento per risolvere i dubbi interpretativi legati alla portata della nuova esimente ⁽¹⁵⁸⁾.

-
- La costituzione non risponde essenzialmente a una società reale intesa a svolgere attività economiche effettive;
 - Non esiste alcuna correlazione proporzionale tra le attività apparentemente svolte dalla CFC e la misura in cui tale società esiste fiscalmente in termini di locali, persone e attrezzature;
 - La società non residente è sovracapitalizzata: dispone di un capitale nettamente superiore a quello di cui ha bisogno per svolgere un'attività;
 - Il contribuente ha concluso transazioni prive di realtà economica, aventi poca o nessuna finalità commerciale o che potrebbero essere contrarie agli interessi commerciali generali se non fossero state concluse a fini di evasione fiscale.

⁽¹⁵⁷⁾ Causa C-196/04 – *Cadbury Schweppes Plc e Cadbury Schweppes Overseas Ltd contro Commissioners of Inland Revenue*, sentenza del 12 settembre 2006.

⁽¹⁵⁸⁾ La Corte di Giustizia ha esaminato la questione pregiudiziale posta nel caso *Cadbury Schweppes* alla luce degli articoli 43 CE e 48 CE, relativi alla libertà di stabilimento, e dell'eventualità che un'eventuale restrizione di tale libertà sia proporzionata all'obiettivo di contrastare le costruzioni di puro artificio. Secondo la CGUE, «*il trattamento fiscale differenziato derivante dalla legislazione sulle società estere controllate e lo svantaggio che ne risulta per le società residenti che dispongono di una controllata soggetta, in un altro Stato membro, ad un livello di tassazione inferiore sono atti ad ostacolare l'esercizio della libertà di stabilimento da parte di tali società*» (par. 46).

Inoltre, è giurisprudenza costante in materia che «*la mera circostanza che una società residente crei uno stabilimento secondario, per esempio una controllata, in un altro Stato membro non può fondare una presunzione generale di frode fiscale, né giustificare una misura che pregiudichi l'esercizio di una libertà fondamentale garantita dal Trattato*» (par. 50), tanto più alla luce del fatto che «*l'esigenza di impedire la riduzione del gettito tributario non rientra né tra gli obiettivi enunciati all'art. 46, n. 1, CE, né tra le ragioni imperative di interesse generale suscettibili di giustificare una restrizione a una libertà prevista dal Trattato*» (par. 49). Per contro, «*una misura nazionale che restringe la libertà di stabilimento è ammessa se concerne specificamente le costruzioni di puro artificio finalizzate ad eludere la normativa dello Stato membro interessato*» (par. 51).

Nel caso in parola, i giudici lussemburghesi hanno sancito il principio secondo cui una società estera controllata deve corrispondere «a una realtà economica» (par. 65) e «a un insediamento reale che abbia per oggetto l'espletamento di attività economiche effettive nello Stato membro di stabilimento. (...) Questa constatazione deve poggiare su elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi, relativi, in particolare, al livello di presenza fisica della società estera controllata in termini di locali, di personale e di attrezzature. Se la verifica dei detti elementi portasse a constatare che la società estera controllata corrisponde a un'installazione fittizia che non esercita alcuna attività economica effettiva sul territorio dello Stato membro di stabilimento, la creazione di tale società estera controllata dovrebbe essere ritenuta costruzione di puro artificio» (paragrafi 66-68).

Ancora, secondo la Corte di Giustizia, una costruzione societaria non è da considerare meramente artificiosa né nell'ipotesi in cui «da elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi risulti che, pur in presenza di motivazioni di natura fiscale, la società estera controllata è realmente impiantata nello Stato di stabilimento e ivi esercita attività economiche effettive» (par. 75), né assumendo che «le attività corrispondenti agli utili della società estera controllata ben avrebbero potuto essere effettuate anche da una società stabilita sul territorio dello Stato membro in cui si trova la società residente» (par. 69).

L'individuazione di una costruzione di puro artificio, dunque, esige un'analisi informata al criterio della prevalenza della sostanza sulla forma e basata su criteri oggettivi che determinino il livello di presenza economica e di commercialità delle transazioni, quali ad esempio la sede di direzione effettiva, la presenza tangibile della società e il rischio commerciale assunto ⁽¹⁵⁹⁾.

⁽¹⁵⁹⁾ Comunicazione della Commissione del 10-10-2007, COM (2007) 785 def. Disponibile al link: <https://eur-lex.europa.eu/procedure/IT/196511>

2.2. Le modifiche alla prima esimente

Con riferimento alle modifiche apportate alla disciplina delle cause esimenti, il D.L. n. 78/2009 riformulava parzialmente il comma 5, lettera a). Se prima dell'intervento normativo in parola il soggetto controllante residente poteva inibire l'applicabilità della disciplina CFC dimostrando che la società partecipata svolgeva, in via principale, un'effettiva attività industriale o commerciale «*nello Stato o territorio nel quale ha sede*», ai sensi della nuova disposizione occorreva addurre che l'esercizio della suddetta attività si sviluppava «*nel mercato dello Stato o territorio di insediamento*». Inoltre, con riferimento alle attività bancarie, finanziarie e assicurative, la norma precisava che quest'ultima condizione poteva considerarsi soddisfatta quando la maggior parte delle fonti, degli impieghi o dei ricavi originavano nello Stato o territorio di insediamento ⁽¹⁶⁰⁾.

La scarsa chiarezza dell'espressione utilizzata dal legislatore sollevò molti dubbi con riferimento al significato e alla portata della stessa. Per una parte della dottrina, la modifica apportata rafforzava la disposizione precedentemente in vigore. In questo senso, il riferimento al mercato serviva a precisare che oggetto di prova della prima esimente non era soltanto lo svolgimento di un'attività effettiva da parte della società controllata estera, ma anche l'esistenza di una struttura organizzativa autonoma e radicata nello Stato o territorio di insediamento, capace di svolgere le attività che ne concretizzavano l'oggetto sociale ⁽¹⁶¹⁾.

⁽¹⁶⁰⁾ La riforma della prima esimente realizzata dal D.L. 78/2009 recuperava la formulazione dei primi disegni di legge (DDL n. 4185 di iniziativa parlamentare, DDL n. 4336 approvato dal Consiglio dei Ministri il 15 novembre 1999) in materia di imprese controllate estere. Ispirandosi alla CFC *legislation* francese, infatti, la prima versione della disposizione prevedeva la non applicazione automatica della disciplina con riferimento ai redditi di soggetti non residenti che «*svolgono principalmente un'attività industriale o commerciale effettiva e realizzano le operazioni in maniera preponderante sul mercato del Paese nel quale hanno sede*». Similmente, nell'ultima versione precedente a quella definitivamente approvata era prevista la disapplicazione dell'imputazione per trasparenza dei redditi del soggetto residente qualora la società controllata avesse svolto «*principalmente un'attività industriale o commerciale effettiva nel mercato nel quale ha sede*». Sul punto, Ballancin, A. (2016), *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, Wolters Kluwer, CEDAM, pag. 285.

⁽¹⁶¹⁾ Assonime, Note e Studi n. 15/2009, *Commenti in relazione all'art. 13 del D.L. 1 luglio 2009, n. 78*, pag. 13.

Secondo altri commentatori, invece, dal testo della norma si ricavava l'impressione che la società estera dovesse svolgere la propria attività commerciale prevalentemente a favore di clienti residenti nello stesso Stato a regime fiscale privilegiato in cui essa aveva sede ⁽¹⁶²⁾. Tale interpretazione restrittiva fu parzialmente confermata dalla Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 6 ottobre 2010, n. 51/E, la quale evidenziava che, sebbene il mercato di insediamento non si limitasse al territorio compreso entro i confini politici dello Stato d'insediamento, bensì ricomprendesse tutta l'area geografica circostante e ad esso legata da «*particolari nessi economici, politici, geografici o strategici*», tale richiamo doveva essere interpretato «*come collegamento al mercato di sbocco o al mercato di approvvigionamento*». Pertanto, alla luce della suddetta Circolare, l'esclusione prevista dalla prima esimente avrebbe potuto essere concessa al contribuente in grado di dimostrare l'integrazione economica della società controllata estera nel tessuto socio-imprenditoriale dell'area geografica di localizzazione, essendo quest'ultima il riferimento territoriale da prendere in considerazione per identificare il mercato di sbocco o di approvvigionamento della CFC ⁽¹⁶³⁾.

Una simile interpretazione portava con sé il rischio di una significativa deroga ai principi generali volti a definire i criteri di collegamento spaziali per la localizzazione del presupposto. Conformemente a tali principi, il reddito derivante da un certo fatto gestionale si considera realizzato – e determina l'insorgere di un'obbligazione tributaria – nel luogo dove è collocata la sede dell'impresa, ovverosia il complesso di persone e attività impiegate per rendere la prestazione al quale è riferibile il compimento del fatto medesimo ⁽¹⁶⁴⁾: in tal senso, ai fini tributari non rileva la collocazione territoriale dei soggetti beneficiari dei beni o dei servizi offerti dall'impresa. Attenendosi all'interpre-

⁽¹⁶²⁾ Mastroberti, A., *Tassati per trasparenza anche i redditi della CFC localizzata in un Paese a fiscalità di vantaggio*, in *Il Fisco*, 2009, n. 1, pag. 4455.

⁽¹⁶³⁾ Ballancin, A. (2016), *op. cit.*, pag. 299.

⁽¹⁶⁴⁾ Gaffuri, A.M. (2008), *La tassazione dei redditi d'impresa prodotti all'estero*, Giuffrè Editore, pag. 115 ss.

tazione fornita dall'Agenzia dell'Entrate, invece, il reddito di una CFC dovrebbe considerarsi prodotto in uno Stato allorché in esso si collocano i destinatari delle prestazioni dell'impresa (i clienti e/o i fornitori) ⁽¹⁶⁵⁾.

A restringere ulteriormente la possibilità di beneficiare dell'esimente di cui all'art. 167, comma 5, lettera a), contribuì l'introduzione del nuovo comma 5-bis, ai sensi del quale la dimostrazione dell'esercizio effettivo di un'attività industriale o commerciale ai fini della disapplicazione del regime CFC era preclusa qualora *«i proventi della società o altro ente non residente provengono per più del 50 per cento dalla gestione, dalla detenzione o dall'investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie, dalla cessione o dalla concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria o artistica, nonché dalla prestazione di servizi nei confronti di soggetti che direttamente o indirettamente controllano la società o l'ente non residente, ne sono controllati o sono controllati dalla stessa società che controlla la società o l'ente non residente, ivi compresi i servizi finanziari»*. In tali casi, la disapplicazione della normativa CFC ai sensi della prima esimente non poteva essere invocata, mentre rimaneva salva la possibilità per il soggetto residente in Italia di dimostrare che dalla partecipazione alla società estera non conseguisse l'effetto di localizzare i redditi in Stati a regime fiscale privilegiato (art. 167, comma 5, lettera b).

La previsione sembrava così introdurre una presunzione assoluta di non genuinità delle società controllate estere che traevano la maggior parte dei loro redditi dalla gestione passiva di attività o da operazioni infragruppo. La formulazione letterale del nuovo comma rischiava così di violare i principi antiabuso sanciti dalla giurisprudenza comunitaria ⁽¹⁶⁶⁾, secondo la quale se una particolare disposizione nazionale consente

⁽¹⁶⁵⁾ Gaffuri, A.M. (2016), *op. cit.* pag. 1845 ss.

⁽¹⁶⁶⁾ Causa C-28/95 – *A. Leur-Bloem contro Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, sentenza del 17 luglio 1997.

Nella sentenza *Leur-Bloem*, vertente sull'interpretazione della Direttiva 90/434/CEE relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha sancito il principio secondo cui *«per accertare se l'operazione che s'intende effettuare abbia come obiettivo principale o come uno dei suoi obiettivi principali la frode o l'evasione fiscali, le autorità nazionali competenti non possono limitarsi ad applicare criteri generali predeterminati, ma devono procedere,*

ad un'Amministrazione finanziaria di presumere, sulla base di criteri generali predeterminati, l'assenza di una valida ragione economica a fondamento di un'operazione, il contribuente deve essere posto nelle condizioni di fornire una prova contraria. Al fine di evitare di incorrere in una censura europea, la Circolare n. 51/E/2010 dell'Agenzia delle Entrate ha chiarito che «*i limiti introdotti dal comma 5-bis in esame vanno visti quali soglie al superamento delle quali si presume – salvo prova contraria – che la partecipata estera sia una società senza impresa*»⁽¹⁶⁷⁾. Pur riconoscendo l'intenzione del legislatore di rafforzare il contrasto alla delocalizzazione di *passive income*, l'Amministrazione finanziaria interpretava i limiti previsti dal comma 5-bis come una presunzione relativa superabile in sede di interpello. Nel corso di tale procedura, l'Agenzia delle Entrate avrebbe dovuto verificare non solo la sussistenza degli elementi normalmente rilevanti ai fini della disapplicazione della disciplina CFC ai sensi della prima esimente, ovverosia l'effettività sostanziale della struttura estera e dell'attività svolta nel mercato o territorio di insediamento, ma anche la mancanza di intenti elusivi finalizzati a distrarre utili dall'Italia verso Stati a regime fiscale privilegiato⁽¹⁶⁸⁾.

3. Legge 23 dicembre 2014, n. 190: il ritorno alla *black list*

Nelle more del Decreto Ministeriale previsto dall'art. 168-bis, che avrebbe dovuto aggiornare i criteri di individuazione degli Stati o territori aventi regime fiscale privilegiato, il legislatore decise nuovamente di intervenire sulla disciplina in esame. In particolare, l'art. 1, comma 680, della Legge del 23 dicembre 2014, n. 190 (Legge di Stabilità per il 2015), ha reintrodotto e riformulato il comma 4 dell'art. 167, precedentemente

caso per caso, ad un esame globale dell'operazione. Secondo una giurisprudenza costante, tale esame deve poter essere oggetto di sindacato giurisdizionale» (par. 41).

Di conseguenza, «*l'istituzione di una norma di portata generale che escluda automaticamente talune categorie di operazioni dall'agevolazione fiscale, a prescindere da un'effettiva evasione o frode fiscale, eccederebbe quanto è necessario per evitare una tale frode o evasione fiscale. Ciò si verificerebbe anche se una norma di tale tipo fosse corredata di una semplice possibilità di deroga lasciata alla discrezionalità dell'autorità amministrativa*» (par. 44).

⁽¹⁶⁷⁾ Stando alla stessa Circolare, per «società senza impresa» si devono intendere le «*società formalmente autonome, che sostanzialmente svolgono attività di sfruttamento passivo di asset in grado di per sé, ovvero per le loro caratteristiche intrinseche, di produrre reddito*».

⁽¹⁶⁸⁾ Garbarino, C. (2017), *La tassazione delle società e dei gruppi*, G. Giappichelli Editore, pag. 303.

abrogato nel 2007. Il comma, così riformato, disponeva che «*si considerano privilegiati i regimi fiscali di Stati o territori individuati, con decreti del Ministro delle finanze da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale, in ragione del livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia, della mancanza di un adeguato scambio di informazioni ovvero di altri criteri equivalenti. Si considera livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia un livello di tassazione inferiore al 50 per cento di quello applicato in Italia. Si considerano in ogni caso privilegiati i regimi fiscali speciali che consentono un livello di tassazione inferiore al 50 per cento di quello applicato in Italia, ancorché previsti da Stati o territori che applicano un regime generale di imposizione non inferiore al 50 per cento di quello applicato in Italia. Con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate viene fornito un elenco non tassativo dei regimi fiscali speciali*».

Oltre alla reintroduzione del metodo della *black list* per l'individuazione degli Stati a regime fiscale privilegiato, la Legge di Stabilità per il 2015 prevedeva due novità: la quantificazione a livello normativo del «*livello di tassazione sensibilmente inferiore*»⁽¹⁶⁹⁾ e il riferimento ai «*regimi fiscali speciali*».

La specificazione normativa della soglia considerata rilevante ai fini dell'applicazione del regime di tassazione per trasparenza fu accolta con favore dalla dottrina e dai soggetti destinatari della norma, dal momento che essa garantiva sia maggior chiarezza con riferimento ai confini applicativi della disciplina, sia rendeva meno stringente il criterio di individuazione degli Stati a fiscalità privilegiata⁽¹⁷⁰⁾. La novità legislativa trovò attuazione con la pubblicazione del D.M. del 30 marzo 2015 e del D.M. del 18 novembre 2015, sicché il primo ha rimosso Filippine, Malesia e Singapore dall'art. 1 dello stesso Decreto ed ha abrogato l'art. 3 del D.M. n. 429/2001, ove erano elencati gli Stati e i

⁽¹⁶⁹⁾ Prima dell'intervento normativo in parola, per la definizione di «*livello di tassazione sensibilmente inferiore*», quantificato nella misura del 30 per cento rispetto a quello applicato in Italia, si faceva ancora riferimento all'ordine del giorno della Camera dei Deputati del 4 ottobre 2000 (mai recepito in sede legislativa).

⁽¹⁷⁰⁾ Rolle, G., *Legge di Stabilità: quali prospettive per CFC e costi «black list»?*, in *Corriere Tributario*, 2015, n. 5, pag. 342.

territori inclusi nella lista nera limitatamente a determinati soggetti e attività, mentre il secondo ha eliminato dalla *black list* anche Hong Kong.

L'elenco degli Stati e territori a regime fiscale privilegiato inclusi nella *black list* non esauriva, tuttavia, l'ambito di applicazione del novellato art. 167. L'obiettivo di rafforzare la *ratio* antielusiva della disciplina CFC ⁽¹⁷¹⁾ aveva spinto il legislatore ad estendere la tassazione per trasparenza anche alle ipotesi in cui l'aliquota nominale vigente nello Stato estero non fosse inferiore alla soglia prescritta, ma la società controllata estera beneficiasse di un trattamento fiscale particolarmente vantaggioso. Il nuovo comma 4 dell'art. 167 stabiliva infatti che si considerava «*in ogni caso*» privilegiato un regime speciale che determinava un livello di imposizione inferiore alla metà di quello applicato in Italia, nonostante l'aliquota ordinaria dello Stato o territorio fosse superiore a tale soglia. In tal senso, la disposizione determinava l'onere in capo al soggetto residente di verificare se la società controllata estera beneficiasse di un regime fiscale più favorevole ai sensi della definizione legislativa, e ciò indipendentemente dal fatto che essa operasse in uno Stato *black list*.

A chiarire la portata della nozione di «regimi speciali» contribuì la Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 4 agosto 2016, n. 35/E, in base alla quale un trattamento fiscale di favore poteva qualificarsi come rilevante ai sensi della disciplina CFC qualora presentasse i seguenti requisiti: (i) si applica alla generalità dei contribuenti che integrano i requisiti soggettivi o oggettivi richiesti dalla norma istitutiva del regime; (ii) determina una riduzione delle aliquote d'imposta applicabili, ovvero (iii) pur non incidendo direttamente sull'aliquota, prevede esenzioni o altre riduzioni della base imponibile idonee a ridurre sostanzialmente il prelievo nominale.

In generale, dunque, si trattava di regimi che concedevano un trattamento agevolato strutturale con l'effetto di determinare un'imposizione inferiore alla metà di quella italiana. A titolo di esempio, si potevano includere tra questi «*le disposizioni che concedono una riduzione di aliquota rispetto a particolari settori o aree territoriali (zone franche o free zones), ovvero in relazione a determinate attività (come quelle finanzia-*

⁽¹⁷¹⁾ Garbarino, C. (2017), *op. cit.*, pag. 284.

rie, agricole o turistiche) o destinate a particolari categorie di soggetti (le micro imprese o le piccole e medie imprese), oppure per un determinato arco temporale (in fase di avvio dell'attività), o fino al conseguimento di una soglia minima di reddito imponibile, ovvero ancora quelle che garantiscono la detassazione dei redditi derivanti da attività svolte all'estero»⁽¹⁷²⁾. Analogamente, sono ricompresi nell'accezione di regimi speciali le deduzioni nozionali che, seppur incidendo formalmente sulla base imponibile, si traducono in una riduzione del carico impositivo della CFC, e i regimi fiscali concessi dall'Amministrazione finanziaria estera in virtù di accordi o provvedimenti (cd. *ruling*).

La dottrina⁽¹⁷³⁾ evidenziò sin da subito il rischio che alcune società controllate estere, beneficiarie di un regime speciale tale da consentire loro di essere sottoposte ad un livello di imposizione effettivo inferiore alla metà di quello applicato in Italia, sarebbero potute rientrare contemporaneamente nell'ambito di applicazione del nuovo comma 4 e del comma 8-bis⁽¹⁷⁴⁾ dell'art. 167, con rilevanti conseguenze sul piano probatorio⁽¹⁷⁵⁾. Inoltre, si riteneva che la non tassatività dell'elenco previsto per l'individuazione dei predetti regimi avrebbe comportato notevoli difficoltà operative, sia per il

⁽¹⁷²⁾ Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 4 agosto 2016, n. 35/E

⁽¹⁷³⁾ Rolle, G. (2015), *op. cit.*

⁽¹⁷⁴⁾ Si ricorda che il comma 8-bis determina l'applicabilità della regola di cui al comma 1 ai soggetti controllati che conseguono prevalentemente un reddito di natura passiva assoggettato ad una tassazione effettiva inferiore a più del 50 per cento di quella italiana.

⁽¹⁷⁵⁾ Mentre l'operatività dell'imputazione per trasparenza del reddito poteva essere disapplicata dimostrando il ricorrere di una delle due circostanze di cui al comma 5 (prevalenza ed effettività dell'attività industriale o commerciale nel mercato dello Stato o territorio di insediamento, ovvero non-localizzazione dei redditi in Stati a fiscalità privilegiata), nell'ipotesi in cui una società estera integri entrambe le condizioni di cui al comma 8-bis, il contribuente avrebbe dovuto fornire, ai sensi del comma 8-ter, la più gravosa prova che l'insediamento all'estero non rappresenta una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale.

La questione fu risolta dall'Agenzia delle Entrate con la Circolare n. 35/E/2016, la quale stabiliva che il socio residente avrebbe potuto scongiurare la tassazione per trasparenza solo in presenza di una delle due esimenti di cui all'art. 167, comma 5.

contribuente sia per l'Amministrazione finanziaria, qualora una determinata fattispecie non fosse contemplata dall'elenco stesso (¹⁷⁶).

Le modifiche introdotte dalla Legge 23 dicembre 2014, n. 190, hanno avuto portata ridotta, in quanto in vigore limitatamente al periodo d'imposta 2015.

4. Decreto Legislativo 14 settembre 2015, n. 147, e Legge 28 dicembre 2015, n. 208

Il percorso evolutivo della disciplina CFC italiana ha subito un'accelerazione nel corso del 2015 a seguito dell'approvazione del Decreto Legislativo del 14 settembre 2015, n. 147 (Decreto per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese), e della Legge del 28 dicembre 2015, n. 208 (Legge di Stabilità per il 2016). Sebbene il legislatore avesse esplicitato (¹⁷⁷) l'intenzione di modificare la legislazione in materia di operazioni transfrontaliere allo scopo di promuovere l'internazionalizzazione delle imprese attraverso la creazione di un quadro normativo più certo e trasparente per gli investitori (¹⁷⁸), la

(¹⁷⁶) Sempre Rolle G., *op. cit.*, sottolinea che il legislatore, in base a quanto previsto dall'art. 3 del D.M. n. 429/2001, si era già preoccupato di includere nell'ambito applicativo della disciplina CFC gli Stati o territori a fiscalità ordinaria che tuttavia prevedessero regimi fiscali di favore nei confronti di determinati soggetti, attività o aree geografiche.

(¹⁷⁷) Relazione illustrativa allo schema di Decreto Legislativo recante misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese in attuazione dell'articolo 12 della Legge 11 marzo 2014, n. 23.

(¹⁷⁸) L'art. 5, commi 1 e 4, D.Lgs. n. 147/2015, ha modificato anche la disciplina applicabile ai costi *black list* – rimasta fondamentalmente invariata sin dalla sua introduzione nel 1992 – introducendo un diverso regime fiscale basato sul riconoscimento della deducibilità dei costi *black list* fino a concorrenza del relativo valore normale, ovvero della deducibilità dell'eventuale importo del costo *black list* eccedente il valore del bene o servizio acquistato, a condizione che fosse dimostrato l'effettivo interesse economico, da parte del contribuente residente in Italia, a porre in essere l'operazione, nonché l'avvenuta esecuzione dell'operazione medesima.

Dopo pochi mesi, tuttavia, l'art. 1, comma 142, Legge n. 208/2015, ha abrogato definitivamente i commi 10, 11, 12 e 12-*bis* dell'art. 110 TUIR, sancendo così la scomparsa della normativa sull'indeducibilità dei costi *black list* dall'ordinamento tributario italiano. A decorrere dal 1 gennaio 2016, dunque, tali costi sono deducibili per il loro intero ammontare, restando soggetti solo alle ordinarie regole di deducibilità previste per gli analoghi costi sostenuti nei confronti di qualsiasi altro fornitore. Con particolare riferimento ai costi sostenuti nei confronti di un soggetto estero, residente in uno Stato o territorio a regime fiscale privilegiato ai sensi della previgente normativa ed appartenente al medesimo gruppo societario del contribuente italiano, continuano a trovare applicazione le regole in materia di prezzi di trasferimento (art. 110, commi 7 e 9).

riforma presentò sin da subito i caratteri di un intervento sistematico, divenuto oramai improrogabile sia per attenuare le criticità più evidenti sul piano costituzionale ed europeo, sia per correggere le incongruenze generate dal frenetico susseguirsi di interventi legislativi in materia.

4.1. Abrogazione dell'estensione della disciplina CFC alle imprese estere collegate

In tal senso deponeva innanzitutto l'abrogazione della disciplina in materia di società collegate di cui all'art. 168, da sempre criticata in dottrina per essere in contrasto con le premesse concettuali del regime, ovverosia l'identificazione di un presupposto idoneo a giustificare la tassazione per trasparenza in un legame, il controllo, che assume un'intensità tale da assicurare ad un socio residente il potere di disporre del reddito conseguito dalla controllata estera ⁽¹⁷⁹⁾. In altre parole, dal momento che le decisioni in merito alla distribuzione del reddito di una società possono essere deliberate solo dalla maggioranza, l'applicazione della disciplina CFC a soci in possesso di una partecipazione agli utili non inferiore al 10 ovvero al 20 per cento (a seconda che l'ente estero fosse o meno quotato) appariva ingiustificabile alla luce della duplice *ratio* di contrasto al *tax deferral* e alla delocalizzazione del reddito in Stati o territori a regime fiscale privilegiato. Parimenti criticate dalla dottrina per la loro incoerenza rispetto alle finalità della norma, nonché per le evidenti difficoltà operative poste in capo ai soci di minoranza, erano (i) le condizioni per la dimostrazione delle esimenti, stanti le problematiche connesse al reperimento delle informazioni e della documentazione idonea, (ii) le disposizioni in materia di determinazione del reddito della collegata, fondate sull'imputazione al socio residente del maggiore tra l'utile ante imposte risultante dal bilancio o dal rendiconto della CFC e un reddito determinato induttivamente mediante coefficienti di redditività, e (iii) l'obbligo di ottenere un'attestazione di congruità dei dati del bilancio redatto secondo le regole e i principi contabili dello stato estero da un revisore legale dei conti. L'art. 8, comma 4, del D.Lgs. n. 147/2015 abrogava così l'art. 168 e disponeva un regime transitorio volto a salvaguardare sia la non imponibilità dei dividendi distribuiti dalle collegate estere fino a concorrenza dei redditi già imputati, sia la riduzione

⁽¹⁷⁹⁾ Ballancin, A. (2016), *op. cit.*, pag. 305.

del costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione a seguito della distribuzione degli utili già tassati per trasparenza.

4.2. Il temporaneo ritorno alla *black list* e la sua definitiva abrogazione a favore di un criterio generale per l'individuazione dei paradisi fiscali

Un altro significativo intervento del legislatore interessò le regole d'individuazione degli Stati e territori a regime fiscale privilegiato, già modificate pochi mesi prima dalla Legge di Stabilità per il 2015. Innanzitutto, l'abrogazione dell'art. 168-*bis* ad opera del Decreto Internazionalizzazione, motivata dalle difficoltà riscontrate nella definizione di una lista di Stati «virtuosi» ai fini dell'applicazione della disciplina CFC ⁽¹⁸⁰⁾, ha sancito il definitivo abbandono delle *white list* ed il (provvisorio) ritorno al sistema della lista negativa di cui all'art. 167, comma 4. Fu poi la Legge di Stabilità per il 2016 ad abolire ogni riferimento all'emanazione di provvedimenti amministrativi ⁽¹⁸¹⁾ volti all'individuazione dei regimi fiscali privilegiati, nonché all'adeguato scambio di informazioni e agli altri criteri equivalenti, e a stabilire che «*i regimi fiscali, anche speciali, di Stati o territori si considerano privilegiati laddove il livello nominale di tassazione risulti inferiore al 50 per cento di quello applicabile in Italia*» ⁽¹⁸²⁾. Inoltre, intervenendo sul

⁽¹⁸⁰⁾ Nella Relazione illustrativa al D.Lgs. n. 147/2015 si legge che l'abrogazione dell'art. 168-*bis* si è resa necessaria «*dal momento che lo stesso si è rivelato di difficile attuazione soprattutto con riferimento all'emanazione di una lista, prevista dal comma 2 dello stesso articolo, di Stati o territori che consentono un adeguato scambio di informazioni e nei quali il livello di tassazione non è sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia*». Inoltre, i criteri originariamente previsti per la redazione della lista positiva «*non appaiono coerenti con il sistema che viene delineato dalle disposizioni introdotte con il presente testo normativo che, tra l'altro, prevedono l'emanazione di liste di Paesi a fiscalità privilegiata sulla base di nuovi criteri*».

⁽¹⁸¹⁾ La normativa previgente stabiliva che l'individuazione degli Stati o territori a regime fiscale privilegiato fosse affidata ad un Decreto Ministeriale, mentre l'elenco non tassativo dei regimi fiscali speciali considerati in ogni caso privilegiati avrebbe dovuto essere contenuta in un Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate.

⁽¹⁸²⁾ Il repentino susseguirsi di modifiche alle modalità di individuazione dei regimi fiscali privilegiati aveva sollevato numerosi dubbi, con particolare riguardo alla disciplina applicabile nell'anno d'imposta 2015. Innanzitutto, il legislatore dovette chiarire che il nuovo art. 167, comma 4, sarebbe stato applicabile a decorrere dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2015. Inoltre, la Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 35/E/2016 precisò che le società controllate, con esercizio coincidente con l'anno solare e residenti in uno Stato o territorio rimosso in corso d'anno dalla *black list* di

comma 1 dell'art. 167, il legislatore ha espressamente escluso dal novero dei regimi fiscali privilegiati gli Stati membri dell'Unione Europea (UE) e gli Stati aderenti all'Accordo sullo Spazio Economico Europeo (SEE) che garantivano un adeguato scambio di informazioni (Islanda, Norvegia, Liechtenstein) ⁽¹⁸³⁾.

Abbandonato definitivamente il metodo delle liste, fossero esse positive o negative, il riconoscimento dei regimi fiscali privilegiati rilevanti ai fini dell'applicazione della disciplina CFC era ora affidato ad un criterio univoco quale il livello di tassazione nominale, inferiore al 50 per cento di quello italiano, applicato nello Stato estero. Nonostante l'intento di semplificare l'individuazione del presupposto territoriale rilevante ai fini della disciplina in parola mediante l'introduzione di un rinvio mobile ⁽¹⁸⁴⁾ al livello impositivo del paese estero, la mancanza di un riferimento amministrativo quale una lista tassativa elencante gli Stati e i territori a fiscalità privilegiata poneva in capo al contribuente l'onere di monitorare costantemente gli ordinamenti tributari esteri e di determinare, per ciascuna controllata, il livello impositivo nominale subito nello Stato estero per poi confrontarlo con quello applicato nello Stato di residenza.

cui al D.M. n. 429/2001 (Singapore, Filippine, Malesia, Hong Kong), erano escluse dalla tassazione per trasparenza per l'intero periodo d'imposta 2015, essendo il termine a decorrere dal quale la disciplina CFC si rendeva applicabile era identificabile con il momento di chiusura dell'esercizio o del periodo di gestione del soggetto partecipato.

Restava salva comunque la possibilità che le stesse rientrassero nell'ambito di applicazione della disciplina stessa per effetto del comma 8-bis ovvero in quanto beneficiarie di un regime speciale. Diversamente, nel caso in cui le controllate di cui sopra avessero avuto un esercizio con chiusura antecedente all'emanazione del D.M. n. 30 marzo 2015 e del D.M. n. 18 novembre 2015, ai fini dell'applicazione della disciplina in parola si sarebbe dovuto fare riferimento alla *black list* vigente al momento della chiusura dell'esercizio.

⁽¹⁸³⁾ Per l'identificazione dei paesi SEE trasparenti si fece riferimento a quegli Stati che avevano implementato lo scambio automatico di informazioni finanziarie ai fini fiscali sulla base del nuovo standard globale dall'OCSE (cd. *Common Reporting Standard*), recepito nella legislazione comunitaria con la Direttiva n. 107/2014 in vigore dal 1 gennaio 2016, nonché lo scambio di informazioni su richiesta basato sull'art. 26 del Modello di Convenzione OCSE.

⁽¹⁸⁴⁾ Rolle, G., *Effetti su CFC, dividendi esteri e plusvalenze della nuova nozione di «regimi fiscali privilegiati»*, in *Il Fisco*, 2016, n. 9, pag. 861.

A tal proposito, la nuova nozione di «*livello nominale di tassazione*», mai precedentemente utilizzata dal legislatore, aveva sollevato diversi dubbi in merito al significato ad essa attribuibile. La Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 4 agosto 2016, n. 35/E, aveva chiarito che la verifica del livello impositivo dovesse essere effettuata sulla tassazione nominale esistente nello Stato della CFC, tenendo conto, con riferimento all'Italia, dell'aliquota IRES vigente nel periodo d'imposta considerato e dell'aliquota IRAP ordinaria ⁽¹⁸⁵⁾, ma non delle eventuali addizionali. Sul fronte dello Stato estero, invece, le aliquote delle imposte sui redditi dovevano essere individuate facendo riferimento all'eventuale Convenzione contro le doppie imposizioni vigente con il paese interessato, tenendo conto anche delle «*eventuali imposte di natura identica o analoga intervenute in sostituzione di quelle menzionate espressamente nella medesima convenzione*».

4.3. Modalità di determinazione dei redditi

Interessate dalle novità introdotte dal Decreto Internazionalizzazione e dalla Legge di Stabilità per il 2016 furono anche le regole per la determinazione del reddito della società controllata estera da imputare al soggetto controllante. Secondo quanto disposto

⁽¹⁸⁵⁾ Tale impostazione sembrava ormai superata dai più recenti documenti di prassi. Sia nella Circolare n. 51/E/2010 sia nel Provvedimento del 16 settembre 2016, n. 143239, infatti, l'Agenzia delle Entrate, pronunciandosi in merito alla nozione di «*livello di imposizione effettivo*» di cui all'art. 167, comma 8-bis, aveva espressamente escluso l'IRAP dal calcolo propedeutico al confronto tra i livelli di tassazione estero e domestico, giustificando tale orientamento «*in considerazione della collocazione della CFC rule nel TUIR*».

Secondo una parte della dottrina, l'inclusione dell'IRAP nel calcolo del livello nominale di tassazione non era giustificabile neanche alla luce della sua *ratio*, «*posto che la disciplina CFC almeno in origine trova il suo fondamento nell'esigenza di contrastare fenomeni di tax deferral dei redditi prodotti all'estero, fenomeno che assai difficilmente può interessare l'IRAP, stante la natura eminentemente territoriale del tributo, e la tendenziale irrilevanza dei dividendi di fonte estera ai fini della determinazione della base imponibile IRAP*». Testualmente, Arginelli, P., Silvani, C., *CFC, le anomalie dell'IRAP nel calcolo del tax rate*, in *Quotidiano del fisco*, 05 ottobre 2016.

Altra parte della dottrina, invece, si era espressa a favore della rilevanza dell'imposta regionale sulle attività produttive ai fini del confronto tra il livello nominale di imposizione estero e quello domestico, adducendo come motivazione il fatto che l'IRAP fosse inclusa tra le imposte sul reddito oggetto delle Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia. Sul punto, Croatto, M., Ariemme, V., *Identificazione dei paesi a fiscalità privilegiata, CFC rule e obblighi dichiarativi*, in *Il Fisco*, 2016, n. 34, pag. 3263.

dall'art. 167, comma 6, vigente ad esito delle riforme intraprese nel corso del 2015, «*i redditi del soggetto non residente, imputati ai sensi del comma 1, sono assoggettati a tassazione separata con l'aliquota media applicata sul reddito complessivo del soggetto residente e, comunque, non inferiore all'aliquota ordinaria dell'imposta sul reddito delle società. I redditi sono determinati in base alle disposizioni applicabili ai soggetti residenti titolari di reddito d'impresa, ad eccezione dell'articolo 86, comma 4*».

La conseguenza più significativa di questa innovazione normativa fu l'introduzione dell'obbligo di rideterminare il risultato della partecipata estera avendo riguardo dell'intero compendio di regole in materia di reddito d'impresa (fatta eccezione per la norma relativa alla rateizzazione delle plusvalenze di cui all'art. 86, comma 4), fossero esse ricomprese nel corpo del Testo Unico o in provvedimenti normativi speciali ⁽¹⁸⁶⁾. Stando alla Relazione illustrativa al Decreto Internazionalizzazione, la nuova disposizione avrebbe garantito «*una maggiore equivalenza della base imponibile del reddito estero, imputato per trasparenza al socio italiano, rispetto a quella del reddito prodotto in Italia*». Il generico riferimento alle disposizioni applicabili ai soggetti titolari di reddito d'impresa, da intendersi come un rinvio alle regole previste per i passivi IRES ⁽¹⁸⁷⁾, consentiva di prescindere tanto dalla natura giuridica della CFC quanto da quella del socio residente assoggettato a tassazione per trasparenza, e quindi anche dal fatto che quest'ultimo fosse un soggetto IRPEF, una società di persone, ovvero un soggetto IRES. In questo senso, l'art. 167, comma 6, estendendo le regole proprie del reddito d'impresa per la determinazione della base imponibile anche ad enti diversi da quelli che esercitano attività commerciale ⁽¹⁸⁸⁾, sembrava introdurre una presunzione – confermata anche

⁽¹⁸⁶⁾ Scifoni, G., *Modifiche alla disciplina CFC: un tentativo di semplificazione rimasto a metà del guado*, in *Corriere Tributario*, 2015, n. 29, pag. 2248.

⁽¹⁸⁷⁾ Ai sensi dell'art. 73, comma 1, lettera d), TUIR, sono inclusi tra i soggetti passivi dell'imposta sulle società anche «*società ed enti di ogni tipo, compresi i trust, con e senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato*». Sul punto, Ballancin, A. (2016), op. cit., pag. 332.

⁽¹⁸⁸⁾ La dottrina evidenziò che tale scelta determinava una disparità di trattamento tra le società e gli enti non commerciali non residenti, per i quali trovavano applicazione le disposizioni in materia di reddito di impresa, e quelli residenti, assoggettati invece ad imposizione sulla base delle singole categorie reddituali. Sul punto, Della Carità, A., Bonfanti, L., *Le novità in materia CFC alla luce dei recenti chiarimenti ministeriali*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2016, n. 11, pag. 17.

dalla Circolare n. 35/E/2016 ⁽¹⁸⁹⁾ – in base alla quale il reddito di una società controllata estera dovesse essere sempre qualificato come reddito d'impresa.

Un'altra conseguenza dovuta all'introduzione del rinvio alle norme *extra-TUIR* fu l'estensione alle società controllate estere del trattamento fiscale riservato alle società non operative (art. 30, Legge del 23 dicembre 1994, n. 724) ⁽¹⁹⁰⁾. La modifica scatenò un ampio dibattito. Alcuni commentatori ⁽¹⁹¹⁾ rilevarono che l'assoggettamento del medesimo soggetto estero alla disciplina CFC e al regime domestico sugli enti di comodo, determinando l'imputazione per trasparenza in capo al socio controllante residente di un utile calcolato forfettariamente – e quindi meramente virtuale –, fosse in palese conflitto con il principio di capacità contributiva statuito dall'art. 53 della Costituzione. Una parte minoritaria della dottrina invece accolse positivamente la novità, ritenendo che il com-

⁽¹⁸⁹⁾ Secondo l'Agenzia delle Entrate, *«l'esercizio di un'attività d'impresa non è prerequisite oggettivo necessario per annoverare la struttura sera tra quelle suscettibili di soggiacere alla disciplina»*.

⁽¹⁹⁰⁾ A dire il vero, la Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 26 maggio 2011, n. 23/E, aveva già sostenuto che, qualora l'utile della società controllata estera, rideterminato secondo le regole ordinarie del reddito d'impresa, non raggiungesse valori tali da soddisfare gli indici di redditività fissati dalla disciplina sulle società di comodo, il risultato reddituale della CFC da imputare al socio italiano avrebbe dovuto essere calcolato con riferimento al valore della sua dotazione patrimoniale, in conformità alle regole stabilite dall'art. 30, Legge n. 724/1994. Secondo l'Agenzia, inoltre, il confronto tra il reddito della CFC, determinato in via ordinaria, con quello minimo previsto per le società non operative è necessario in tutti i casi in cui il controllante residente non abbia presentato istanza d'interpello ovvero, avendola presentata, abbia ricevuto una risposta negativa.

Tale orientamento fu aspramente criticato dalla dottrina maggioritaria, la quale non mancò di fare presente che le regole per la determinazione del reddito delle società controllate estere rinviavano esclusivamente alle disposizioni del TUIR. Inoltre, laddove aveva inteso introdurre un sistema di determinazione induttiva del reddito delle CFC, il legislatore lo ha previsto espressamente (a titolo di esempio, in materia di imprese estere collegate *ex art.* 168). Infine, l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina sulle società di comodo è espressamente circoscritto agli enti residenti e a quelli non residenti muniti di stabile organizzazione in Italia. Sul punto, Romita, E., Sandoli, M., *Il coordinamento tra disciplina sulle società di comodo e normativa CFC*, in *Corriere Tributario*, 2012, n. 4, pag. 302; Giaconia, M., Pregagilia, A., *Società CFC «white list»: tax rate virtuale domestico ed estero a confronto*, in *Fiscalità e Commercio internazionale*, 2011, n. 7, pag. 6.

⁽¹⁹¹⁾ Albano G., Marani M., *Nuove CFC senza obbligo di interpello preventivo*, in *Corriere Tributario*, 2015, n. 23, p. 1774; Scifoni G., *Modifiche alla disciplina CFC: lo sforzo di semplificazione procede tra luci ed ombre*, in *Corriere Tributario*, 2015, n. 30, pag. 2305 ss.

binato disposto tra le due norme avrebbe accresciuto l'incisività degli strumenti di contrasto ai benefici indebiti conseguibili attraverso una società di puro artificio localizzata in un paradiso fiscale. Esonerando le CFC dalla portata delle disposizioni di cui all'art. 30, Legge n. 724/1994, infatti, l'ordinamento avrebbe legittimato una discriminazione *a contrario*, dal momento che i soggetti residenti in Italia sarebbero stati oggetto di imposizione su un reddito induttivamente determinato sulla base di coefficienti di rendimento, mentre quelli esteri sarebbero stati tassati sui redditi effettivamente realizzati ⁽¹⁹²⁾.

Infine, si deve evidenziare che il nuovo testo eliminava il precedente puntuale riferimento al 27 per cento quale aliquota minima a cui assoggettare il reddito di una CFC e, al suo posto, introduceva un rinvio all'aliquota ordinaria IRES: siffatta formulazione avrebbe consentito di evitare di intervenire sul comma in parola ogniqualvolta fosse stata approvata una modifica all'imposta sul reddito delle società ⁽¹⁹³⁾.

4.4. Credito d'imposta sulle ritenute applicate ai dividendi e alle plusvalenze

Il D.Lgs. n. 147/2015 intervenne indirettamente sulla disciplina CFC anche attraverso l'introduzione (agli artt. 87 e 89) di un *foreign tax credit* ai sensi dell'art. 165 ⁽¹⁹⁴⁾ per le imposte versate da una società controllata estera sulle plusvalenze realizzate e sui dividendi distribuiti a favore del soggetto controllante residente, a condizione che quest'ultimo avesse dimostrato di svolgere in via prevalente un'effettiva attività industriale o commerciale nello Stato o nel territorio nel quale ha sede (prima esimente, art.

⁽¹⁹²⁾ Gaffuri, A. M., *Società di comodo e CFC – Modelli a confronto e proposte di modifica legislativa*, in Neotera, 2015, n. 1, pag. 18 ss.

⁽¹⁹³⁾ Lo stesso Decreto Internazionalizzazione disponeva, all'art. 1, comma 61, D.Lgs. n. 147/2015, la riduzione dell'aliquota IRES dal 27,5 al 24 per cento a decorrere dal 1 gennaio 2017.

⁽¹⁹⁴⁾ Sul punto si è espressa l'Agenzia delle Entrate nella Circolare del 4 agosto 2016, n. 35/E, affermando che «*in considerazione dell'espresso riferimento all'articolo 165 del TUIR, il credito d'imposta introdotto dall'articolo 3 del decreto internazionalizzazione deve ritenersi una species del foreign tax credit disciplinato dalla suddetta disposizione, rispetto al quale si distingue, essenzialmente, per il suo carattere indiretto*». Si tratta infatti di un credito d'imposta riconosciuto in ragione del prelievo fiscale subito all'estero da un soggetto (la società controllata estera i cui utili sono oggetto di imposizione in Italia) diverso dal beneficiario del credito stesso (il socio controllante residente).

167, comma 5, lettera a). Ai sensi del previgente art. 167, comma 7, infatti, le imposte pagate all'estero sugli utili percepiti già oggetto di imputazione per trasparenza *ex* comma 1 erano ammesse in detrazione; a causa di un difetto di coordinamento, tuttavia, tale previsione non si applicava ai soggetti italiani in grado di dimostrare il ricorrere della summenzionata fattispecie di esclusione dal regime, determinando così l'insorgere di una doppia imposizione giuridica in capo a tali soggetti. Analogo effetto si verificava in caso di realizzo della plusvalenza derivante dalla cessione della partecipazione, la quale, non godendo della *participation exemption*, concorrevà alla formazione del reddito complessivo del socio italiano per l'intero importo, senza usufruire di alcun credito a fronte delle imposte assolute dal soggetto partecipato *black list* ⁽¹⁹⁵⁾.

A seguito dell'intervento normativo in parola, l'Agenzia delle Entrate ha confermato che le disposizioni dettate dall'art. 165 fossero applicabili anche al credito per le imposte assolute dalle società controllate residenti in Stati o territori a fiscalità privilegiata. Di conseguenza, il nuovo credito sarebbe spettato *«fino a concorrenza della quota d'imposta lorda italiana corrispondente al rapporto tra gli utili conseguiti e il reddito complessivo al netto delle perdite di precedenti periodi d'imposta ammesse in diminuzione»* (art. 165, comma 1). Inoltre, restavano immutati il limite pari all'imposta netta italiana relativa all'anno di conseguimento dei predetti utili (art. 167, comma 7) e la regola della cd. *per country limitation* (art. 165, comma 3), in base alla quale *«la detrazione si applica separatamente Stato per Stato»*, a prescindere dall'unicità o dalla pluralità delle fonti di reddito ivi localizzate. Infine, stando alla Relazione illustrativa al Decreto, restava sottinteso che il credito d'imposta spettasse al socio in proporzione alla sua quota di partecipazione agli utili e al periodo di detenzione.

4.5. I profili procedurali ad esito della riforma degli interpelli

Una delle modifiche di maggiore impatto introdotte dal Decreto Internazionalizzazione in materia di società controllate estere ha interessato le regole procedurali previste per beneficiare dell'esonero dalla tassazione per trasparenza. Tale intervento ha rappresentato l'epilogo di un lungo contrasto tra dottrina, giurisprudenza e prassi circa la natura

⁽¹⁹⁵⁾ Sul punto, Relazione illustrativa al D.Lgs. n. 147/2015.

dell'interpello che ha condotto il legislatore ad una revisione dell'intera disciplina in materia (D.Lgs. 24 settembre 2015, n. 156).

Fino all'approvazione del D.Lgs. n. 147/2015, il contribuente residente nella condizione di dimostrare il ricorrere di almeno una delle fattispecie di esclusione dalla disciplina CFC (comma 5 o 8-ter, art. 167) avrebbe potuto evitare l'imputazione diretta dei redditi prodotti da una controllata estera solamente interpellando preventivamente l'Amministrazione finanziaria, ai sensi dell'articolo 11 della Legge del 27 luglio 2000, n. 212 (Statuto dei diritti del contribuente). Il carattere obbligatorio e preventivo dell'istanza in parola aveva avvalorato l'ipotesi, confermata anche dall'Agenzia delle Entrate ⁽¹⁹⁶⁾, secondo cui al contribuente rimasto inerte ovvero destinatario di un parere negativo non dovesse essere riconosciuta la possibilità di dimostrare, in sede di accertamento ed eventualmente di contenzioso, che la controllata estera fosse realmente operativa o che i redditi ottenuti dalla stessa fossero già stati tassati in misura ordinaria in un'altra giurisdizione ⁽¹⁹⁷⁾. D'altra parte, un'interpretazione così severa del disposto normativo, che, se accolta, avrebbe determinato l'effetto di consentire ad una misura nazionale di natura meramente procedimentale di trasformare la previsione *ex art.* 167, comma 1, in una presunzione assoluta di non genuinità dell'attività economica svolta attraverso una controllata estera ⁽¹⁹⁸⁾, strideva sia con i principi di proporzionalità ed effettività propri dell'ordinamento europeo, sia con il principio di capacità contributiva ed il diritto di agire in giudizio sanciti rispettivamente dagli articoli 53 e 24 della Costituzione ⁽¹⁹⁹⁾.

⁽¹⁹⁶⁾ Nella Circolare del 3 marzo 2009, n. 7/E, l'Agenzia delle Entrate aveva precisato che «*in assenza di presentazione dell'istanza, il ricorso è inammissibile, considerato che la disapplicazione non è ammessa in assenza della relativa istanza, che non può essere proposta per la prima volta in sede contenziosa col ricorso avverso l'avviso di accertamento e di irrogazione delle sanzioni amministrative*».

⁽¹⁹⁷⁾ Ballancin, A. (2016), *op. cit.*, pag. 349.

⁽¹⁹⁸⁾ Giovannini, A., *L'interpello preventivo all'Agenzia delle Entrate (CFC e Statuto dei diritti del contribuente)*, in *Rassegna Tributaria*, 2002, n. 2, pag. 449 ss.

⁽¹⁹⁹⁾ Gaffuri, A. (2016), *op. cit.*, pag. 1828.

Sul punto, 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 *Rivista di Diritto Tributario*, 2010, n. 3, pag. 161 ss., sottolinea sia che l'obbligo di ricorrere all'interpello preventivo

Il timore di un rinvio pregiudiziale alla Corte Costituzionale ovvero alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, divenuto ancora più probabile a seguito dell'estensione dell'ambito di applicazione della disciplina CFC alle società controllate estere residenti negli Stati membri UE, indusse l'Agenzia delle Entrate a modificare il proprio orientamento precedente e ad allinearsi con la dottrina prevalente, specificando che *«il parere reso dall'Agenzia delle Entrate non è vincolante per il contribuente, che resta libero di decidere se uniformarsi o meno alla risposta ottenuta. Il carattere non vincolante di tale parere comporta che, nel caso in cui l'istante decida di non uniformarsi alla risposta ottenuta, resta per lui impregiudicata la possibilità di dimostrare anche successivamente – ad esempio in sede di contenzioso – la sussistenza delle condizioni che consentono la disapplicazione della CFC rule»* ⁽²⁰⁰⁾.

L'art. 8, comma 1, lettera b) del Decreto Internazionalizzazione ha conferito veste e dignità normativa all'orientamento in parola introducendo la possibilità – e non più l'obbligo – per il contribuente di stabilire un confronto scritto con l'Agenzia delle Entrate, allo scopo di conoscere il suo punto di vista circa il perfezionamento delle circostanze che consentivano di evitare la tassazione per trasparenza. Nel dettaglio, il comma 5, così come riformato dal Decreto in parola, operava un rinvio al cosiddetto «interpello probatorio» di cui al nuovo art. 11, comma 1, lettera b), Legge n. 212/2000 (Statuto dei Contribuenti), il quale consente ai contribuenti di rivolgersi all'Amministrazione finanziaria per ottenere una risposta, vincolante solo per l'Amministrazione stessa, *«riguardante fattispecie concrete e personali relativamente alla sussistenza delle condizioni e la valutazione della idoneità degli elementi probatori richiesti dalla legge per l'adozione di specifici regimi fiscali nei casi espressamente previsti»*. Tale forma di istanza

«potrebbe senza dubbio costituire una restrizione procedurale contraria al più volte richiamato principio di proporzionalità, imponendo, di fatto, ai contribuenti consistenti oneri amministrativi per esperire la predetta procedura», sia che la mancata possibilità per il contribuente di fornire le prove per disapplicare la disciplina di imputazione dei redditi anche in fase di accertamento o di contenzioso violerebbe il principio di effettività, *«secondo cui i diritti di matrice comunitaria, in particolare le libertà economiche, devono ricevere una tutela giuridica effettiva. Tale principio smarrirebbe di ogni significato laddove si consentisse ad una misura nazionale di disconoscere un insediamento effettivo esclusivamente in funzione (dell'omissione) di un adempimento procedimentale (quale è, nel caso di specie, l'interpello)»*.

⁽²⁰⁰⁾ Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 6 ottobre 2010, n. 51/E.

pone una serie di garanzie a tutela del contribuente, tra cui il diritto a ricevere una risposta, anche nella forma del silenzio-assenso, e che la stessa resti valida fino al verificarsi di un mutamento nelle circostanze di fatto e di diritto sulla base delle quali è stata resa. Inoltre, ai sensi del comma 8-*quinqueis*, qualora l'Agenzia, concordando con la ricostruzione dei fatti proposta nell'istanza di interpello, avesse riconosciuto che dalla partecipazione in un'impresa residente in uno Stato o territorio a regime fiscale privilegiato non derivava alcun beneficio tributario indebito, il contribuente era dispensato dall'obbligo di dimostrare la sussistenza delle esimenti di cui ai commi 5 e 8-*ter* nella successiva fase di controllo, mentre l'eventuale avviso di accertamento emesso in contrasto con il giudizio espresso in sede di interpello sarebbe stato affetto da nullità in forza dello Statuto dei Contribuenti (art. 11, comma 3).

A corollario della possibilità, ora normativamente esplicitata, di rendere inoperante il regime di imputazione dei redditi di una CFC dimostrando la sussistenza delle fattispecie di esclusione in sede di accertamento o di contenzioso, il legislatore aveva ulteriormente rafforzato le tutele procedurali. In proposito, il nuovo art. 167, comma 8-*quater*, imponeva all'Agenzia delle Entrate l'obbligo, antecedente all'emissione di un avviso di accertamento, di notificare al soggetto controllante un apposito avviso con il quale concedeva al medesimo la possibilità di fornire, nel termine di 90 giorni, le prove per la disapplicazione delle disposizioni relative alle CFC; qualora l'Agenzia non avesse ritenuto idonee le prove addotte, avrebbe dovuto darne specifica motivazione nell'avviso di accertamento. La norma introduceva così una fase di contraddittorio anticipato, nel corso della quale il contribuente poteva scongiurare l'emissione dell'atto impositivo e la tassazione per trasparenza dei redditi della società controllata estera dimostrando, entro i termini di legge, la sussistenza di almeno una delle esimenti. In questo senso, l'«apposito avviso» era propedeutico all'instaurazione di un sub-procedimento che, ispirandosi al principio della leale cooperazione tra Amministrazione e contribuente promosso dallo Statuto, consentisse alle parti di raggiungere un accordo prima di ricorrere in giudizio ⁽²⁰¹⁾. Tali modifiche hanno trasferito l'onere di attivazione del procedimento

⁽²⁰¹⁾ Albano, G., Marani, M., *Nuove CFC senza obbligo di interpello preventivo*, in *Corriere Tributario*, 2015, n. 23, pag. 1773.

amministrativo dal contribuente – prima obbligato a presentare istanza preventiva – all’Agenzia delle Entrate, ora chiamata ad instaurare con il soggetto controllante residente un confronto *ex ante* la cui mancata attivazione avrebbe comportato l’invalidità del successivo atto impositivo ⁽²⁰²⁾.

La nuova disciplina in materia di interpello CFC ha imposto ulteriori adempimenti dichiarativi in capo ai soggetti residenti, finalizzati a rafforzare i poteri di controllo e monitoraggio dell’Amministrazione finanziaria sulle potenziali fattispecie abusive che la disciplina CFC ambisce ad ostacolare. In particolare, all’art. 167, comma 8-*quater*, il legislatore ha statuito che *«fatti salvi i casi in cui la disciplina del presente articolo sia stata applicata ovvero non lo sia stata per effetto dell’ottenimento di una risposta favorevole all’interpello, il socio residente controllante deve comunque segnalare nella dichiarazione dei redditi la detenzione di partecipazioni in imprese estere controllate di cui al comma 1 e al comma 8-bis. In tale ultimo caso l’obbligo di segnalazione sussiste solo al ricorrere delle condizioni di cui alle lettere a) e b) del medesimo comma 8-bis»*. L’obbligo di segnalazione gravava dunque sui soggetti residenti che, pur ritenendo di integrare le circostanze esimenti utili a disapplicare la tassazione per trasparenza *ex art.* 167, non avevano presentato un’istanza di interpello ovvero avessero ricevuto una risposta negativa.

La Circolare n. 35/E/2016 ha precisato che il contribuente sul quale ricade l’obbligo in parola deve individuarsi nel solo soggetto residente tenuto alla compilazione

⁽²⁰²⁾ Nella sentenza resa a Sezioni Unite il 9 dicembre 2015, n. 24823, la Corte di Cassazione ha sancito il principio secondo cui, pur non esistendo un obbligo generalizzato di contraddittorio preventivo per i tributi non armonizzati, nell’ipotesi di specifiche previsioni normative che sanciscano siffatto obbligo, l’inosservanza dello stesso comporta comunque l’invalidità dell’atto impositivo. Tale orientamento è stato confermato nella sentenza del 27 maggio 2016, n. 10988, con la quale la Corte ha dichiarato l’illegittimità dell’avviso di accertamento in materia di costi *black list* di cui all’abrogato art. 110, comma 10, TUIR, notificato al contribuente senza che lo stesso fosse stato preceduto dall’invio dell’apposito avviso previsto dal comma 11 della richiamata disposizione. Sul punto, Ballancin, A. (2016), *op. cit.*, pag. 351.

Dello stesso avviso anche Albano, G., Marani, M. (2015), *op. cit.*, i quali affermano che, sebbene la nullità dell’avviso di accertamento non sia espressamente prevista dall’art. 167, comma 8-*quater*, la stessa sia desumibile operando un’interpretazione sistematica dello stesso. In assenza di contraddittorio anticipato, infatti, l’Agenzia delle Entrate incorrerebbe in una violazione dell’obbligo di motivazione, previsto a pena di nullità dell’atto impositivo dall’art. 42, comma 3, D.P.R. n. 600/1973.

del quadro FC del Modello UNICO relativo all'anno di imposta di riferimento ⁽²⁰³⁾. Qualora quest'ultimo non sia titolare di reddito d'impresa, la stessa Circolare propone due differenti soluzioni, a seconda che il controllo sulla partecipata estera sia esercitato direttamente o indirettamente: nel primo caso, la segnalazione in dichiarazione spetta ugualmente al soggetto controllante non titolare di reddito d'impresa, mentre nel secondo caso l'obbligo deve essere assolto dalla società o dall'ente residente attraverso il quale il controllo indiretto viene integrato. Con riferimento ai dati rilevanti da comunicare al fine di adempiere all'obbligo segnaletico, l'Agenzia delle Entrate ha chiarito che *«nel caso in cui il soggetto controllante abbia compilato la parte del quadro FC relativa alla sussistenza delle circostanze esimente (...), andrà segnalato in dichiarazione solo l'utile o la perdita dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero»*. Tale dato, recuperabile dal bilancio o dal rendiconto della partecipata estera, non deve quindi essere rideterminato secondo le disposizioni applicabili ai soggetti residenti titolari di reddito d'impresa, con un notevole risparmio in termini di oneri amministrativi per i contribuenti che siano in grado di dimostrare la sussistenza di almeno una delle condizioni per la disapplicazione del regime CFC ⁽²⁰⁴⁾.

Al fine di garantire il rispetto della disposizione di cui all'art. 167, comma 8-*quater*, il legislatore ha provveduto ad introdurre una specifica sanzione amministrativa contro l'omessa o incompleta indicazione delle informazioni relative alle partecipazioni soggette alla disciplina CFC, *«pari al dieci per cento del reddito conseguito dal soggetto partecipato e imputabile nel periodo d'imposta, anche solo teoricamente, al soggetto residente in proporzione alla partecipazione detenuta, con un minimo di 1.000 euro ed*

⁽²⁰³⁾ Con riferimento alle ipotesi di controllo indiretto, invece, la Circolare n. 35/E/2016 stabilisce che *«è solo il soggetto controllante di ultimo livello che dovrà indicare la partecipazione CFC, mentre nessun obbligo di segnalazione ricadrà in capo al soggetto residente per il tramite del quale la prima società estera esercita il controllo sulla partecipata estera»*.

⁽²⁰⁴⁾ A tal proposito, è stato osservato che la rideterminazione dell'utile conseguito dalla società controllata estera secondo le regole nazionali relative al reddito d'impresa sarebbe stata ingiustificata alla luce del fatto che ai soggetti in grado di dimostrare la sussistenza di almeno una delle circostanze esimenti non si applica il regime d'imputazione del reddito per trasparenza. Sul punto, AA.VV. (2017), *Regime delle Controlled Foreign Companies (CFC) e dei costi «black list»*, in Miele, L., Bontempo, F., Sura, A., Fabi, T. (a cura di), *Bilancio e Reddito d'Impresa 2017*, II edizione, IPSOA, pag. 1555.

un massimo di 50.000 euro» (art. 8, comma 3-*quater*, D.Lgs. n. 471/1997). Per espressa disposizione normativa, la sanzione nella misura minima sarebbe stata applicabile anche nel caso in cui il reddito della controllata estera fosse stato negativo. La dottrina non ha mancato di evidenziare che, oltre ad essere particolarmente gravoso, il regime sanzionatorio in parola potrebbe essere in contrasto con la *ratio* della disciplina in materia di società controllate estere in quanto opera anche nell'ipotesi in cui il contribuente residente, pur non avendo né presentato istanza di interpello né provveduto alla segnalazione in dichiarazione, sia in grado di dimostrare la sussistenza di almeno una delle circostanze esimenti nelle fasi successive del contraddittorio ⁽²⁰⁵⁾.

Ulteriore motivo di contesa tra dottrina e prassi era la questione relativa all'autonomia impugnabilità delle risposte dell'Agenzia delle Entrate. Secondo alcuni commentatori ⁽²⁰⁶⁾, dal momento che la presentazione dell'istanza di interpello concretizzava una *conditio sine qua non* per la disapplicazione del regime CFC, allora la risposta negativa resa dall'Amministrazione Finanziaria costitutiva un provvedimento potenzialmente impugnabile dinanzi alla Commissione Tributaria ⁽²⁰⁷⁾. Altra parte della dottrina

⁽²⁰⁵⁾ Albano, G., Spaziani, R., *Aspetti procedurali e obblighi di segnalazione in materia di CFC*, in Corriere Tributario, 2016, n. 47, pag. 3607.

⁽²⁰⁶⁾ Ceriana, E., *Conseguenze processuali dell'interpello preventivo ai fini della normativa CFC*, in Corriere Tributario, 2002, n. 37, pag. 3330 ss., aveva paragonato il parere negativo con il quale l'Amministrazione finanziaria escludeva la possibilità di evitare l'imputazione automatica dei redditi di una CFC al diniego di un'agevolazione tributaria. In questo senso, il provvedimento in parola, determinando una situazione di sfavore per il contribuente, poteva essere qualificato come un atto amministrativo autonomamente impugnabile ai sensi dell'art. 19, comma 1, lettera h), D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546.

Anche Pistolesi, F., *Impugnazione della risposta negativa all'istanza di interpello: condizioni ed effetti*, Rivista di Diritto Tributario, 2011, n. 78, pag. 365 ss., sosteneva che un parere negativo dell'Agenzia delle Entrate, «essendo dotato di forza cogente e quindi immediatamente e direttamente lesivo della sfera patrimoniale del contribuente», potesse essere impugnato dinanzi al giudice tributario.

⁽²⁰⁷⁾ Pur manifestando orientamenti contrastanti, anche la giurisprudenza di legittimità si era espressa a favore della diretta impugnabilità della risposta negativa all'interpello CFC. In un primo momento, la Suprema Corte (sentenza 15 aprile 2011, n. 8663), equiparando la risposta negativa del Direttore regionale dell'Agenzia delle Entrate ad un diniego di agevolazione fiscale suscettibile di «autonoma impugnazione ai sensi del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, art. 19, comma 1, lettera h)», aveva ritenuto indispensabile che il contribuente procedesse ad impugnare immediatamente la risposta resa dall'Ufficio all'interpello per scongiurare la decadenza dal diritto di contestare dinanzi all'autorità giudiziaria la pretesa impositiva fatta valere con il successivo atto di accertamento.

(²⁰⁸) e la stessa Agenzia delle Entrate (²⁰⁹) avevano escluso la possibilità di contestare la risposta all'interpello in sede giurisdizionale, in quanto quest'ultima non aveva né carattere provvedimentale né era idonea a produrre effetti immediati sulla sfera giuridica del contribuente. In questo senso, le disposizioni di cui ai commi 5 e 8-ter dell'art. 167 non introducevano una richiesta di autorizzazione a disapplicare la disciplina CFC, bensì un obbligo di legge in forza del quale il soggetto controllante era tenuto a rivolgere all'Amministrazione finanziaria un quesito sul perfezionamento delle circostanze che gli avrebbero consentito di disapplicare l'operatività dell'imputazione per trasparenza del reddito della società controllata estera.

Il dibattito in merito all'efficacia dell'interpello di produrre conseguenze giuridiche cogenti in capo all'istante ha trovato una soluzione con il D.Lgs. n. 156/2015, il quale ha recepito l'orientamento della prassi disponendo, all'art. 6, comma 1, che la risposta ad un'istanza di interpello di cui all'art. 11 della Legge del 27 luglio 2000, n.

Nella sentenza 5 ottobre 2012, n. 17010, il giudice di legittimità si discostò dalle precedenti conclusioni e, allineandosi al proprio consolidato orientamento circa la possibilità di interpretare estensivamente l'elencazione dell'art. 19, D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, ha ricondotto la risposta all'interpello nell'ambito della categoria degli atti «facoltativamente impugnabili» o «atipici», ovverosia non espressamente menzionati dall'art. 19 del Decreto in parola. In questo senso, sebbene la pronuncia fornita dall'Amministrazione finanziaria in sede di interpello esprima una richiesta tributaria compiuta e non condizionata, dal momento che essa non ha carattere provvedimentale – a differenza di un avviso di accertamento –, il contribuente ha la facoltà di sollecitare l'intervento dell'autorità giudiziaria in un secondo momento. Tale orientamento era stato poi nuovamente confermato con sentenza 28 maggio 2014, n. 11929.

Infine, nella sentenza del 6 settembre 2013, n. 20526, la Cassazione asserì che il parere reso dall'Agenzia in seguito ad un interpello non ha effetti vincolanti e preclusivi per l'istante, per cui può essere disatteso senza alcuna necessità di impugnarlo. Dello stesso avviso circa la natura di mera manifestazione d'opinione della risposta all'interpello era stata anche la Corte Costituzionale nella sentenza 14 giugno 2007, n. 191.

(²⁰⁸) Giovannini, A., 2002, *L'interpello preventivo all'Agenzia delle Entrate (CFC e Statuto dei diritti del contribuente)*, in *Rassegna Tributaria*, 2002, n. 2, pag. 449; Gaffuri, A. (2016), *op. cit.*, pag. 1829; Lupi, R., *Principi generali in tema di CFC e radicamento territoriale delle imprese*, in *Rassegna Tributaria*, 2000, n. 6, pag. 1734,

(²⁰⁹) Nella Circolare n. 7/E/2009 in materia di interpelli obbligatori, l'Agenzia delle Entrate aveva chiarito che *«l'obbligatorietà dell'istanza non muta il carattere non vincolante della risposta, quale atto avente natura di parere, né tanto meno preclude all'istante la possibilità di dimostrare anche successivamente la sussistenza delle condizioni che legittimano l'accesso al regime derogatorio»*.

212, non è impugnabile in sede giurisdizionale ⁽²¹⁰⁾. Alla luce della revisione in materia di interpelli, dunque, se l'Amministrazione finanziaria ritiene che il contribuente non abbia adeguatamente giustificato la sussistenza delle esimenti, essa dovrà redigere un apposito avviso di accertamento con il quale recupera a tassazione i redditi della partecipata estera, includendoli nella base imponibile della controllante italiana, ed irroga le sanzioni amministrative. Soltanto quest'ultimo atto – che, al contrario della risposta all'interpello, ha natura provvedimento – può essere impugnato innanzi al giudice tributario dal socio residente, anche qualora quest'ultimo non si fosse preventivamente rivolto all'Agenzia delle Entrate per metterla al corrente del fatto di detenere una partecipazione in una società localizzata in uno Stato o territorio a regime fiscale privilegiato ⁽²¹¹⁾.

5. Gli effetti delle riforme sulla *ratio* della disciplina. Il nuovo orientamento al *transactional approach*

Sebbene dichiaratamente finalizzato a contrastare gli arbitraggi fiscali attraverso l'introduzione di una «verifica di effettività sostanziale» dei soggetti non residenti, il Decreto «anticrisi» (D.L. n. 78/2009) – primo significativo intervento di modifica delle norme in materia di società controllate estere dalla loro introduzione nell'ordinamento – non nascondeva l'intento di porre rimedio agli effetti della crisi economica internazionale sulle entrate tributarie ⁽²¹²⁾. Allo scopo, il legislatore intervenne sulla disciplina in parola

⁽²¹⁰⁾ In questo senso, Giovannini, A. (2002), *op. cit.*, ritiene che l'impugnazione degli atti prodromi all'avviso di accertamento sia ammissibile solo se l'adozione di tali atti determina pregiudizio ad un interesse giuridico che non si connette al rapporto d'imposta principale. Secondo l'autore, la risposta resa dall'Amministrazione finanziaria consultata in forza di norme statutarie, oltre a non essere lesiva di situazioni giuridiche specifiche, neppure è espressiva del potere diretto alla ricognizione o alla costituzione dell'obbligazione d'imposta – potere che si esprime solo in fase di accertamento.

⁽²¹¹⁾ Dominici, R. (2004), *Le innovazioni al regime CFC*, in AA.VV., *Aspetti internazionali della riforma fiscale*, Garbarino, C. (a cura di), Egea Editore, pag. 366; Gaffuri, A. (2016), *op. cit.*, pag. 1830.

⁽²¹²⁾ Sebbene il sistema finanziario italiano fosse sostanzialmente uscito indenne dalla crisi finanziaria internazionale del 2007, le conseguenze di quest'ultima sulle economie reali dei principali mercati di sbocco dell'industria manifatturiera nazionale determinarono il crollo delle esportazioni, con gravi effetti sul prodotto interno lordo (-1,2% e -5,5% rispettivamente nel 2008 e nel 2009).

restringendo la possibilità di ricorrere all'esimente *ex art. 167, comma 5, lettera a)*, ed estendendo l'ambito di applicazione soggettivo del regime alle società controllate non residenti in Stati o territori *black list*, qualora queste ultime conseguissero prevalentemente redditi di natura passiva e fossero sottoposte ad un livello di tassazione effettiva inferiore al 50 per cento di quello italiano.

Con riferimento all'esimente oggetto di modifica, mentre il testo originario richiedeva la prova dell'effettivo svolgimento di un'attività industriale o commerciale, il D.L. n. 78/2009 introdusse l'ulteriore condizione che tale attività fosse esercitata in misura prevalente nel mercato dello Stato o del territorio di stabilimento della società non residente⁽²¹³⁾. Il tentativo di inasprire il regime CFC per rafforzarne l'efficacia nel contrasto all'interposizione di redditi in Stati o territori a fiscalità privilegiata, in realtà, aveva finito per condizionare la possibilità di beneficiare dell'esclusione dalla tassazione per trasparenza al fatto che i beni o i servizi oggetto dell'attività caratteristica del soggetto estero fossero acquistati prevalentemente da clienti residenti nello stesso Stato in cui essa aveva sede. Disconoscendo sia le prospettive di mercato globalizzate in cui tipicamente operano le imprese multinazionali, sia le differenze tra la (lecita) delocalizzazione delle attività economiche e la (abusiva) delocalizzazione dei redditi, la novellata disciplina forzava così il rimpatrio delle basi imponibili di quelle società non residenti che, pur non operando nel mercato dello Stato o territorio di insediamento, presentavano una forte integrazione economica con lo stesso, ivi esercitando la propria attività attraverso una struttura organizzativa effettiva e una dotazione patrimoniale adeguata⁽²¹⁴⁾.

Il combinato disposto tra la novellata formulazione della prima circostanza esimente ed il nuovo comma 5-*bis*, attinente all'impossibilità di invocare l'esclusione dalla tassazione per trasparenza ai sensi dell'art. 167, comma 5, lettera a), nei casi in cui una società controllata realizzasse prevalentemente proventi di natura passiva, apparve sin

⁽²¹³⁾ La novellata esimente conferiva veste e dignità normativa ad un recente orientamento dell'Agenzia delle Entrate (Risoluzione del 10 novembre 2008, n. 427; Risoluzione del 22 giugno 2006, n. 165), la quale, conformandosi al contenuto della sentenza *Cadbury Schweppes*, aveva sostenuto che l'effettivo radicamento di una società controllata estera dovesse essere valutato alla luce della sua partecipazione in maniera stabile e continuativa alla vita economica dello Stato di residenza.

⁽²¹⁴⁾ Garufi, S., *La nuova disciplina delle CFC*, in *Rassegna Tributaria*, n. 3, 2010, pag. 619.

da subito appositamente finalizzato a disincentivare le strutture societarie a cui tipicamente ricorrono le imprese multinazionali per ridurre il proprio carico impositivo globale. Invero, la norma non aveva soltanto l'effetto di attrarre nell'ambito di applicazione della disciplina CFC le *holding* statiche ⁽²¹⁵⁾, ma anche le *holding* dinamiche e tutte le strutture ad esse collaterali (società finanziarie, *licencing companies*, *service centers*), localizzate al di fuori dell'Italia per beneficiare non soltanto di un trattamento fiscale migliore, ma anche della maggiore competitività economica – in termini di minor costo del lavoro o del capitale, *know-how*, vicinanza con i fornitori o i clienti – delle giurisdizioni scelte ⁽²¹⁶⁾. In questo senso, però, la nuova CFC *rule*, determinando l'effetto di attrarre a tassazione in Italia la maggior parte dei redditi generati attraverso investimenti esteri, sembrava rimettere in discussione il percorso verso il compimento della *capital import neutrality* intrapreso dall'ordinamento tributario italiano con l'approvazione della riforma Tremonti, che aveva abrogato il credito d'imposta a favore di un sistema dell'esenzione per i redditi derivanti da partecipazioni societarie (*participation exemption*).

La novità di maggior portata innovativa introdotta dal D.L. anticrisi fu l'estensione, per effetto delle disposizioni introdotte nei commi 8-*bis* e 8-*ter*, dell'ambito di applicazione della disciplina CFC alle controllate localizzate in Stati a fiscalità ordinaria, compresi gli Stati membri dell'Unione Europea, laddove queste conseguissero prevalentemente *passive income* e scontassero un livello di tassazione effettiva inferiore al 50 per cento di quello italiano. La definizione delle circostanze di esclusione dal regime in esame, invece, era demandata al nuovo comma 8-*ter*, il quale, mutuando la propria

⁽²¹⁵⁾ Sull'insussistenza del requisito dello svolgimento di un'attività economica effettiva da parte delle holding statiche, Cause riunite C-283/94, C-291/94 e C-292/94, *Denkavit International BV, VITIC Amsterdam BV e Voormeer BV contro Bundesamt für Finanzen*, sentenza del 17 ottobre 1996.

⁽²¹⁶⁾ Ingraio, G., *D.L. anticrisi e «stretta» sulla normativa CFC: contrasto agli abusi fiscali o miopia del legislatore?*, in *Rassegna Tributaria*, 2010, n. 1, pag. 87.

Secondo l'autore, la norma non precluderebbe la delocalizzazione, dall'Italia verso l'estero, di beni intangibili facenti capo al soggetto partecipante, ma finirebbe con l'imporre il rimpatrio di quelli realizzati oltre confine. A titolo di esempio, l'impossibilità di invocare l'esimente di cui alla lettera a), comporterebbe l'imputazione in Italia dei redditi connessi allo sfruttamento di brevetti prodotti all'estero, mediante attività di ricerca svolte da società ivi costituite ed aventi un effettivo radicamento nel territorio, ovvero di brevetti acquistati direttamente all'estero.

formulazione testuale dalla sentenza *Cadbury Schweppes*, condizionava la possibilità di disapplicare il regime d'imputazione per trasparenza alla dimostrazione da parte del contribuente dell'impossibilità di qualificare la società non residente alla stregua di «una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale».

L'attenzione riservata al livello impositivo gravante sulla società estera e alla natura dell'attività economica da essa svolta confermava la *ratio* antielusiva della norma, volta a contrastare le strategie di pianificazione fiscale aggressiva perseguite attraverso il trasferimento all'estero di redditi passivi, per loro natura privi di un radicamento sul territorio ⁽²¹⁷⁾. D'altra parte, alcuni commentatori non mancarono di sollevare le proprie perplessità in merito alla diversa portata delle circostanze esimenti invocabili con riferimento rispettivamente alle società residenti in Stati o territori *black list* (comma 5, lettere a) e b), ovvero a quelle residenti altrove (comma 8-ter). Innanzitutto, se si ammetteva che la finalità della disciplina fosse la stessa per tutti i soggetti attratti nell'ambito di applicazione della norma, una simile distinzione, fondata sul luogo di residenza del soggetto estero, appariva priva di ragionevolezza ⁽²¹⁸⁾. Oltre a ciò, la difficoltà insita nella prova del radicamento economico e sociale della CFC nel paese o territorio d'insediamento appariva un'ingiustificata restrizione alla libertà di circolazione dei capitali sancita dall'art. 63 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

La dottrina ha sempre concordato sul fatto che la riforma del 2009 abbia segnato un cambiamento di paradigma nella disciplina in materia di società controllate estere di portata tale da alterarne significativamente i connotati qualificanti. Invero, se prima dell'intervento normativo in parola il modello italiano poteva dirsi unicamente informato al *jurisdictional approach*, il Decreto anticrisi aveva attestato un'inedita focalizzazione sulla natura dei redditi dei soggetti esteri tipica dei regimi informati al *transactional approach*. Ciononostante, l'introduzione dell'elemento normativo più caratteristico di tale approccio, cioè il *passive income test* di cui agli articoli 5-bis e 8-bis, non era finalizzata a definire una regola che limitasse il meccanismo di tassazione per trasparenza alla misura dei redditi di natura passiva realizzati dal soggetto non residente,

⁽²¹⁷⁾ Ballancin, A. (2016), *op. cit.*, pag. 301.

⁽²¹⁸⁾ Ingraio, G., *op. cit.*

bensi a stabilire un criterio segnaletico propedeutico ad individuare le costruzioni di puro artificio e ad attrarle nell'ambito di applicazione della disciplina ⁽²¹⁹⁾. Sul piano della *ratio*, la scelta di continuare ad assoggettare ad imposizione in capo al socio residente l'intero reddito della società controllata estera confermava lo scarso interesse del legislatore – già evidenziato dalla dottrina all'epoca dell'introduzione del regime nell'ordinamento italiano ⁽²²⁰⁾ – a colpire i comportamenti finalizzati a realizzare il differimento dell'imposta sui redditi attraverso l'artificioso trasferimento di utili a favore di soggetti residenti in Stati o territori a fiscalità privilegiata. Piuttosto, la nuova CFC *legislation* sembrava appartenere al *genus* delle norme sostanziali di contrasto ai comportamenti elusivi posti in essere attraverso schemi di interposizione fittizia: in tal senso, l'art. 167, trasferendo in capo al contribuente l'onere di dimostrare la sussistenza di almeno una circostanza esimente, serviva a sollevare l'Amministrazione finanziaria dalle difficoltà di reperire le presunzioni «*gravi, precise e concordanti*» richieste dall'art. 37, D.P.R. n. 600/1973, per giustificare l'avvio di un procedimento amministrativo volto ad accertare se il socio residente fosse l'effettivo possessore dei redditi localizzati in capo alla CFC ⁽²²¹⁾.

L'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina italiana in materia di società controllate estere – prima alle fattispecie di collegamento, poi alle società residenti in Stati e territori *white list* – e l'inasprimento delle condizioni per beneficiare dell'esclusione dal regime di tassazione per trasparenza si erano tradotti in procedimenti e oneri amministrativi particolarmente gravosi per le imprese residenti operanti a livello transnazionale ⁽²²²⁾. Le modifiche apportate dal Decreto Internazionalizzazione e dalla

⁽²¹⁹⁾ Ballancin, A. (2016), *op. cit.*, pag. 303.

⁽²²⁰⁾ Tra gli altri, Cordeiro Guerra, R., *Riflessioni critiche e spunti sistematici sulla introducenda disciplina delle Controlled Foreign Companies*, in *Rassegna Tributaria*, 2000, vol. 43, n. 5, pag. 1399; Stevanato, D., *Controlled Foreign Companies: concetto di controllo e imputazione di reddito*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2000, n. 7-8, pag. 777 ss.; Stevanato, D., *La delega fiscale e la CFC legislation*, in *Il Fisco*, 2002, n. 18, pag. 2730.

⁽²²¹⁾ Garufi, S. (2010), *op. cit.*

⁽²²²⁾ Tavolo interassociativo ABI-Ania-Assonime-Confindustria, *Commenti in relazione all'articolo 13 del D.L. 1° luglio 2009, n. 78*, novembre 2009.

Legge di Stabilità per il 2016 rappresentarono dunque la prima occasione utile per un intervento normativo che contemperasse la semplificazione degli adempimenti previsti dal regime in parola con l'obiettivo di non indebolire l'efficacia del regime nel contrasto alle forme di competizione fiscale dannosa.

In tal senso, l'introduzione di un rinvio mobile al livello impositivo (nominale o effettivo) vigente in un Paese avrebbe dovuto garantire l'automatica corrispondenza tra l'applicazione della disciplina CFC e l'assoggettamento ad un regime fiscale privilegiato senza attendere l'aggiornamento della *black list* da parte del Ministero ⁽²²³⁾. In realtà, la previsione apparve subito beneficiare solamente il Ministero stesso, il quale non sarebbe stato più tenuto a modificare il Decreto Ministeriale del 21 novembre 2001, n. 429. I soggetti residenti in possesso di una partecipazione di controllo in uno Stato estero, invece, sarebbero stati gravati dall'ulteriore obbligo di monitorare periodicamente l'evoluzione degli ordinamenti tributari delle giurisdizioni in cui tali investimenti erano localizzati – non solo con riferimento ai regimi ordinari di tassazione, ma anche a quelli di carattere speciale –, rischiando così di alimentare casi di interpretazioni difformi circa le ragioni sottostanti alla qualificazione di uno Stato alla stregua di un paradiso fiscale ⁽²²⁴⁾. Oltre a ciò, la rilevanza assegnata alla tassazione effettiva con riguardo agli Stati o territori *white list* determinava il paradossale effetto di sottoporre gli investimenti in soggetti residenti nel territorio dell'Unione Europea ad adempimenti più articolati e complessi di quelli previsti per le controllate in Paesi a fiscalità privilegiata, i quali dovevano essere individuati prendendo in considerazione le aliquote nominali.

Con riferimento agli aspetti procedurali della disciplina, la revisione della disciplina in materia di interpelli (D.Lgs. n. 156/2015) ed il Decreto internazionalizzazione (D.Lgs. n. 147/2015), abrogando l'obbligo di presentare istanza preventiva all'Amministrazione e riconoscendo la possibilità di dimostrare la sussistenza delle circostanze esimenti in sede di accertamento ed eventualmente di contenzioso, avevano sicuramente contribuito a ridurre le incertezze, generate dal previgente obbligo, intorno al carattere non vincolante e all'autonoma impugnabilità del parere reso dall'Agenzia

⁽²²³⁾ Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 4 agosto 2016, n. 35/E.

⁽²²⁴⁾ Garbarino, C., Bonarelli, P., *Misure di contrasto ai «regimi fiscali privilegiati»: la nuova normativa CFC*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2016, n. 7, pag. 17.

delle Entrate. D'altra parte, la transizione all'interpello preventivo obbligatorio era stata accompagnata dall'introduzione dell'obbligo di segnalare in dichiarazione la detenzione di partecipazioni in imprese estere controllate per le quali il contribuente aveva deciso di disapplicare il regime di tassazione per trasparenza in via unilaterale, cioè evitando di ricorrere all'istanza d'interpello ovvero disattendendo il parere ricevuto dall'Agenzia. Contrariamente agli obiettivi di semplificazione annunciati nella Relazione illustrativa al D.Lgs. n. 147/2015, dunque, la riforma aggiungeva un ulteriore adempimento amministrativo in capo ai soci residenti, tra l'altro corredandolo di un regime sanzionatorio caratterizzato da una portata molto estesa ed un rigore sproporzionato, tanto da risultare applicabile anche nel caso di effettiva sussistenza delle circostanze esimenti ⁽²²⁵⁾.

In conclusione, l'abrogazione delle previsioni in materia di società collegate estere (*ex art. 168*) e del regime di deducibilità dei componenti negativi di reddito derivanti da operazioni realizzate tra imprese residenti in Italia ed imprese localizzate in Paesi a fiscalità privilegiata (*ex art. 110*, commi 10, 11, 12 e 12-*bis*), oltre ad aver rappresentato un vero ed efficace intervento di razionalizzazione utile a restituire coerenza all'impianto normativo in materia di operazioni transnazionali, aveva sicuramente determinato l'effetto di rendere l'art. 167 la disposizione di riferimento nel contrasto alla fittizia localizzazione di attività e redditi in Stati e territori a regime fiscale privilegiato. Ciononostante, ad esito delle modifiche intervenute nel corso del 2015, la disciplina italiana in materia di società controllate estere presentava ancora un ambito soggettivo dai contorni talmente incerti da risultare applicabile alla maggior parte degli investimenti esteri. Tale risultato aveva spinto la dottrina a pensare che la vera intenzione del legislatore fosse l'implicita trasformazione del tradizionale regime CFC in un comparto di tassazione su base consolidata dei redditi prodotti all'estero da società controllate ⁽²²⁶⁾.

⁽²²⁵⁾ 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 *Diritto e Pratica Tributaria*, 2017, n. 3, pag. 954.

⁽²²⁶⁾ Garbarino, C., Bonarelli, P. (2016), *op. cit.*

CAPITOLO IV

L'INFLUENZA DELLA NORMATIVA COMUNITARIA SULLA DISCIPLINA CFC: LA DIRETTIVA 2016/1164/UE (ATAD I)

SOMMARIO: 1. Contesto giuridico: la dimensione europea del diritto tributario. – 1.1. Gli interventi legislativi comunitari in materia fiscale. – 1.2. L'armonizzazione «negativa» realizzata dalla Corte di Giustizia UE. – 2. L'implementazione delle regole anti-BEPS nell'Unione Europea. – 3. Il contenuto della Direttiva ATAD in materia di società controllate estere. – 4. La compatibilità delle norme sulle società controllate estere con il diritto europeo. – 4.1. Principio di proporzionalità. – 4.2. Libertà di stabilimento. – 4.3. Libera circolazione dei capitali.

1. Contesto giuridico: la dimensione europea del diritto tributario

Un lavoro in materia di fiscalità internazionale non può prescindere dal proporre alcune considerazioni circa la portata delle norme e dei principi comunitari sul diritto tributario nazionale. Sebbene il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) contenga pochi riferimenti espliciti alla materia fiscale, ed essenzialmente funzionali al perseguimento delle libertà fondamentali sancite dal Trattato stesso, la legislazione e, soprattutto, la giurisprudenza di matrice comunitaria hanno contribuito a favorire un percorso di armonizzazione tra gli ordinamenti tributari degli Stati membri. Tuttavia, ad esito di tale percorso (tuttora in atto), la materia fiscale non ha acquisito una propria dimensione in seno all'Unione Europea attraverso l'esercizio del potere d'imposizione – inteso come competenza a definire le caratteristiche tecniche di un tributo *stricto sensu* –, il quale rimane di competenza esclusiva degli Stati membri. In forza del cd. *principio delle competenze di attribuzione* ⁽²²⁷⁾, infatti, l'Unione Europea agisce esclusivamente secondo le modalità e le condizioni previste dai relativi Trattati, e il TFUE non attribuisce alle istituzioni comunitarie competenze in materia di imposizione diretta di portata

⁽²²⁷⁾ Art. 5 del Trattato sull'Unione Europea (TUE)

tale da consentire loro di introdurre tributi comunitari da sovrapporre in tutto o in parte a quelli degli Stati membri.

1.1. Gli interventi legislativi comunitari in materia fiscale

Il diritto tributario europeo si è sostanziato in un sistema di regole, informate ai principi fondamentali sanciti nei Trattati e poste a loro presidio, che incidono in maniera più o meno diretta sulla struttura e sull'evoluzione degli ordinamenti dei singoli Stati membri, finendo per determinarne le specifiche sorti ⁽²²⁸⁾. In particolare, l'esistenza di un *corpus legis* comunitario in materia fiscale ha condotto sia all'implementazione di meccanismi di limitazione delle disposizioni tributarie nazionali propedeutici alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione Europea (*pars destruens*) ⁽²²⁹⁾, sia all'attuazione di strumenti che favoriscano il perseguimento delle libertà fondamentali sancite dal TFUE (*pars construens*) ⁽²³⁰⁾.

Tra le fonti primarie di questo sistema di regole, l'art. 113 TFUE rappresenta il punto di partenza per comprendere la dimensione della competenza degli organi comu-

⁽²²⁸⁾ Gaffuri, A. (2016), *La disciplina delle CFC*, in Dragonetti, A., Piacentini, V. e Sfondrini, A. (a cura di), *Manuale di fiscalità internazionale – VII edizione*, IPSOA Wolters Kluwer, pag. 228.

⁽²²⁹⁾ Con riferimento alla politica fiscale dell'Unione Europea, la dottrina ha coniato l'espressione di «fiscalità negativa» per «esprimere la finalità di limitazione della altrui sovranità fiscale, pur sempre riconosciuta ai singoli Stati membri, escludendo ogni processo di fiscalità positiva attraverso la quale l'ente sovranazionale (l'Unione Europea) definisce autonomamente un piano di valori e realizza, di conseguenza, un trasferimento di sovranità fiscale dagli Stati nazionali». Così, Boria, P. (2017), *Diritto tributario europeo*, Giuffrè Editore, pag. 83. Sul punto, anche Roccagliata, F. (2005), *Diritto tributario comunitario*, in AA.VV. (a cura di Uckmar, V.), *Corso di diritto tributario internazionale*, CEDAM, pag. 1203, 1270. Al contrario, Basilavecchia, M., *L'evoluzione della politica fiscale dell'Unione Europea*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2009, n. 1, pag. 361 ss., sostiene che sussiste «la possibilità di ravvisare un'integrazione positiva, nella quale il ruolo delle istituzioni comunitarie non è più soltanto quello di contenere le politiche fiscali degli Stati membri, ma di dettare delle linee guida, talora anche di notevole dettaglio, in ordine a caratteristiche strutturali degli ordinamenti tributari statuali. In questa accezione, si può intendere per politica fiscale non tanto un'attività decisionale in ordine alle entrate tributarie proprie, quanto un'attività che tende a fare dei singoli sistemi tributari degli Stati un sistema unico, che in alcuni elementi essenziali trova un minimo comune denominatore a livello comunitario».

⁽²³⁰⁾ Un esempio in questo senso è l'intervento in materia di imposizione indiretta (IVA e accise), che, coerentemente con le indicazioni fornite dal TFUE e strumentalmente rispetto al perseguimento degli

nitari in materia fiscale. Tale norma stabilisce infatti che il Consiglio dell'Unione Europea, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, «*adotta le disposizioni che riguardano l'armonizzazione delle legislazioni relative alle imposte sulla cifra d'affari, alle imposte di consumo ed altre imposte indirette, nella misura in cui detta armonizzazione sia necessaria per assicurare l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno ed evitare le distorsioni di concorrenza*». Il testo normativo lascia così trasparire la natura strumentale della politica di armonizzazione fiscale rispetto al compito di instaurare e mantenere un mercato interno, il quale – è utile ricordare – si concretizza in «*uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali*» (art. 26 TFUE). Siffatta impostazione, tuttavia, pone diversi limiti al processo di armonizzazione⁽²³¹⁾. Innanzitutto, la competenza comunitaria in materia tributaria è formalmente circoscritta alla sola fiscalità indiretta (IVA e accise). In secondo luogo, tale competenza non può essere esercitata imponendo un assoluto adeguamento ad un modello comune di tributo, bensì promuovendo un paradigma impositivo limitato a quanto necessario e sufficiente per evitare distorsioni nell'ambito del mercato interno. Infine, le decisioni in materia di imposte, siano esse indirette (art. 289 TFUE) o dirette (art. 115 TFUE), sono rimaste ormai alcune delle poche per le quali il Consiglio è tenuto a deliberare all'unanimità secondo una cd. *procedura legislativa speciale* ⁽²³²⁾.

obiettivi del Trattato stesso, ha condotto all'elaborazione di una forma di prelievo fortemente armonizzata.

Tale prospettiva, inoltre, è fortemente valorizzata anche dalla giurisprudenza della CGUE, la quale, nell'esercizio della sua funzione di supplenza e di integrazione della legislazione comunitaria laddove la medesima risulti carente, sta realizzando una forma giudiziaria di armonizzazione tra gli ordinamenti fiscali degli Stati membri che il complesso processo di concertazione imposto agli organi di governo comunitario in materia di fiscalità ha spesso impedito o ritardato. Sul punto, Cordeiro Guerra, R. (2016), *Diritto tributario internazionale*, Wolters Kluwer. CEDAM, pag. 185.

⁽²³¹⁾ Per armonizzazione si intende «*quella attività legislativa del Consiglio tesa all'eliminazione delle differenze normative negli ordinamenti degli Stati membri che possono costituire una barriera al perseguimento degli obiettivi del Trattato di Roma*». Così, Adonnino, P. (1999), *Armonizzazione fiscale nell'Unione Europea*, in *Enciclopedia del Diritto*, Volume III, Giuffrè Editore, Milano, p. 277.

⁽²³²⁾ Cordeiro Guerra, R. (2016), *op. cit.*, pag. 198 ss.

Ciononostante, a partire dagli anni Novanta si è affermata l'idea che, ai sensi dell'art. 94 del Trattato CE (oggi art. 115 TFUE), il Consiglio possa adottare Direttive utili a favorire il coordinamento tra le legislazioni nazionali in materia di tassazione sui redditi che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione e sul funzionamento del mercato comune ⁽²³³⁾. Risalgono proprio al 1990 le prime iniziative comunitarie in tema di imposte dirette, ovverosia la Direttiva relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo e agli scambi d'azioni concernenti società di Stati Membri diversi (cd. *Direttiva riorganizzazioni*, n. 90/434/CEE), la Direttiva concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi (cd. *Direttiva madre-figlia*, n. 90/435/CEE) e la Convenzione relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate (cd. *Convenzione sui prezzi di trasferimento*, n. 90/436/CEE).

Anche a seguito della pubblicazione del cd. rapporto *Ruding* del 1992, il quale proponeva di avviare un percorso di *armonizzazione indotta* degli ordinamenti tributari dei singoli Stati membri ⁽²³⁴⁾, gli interventi comunitari in materia di imposte dirette si sono limitati ai soli istituti che alterano il corretto funzionamento del mercato unico ⁽²³⁵⁾. Seguendo questa impostazione, nel giugno 2003 il Consiglio dell'Unione Europea ha

⁽²³³⁾ La possibilità di attuare un coordinamento *in subiecta materia* si scontra con i limiti di cui all'art. 114 TFUE, il quale non consente di deliberare disposizioni fiscali funzionali «*al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri riguardanti l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno*».

⁽²³⁴⁾ Tra le proposte del Comitato *Ruding* si ritrovano sia il primo tentativo di emanare una Direttiva concernente la determinazione di una base imponibile comune per le imprese operanti a livello transnazionale, sia il tema del trattamento delle perdite transfrontaliere – tema successivamente affrontato dalla giurisprudenza comunitaria nella famosa sentenza *Marks & Spencer* (Causa C-446/03 – *Marks & Spencer plc contro David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, sentenza del 13 dicembre 2005).

Sul punto, Commission of the European Communities, *Report of the Committee of Independent Experts on company taxation*, March 1992, EU Commission – Working Document. Disponibile al link: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/0044caf0-58ff-4be6-bc06-be2af6610870>

⁽²³⁵⁾ Tale direzione è coerente sia con il principio delle competenze di attribuzione che presiede al funzionamento dell'Unione Europea, sia con la logica di tutela della concorrenza tipica dell'approccio comunitario, a cui sono estranei quegli obiettivi di redistribuzione della ricchezza che, di contro, trovano sovente riconoscimento nelle Costituzioni degli Stati membri e sono tradizionalmente perseguiti proprio attraverso lo strumento dell'imposizione diretta.

adottato la Direttiva concernente il regime fiscale comune applicabile ai pagamenti di interessi e di canoni fra società consociate di Stati membri diversi (cd. *Direttiva interessi-canoni*, n. 2003/49/CE) e la Direttiva in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi (cd. *Direttiva Risparmio*, n. 2003/48/CE).

Generalmente parlando, nel *modus procedendi* scelto per realizzare gli interventi in materia di fiscalità diretta appena menzionati si riconosce l'orientamento delle istituzioni dell'Unione Europea a promuovere modalità di coordinamento finalizzate a consentire che la competizione tra gli Stati membri sul piano dell'attrattività dei rispettivi ordinamenti tributari possa essere corretta e non dannosa ⁽²³⁶⁾. Queste iniziative di compromesso rappresentano l'unica strategia attualmente percorribile dato l'attuale contesto politico-normativo, che risente fortemente sia della debolezza del metodo comunitario rispetto alla dialettica intergovernativa, sia della carenza di immediati riferimenti al fenomeno dell'imposizione sui redditi nel diritto primario comunitario, difficoltà talvolta superate – nei momenti di maggiore forza politica delle istituzioni UE – attraverso l'interpretazione estensiva degli obiettivi di piena realizzazione del mercato unico e delle libertà fondamentali sancite dai Trattati ⁽²³⁷⁾.

1.2. L'armonizzazione «negativa» realizzata dalla Corte di Giustizia UE

I ristretti spazi di intervento concessi alle istituzioni comunitarie in materia di imposte dirette hanno trovato un contrappeso nel ruolo di supplenza esercitato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea che, tramite le sue pronunce, sta realizzando una vera e

⁽²³⁶⁾ La piena accettazione di un approccio competitivo fra i modelli di tassazione dei singoli Stati membri si è tradotta nell'approvazione di un codice di condotta in materia di tassazione delle imprese, uno strumento non giuridicamente vincolante (*soft law*) che impegna politicamente gli Stati membri a rimuovere ovvero a non adottare misure e regimi fiscali in grado di determinare conseguenze in termini di concorrenza fiscale dannosa.

Al codice di condotta ha fatto seguito la nomina della cd. Commissione Primarolo, la quale ha individuato una serie di regimi fiscali dannosi e li ha classificati secondo cinque categorie: servizi finanziari, società *offshore*, regimi settoriali specifici, incentivi specifici regionali. La misura del pregiudizio arrecato da questi regimi era individuata attraverso un riferimento al livello di imposizione nettamente inferiore rispetto a quello generalmente applicato nello Stato interessato.

⁽²³⁷⁾ Gaffuri, A. (2016), *op. cit.*, pag. 248.

propria forma giudiziaria di armonizzazione tra gli ordinamenti fiscali degli Stati membri ⁽²³⁸⁾. La giurisprudenza della CGUE si è progressivamente evoluta e, attraverso un'interpretazione estensiva dei principi posti dai Trattati a garanzia dell'integrazione economica, ha consentito ai singoli contribuenti di contestare la legittimità comunitaria delle obbligazioni tributarie loro imposte dalla legislazione fiscale nazionale, con effetti diretti sulle disposizioni degli Stati membri dichiarate incompatibili ⁽²³⁹⁾. L'intervento della CGUE in ambito tributario muove da due direttrici di fondo desumibili dal TFUE: *il principio di non discriminazione*, fondato sul presupposto che impedisce agli Stati membri di imporre misure fiscali penalizzanti nei confronti di altri Stati membri, e *il divieto di restrizioni*, in base al quale uno Stato membro non può limitare o rendere meno attrattivo l'esercizio delle libertà fondamentali sancite dai Trattati (ossia la libertà di stabilimento e la libertà di circolazione di merci, persone, servizi e capitali).

Nei numerosi casi decisi adottando l'approccio basato sul divieto di discriminazione, la Corte di Giustizia ha consolidato il principio secondo cui «una discriminazione consiste nell'applicazione di norme diverse a situazioni analoghe ovvero nell'applicazione della stessa norma a situazioni diverse» ⁽²⁴⁰⁾. Con particolare riferimento all'ambito fiscale, tuttavia, la giurisprudenza comunitaria ha più volte ribadito che i contribuenti non possono ricorrere al sindacato giurisdizionale per il fatto di essere sottoposti ad un carico fiscale più gravoso rispetto a quello degli altri Stati membri, in quanto «una disparità di trattamento basata sulla residenza non può di per sé essere considerata

⁽²³⁸⁾ Cordeiro Guerra, R. (2016), *op. cit.*, Wolters Kluwer. CEDAM, pag. 185. Al contrario, Fregni, M. C., *Problemi e prospettive dell'Unione fiscale europea*, in *Rassegna Tributaria*, 2013, n. 56, pag. 1061 ss., ritiene che «dopo un lungo momento in cui si sono avute sentenze fondate rivelatrici di una visione prospettiva o di sistema, che hanno illustrato e dato consistenza ai principi alla base del funzionamento dell'UE (basti por mente alla giurisprudenza in materia di libera circolazione o in materia di divieto di discriminazione fiscale), ora la giurisprudenza sembra assestata su pronunce apparentemente più legate al caso concreto, sovente rimandando al giudice nazionale soluzioni applicative che continuano a porre dubbi interpretativi non di poco conto».

⁽²³⁹⁾ Garbarino, C. (2008), *Manuale di tassazione internazionale*, IPSOA Wolters Kluwer Italia, pag. 675.

⁽²⁴⁰⁾ Causa C-279/93 – *Finanzamt Köln-Altstadt contro Roland Schumacker*, sentenza del 14 febbraio 1995.

discriminatoria» nell’accezione del termine attribuitagli dall’art. 18 TFUE ⁽²⁴¹⁾. D’altra parte, gli Stati membri non possono esercitare il loro potere impositivo in maniera tale da trattare i cittadini o i residenti di un altro Stato membro di origine, siano essi persone fisiche ovvero giuridiche, in maniera meno favorevole rispetto ai propri cittadini o ai propri residenti quando questi si trovino in circostanze comparabili. Infatti, se una norma determina siffatta situazione di discriminazione, la CGUE ha il potere di dichiararne l’incompatibilità con le libertà garantite dal TFUE e di domandarne l’abrogazione.

Oltre a ciò, la Corte ha esteso la portata del divieto di discriminazione diretta, basata sulla nazionalità (art. 18 TFUE), fino a ricomprendervi anche la discriminazione dissimulata, ovverosia qualsiasi fattispecie di discriminazione che, pur fondandosi su criteri di riferimento diversi dalla residenza o dal luogo di origine, consegua il risultato di porre un soggetto in una posizione deteriore ⁽²⁴²⁾. In questo modo, la giurisprudenza della CGUE ha elaborato un criterio di individuazione delle ipotesi di discriminazione fiscale ⁽²⁴³⁾ ben più ampio di quello impostosi nel diritto internazionale tributario e sancito dall’art. 24 del Modello di Convenzione OCSE, il quale prevede che i cittadini di uno Stato contraente, residenti o non residenti in uno o in entrambi gli Stati contraenti,

⁽²⁴¹⁾ Causa C-336/96 – *Coniugi Gilly contro Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin*, sentenza del 12 maggio 1998, richiamata da Causa C-170/05 – *Denkavit International BV e Denkavit France SARL contro Ministre de l’Économie, des Finances et de l’Industrie*, sentenza del 27 aprile 2006

⁽²⁴²⁾ Causa C-152/73 – *Giovanni Maria Sotgiu contro Deutsche Bundespost*, sentenza del 12 febbraio 1974.

⁽²⁴³⁾ Per decidere se una norma fiscale è discriminatoria ovvero determina una restrizione all’esercizio delle libertà fondamentali, il piano dell’analisi si sposta sul grado di comparabilità tra le situazioni dei soggetti passivi. Da questo punto di vista, in un primo momento la Corte ha limitato il campo del sindacato alle cd. operazioni «in uscita» (concernenti la tassazione dei non residenti da parte dello Stato di destinazione), per cui oggetto di giudizio è la norma dello Stato nel quale è stata esercitata una libertà fondamentale (tra le altre, Causa C-270/83 – *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica francese*, sentenza del 28 gennaio 1986; Causa C-330/91 – *The Queen, su richiesta di Commerzbank AG, contro Inland Revenue Commissioners*, sentenza del 13 luglio 1993).

Solo in un secondo momento, la Corte ha ampliato il giudizio di comparazione alle disposizioni potenzialmente discriminatorie «in entrata», dunque poste in essere dallo Stato di provenienza del cittadino che decide di esercitare una libertà fondamentale all’interno del territorio dell’Unione (tra le altre, Causa C-80/94 – *G.H.E.J. Wielockx contro Inspecteur der directe belastingen*, sentenza dell’11 agosto 1995; Causa C-307/97 – *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland contro Finanzamt Aachen-Innenstadt*, sentenza del 21 settembre 1999).

non possono essere assoggettati nell'altro Stato contraente «*ad alcuna imposizione o obbligo ad essa relativo, diversi o più onerosi di quelli in cui sono o potranno essere assoggettati i nazionali di detto altro Stato che si trovano nella stessa situazione, in particolare con riguardo alla residenza*».

Mentre l'approccio basato sul principio di non discriminazione si fonda su una comparazione tra situazioni soggettive, propedeutica a verificare se la disposizione nazionale oggetto di sindacato giurisdizionale rispetta il principio di uguaglianza, l'approccio basato sul divieto di misure restrittive si fonda su preciso schema logico, attraverso il quale la Corte valuta la capacità delle norme fiscali degli Stati membri di costituire un ostacolo all'esercizio, da parte dei propri cittadini, delle libertà garantite dal TFUE nel territorio di un altro Stato membro ⁽²⁴⁴⁾. Tale schema logico prevede tre *step*: (i) un'indagine per comprendere se la disposizione fiscale costituisce un ostacolo effettivo o potenziale rispetto alle scelte di effettuare delle attività transfrontaliere, (ii) se la norma rappresenta un ostacolo, una verifica sulla possibilità di applicare una giustificazione ⁽²⁴⁵⁾, e (iii) in assenza di giustificazioni, l'irrogazione delle sanzioni.

2. L'implementazione delle regole anti-BEPS nell'Unione Europea

La necessità, impostasi con particolare vigore nel dibattito politico internazionale ad esito del progetto BEPS, di consentire agli Stati di esercitare effettivamente la propria potestà impositiva ha convinto il Consiglio dell'Unione Europea a compiere un ulteriore passo verso l'adozione di soluzioni comuni, a livello dell'UE, in linea con le conclusioni

⁽²⁴⁴⁾ Causa C-81/87 – *The Queen*, su richiesta di *Daily Mail e General Trust PLC*, contro *Treasury and Commissioners of Inland Revenue*, sentenza del 27 settembre 1988, richiamata da Causa C-415/93 – *Union royale belge des sociétés de football association ASBL contro Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA contro Jean-Marc Bosman e altri, Union des associations européennes de football (UEFA) contro Jean-Marc Bosman*, sentenza del 15 dicembre 1995.

⁽²⁴⁵⁾ In materia fiscale, la giurisprudenza comunitaria ha tipizzato tre ipotesi di giustificazioni, inerenti la tutela dell'ordine pubblico, che uno Stato membro può addurre per legittimare una deroga alle libertà garantite dal Trattato: (i) la salvaguardia della coerenza dell'ordinamento tributario interno (Causa C-204/90 – *Bachmann contro Belgian States* sentenza, sentenza del 28 gennaio 1992), (ii) il contrasto all'evasione e all'elusione fiscale (Causa C-264/96 – *Imperial Chemical Industries contro Colmer*, sentenza del 16 luglio 1998), (iii) l'effettività dei controlli e degli accertamenti tributari (Causa C-120/78 – *Rewe-Zentral AG contro Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, sentenza del 20 febbraio 1979).

dell'OCSE in materia di erosione della base imponibile e trasferimento degli utili. Secondo il Consiglio, infatti, «è essenziale per il corretto funzionamento del mercato interno che gli Stati membri attuino come minimo i loro impegni in materia di BEPS e, più in generale, prendano provvedimenti per scoraggiare le pratiche di elusione fiscale e garantire un'equa ed efficace imposizione nell'Unione in modo sufficientemente coerente e coordinato» ⁽²⁴⁶⁾. Inoltre, era opinione della Commissione Europea che fosse necessario adottare un approccio strategico comune per impedire che i provvedimenti legislativi autonomamente adottati dagli Stati membri aderenti all'OCSE al fine di attuare il Piano di Azione BEPS avessero un impatto distorsivo sul funzionamento del mercato interno ⁽²⁴⁷⁾.

Preso atto della situazione sopra esposta, il 28 gennaio 2016 la Commissione Europea ha pubblicato un «pacchetto antielusione fiscale» (ATAP), contenente una serie di iniziative legislative e non legislative intese a contrastare la pianificazione fiscale aggressiva, ad incrementare la trasparenza fiscale e a rendere la tassazione delle imprese più equa, semplice ed efficace per tutte le imprese nell'Unione Europea. Ispirato alle raccomandazioni pubblicate dall'OCSE nel 2015 nell'ambito del progetto BEPS, il pacchetto contiene (i) una revisione della Direttiva sulla cooperazione amministrativa al fine di implementare il cd. *Country-by-Country reporting* (CbCR) ⁽²⁴⁸⁾, (ii) un progetto

⁽²⁴⁶⁾ Considerando n. 2, 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.

⁽²⁴⁷⁾ COM(2016) 26 final 2016/0011 (CNS) – *Proposta di Direttiva del Consiglio recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno*. Disponibile al link: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/1-2016-26-IT-F1-1.PDF>

⁽²⁴⁸⁾ La proposta ha avuto un esito positivo ed ha condotto all'approvazione della Direttiva (UE) 2016/881 del Consiglio, del 25 maggio 2016, recante modifica della Direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale. La Direttiva, recependo il BEPS *Action 13 – Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*, prescrive agli Stati membri di introdurre, entro il 31 dicembre 2016, le misure necessarie per imporre ai soggetti controllanti a capo di un gruppo di imprese multinazionali, i cui ricavi consolidati complessivi in relazione a ciascun periodo d'imposta sono inferiori a 750 milioni di Euro, di presentare una rendicontazione paese per paese relativamente al periodo d'imposta di rendicontazione.

Oggetto del *country-by-country report* sono (i) le informazioni aggregate riguardanti i ricavi, gli utili (le perdite) al lordo delle imposte sul reddito, le imposte sul reddito pagate e le imposte sul reddito

di Direttiva anti-elusione (ATAD), (iii) una serie di raccomandazioni rivolte agli Stati membri dell'UE su come rafforzare i trattati fiscali in maniera conforme al diritto comunitario ⁽²⁴⁹⁾, (iv) una comunicazione relativa ad una strategia esterna per un'imposizione efficace che rappresenti un approccio più forte e più coerente, a livello UE, alla collaborazione con i Paesi terzi in materia di buona *tax governance*, e (v) un documento di lavoro dei servizi contenente ulteriori analisi a supporto di queste iniziative. Il senso di urgenza instillato dalla sfida posta dai fenomeni di evasione ed elusione fiscale internazionale all'equilibrio degli ordinamenti fiscali nazionali ha impresso un'accelerazione al processo di legiferazione in materia. Già il 25 maggio dello stesso anno, il Consiglio adottò formalmente la Direttiva 2016/881/UE relativa allo scambio di informazioni di natura fiscale sulle società multinazionali, mentre il 21 giugno, in seguito alla procedura

maturate, il capitale dichiarato, gli utili non distribuiti, il numero di addetti e le immobilizzazioni materiali per quanto riguarda ogni giurisdizione in cui opera il gruppo di imprese multinazionali; (ii) l'identificazione di ogni entità costitutiva del gruppo, che indichi la giurisdizione di residenza fiscale di tale entità costitutiva e, se diversa da detta giurisdizione di residenza fiscale, la giurisdizione secondo il cui ordinamento è organizzata tale entità costitutiva, e la natura della principale o delle principali attività commerciali di tale entità costitutiva.

Inoltre, la Direttiva amplia l'ambito di applicazione dello scambio obbligatorio di informazioni per comprendere lo scambio automatico delle informazioni della rendicontazione *country-by-country*. In tal senso, l'art. 8-bis bis dispone che l'autorità competente di uno Stato membro in cui è stata ricevuta la rendicontazione paese per paese comunica, mediante scambio automatico ed entro il termine di 15 mesi dall'ultimo giorno del periodo d'imposta del gruppo, tale rendicontazione a ogni altro Stato membro in cui, in base alle informazioni contenute nella rendicontazione stessa, una o più entità costitutive del gruppo di imprese multinazionali dell'entità tenuta alla rendicontazione sono residenti a fini fiscali o sono soggette a imposte per le attività svolte tramite una stabile organizzazione.

⁽²⁴⁹⁾ La Raccomandazione della Commissione n. 136/2016 del 28 gennaio 2016, promuove l'attuazione, da parte degli Stati membri, di misure di contrasto all'abuso dei trattati fiscali conformi alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Nel dettaglio, ispirandosi alle conclusioni del BEPS *Action 6, Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – 2015 Final Report*, il testo prevede che quando gli Stati membri inseriscono nei trattati fiscali, conclusi tra di loro o con paesi terzi, una norma generale antielusione basata su un test per la verifica delle finalità principali (cd. *principal purpose test*, PPT) in applicazione del modello di convenzione dell'OCSE, essi dovrebbero escludere il diniego del beneficio convenzionale qualora quest'ultimo sia frutto di un'attività economica reale (par. 2).

Inoltre, la Raccomandazione invita gli Stati membri ad implementare le nuove disposizioni dell'art. 5 del modello di convenzione dell'OCSE per contrastare le pratiche finalizzate a evitare artificiosamente lo status di stabile organizzazione, così come proposto nel BEPS *Action 7, Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status – 2015 Final Report*.

di approvazione tacita e senza obiezioni da parte degli Stati membri, fu raggiunto un accordo sul testo della Direttiva antielusione, che verrà poi adottato il 12 luglio.

La Direttiva ATAD persegue l'obiettivo di coordinare l'implementazione delle raccomandazioni del progetto BEPS da parte degli Stati membri dell'Unione Europea attraverso la definizione di un livello minimo comune di protezione del mercato interno⁽²⁵⁰⁾. L'esito mirato è dunque la promulgazione di una disposizione di diritto derivato, di contenuto adeguato a migliorare l'efficacia delle regole dei singoli Stati membri nel contrasto alle pratiche di elusione fiscale, che possa essere oggetto di interpretazione da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁽²⁵¹⁾. La scelta di emanare una Direttiva – unica forma di atto vincolante per uno Stato membro che il Consiglio può adottare in materia di imposte dirette (*ex art. 115 TFUE*) – consente di conciliare due obiettivi fondamentali: creare condizioni di parità in merito a specifici aspetti degli ordinamenti tributari nazionali e preservare il diritto degli Stati membri ad introdurre misure che assicurino un più elevato livello di protezione della loro potestà impositiva. Con particolare riferimento a quest'ultimo obiettivo, sebbene la Direttiva sia proprio il modello prefigurato dal TFUE per accordare agli Stati membri la libertà di determinare essi stessi le modifiche da apportare alla propria normativa interna per renderla conforme al risultato preposto a livello comunitario, l'art. 3, ATAD statuisce formalmente la facoltà per i singoli Stati di adottare disposizioni nazionali o convenzionali intese a salvaguardare un livello di protezione contro la pianificazione fiscale aggressiva più elevato di quello perseguito dalla Direttiva stessa⁽²⁵²⁾, a condizione che tali disposizioni non determinino nuove distorsioni od ostacoli al mercato interno, come la doppia imposizione.

⁽²⁵⁰⁾ Direttiva 2016/1164/UE, considerando 3.

⁽²⁵¹⁾ Pistone, R., Weber, D. (2018), *An Introduction to the Anti-Tax Avoidance Directive and the Implementation of the BEPS Project in the European Union*, in *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*, (a cura di) Pistone, R., Weber, D., IBFD (online books).

⁽²⁵²⁾ Parte della dottrina ritiene che la norma in parola non sia compatibile con i principi di sussidiarietà e di proporzionalità sanciti dal Trattato sull'Unione Europea (art. 5, commi 3 e 4), in quanto la possibilità per gli Stati membri di adottare regole antiabuso più stringenti rispetto al *minimum standard* sancito dalla Direttiva si pone in contrasto con l'obiettivo dichiarato di porre rimedio alla frammentazione normativa, tipica della materia tributaria, che affligge il mercato interno.

A tal proposito, un parere motivato del Parlamento Svedese (*Riksdag*) ha osservato che «*la proposta è stata redatta molto rapidamente, è di vasta portata e lascia molti punti poco chiari. Poiché la*

La Direttiva ATAD introduce cinque misure di contrasto all'erosione della base imponibile e al trasferimento degli utili: (i) limiti alla deducibilità degli interessi per scoraggiare il ricorso a modalità di finanziamento infragruppo costruite appositamente per ridurre il carico impositivo, (ii) imposizione in uscita per impedire che il trasferimento di attivi da uno Stato all'altro sia immune da conseguenze fiscali, (iii) una norma generale antiabuso per colmare tutte le possibili lacune delle disposizioni di contrasto a specifiche operazioni elusive, (iv) una disciplina in materia di società controllate estere per scoraggiare il trasferimento degli utili in paesi a fiscalità privilegiata, e (v) regole sui disallineamenti da ibridi per impedire ai contribuenti di trarre vantaggi fiscali dalle disparità tra gli ordinamenti tributari nazionali. La Direttiva dunque non si è limitata soltanto a favorire l'implementazione di alcune delle raccomandazioni elaborate nel contesto del Progetto BEPS – i limiti alla deducibilità degli interessi (*Action 4*), la disciplina CFC (*Action 3*) e le regole sui disallineamenti da ibridi (*Action 2*) –, ma ha anche rilanciato delle misure collegate alla proposta relativa ad una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società (*Common Consolidated Corporate Tax Base*, CCCTB).

Tra queste ultime, la versione finale dell'ATAD ha omissso di includere l'introduzione di una clausola di *switch-over*, prevista dal progetto di Direttiva del 28 gennaio 2016. Per effetto di questa disposizione, applicabile esclusivamente ai redditi originati in Stati non appartenenti all'Unione Europea, gli Stati membri che adottano il metodo dell'esenzione avrebbero dovuto assoggettare ad imposizione i dividendi, le plusvalenze derivanti dalla cessione di partecipazioni ed i redditi delle proprie stabili organizzazioni nelle ipotesi in cui l'imposta nominale gravante sui predetti redditi nello Stato della fonte

fiscalità diretta è in linea di principio un settore in cui i poteri sono esercitati esclusivamente dagli Stati membri a livello nazionale, sussiste un rigoroso requisito secondo cui la legislazione dell'UE dovrebbe essere formulata in modo tale che gli Stati membri possano valutare se lo scopo della misura proposta non può essere raggiunto dagli Stati membri e pertanto, in ragione della portata o degli effetti di suddetta misura, tale scopo può essere realizzato più efficacemente a livello dell'Unione. Ciò premesso, il Riksdag ritiene che la Commissione non abbia indicato ragioni sufficienti per dimostrare che la proposta non va al di là di quanto è necessario per conseguire gli obiettivi dichiarati».

Sul punto, anche Haslehner, W., *The Commission Proposal for an Anti-BEPS Directive: Some Preliminary Comments*, Kluwer International Tax Blog (5 febbraio 2016), available at <http://kluwertaxblog.com/2016/02/05/the-commission-proposal-for-an-anti-beps-directive-some-preliminary-comments/>.

fosse stata inferiore al 40 per cento dell'aliquota nominale vigente nello Stato della residenza. Se nelle intenzioni dichiarate nella Proposta la clausola di *switch-over* era stata pensata per disincentivare i fenomeni di erosione della base imponibile che si verificano allorquando i redditi non tassati o soggetti a bassa tassazione in Stati terzi sono esentati da imposizione nello Stato di ingresso (*participation exemption*), la dottrina si era mostrata più incerta in merito alla sua effettiva *ratio*. La mancata previsione di un'esimente per le attività economiche sostanziali aveva infatti lasciato pensare che la norma non avesse tanto un proposito antielusivo, bensì che fosse volta ad ostacolare la delocalizzazione delle attività d'impresa in Stati o territori a regime fiscale privilegiato non aderenti all'Unione Europea ⁽²⁵³⁾. Al di là delle incongruenze tra l'obiettivo formalmente perseguito dalla norma e il contenuto della stessa, furono diverse le ragioni che convinsero i Capi di Stato e di Governo europei ad escludere la clausola di *switch-over* dalla Direttiva ATAD – per citarne alcune, il rischio di penalizzare la competitività delle imprese europee in ordine agli investimenti effettuati in Stati a fiscalità privilegiata ed il timore che siffatta intromissione nella politica tributaria degli Stati membri non potesse essere giustificata né dalla necessità di garantire il buon funzionamento del mercato interno, né in ragione del fatto che la clausola di *switch-over* fosse contemplata tra le proposte del Progetto BEPS ⁽²⁵⁴⁾.

3. Il contenuto della Direttiva ATAD in materia di società controllate estere

In materia di società controllate estere, la Direttiva ATAD ha accolto la raccomandazione dell'OCSE secondo cui l'efficacia delle CFC *rules* dipende soprattutto dal numero di Stati che adottano regole basate su presupposti e ambiti di applicazione simili. Il fatto che gli Stati membri dell'Unione Europea – 22 dei quali sono anche tra i 35 Stati associati all'OCSE – si siano impegnati a condividere uno *standard comune* sostanzialmente

⁽²⁵³⁾ Zaimaj, A., *La switch-over clause nella proposta di direttiva anti-BEPS*, in Rivista di Diritto Tributario, supplemento online del 09 marzo 2016.

⁽²⁵⁴⁾ Avi-Yonah, R. S., Xu, H. (2018), *The Transitional Period and its Impact on Tax Competition and the Implementation of the BEPS Project*, in *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*, (a cura di) Pistone, R., Weber, D., IBFD (online books).

allineato al contenuto dell'*Action 3 – Final Report* rappresenta, secondo la pacifica opinione della dottrina, la *conditio sine qua non* per il conseguimento degli obiettivi stabiliti dal Progetto BEPS a livello internazionale ⁽²⁵⁵⁾.

Con riguardo al contenuto della Direttiva, l'art. 7, par. 1, definisce l'ambito di applicazione soggettivo della disciplina. In particolare, esso dispone che lo Stato membro di un contribuente tratta un'entità o una stabile organizzazione i cui utili non sono soggetti ad imposta o sono esenti da imposta in tale Stato membro come una società controllata estera se sono soddisfatte due condizioni, cumulative tra loro: (i) nel caso di un'entità, il contribuente, da solo o insieme alle sue imprese associate ⁽²⁵⁶⁾, detiene una partecipazione diretta o indiretta di oltre il 50 per cento dei diritti di voto o possiede direttamente o indirettamente oltre il 50 per cento del capitale o ha il diritto di ricevere oltre il 50 per cento degli utili di tale entità, e (ii) l'imposta sulle società realmente versata sui suoi utili dall'entità o dalla stabile organizzazione è inferiore alla differenza tra l'imposta sulle società che sarebbe stata applicata all'entità o alla stabile organizzazione nell'ambito del sistema di imposizione delle società vigente nello Stato membro del contribuente e l'imposta sulle società realmente versata sui suoi utili dall'entità o dalla stabile organizzazione. Ai fini di quest'ultimo punto, la stabile organizzazione di una società controllata estera che non è soggetta ad imposta o è esente da imposta nella giurisdizione della società controllata estera non è presa in considerazione. Inoltre, per imposta sulle società che sarebbe stata applicata nello Stato membro del contribuente si intende l'imposta calcolata secondo le norme dello Stato membro del contribuente.

⁽²⁵⁵⁾ Avi-Yonah, R. S., Xu, H. (2018), *op. cit.*

⁽²⁵⁶⁾ Ai fini della Direttiva ATAD, per impresa associata si intende (art. 2, comma 1, n. 4):

- un'entità nella quale il contribuente detiene direttamente o indirettamente una partecipazione in termini di diritto di voto o proprietà del capitale pari o superiore al 25 per cento o ha il diritto di ricevere una percentuale degli utili di tale entità pari o superiore al 25 per cento;
- un individuo o un'entità che detiene direttamente o indirettamente nel patrimonio di un contribuente una partecipazione in termini di diritto di voto o proprietà del capitale pari o superiore al 25 per cento o ha il diritto di ricevere una percentuale degli utili del contribuente pari o superiore al 25 per cento.

Se un individuo o un'entità detengono direttamente o indirettamente nel patrimonio di un contribuente e in una o più entità una partecipazione pari o superiore al 25 per cento, tutte le entità interessate, contribuente compreso, sono considerate imprese associate.

Se un'entità o una stabile organizzazione integra entrambe le condizioni, qualificandosi come soggetto controllato estero ai sensi della direttiva ATAD, lo Stato membro in cui risiede il socio controllante include nella base imponibile di quest'ultimo i redditi non distribuiti dell'entità o i redditi della stabile organizzazione secondo un approccio basato sulla natura di tali redditi (*categorical approach*, art. 7, par. 2, lettera a), ovvero sulla sostanza dell'attività economica svolta dalla CFC (*substance-based approach*, art. 7, par. 2, lettera b). Qualunque sia l'approccio adottato dallo Stato membro, la Direttiva impone che il reddito del soggetto controllato estero sia determinato su base transazionale (*transactional basis*), ovverosia includendo i soli redditi che rientrano nella definizione di CFC *income*, indipendentemente dalla misura degli stessi. I modelli in parola sono ispirati alle raccomandazioni contenute nell'*Action 3 – Final Report* dell'OCSE⁽²⁵⁷⁾ e parzialmente adattati al fine di rispettare le libertà fondamentali sancite dal TFUE: in questa prospettiva si possono inquadrare sia la modalità di determinazione del reddito su base *transactional*, reputata dall'OCSE stessa più aderente agli obiettivi dell'*Action 3* e al principio di proporzionalità comunitario (art. 5, par. 4, TUE), sia la previsione di

⁽²⁵⁷⁾ Secondo le disposizioni contenute nell'*Action 3 – 2015 Final Report* dell'OCSE, la definizione del reddito della CFC può seguire diversi approcci:

- Un approccio per categorie di reddito (*categorical approach*), differenziate in base alla loro designazione legale (dividendi, *royalties*, interessi) o secondo altri criteri (rapporti tra le parti contraenti, fonte del reddito). Secondo questo approccio, le norme individuano le categorie di reddito nei confronti delle quali si applica la disciplina CFC;
- Un approccio basato sulla sostanza (*substance-based approach*), che valuta la genuinità delle attività economiche a cui si riferisce il reddito prodotto dalla CFC attraverso test o analisi – quale può essere, a titolo di esempio, l'analisi delle funzioni svolte, dei rischi assunti e delle attività impiegate tipicamente utilizzata in ambito di *transfer pricing* per verificare l'aderenza di un'operazione al principio di libera concorrenza;
- Un approccio orientato ai sovraredditi (*excess profit returns test*), focalizzato sull'individuazione di livelli di redditività straordinaria rispetto al patrimonio netto che la CFC continua a generare anche a seguito della corretta applicazione delle regole sui prezzi di trasferimento.

Indipendentemente dall'approccio adottato per definire il reddito di una società controllata estera, una CFC *rule* deve anche stabilire se tale approccio debba essere adottato con riferimento a tutti i redditi della società estera, in prevalenza di natura passiva (*entity basis*), ovvero ai soli redditi che rientrano nella definizione di CFC *income*, sebbene la maggior parte di essi non rientri in tale definizione (*transactional basis*).

un'esimente al modello di cui all'art. 7, par. 2, lettera a), che consente di evitare la tassazione per trasparenza qualora la società controllata estera svolga un'attività economica sostanziale.

Ai sensi dell'art. 7, par. 2, lettera a) (*categorical approach*), per CFC income si intendono i redditi non distribuiti dell'entità o i redditi della stabile organizzazione rientranti nelle seguenti categorie: (i) interessi o qualsiasi altro reddito generato da attivi finanziari, (ii) canoni o qualsiasi altro reddito generato da proprietà intellettuale, (iii) dividendi e redditi derivanti dalla cessione di azioni, (iv) redditi da leasing finanziario, (v) redditi da attività assicurativa, bancaria e altre attività finanziarie, (vi) redditi da società di fatturazione che percepiscono redditi da vendite e servizi derivanti da beni e servizi acquistati da e venduti a imprese associate, e aggiungono un valore economico scarso o nullo. Come già anticipato, la disposizione non si applica in ogni caso «*se la società controllata estera svolge un'attività economica sostanziale sostenuta da personale, attrezzature, attivi e locali, come evidenziato da circostanze e fatti pertinenti*» in uno Stato appartenente all'Unione Europea ovvero allo Spazio Economico Europeo; se invece il soggetto estero è residente o situato in un paese terzo all'accordo SEE, gli Stati membri possono decidere di non riconoscere l'esimente in parola. L'art. 7, par. 2, lettera b) (*substance-based approach*) prevede invece l'obbligo di imputazione dei redditi non distribuiti di un'entità o di una stabile organizzazione derivanti da costruzioni non genuine che sono state poste in essere essenzialmente allo scopo di ottenere un vantaggio fiscale. A tal proposito, «*una costruzione o una serie di costruzioni è considerata non genuina nella misura in cui l'entità o la stabile organizzazione non possederebbe gli attivi o non avrebbe assunto i rischi che generano la totalità o una parte dei suoi redditi se non fosse controllata da una società in cui le funzioni significative del personale che sono pertinenti per tali attivi e rischi sono svolte e sono funzionali al fine di generare i redditi della società controllata*»⁽²⁵⁸⁾.

⁽²⁵⁸⁾ Si tratta di un approccio ispirato al BEPS Action 3 – Final Report (par. 85) e consiste nello svolgimento di un'analisi funzionale, condotta in ossequio ai metodi di determinazione dei prezzi di trasferimento, finalizzata a conseguire chiara comprensione delle modalità attraverso cui viene generato il valore da parte del gruppo nel suo complesso e del contributo apportato dalle singole imprese associate alla creazione di tale valore.

Entrambi le opzioni consentono di prevedere delle circostanze al verificarsi delle quali il soggetto controllante non subisce la tassazione per trasparenza. Con riguardo all'ipotesi di *categorical approach*, uno Stato membro può scegliere di non trattare un'entità o una stabile organizzazione come una società controllata estera se non oltre un terzo dei suoi redditi ha natura passiva (e quindi rientra nelle categorie di cui al par. 2, lettera a). Nello specifico caso in cui la società controllata estera sia un'impresa finanziaria, la possibilità di beneficiare dell'esimente è condizionata al fatto che non oltre un terzo dei redditi dell'entità appartenenti alle categorie di cui al comma 2, lettera a), derivi da operazioni con il soggetto controllante residente o le sue imprese associate. Con riguardo all'ipotesi di *substance-based approach*, invece, gli Stati membri possono escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 7, par. 2, lettera b), un'entità o una stabile organizzazione (i) con utili contabili non superiori a 750.000 euro e redditi non derivanti da scambi non superiori a 75.000 euro, ovvero (ii) i cui utili contabili non ammontano a più del 10 per cento dei suoi costi di esercizio nel periodo d'imposta. A questo proposito, «i costi di esercizio non possono includere i costi di beni venduti al di fuori del paese in cui è residente l'entità o è situata la stabile organizzazione a fini fiscali e i pagamenti alle imprese associate».

L'art. 8 ATAD definisce le regole per il calcolo dei redditi delle società controllate estere, distinguendole in base all'approccio adottato dallo Stato membro per stabilire quali redditi includere nella base imponibile del soggetto controllante residente. Nel caso di *categorical approach ex art. 7, par. 2, lettera a)*, i redditi oggetto di tassazione per trasparenza sono calcolati «in conformità delle norme della legge sull'imposta societaria dello Stato membro in cui il contribuente è residente a fini fiscali o è situato». Per quanto riguarda le perdite della CFC, esse non sono incluse nella base imponibile del contribuente residente ma possono essere riportate, conformemente al diritto nazionale, e prese in conto nei periodi d'imposta successivi. Qualora invece lo Stato membro adotti il *substance-based approach ex art. 7, par. 2, lettera b)*, i redditi da includere nella base imponibile del contribuente, determinati secondo il principio di libera concorrenza, «sono limitati agli importi generati dagli attivi e dai rischi collegati alle funzioni significative del personale svolte dalla società controllante». In entrambi i casi, i redditi sono

inclusi nel periodo d'imposta del soggetto controllante nel quale si conclude l'esercizio fiscale della CFC, in proporzione alla sua partecipazione *ex art. 7, par. 1, lettera a)*.

Atteso il meccanismo di attrazione ad imposta dei redditi prodotti all'estero, la Direttiva introduce anche alcune disposizioni circa il trattamento fiscale dei dividendi e delle plusvalenze da realizzo volte ad evitare l'insorgere di fenomeni di doppia imposizione giuridica. Se la CFC distribuisce utili al soggetto controllante, e tali utili distribuiti sono inclusi nel reddito di quest'ultimo, gli importi dei redditi precedentemente inclusi nella base imponibile a norma dell'articolo 7 sono dedotti dalla base imponibile in sede di calcolo dell'importo dell'imposta dovuta sugli utili distribuiti. Similmente, se il soggetto controllante cede la sua partecipazione nella CFC o le attività della stabile organizzazione, e una qualsiasi parte dei proventi derivante dalla cessione è stata precedentemente inclusa nella base imponibile a norma dell'articolo 7, tale importo è dedotto dalla base imponibile in sede di calcolo dell'importo dell'imposta dovuta su tali proventi. Infine, lo Stato membro del contribuente consente la detrazione dell'imposta – calcolata conformemente al diritto nazionale – versata dall'entità o dalla stabile organizzazione dal debito d'imposta del contribuente nello Stato in cui risiede a fini fiscali o è situato.

4. La compatibilità delle norme sulle società controllate estere con il diritto europeo

Stando a quanto affermato nel documento di orientamento generale alla proposta di Direttiva, approvato dall'ECOFIN il 24 maggio 2016 ⁽²⁵⁹⁾, la *ratio* della disciplina CFC europea è favorire l'implementazione di regole comuni finalizzate ad estendere la potestà impositiva degli Stati membri sul reddito delle società estere localizzate in Stati o territori a fiscalità privilegiata e controllate da soggetti residenti nel territorio dell'Unione Europea. In questo senso, gli articoli 7 e 8 della Direttiva, recependo per

⁽²⁵⁹⁾ *Proposal for a Council Directive laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market General approach – General Approach, 2016/0011 (CNS) (24 May 2016).* Disponibile al link: http://www.consilium.europa.eu/register/en/content/out/?&typ=ENTRY&i=ADV&DOC_ID=ST-9432-2016-INIT

ciascun *building block* dell'*Action 3 – Final Report* le raccomandazioni più aderenti al diritto comunitario, hanno definito un ambito di applicazione della disciplina sicuramente coerente con le conclusioni dell'OCSE ⁽²⁶⁰⁾. Tuttavia, l'ampia portata dell'ATAD in materia di imposte dirette ha sollevato diverse questioni in merito alla sua compatibilità con i principi sanciti dai Trattati e interpretati dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

4.1. Principio di proporzionalità

Una prima questione riguarda le disposizioni di cui all'art. 7, par. 2, lettera a), applicabili agli Stati terzi che non sono parti contraenti dell'accordo sullo Spazio Economico Europeo. Gli Stati membri che optano per il *categorical approach* possono infatti decidere di includere nella base imponibile dei propri soggetti residenti anche il reddito dei soggetti esteri da essi controllati che, pur svolgendo un'attività economica sostanziale, non sono localizzati in Stati SEE. Sebbene tale esclusione sia giustificabile sulla base del fatto che i principi giurisprudenziali sanciti dalla sentenza *Cadbury Schweppes* in materia di libertà di stabilimento non si applicano nei confronti dei paesi terzi ⁽²⁶¹⁾, la dottrina si è domandata se una simile previsione sia davvero necessaria per il conseguimento

⁽²⁶⁰⁾ Sebbene l'affermazione sia valida in generale, se si approfondisce la *ratio* della disciplina CFC tracciata dalla Direttiva ATAD si può individuare un deciso scostamento rispetto alle raccomandazioni OCSE in tema di contrasto ai disallineamenti da ibridi. Ai fini dell'individuazione di una società controllata estera, l'*Action 3 – Final Report* propone infatti una definizione molto ampia, tale da includere quelle situazioni in cui le regole della giurisdizione del soggetto controllante relative alla qualificazione giuridica di strumenti finanziari ed entità comportino che i pagamenti, altrimenti attribuibili in base alle norme CFC, vengano ignorati o trattati come esclusi dal campo di applicazione delle regole in materia di società controllate estere (par. 29). La Direttiva, invece, mantiene separati i due piani normativi, nel senso che la disciplina *anti-hybrids* ha lo scopo di contrastare situazioni di disallineamento imputabili a differenze nella qualificazione giuridica di uno strumento finanziario o di un'entità, mentre la disciplina CFC è funzionale a contrastare la localizzazione di redditi in Stati o territori a regime fiscale privilegiato attraverso strategie di pianificazione fiscale che non sfruttano i disallineamenti da ibridi.

⁽²⁶¹⁾ Ai sensi dell'art. 49 TFUE, la libertà di stabilimento importa il diritto dei cittadini di uno Stato membro ad intraprendere una qualsiasi attività economica in un altro Stato membro, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini. In questo senso, la libertà in parola, anche nel più ampio significato attribuitole dalla giurisprudenza comunitaria, non sarebbe invocabile nelle relazioni con i paesi terzi.

degli obiettivi posti dalla Direttiva ⁽²⁶²⁾. Essendo un atto di diritto derivato, infatti, anche l'ATAD deve rispettare il principio di proporzionalità di cui all'art. 5, par. 4, TEU, in base al quale «*il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati*». La giurisprudenza comunitaria ha costantemente interpretato tale principio in maniera tale da accordare al legislatore europeo un vasto potere discrezionale nella definizione del contenuto del diritto secondario, soprattutto «*nei settori in cui la sua azione richiede scelte di natura tanto politica quanto economica o sociale e in cui è chiamato ad effettuare valutazioni complesse*» ⁽²⁶³⁾. In particolare, è ormai pacifico che, per pronunciarsi in merito alla proporzionalità di una disposizione di legge, i giudici lussemburghesi non devono «*accertare se una misura emanata in un determinato settore sia l'unica o la migliore possibile, in quanto solo la manifesta inidoneità della misura, rispetto allo scopo che le istituzioni competenti intendono perseguire, può inficiare la legittimità della misura medesima*» ⁽²⁶⁴⁾. Allo stesso tempo, però, il legislatore non dispone di una discrezionalità illimitata, anzi, «*è tenuto a basare le proprie scelte su criteri oggettivi. Inoltre, nell'ambito della valutazione degli ostacoli connessi alle varie misure possibili, egli deve verificare se gli obiettivi perseguiti dalla misura prescelta siano idonei a giustificare conseguenze economiche negative, anche considerevoli, per taluni operatori*» ⁽²⁶⁵⁾. In questo senso, sebbene la dottrina non sia pacifica sul punto, il fatto che la Direttiva disegni uno spazio

⁽²⁶²⁾ Danon, R. J. (2018), *Some Observations on the Carve-Out Clause of Article 7(2)(a) of the ATAD with Regard to Third Countries*, in *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*, (a cura di) Pistone, R., Weber, D., IBFD (online books).

⁽²⁶³⁾ Causa C-210/03 – *The Queen*, su richiesta di *Swedish Match AB e Swedish Match UK Ltd*, contro *Secretary of State for Health*, sentenza del 14 dicembre 2004 (par. 48).

⁽²⁶⁴⁾ Causa C-491/01 – *The Queen*, su richiesta di *British American Tobacco (Investments) Ltd e Imperial Tobacco Ltd.*, contro *Secretary of State for Health*, sentenza del 10 dicembre 2002 (par. 123), Cause riunite C-154/04 e C-155/04 – *The Queen*, su richiesta di *Alliance for Natural Health e altri*, contro *Secretary of State for Health e National Assembly for Wales*, sentenze del 12 luglio 2005 (par. 30), richiamate da Causa C-58/08 – *The Queen*, su richiesta di *Vodafone Ltd, Telefónica O2 Europe plc, T-Mobile International AG, Orange Personal Communications Services Ltd*, contro *Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, sentenza dell'8 giugno 2010 (par. 52).

⁽²⁶⁵⁾ Cause riunite C-96/03 e C-97/03 – *A. Tempelman e Coniugi T.H.J.M. van Schaijk contro Directeur van de Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees*, sentenze del 10 marzo 2005 (par. 48), Causa C-86/03 – *Repubblica ellenica contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 15 dicembre

entro cui gli Stati membri hanno una certa discrezionalità nel disporre in materia di circostanze esimenti applicabili ai Paesi terzi potrebbe essere sufficiente per ritenere la disposizione in parola compatibile con il principio di proporzionalità ⁽²⁶⁶⁾.

4.2. Libera circolazione dei capitali

Altrettanto dibattuta è la compatibilità dell'art. 7, par. 2, lettera a), con il divieto di restrizioni alla libera circolazione dei capitali (art. 63 TFUE). La conformità di un atto di diritto derivato con le disposizioni dei Trattati non può essere sempre accertata con esclusivo riferimento alla libertà di stabilimento *ex art. 49 TFUE*, come avvenuto nella sentenza *Cadbury Schweppes*. Piuttosto, quando il contenuto di una Direttiva dispone in materia di rapporti con gli Stati terzi, la questione dovrebbe essere considerata alla luce dell'art. 63 TFUE, il quale, prevedendo che «*nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi*», sancisce un'estensione dell'applicabilità del principio comunitario alle ipotesi di investimento realizzate al di fuori del mercato unico. A tal proposito, la Corte di Giustizia ha sostenuto in numerose occasioni che le disposizioni nazionali applicabili alle partecipazioni acquisite al solo scopo di realizzare un investimento finanziario, senza intenzione di influire sulla gestione e sul controllo dell'impresa, devono essere esaminate esclusivamente alla luce della libera circolazione dei capitali ⁽²⁶⁷⁾. Per contro, «*ricade nella sfera di applicazione dell'articolo 49 TFUE, relativo alla libertà di stabilimento, una normativa nazionale destinata ad applicarsi esclusivamente alle partecipazioni che consentono di esercitare una sicura influenza sulle decisioni di una società e di determinare le attività di quest'ultima*» ⁽²⁶⁸⁾. In altre

2005 (par. 96), Causa C-504/04 – *Agrarproduktion Staebelow GmbH contro Landrat des Landkreises Bad Doberan*, sentenza del 12 gennaio 2006 (par. 37), richiamate da Causa C-58/08 (par. 53).

⁽²⁶⁶⁾ Danon, R. J. (2018), *op. cit.*

⁽²⁶⁷⁾ Causa C-35/11 – *Test Claimants in the FII Group Litigation contro Commissioners of Inland Revenue e Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs*, sentenza del 13 novembre 2012 (par. 92), richiamata da Causa C-464/14 – *SECIL Companhia Geral de Cal e Cimento SA contro Fazenda Pública*, sentenza del 24 novembre 2016 (par. 33).

⁽²⁶⁸⁾ Causa C-35/11 (par. 91), Causa C-81/09 – *Idryma Typou AE contro Ypourgos Typou kai Meson Mazikis Enimerosis*, sentenza del 21 ottobre 2010 (par. 47), Causa C-310/09 – *Ministre du Budget, des*

parole, il controllo o la gestione della società rientrano nell'ambito dell'esercizio del diritto di stabilimento ⁽²⁶⁹⁾. Come recentemente confermato nella sentenza *SECIL*, quando si tratta di Stati terzi è sufficiente esaminare l'oggetto di una normativa nazionale per stabilire se un trattamento fiscale ricada sotto le disposizioni del TFUE relative alla libera circolazione dei capitali ⁽²⁷⁰⁾. In numerose pronunce recenti, inoltre, i giudici lussemburghesi hanno stabilito il principio secondo cui una misura nazionale «*la quale non si applichi esclusivamente alle fattispecie nelle quali la società madre eserciti un'influenza determinante sulla società distributrice dei dividendi, deve essere valutata alla luce dell'articolo 63 TFUE. Una società stabilita in uno Stato membro può, dunque, invocare tale disposizione, indipendentemente dall'entità della partecipazione da essa detenuta nella società distributrice di dividendi stabilita in un paese terzo, al fine di contestare la legittimità di detta normativa*» ⁽²⁷¹⁾. Tale principio, tuttavia, è soggetto ad un'unica rilevante eccezione: «*poiché il Trattato non estende la libertà di stabilimento agli Stati terzi, occorre evitare che l'interpretazione dell'articolo 63, paragrafo 1, TFUE, per quanto riguarda i rapporti con tali Stati, consenta a operatori economici che non ricadono all'interno della sfera di applicazione territoriale della libertà di stabilimento di giovare di quest'ultima*» ⁽²⁷²⁾.

Ricostruita la posizione della giurisprudenza in materia, rimane da comprendere se le disposizioni contenute nella Direttiva ATAD determinano una restrizione alla libertà di circolazione dei capitali tra Stati membri e Stati terzi. L'art. 7, par. 1, lettera a),

Comptes publics et de la Fonction publique contro Accor SA, sentenza del 15 settembre 2011 (par. 32), Causa C-31/11 – *Marianne Scheunemann contro Finanzamt Bremerhaven*, sentenza del 19 luglio 2012 (par. 23), richiamate da Causa C-464/14 (par. 32).

⁽²⁶⁹⁾ Causa C-251/98 – *C. Baars contro Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem*, sentenza del 13 aprile 2000 (par. 20).

⁽²⁷⁰⁾ Causa C-464/14 (par. 34).

⁽²⁷¹⁾ Causa C-464/14 (par. 35), Causa C-190/12 – *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company contro Dyrektor Izby Skarbowej w Bydgoszczy*, sentenza del 10 aprile 2014 (par. 30), Causa C-282/12 – *Itelcar Automóveis de Aluguer Lda contro Fazenda Pública*, sentenza del 3 ottobre 2013 (par. 18).

⁽²⁷²⁾ Causa C-464/14 (par. 42), Causa C-190/12 (par. 31), Causa C-35/11 (par. 100), Causa C-47/12 – *Kronos International Inc. contro Finanzamt Leverkusen*, sentenza dell'11 settembre 2014 (par. 53).

qualifica come società controllate estere le entità o le stabili organizzazioni di cui un soggetto residente in uno Stato membro (i) detiene una partecipazione diretta o indiretta di oltre il 50 per cento dei diritti di voto, o (ii) possiede direttamente o indirettamente oltre il 50 per cento del capitale o (iii) ha il diritto di ricevere oltre il 50 per cento degli utili di tale entità. Alla luce della giurisprudenza della CGUE, è pacifico che le prime due ipotesi di controllo, concernendo una situazione in cui un socio dispone di «*partecipazioni che consentono di esercitare una sicura influenza sulle decisioni della società interessata e di determinare le attività di quest'ultima*» ⁽²⁷³⁾, non determinano una restrizione alla libertà di circolazione dei capitali. Secondo la dottrina invece la terza ipotesi, non implicando necessariamente né un potere decisionale sulla società né la possibilità di beneficiare della libertà di stabilimento, potrebbe essere sufficiente per attrarre la disciplina di cui all'art. 7, par. 1, lettera a), ATAD, nell'ambito della libera circolazione dei capitali ⁽²⁷⁴⁾.

Rebus sic stantibus, allora, il *minimum standard* comunitario in materia di società controllate estere deve conformarsi alla costante giurisprudenza della Corte, secondo la quale «*le misure vietate dall'articolo 63, paragrafo 1, TFUE, comprendono quelle che sono idonee a dissuadere i non residenti dal fare investimenti in uno Stato membro e a dissuadere i residenti di questo Stato membro dal farne in altri Stati*» ⁽²⁷⁵⁾. Altrettanto pacifica è la posizione della Corte a proposito di giustificazioni ad una restrizione ai movimenti di capitali, la quale può risultare soltanto da ragioni imperative di interesse generale e a condizione che sia compatibile con il principio di proporzionalità. Come ribadito recentemente dalla sentenza *SECIL*, questo principio vale anche con riferimento ai paesi terzi: «*Per quanto riguarda, in primo luogo, gli argomenti relativi alla necessità di prevenire la frode fiscale, dalla giurisprudenza si evince che una misura nazionale che limiti la libera circolazione dei capitali può essere giustificata da un siffatto motivo imperativo di interesse generale laddove riguardi specificamente le costruzioni di puro*

⁽²⁷³⁾ Causa C-464/14 (par. 32).

⁽²⁷⁴⁾ Danon, R. J. (2018), *op. cit.*

⁽²⁷⁵⁾ Causa C-464/14 (par. 45), Causa C-282/12 (par. 27), Causa C-190/12 (par. 39)

artificio, prive di effettività economica, il cui unico fine sia di eludere l'imposta normalmente dovuta o di ottenere un vantaggio fiscale sugli utili generati dalle attività realizzate nel territorio nazionale» ⁽²⁷⁶⁾. A tal riguardo, qualora l'esistenza di una tale costruzione non possa essere esclusa, il contribuente deve avere la possibilità di produrre, senza eccessivi oneri amministrativi, elementi relativi alle eventuali ragioni commerciali per le quali tale operazione sia stata conclusa ⁽²⁷⁷⁾.

Alla luce della ricostruzione giurisprudenziale condotta, non sorprende che la dottrina giudichi la possibilità di escludere gli Stati terzi dal beneficio dell'esimente di cui all'art. 7, par. 2, lettera a), ATAD, come un'ingiustificata restrizione alla libertà di circolazione dei capitali. Tale esclusione costituirebbe infatti una presunzione assoluta di elusione fiscale fondata sulla circostanza che un soggetto localizzato in uno Stato terzo sia sottoposto ad un livello di imposizione fiscale inferiore rispetto al socio controllante residente in uno Stato membro. Come osservato dalla CGUE, *«la mera circostanza che la società distributrice dei dividendi sia situata in uno Stato terzo non può fondare una presunzione generale di frode fiscale e giustificare una misura che pregiudichi l'esercizio di una libertà fondamentale garantita dal Trattato»* ⁽²⁷⁸⁾. Infine, una restrizione alla libertà di circolazione dei capitali non può essere giustificata dalla necessità di garantire l'efficacia dei controlli fiscali, tanto più in presenza di un adeguato meccanismo per lo scambio di informazioni tra lo Stato membro e lo Stato terzo come quello imposto dall'art. 26 delle Convenzioni contro le doppie imposizioni ispirate al Modello OCSE ⁽²⁷⁹⁾.

⁽²⁷⁶⁾ Causa C-464/14 (par. 59), Causa C-282/12 (par. 34), Causa C-182/08 – *Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG contro Finanzamt München II*, sentenza del 17 settembre 2009 (par. 89).

⁽²⁷⁷⁾ Causa C-282/12 (par. 37), Causa C-524/04 – *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation contro Commissioners of Inland Revenue*, sentenza del 13 marzo 2007 (par. 82), Causa C-318/10 – *SIAT SA contro État belge*, sentenza del 5 luglio 2012 (par. 50).

⁽²⁷⁸⁾ Causa C-464/14 (par. 60)

⁽²⁷⁹⁾ Causa C-464/14 (par. 67).

4.3. Libertà di stabilimento

Un'altra questione riguarda la coincidenza tra la nozione di «costruzione non genuina» di cui all'art. 7, par. 2, lettera b) e quella di «costruzione di puro artificio» sancita dalla sentenza *Cadbury Schweppes*. La giurisprudenza della CGUE ⁽²⁸⁰⁾ e le disposizioni di *soft law* comunitarie ⁽²⁸¹⁾ hanno infatti sancito il principio secondo cui, sebbene determinino una restrizione alla libertà di stabilimento, le norme in materia di società controllate estere possono essere giustificate allo scopo di prevenire o contrastare le strategie di pianificazione fiscale aggressiva poste in essere attraverso costruzioni di puro artificio. Inoltre, tali disposizioni devono essere proporzionali, nel senso che non devono trovare applicazione quando la società controllata estera, pur consentendo ad un contribuente di realizzare un vantaggio fiscale (requisito soggettivo) ⁽²⁸²⁾, corrisponde a una realtà economica effettiva (requisito oggettivo) ⁽²⁸³⁾. A tal proposito, la sentenza *Cadbury Schweppes* stabilisce che una realtà economica effettiva «*deve corrispondere a un insediamento reale, che abbia per oggetto l'espletamento di attività economiche effettive nello Stato membro di stabilimento*»; inoltre, «*questa constatazione deve poggiare su elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi, relativi, in particolare, al livello di*

⁽²⁸⁰⁾ Causa C-196/04 (par. 51, 57).

⁽²⁸¹⁾ Risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti di governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, del 1 dicembre 1997, su un codice di condotta in materia di tassazione delle imprese, C98/C201, in CGUE 6 gennaio 1998-C2. Disponibile al link: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31998Y0106\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31998Y0106(01))

⁽²⁸²⁾ La giurisprudenza della Corte di Giustizia è pacifica nell'affermare che la circostanza che la società sia stata creata in uno Stato membro per fruire di una legislazione più vantaggiosa non costituisce per se stessa un abuso della libertà di stabilimento (in tal senso, Causa C-167/01 – *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam contro Inspire Art Ltd.*, sentenza del 30 settembre 2003, par. 96; Causa C-212/97 – *Centros Ltd contro Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, sentenza del 9 marzo 1999, par. 27). Anzi, tale libertà intende permettere a un cittadino comunitario di partecipare, in maniera stabile e continuativa, alla vita economica di uno Stato membro diverso dal proprio Stato di origine e di trarne vantaggio (Causa C-55/94, *Reinhard Gebhard contro Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, sentenza 30 novembre 1995, par. 25).

⁽²⁸³⁾ Causa C-196/04 (par. 64).

presenza fisica della società estera controllata in termini di locali, di personale e di attrezzature» ⁽²⁸⁴⁾.

Alla luce del test di sostanza delineato dalla sentenza in parola, è lecito domandarsi se sia possibile qualificare una costruzione come puramente artificiale sulla base del fatto che *«l'entità o la stabile organizzazione non possederebbe gli attivi o non avrebbe assunto i rischi che generano la totalità o una parte dei suoi redditi se non fosse controllata da una società in cui le funzioni significative del personale che sono pertinenti per tali attivi e rischi sono svolte e sono funzionali al fine di generare i redditi della società controllata»* (art. 7, comma 2, lettera b). In effetti, mentre la sentenza *Cadbury Schweppes* ha sancito l'incompatibilità di una disciplina CFC nazionale con il principio della libertà di stabilimento nella grave ipotesi in cui il soggetto controllato estero sia una società *«fantasma»* o uno *«schermo»* ⁽²⁸⁵⁾, la Direttiva ATAD lascia pensare che anche un mero accordo in forza del quale il soggetto controllante si impegna a svolgere funzioni significative del personale pertinenti agli attivi e ai rischi della CFC determinerebbe l'impossibilità di beneficiare dell'esimente in parola.

⁽²⁸⁴⁾ Causa C-196/04 (paragrafi 66-67).

⁽²⁸⁵⁾ Causa C-341/04 – *Eurofood IFSC Ltd.*, sentenza del 2 maggio 2006 (par. 34-35).

CAPITOLO V

IL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA ATAD IN ITALIA ED I RAPPORTI DELLA NUOVA DISCIPLINA CFC CON GLI ALTRI ISTITUTI DELL'ORDINAMENTO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Ambito soggettivo: soggetti partecipanti e partecipati. – 3. Ambito oggettivo: il requisito del controllo. – 4. I requisiti del nuovo regime unico per le società controllate estere. – 4.1. Il requisito della tassazione effettiva. – 4.2. Il requisito dei *passive income*. – 5. L'imputazione dei redditi della CFC. – 6. Doppia imposizione giuridica ed esclusione dei dividendi distribuiti. – 7. Circostanza esimente: attività economica effettiva. – 8. L'interpello facoltativo, l'obbligo di segnalazione in dichiarazione e il contraddittorio preventivo. – 9. Gli OICR e la disciplina CFC. – 10. I rapporti tra il regime della *branch exemption* e la disciplina CFC. – 11. I rapporti tra la presunzione di esterovestizione e la disciplina CFC. – 12. La *ratio* della disciplina CFC ad esito del recepimento della Direttiva ATAD.

1. Premessa

La Direttiva ATAD vincolava gli Stati membri ad adottare e pubblicare entro il 31 dicembre 2018 le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformare il diritto nazionale al suo contenuto. Allo scopo, con l'approvazione definitiva del D.Lgs. del 29 novembre 2018, n. 142, di attuazione della direttiva UE 2016/1164 come modificata dalla direttiva UE 2017/952 (cd. Decreto ATAD), il legislatore italiano è intervenuto nuovamente in materia di società controllate estere, modificandone l'ambito di applicazione soggettivo, oggettivo e territoriale. Il risultato di questo intervento è una CFC *rule* che, ispirandosi all'impianto normativo applicabile alle società controllate estere non residenti in Stati a regime fiscale privilegiato (*ex art. 167, comma 8-bis, TUIR*), opera una sorta di *cherry picking* delle misure necessarie per assicurare la con-

formità di uno dei due regimi interni vigenti (appunto, il cd. regime CFC *white*) al *minimum standard* definito dalla Direttiva in questione ⁽²⁸⁶⁾. La disciplina CFC assume così i contorni sempre più marcati di uno strumento di contrasto all'artificiosa distrazione dei redditi generati nel Paese di residenza del soggetto controllante presso strutture estere di natura essenzialmente fittizia, a discapito delle originarie ambizioni di contrastare il *tax deferral* e perseguire la *capital export neutrality* ⁽²⁸⁷⁾.

2. Ambito soggettivo: soggetti partecipanti e partecipati

In base al comma 1 del novellato art. 167, TUIR, i soggetti partecipanti rilevanti ai fini dell'applicazione della disciplina CFC non sono più soltanto società di persone, società di armamento, società di fatto, associazioni senza personalità giuridica costituite fra persone fisiche, imprese familiari, società di capitali, *trust*, società cooperative, società di mutua assicurazione ed enti pubblici e privati diversi dalle società, esercenti o meno attività commerciali, ma anche le stabili organizzazioni nel territorio dello Stato di soggetti non residenti che controllano soggetti non residenti ⁽²⁸⁸⁾ ⁽²⁸⁹⁾. Si osserva dunque

⁽²⁸⁶⁾ Miele, L., Piccinini, G., *Nuovo regime CFC: eliminata la distinzione tra modelli black e white*, in *Corriere Tributario*, 2018, n. 42, pag. 3199.

⁽²⁸⁷⁾ Della Carità, A., Bonfanti, L., *Paradossi e insana (in)coerenza nella CFC delineata dallo schema di Decreto di recepimento dell'ATAD*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2018, n.12, pag. 27.

⁽²⁸⁸⁾ Sebbene la Direttiva 2016/1164 si applichi a tutti i contribuenti che sono soggetti all'imposta sulle società, la scelta del Decreto di conservare un più ampio ambito soggettivo di applicazione, che includa sia i soggetti IRES sia i soggetti IRPEF, non dovrebbe risultare in contrasto con il dispositivo comunitario in quanto, ai sensi dell'art. 3 ATAD, ciascuno Stato membro può adottare «*disposizioni nazionali o convenzionali intese a salvaguardare un livello di protezione più elevato delle basi imponibili nazionali per l'imposta sulle società*». Sul punto, Miele, L., *La nozione di controllo del soggetto non residente ai fini della disciplina CFC*, in *Corriere Tributario*, 2019, n. 5, pag. 444.

⁽²⁸⁹⁾ A tal riguardo, la Relazione illustrativa al D.Lgs. n. 142/2018 precisa che l'estensione dell'ambito soggettivo alle stabili organizzazioni nel territorio dello Stato di soggetti non residenti si verifica limitatamente alle partecipazioni nella controllata estera che fanno parte del patrimonio della stabile organizzazione. In tal caso, la dottrina ritiene che la nozione di controllo da applicarsi alla fattispecie *de qua* debba essere unicamente identificata nel controllo economico *ex art.* 167, comma 2, lettera b). Invero, non sarebbe corretto qualificare una stabile organizzazione come soggetto controllante ai sensi della lettera a) del medesimo articolo, in quanto il controllo legale deve ricondursi al soggetto giuridico che può legalmente esercitare il diritto di voto in assemblea.

una sostanziale estensione dell'ambito soggettivo di applicazione della norma, la cui previgente formulazione non contemplava i soggetti di cui all'art. 73, comma 1, lettera d), nemmeno qualora operanti in Italia attraverso una stabile organizzazione, salvo il caso in cui fossero a loro volta controllati da società o enti residenti (controllo indiretto) ⁽²⁹⁰⁾.

Quanto ai soggetti partecipati, la nuova disciplina non si applica più limitatamente ad imprese, società e ad ogni altro ente ⁽²⁹¹⁾ ma, ai sensi del comma 3, anche alle stabili organizzazioni all'estero dei soggetti controllati esteri e alle stabili organizzazioni all'estero dei soggetti residenti che hanno optato per il regime di cui all'art. 168-ter (cd. *branch exemption*) ⁽²⁹²⁾. L'attuale formulazione ha così reso obsoleto il precedente riferimento alle entità «localizzate o residenti» in Stati o territori a regime fiscale privilegiato, introdotto a suo tempo per estendere l'applicazione delle disposizioni alle partecipazioni in soggetti non residenti relativamente ai redditi derivanti dalle loro stabili organizzazioni assoggettate ad un regime fiscale di favore. Infine, con riferimento alle partecipazioni in entità estere trasparenti (ad esempio, una *partnership*), coerentemente con il disposto di cui all'art. 73, comma 1, lettera d), la disciplina CFC si applica secondo le modalità previste per le entità non residenti opache ⁽²⁹³⁾.

⁽²⁹⁰⁾ Tale ipotesi è contemplata dall'art. 3, comma 1, del D.M. n. 429/2001, il quale stabilisce che «*in caso di partecipazione indiretta per il tramite di soggetti residenti o di stabili organizzazioni nel territorio dello Stato di soggetti non residenti, i redditi sono ad essi imputati in proporzione alle rispettive quote di partecipazione*».

⁽²⁹¹⁾ Nella Circolare del 26 maggio 2011, n. 23/E, l'Agenzia delle Entrate ha chiarito che «*la nozione di «ente» deve essere intesa come categoria residuale nella quale ricomprendere tutte quelle forme giuridiche estere che non possono essere qualificate come società o impresa*», quali ad esempio il *trust*, l'*Anstalt* e le SICAV.

⁽²⁹²⁾ La disposizione è coerente con il Considerando 12 della Direttiva 1164/2016, dove si precisa che «*è pertanto necessario che le norme sulle società controllate estere si estendano agli utili di stabili organizzazioni laddove tali utili non siano soggetti ad imposta o siano esenti da imposta nello Stato membro del contribuente. Non vi è tuttavia la necessità di assoggettare a imposizione, ai sensi delle norme sulle società controllate estere, gli utili di stabili organizzazioni cui è negata l'esenzione da imposta ai sensi delle norme nazionali in quanto tali stabili organizzazioni sono trattate come se fossero società controllate estere*».

⁽²⁹³⁾ Sul punto, Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 5 marzo 2015, n. 9/E, in materia di credito d'imposta ex art. 165 TUIR.

3. Ambito oggettivo: il requisito del controllo

Il D.Lgs. n. 142/2018 apporta significativi profili di novità alla nozione di controllo rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina CFC. Il comma 2 del novellato art. 167 dispone infatti che si considerano soggetti controllati non residenti le imprese, le società e gli enti esteri per i quali si verifica almeno una delle seguenti condizioni: (i) sono controllati direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciaria o interposta persona, ai sensi dell'art. 2359 c.c., da un soggetto residente o dalla stabile organizzazione italiana di un soggetto non residente; (ii) oltre il 50 per cento della partecipazione ai loro utili è detenuto, direttamente o indirettamente, mediante una o più società controllate, ai sensi dell'art. 2359 c.c., o tramite società fiduciaria o interposta persona, da un soggetto residente. Inoltre, confermando il Decreto (*ex* art. 13, comma 7) l'applicabilità delle disposizioni del D.M. n. 429/2001, ai fini della verifica della sussistenza del controllo assume rilevanza l'assetto azionario alla data di chiusura dell'esercizio o del periodo di gestione del soggetto estero controllato.

Con riguardo all'ipotesi di cui all'art. 167, comma 2, lettera a), nulla cambia rispetto alla disciplina previgente, per cui un soggetto residente integra il requisito del controllo ai fini CFC qualora detenga il controllo di diritto (art. 2359, n. 1), il controllo di fatto interno, basato su una partecipazione (art. 2359, n. 2), ovvero il controllo di fatto esterno, su base contrattuale (art. 2359, n. 3) ⁽²⁹⁴⁾. Inoltre, come in passato, la formulazione letterale del presente comma consente di attrarre nell'ambito di applicazione dell'art. 167 sia il controllo indiretto realizzato attraverso un soggetto italiano in posizione dominante rispetto alla struttura mediana di una catena partecipativa ⁽²⁹⁵⁾, sia il controllo congiunto ottenuto da più soggetti residenti non legati da alcun vincolo partecipativo, ma da un accordo tale da garantire loro un potere di determinazione collegiale

⁽²⁹⁴⁾ Con riferimento all'integrazione del requisito del controllo da parte delle persone fisiche, continua a trovare applicazione la previsione di cui all'art. 1, comma 3, D.M. n. 429/2001, nella quale si specifica che anche i voti esercitabili dai familiari di cui all'articolo 5, comma 5, TUIR (coniuge, parenti entro il terzo grado e affini entro il secondo grado) devono essere conteggiati nella misura del controllo esercitato direttamente dalla persona fisica, sia esso di diritto, di fatto interno ovvero di fatto esterno.

⁽²⁹⁵⁾ È utile ricordare che il controllo indiretto non deve essere verificato applicando il principio di demoltiplicazione della catena partecipativa, il quale opera soltanto ai fini della determinazione del reddito oggetto di imputazione in capo al primo soggetto residente in Italia (*ex* art. 167, comma 6).

delle decisioni dell'assemblea ordinaria. Infine, con riferimento all'ipotesi di interposizione di un *trust* nella catena partecipativa, la Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 23 novembre 2008 n. 400/E, ha precisato che la normativa CFC è applicabile in quanto «la detenzione delle partecipazioni tramite un *trust* può essere assimilata all'ipotesi di possesso della partecipazione per interposta persona».

La principale novità introdotta dal Decreto ATAD in fatto di controllo è dunque l'estensione dell'ambito oggettivo di applicazione della CFC *rule* ai casi in cui il soggetto residente detenga oltre il 50 per cento della partecipazione agli utili del soggetto estero, direttamente o indirettamente, mediante una o più società controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c., o tramite società fiduciaria o interposta persona (art. 167, comma 2, lettera b). In forza del nuovo test di controllo, di natura evidentemente economica, il regime di imputazione per trasparenza diventa così applicabile ai casi ⁽²⁹⁶⁾ in cui il soggetto residente in Italia sia in possesso di una percentuale di partecipazione agli utili del soggetto estero diversa (*rectius*, superiore) rispetto a quella riferibile ai diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria, a nulla rilevando la sussistenza del controllo di fatto *ex art.* 2359 c.c. (come richiamato dall'art. 167, comma 2, lettera a) ⁽²⁹⁷⁾.

Con riferimento alle ipotesi di controllo economico indiretto, innanzitutto la Relazione illustrativa al Decreto chiarisce che la percentuale di partecipazione all'utile è determinata tenendo conto dell'eventuale demoltiplicazione della catena societaria ⁽²⁹⁸⁾.

⁽²⁹⁶⁾ A titolo di esempio, si ipotizzi il caso in cui il soggetto residente detenga il 40% dei diritti di voto e il 51% dei diritti all'utile.

⁽²⁹⁷⁾ Miele, L. (2019), *op. cit.*

⁽²⁹⁸⁾ Tale precisazione estende il principio della demoltiplicazione, stabilito per la determinazione dei redditi da imputare alla CFC e pacificamente ritenuto inapplicabile per accertare l'esistenza di un rapporto (legale) di supremazia indiretto, al nuovo test di controllo economico.

Ad esempio, si ipotizzi che il soggetto A, residente in Italia, detenga il 51% del soggetto B e il 51% del soggetto C, i quali a loro volta detengano il 30% del diritto all'utile del soggetto estero D, ma nessun diritto di voto. In tal caso, la nozione di controllo di cui all'art. 2359 c.c., come richiamato dall'art. 167 comma 2, lettera a), non è verificata. Quanto ad un'eventuale sussistenza del controllo mediante partecipazione agli utili *ex art.* 167, comma 2, lettera b), se si applica il principio di demoltiplicazione, neanche questa condizione risulta soddisfatta in quanto il diritto di partecipazione all'utile di D posseduto da A è pari a poco più del 30% ($51\% \times 30\% + 51\% \times 30\%$). Sul punto, Miele, L. (2019), *op. cit.*

Bisogna poi tenere conto delle incertezze interpretative sollevate dall'art. 167, comma 2, lettera b), il quale prevede l'integrazione del presupposto oggettivo limitatamente ai casi in cui il soggetto controllante residente eserciti il controllo legale sulle entità interposte. Di conseguenza, attenendosi al tenore letterale della norma, il diritto ad oltre il 50 per cento degli utili deve sussistere solo con riferimento all'ultima entità della catena partecipativa; nei confronti dei soggetti interposti che consentono il controllo indiretto della CFC, invece, la capogruppo residente deve integrare una delle ipotesi di controllo di cui all'art. 2359 c.c. ⁽²⁹⁹⁾. Sul punto, il Decreto ATAD si discosta significativamente dalla Direttiva (art. 7, par. 1, lettera a), la quale, prescindendo dalla natura – legale o economica – del controllo esercitato dalla capogruppo sui soggetti intermedi, sembrerebbe garantire un livello di protezione delle basi imponibili nazionali più elevato.

In generale, la definizione di controllo proposta dalla Direttiva risulta parzialmente differente da quella recepita dal D.Lgs. n. 142/2018. Innanzitutto, accogliendo una delle raccomandazioni dell'*Action 3 – 2015 Final Report* in materia di contrasto alle strutture societarie pensate per aggirare il presupposto oggettivo ⁽³⁰⁰⁾, l'ATAD ha stabilito che il contribuente residente possa integrare il controllo di diritto «*da solo o insieme alle sue imprese associate*», mentre non fa menzione delle ipotesi di controllo di fatto interno ed esterno. Il legislatore italiano, invece, ritenendo che l'inedito riferimento alle imprese associate avrebbe potuto comportare notevoli criticità applicative ⁽³⁰¹⁾, ha preferito man-

⁽²⁹⁹⁾ A titolo di esempio, si ipotizzi che il soggetto A, residente in Italia, detenga il 51% del diritto all'utile del soggetto B e il 51% del diritto all'utile del soggetto C, ma non la maggioranza dei diritti di voto di tali soggetti. I soggetti non residenti B e C detengono a loro volta rispettivamente il 70% e il 30% dei diritti all'utile del soggetto estero D. In tal caso, l'applicazione del meccanismo di demoltiplicazione condurrebbe il soggetto A a detenere il 51% degli utili del soggetto D ($51\% \times 70\% + 51\% \times 30\%$). Di primo impatto, dunque, il soggetto A sembrerebbe integrare il controllo indiretto di cui all'art. 167, comma 2, lettera b). Tuttavia, attenendosi alla lettera della norma, tale conclusione è errata in quanto non sussiste un controllo *ex art. 2359 c.c.* sui soggetti B e C, a meno che non si dimostri un controllo di fatto o contrattuale ai sensi del medesimo articolo. Sul punto, Miele, L. (2019), *op. cit.*

⁽³⁰⁰⁾ OCSE (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report, OCSE/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OCSE Publishing, Paris (par. 41-42).

⁽³⁰¹⁾ Nell'audizione informale del 4 ottobre 2018 davanti all'Ufficio di Presidenza della VI Commissione Finanze e Tesoro del Senato, il Condirettore generale dell'Assonime Ivan Vacca ha spiegato che «il

tenere la previgente nozione di controllo legale. Sebbene l'estensione del test di controllo alle imprese associate sarebbe stata più efficace rispetto al generico riferimento alle fattispecie di controllo di fatto di cui all'art. 2359 c.c., la dottrina ritiene che l'ambito oggettivo tracciato dal novellato art. 167, comma 1, risulti conforme alle disposizioni della Direttiva. Da un punto di vista pratico, infatti, la nozione interna di controllo di fatto dovrebbe essere sufficientemente ampia da consentire di imputare al soggetto controllante residente i redditi della società estera controllata attraverso imprese che l'ATAD qualificerebbe come associate ⁽³⁰²⁾.

Un'ulteriore osservazione riguarda l'ipotesi di controllo, prevista dalla Direttiva e non recepita dal Decreto, correlata alla partecipazione diretta o indiretta per oltre il 50 per cento del capitale del soggetto estero. La dottrina si è interrogata su quale possa essere la finalità di tale previsione, posto che il solo possesso del capitale non attribuisce né poteri di gestione né diritti sugli utili atti a definire l'interesse del socio nell'impresa. Si è pensato che l'idea del legislatore comunitario potesse essere quella di attrarre anche la fattispecie della liquidazione, per la quale rileva la partecipazione al capitale. In tal caso, tuttavia, l'introduzione dell'ipotesi in parola sarebbe stata un *unicum*, in quanto l'ordinamento domestico attribuisce sempre rilevanza giuridica ai diritti di voto o agli utili: non fa eccezione la procedura di liquidazione, sicché in tal caso la restituzione del patrimonio ai soci rileva fiscalmente per la quota di utili corrispondente alla parte eccedente la quota capitale distribuita (art. 47, comma 5, TUIR) ⁽³⁰³⁾.

4. I requisiti del nuovo regime unico per le società controllate estere

Coerentemente con l'impostazione della Direttiva ATAD, la nuova formulazione dell'art. 167 si caratterizza per l'abbandono della bipartizione tra il regime delle CFC

concetto di imprese associate contenuto nella Direttiva, infatti, è oggettivamente di difficile gestibilità e creerebbe non poche complicazioni pratiche sia agli operatori economici che alla stessa Amministrazione finanziaria». Sul punto, Vacca, I., *Interventi 30/2018 - Audizione di Assonime al Senato nell'ambito dell'esame dello schema di decreto legislativo recante norme contro le pratiche di elusione fiscale* (Atto del Governo n. 42), 4 ottobre 2018.

⁽³⁰²⁾ Miele, L., Piccinini, G. (2018), *op. cit.*; Miele, L. (2019), *op. cit.*

⁽³⁰³⁾ Miele, L. (2019), *op. cit.*

black list (comma 1) e il regime delle CFC *white list* (comma 8-bis) a favore di un'unica disciplina per i soggetti controllati non residenti che integrano congiuntamente le seguenti condizioni: (i) sono assoggettati a tassazione effettiva inferiore alla metà di quella a cui sarebbero stati soggetti qualora residenti in Italia, e (ii) oltre un terzo dei proventi da essi realizzati è rappresentato da *passive income*.

4.1. Il requisito della tassazione effettiva

Quanto al primo requisito di accesso alla disciplina (*ex art. 167, comma 4, lettera a*), non si osserva soluzione di continuità con il precedente regime CFC *white list*. Invero, il Decreto si allinea alle previsioni della Direttiva (art. 7, par. 1, lettera b) e attribuisce rilevanza, ai fini dell'identificazione degli Stati e territori a fiscalità privilegiata, all'esito del confronto tra il carico effettivo di imposizione estero e il *tax rate* virtuale interno ⁽³⁰⁴⁾, calcolato applicando l'aliquota IRES all'utile ante imposte risultante dal bilancio della controllata e rideterminato secondo le disposizioni fiscali interne ⁽³⁰⁵⁾.

D'altra parte, l'ampliamento dell'ambito soggettivo della disciplina CFC alle stabili organizzazioni all'estero di soggetti controllati non residenti comporta diverse novità riferibili ai profili applicativi del requisito di cui all'art. 167, comma 4, lettera a). Coerentemente con quanto previsto dalla Direttiva, che individua la stabile organizzazione come destinataria della disciplina CFC nell'ipotesi in cui i suoi utili non siano soggetti ad imposta o siano esenti da imposta nella giurisdizione del soggetto controllante, la Relazione illustrativa al Decreto propone due diverse modalità di confronto relativo alla tassazione effettiva. Nel caso in cui i redditi della stabile organizzazione

⁽³⁰⁴⁾ Ai fini del confronto tra il livello «effettivo» di imposizione estero e quello «virtuale» domestico, nonché sul loro rispettivo calcolo, si possono ritenere ancora validi i chiarimenti contenuti nella Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 51/E/2010. Sul punto, *infra*, nota 151.

⁽³⁰⁵⁾ In assenza di una previsione normativa espressa, l'esclusione dell'IRAP dal calcolo appare coerente sia con il riferimento contenuto nella Direttiva all'imposta sugli utili conseguiti dalla società estera, sia con le intenzioni del legislatore. Nella Relazione illustrativa al Decreto si precisa infatti che il confronto tra i *tax rate* «riguarda, sul fronte della tassazione virtuale interna, l'imposta sul reddito delle società (IRES)». Non bisogna dimenticare, inoltre, che sia nella Circolare n. 51/E/2010 sia nel Provvedimento del 16 settembre 2016, n. 143239, l'Agenzia delle Entrate, pronunciandosi in merito alla nozione di «livello di imposizione effettivo» di cui all'art. 167, comma 8-bis, aveva espressamente escluso l'IRAP dal calcolo propedeutico al confronto tra i livelli di tassazione estero e domestico.

siano esenti da imposizione nello Stato di residenza del soggetto controllato non residente, il confronto tra le due tassazioni effettive opererà con due diversi test sul *tax rate* – uno per il soggetto controllato non residente ed uno per la sua stabile organizzazione. Qualora invece lo Stato di residenza del soggetto controllato dovesse assoggettare a tassazione i redditi della stabile organizzazione, è sufficiente effettuare un unico test che consideri congiuntamente i redditi e le imposte assolte dalla stabile organizzazione e dal soggetto controllato residente ⁽³⁰⁶⁾.

4.2. Il requisito dei *passive income*

Con riferimento al secondo requisito di accesso alla disciplina (*ex art. 167, comma 4, lettera b*), invece, il D.Lgs. n. 142/2018 individua i *passive income* nelle seguenti tipologie di proventi realizzati dalla CFC: (i) interessi o qualsiasi altro reddito generato da attivi finanziari, (ii) canoni o qualsiasi altro reddito generato da proprietà intellettuale, (iii) dividendi e redditi derivanti dalla cessione di partecipazioni, (iv) redditi da leasing finanziario, (v) redditi da attività assicurativa, bancaria e altre attività finanziarie, (vi) proventi derivanti da operazioni di compravendita di beni con valore economico aggiunto scarso o nullo, effettuate con soggetti che, direttamente o indirettamente, controllano il soggetto controllato non residente, ne sono controllati o sono controllati dallo stesso soggetto che controlla il soggetto non residente, (vii) proventi derivanti da prestazioni di servizi, con valore economico aggiunto scarso o nullo, effettuate a favore di soggetti che, direttamente o indirettamente, controllano il soggetto controllato non residente, ne sono controllati o sono controllati dallo stesso soggetto che controlla il soggetto non residente ⁽³⁰⁷⁾. Ai fini dell'applicazione del *passive income test* in parola, è

⁽³⁰⁶⁾ Nella definizione della formula per il calcolo del carico impositivo oggetto di confronto, la seconda ipotesi proposta dalla Relazione illustrativa non tiene conto dell'eventuale credito d'imposta riconosciuto dallo Stato del soggetto controllante sulle imposte già pagate dalla sua stabile organizzazione. Tale impostazione, sebbene metodologicamente non corretta, meglio si addice alla finalità antielusiva della norma. Sul punto, Avolio, D., Ruggiero, P., *Il recepimento della Direttiva ATAD e le nuove disposizioni in materia di CFC*, in *Il Fisco*, 2019, n. 3, pag. 253.

⁽³⁰⁷⁾ L'art. 7, par. 2, lettera a), ATAD parla di «redditi da società di fatturazione (*billing companies*) che percepiscono redditi da vendite e servizi derivati da beni e servizi acquistati da e venduti a imprese associate e aggiungono un valore economico scarso o nullo». La formulazione letterale della Direttiva

necessario considerare tutti i proventi lordi – ordinari e straordinari – conseguiti dalla partecipata estera e risultanti dal suo bilancio o rendiconto ⁽³⁰⁸⁾.

Sebbene l'impostazione del nuovo requisito sia simile a quella del previgente art. 167, comma 8-*bis*, la lista dei proventi di natura passiva presenta alcune rilevanti differenze, in massima parte riconducibili al testo della Direttiva. Innanzitutto, le attività finanziarie e assicurative diventano oggetto di una generalizzata inclusione nell'ambito di applicazione della disciplina CFC, anche qualora riguardino rapporti con soggetti terzi: il legislatore ha infatti scelto di non recepire l'esimente, prevista dal secondo periodo dell'art. 7, par. 3, ATAD, che consente agli Stati membri di non trattare le imprese finanziarie come società controllate estere quando almeno due terzi dei redditi di natura passiva da esse realizzati derivano da operazioni con imprese appartenenti al medesimo gruppo del soggetto controllante.

Oltre a ciò, il Decreto apporta rilevanti modifiche alla qualificazione oggettiva dei rapporti infragruppo, tra le quali spicca l'inclusione tra le ipotesi di *passive income* delle prestazioni di servizi ⁽³⁰⁹⁾ e delle operazioni di compravendita di beni ⁽³¹⁰⁾ qualificabili come «a basso valore aggiunto» ai sensi del D.M. n. 14 maggio 2018 recante linee guida in materia di prezzi di trasferimento. Ai fini della disciplina sul *transfer pricing*, si considerano «a basso valore aggiunto» le attività che (i) hanno natura di supporto, (ii) non

richiamava dunque una delle caratteristiche dei paradisi fiscali individuate dal Rapporto OCSE del 1998, ovvero la mancata previsione di alcun requisito di effettività e sostanzialità con riguardo alle attività svolte da parte delle società ivi residenti – propedeutica a favorire l'incorporazione di veicoli puramente cartacei come le società di rifatturazione.

⁽³⁰⁸⁾ Tale modalità di calcolo era stata proposta dall'Agenzia delle Entrate nella Circolare n. 23/E/2011 con riferimento al *passive income test* di cui al previgente art. 167, comma 8-*bis*, lettera b). Le modifiche intervenute a seguito del recepimento della Direttiva ATAD, pur avendo meglio precisato le categorie di reddito interessate e ridotto la soglia rilevante al 30 per cento, non hanno modificato la *ratio* della previsione, che continua ad essere una condizione di accesso alla disciplina CFC.

⁽³⁰⁹⁾ Tale ipotesi era già contemplata dal regime CFC *white list* precedentemente in vigore. Sul punto, la Circolare del 21 giugno 2011, n. 28/E, aveva ricondotto alla fattispecie dei servizi *intercompany* anche le attività di compravendita svolte dalle cd. società di *trading* di gruppo nei confronti delle consociate. Il D.Lgs. recepisce così una prassi già in uso da parte dell'Agenzia delle Entrate.

⁽³¹⁰⁾ Lo schema di Decreto Legislativo approvato l'8 agosto 2018 faceva riferimento solo alle operazioni «a valle» della CFC, cioè ai soli «redditi da operazioni di cessione di beni o prestazioni di servizi».

sono parte delle attività principali del gruppo multinazionale, (iii) non richiedono l'uso di beni immateriali unici e di valore, e non contribuiscono alla creazione degli stessi, (iv) non comportano l'assunzione o il controllo di un rischio significativo da parte del prestatore del servizio, né generano in capo al medesimo l'insorgere di un tale rischio. La Relazione illustrativa al D.Lgs. n. 142/2018, inoltre, chiarisce che i criteri forniti con il Decreto 14 maggio 2018 risultano applicabili anche ai fini della determinazione del valore dei beni con scarso valore economico aggiunto.

Dal momento che il Decreto in parola si ispira dichiaratamente «*alle migliori pratiche internazionali*», la dottrina si è chiesta se occorra avere riguardo anche alla *positive list* e alla *negative list* ⁽³¹¹⁾ contenute nelle Linee Guida OCSE sui prezzi di trasferimento (2017) ⁽³¹²⁾ al fine di individuare le prestazioni di servizio con valore economico aggiunto scarso o nullo ai sensi dell'art. 167, comma 4, lettera b). Tale possibilità permetterebbe infatti di ridurre in capo al contribuente le difficoltà e le incertezze connesse allo svolgimento di un'analisi funzionale che potrebbe risultare aleatoria e complessa, tanto più alla luce del fatto che nulla dispone in ordine all'approccio da adottare ⁽³¹³⁾. D'altra parte, siccome il rinvio operato dall'art. 167 riguarda esclusivamente la definizione generale di cui al Decreto 14 maggio 2018, e non l'intero *corpus* di prassi elaborato

⁽³¹¹⁾ In base alla prima (*positive list*), sono considerate servizi a basso valore aggiunto, in estrema sintesi, le attività *intercompany* di natura contabile, legale, fiscale, burocratiche e amministrative, le attività informatiche, nonché le attività relative alle risorse umane, alla sicurezza e al recupero dei crediti (par. 7.47). In base alla seconda (*negative list*), sono escluse dalla nozione di servizio a basso valore aggiunto, oltre naturalmente alle attività *core* dell'impresa, anche le attività di ricerca e sviluppo, servizi relativi alla produzione e alla lavorazione, acquisto di materie prime utilizzate nel processo produttivo, attività di vendita, *marketing* e distribuzione, transazioni finanziarie, sfruttamento di risorse naturali, assicurazione e riassicurazione, servizi di gestione della direzione aziendale (diversi dalla supervisione manageriale dei servizi a basso valore aggiunto) (par. 7.49).

⁽³¹²⁾ OCSE (2017), *OCSE Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OCSE Publishing, Paris. Disponibile al link: <http://dx.doi.org/10.1787/tpg-2017-en>

⁽³¹³⁾ Coerentemente con l'impostazione del Decreto richiamato dall'art. 167, comma 4, lettera b), si potrebbe pensare di valutare se una prestazione rappresenta un'attività a basso valore aggiunto sulla base di un'analisi funzionale condotta secondo l'approccio elaborato dall'OCSE («*Authorized OCSE approach*», AOA), che tenga conto delle funzioni svolte, dei rischi assunti e delle attività impiegate. Sul punto, Nicolosi, F., *Brevi osservazioni sulla nuova disciplina CFC recata dallo schema di decreto ATAD*, in *Rivista di Diritto Tributario*, supplemento online del 17 settembre 2018

dall'OCSE, una soluzione di compromesso potrebbe essere quella di consentire il riferimento alle liste in modo non vincolante ⁽³¹⁴⁾.

Se si accetta tale impostazione, occorre anche verificare se alcuni tipici modelli di organizzazione della catena del valore configurati dalle imprese multinazionali possano essere attratti nell'ambito di applicazione della novellata disciplina CFC. Una prima ipotesi riguarda le centrali d'acquisto deputate al cd. *group procurement* ⁽³¹⁵⁾: se è pacifico qualificare come a basso valore aggiunto l'attività delle società che operano infragruppo sia in sede di acquisto sia in sede di vendita ⁽³¹⁶⁾, maggiormente problematica potrebbe essere l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 167, comma 4, lettera b), alle ipotesi di servizi acquistati all'esterno del gruppo. Invero, mentre alcuni commentatori sostengono che il riferimento da parte della Direttiva ATAD ai soli beni e servizi «*acquistati da e venduti a imprese associate*» dovrebbe consentire di escludere tali proventi dal calcolo della soglia di *passive income*, altri non respingono la possibilità che il D.Lgs. n. 142/2018 abbia inteso estendere l'applicabilità della norma in parola anche a queste operazioni, mediante le quali è in effetti possibile allocare redditi all'estero triangolando gli acquisti di servizi effettuati all'esterno del gruppo mediante una società residente in uno Stato a bassa fiscalità ⁽³¹⁷⁾. In ogni caso, sono tendenzialmente esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina CFC i soggetti esteri che esercitano attività

⁽³¹⁴⁾ Nicolosi, F., *Compravendita di beni e prestazioni di servizi, con valore economico aggiunto scarso o nullo, nella nuova disciplina CFC*, in Rivista di Diritto Tributario, supplemento online del 19 giugno 2019.

⁽³¹⁵⁾ La dottrina si è anche chiesta se l'attività svolta dalle centrali d'acquisto – tipicamente regolata da contratti di acquisto da terzi con obbligo di rivendita all'interno del gruppo – debba essere qualificata come compravendita di beni o come prestazione di servizi. Nel primo caso, infatti, se si ammette l'interpretazione in base alla quale i redditi derivanti dalla vendita *intercompany* di beni acquistati da soggetti esterni non costituiscono *passive income*, la società sarebbe esclusa dall'ambito di applicazione della disciplina CFC. Tuttavia, dal momento che nella maggior parte dei casi il trasferimento dei beni acquistati sul mercato è effettuato sulla base di uno specifico impegno contrattuale e senza l'assunzione di un rischio significativo, la fattispecie dovrebbe essere qualificata come prestazione di servizi: in tal caso, dunque, troverà applicazione la disciplina CFC.

⁽³¹⁶⁾ Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 26 maggio 2011, n. 23/E

⁽³¹⁷⁾ Sul punto, Nicolosi, F. (2019), *op. cit.*, il quale ricorda che l'addebito al soggetto italiano di un *mark up* eccessivo potrebbe essere contrastato mediante l'applicazione della disciplina in tema di prezzi di trasferimento.

di trasformazione sui beni acquistati *intercompany*, in quanto si tratta di funzioni a valore aggiunto significativo ⁽³¹⁸⁾.

Un simile dubbio ermeneutico si pone con riguardo ai *service center*, ovverosia le società che accentrano le funzioni di *back-office* (tipicamente a scarso valore aggiunto) e le svolgono a favore degli altri soggetti appartenenti al medesimo gruppo, impiegando personale e attività propri. In questo caso, tuttavia, i riferimenti alle «prestazioni di servizi rese e ricevute» e alle operazioni condotte attraverso «società di fatturazione», contenuti rispettivamente nella Relazione illustrativa al Decreto e nella Direttiva ATAD, lasciano pensare che la norma non debba trovare applicazione in tali casi ⁽³¹⁹⁾. Un'ultima rilevante ipotesi riguarda i *distribution center*, preposti alla vendita al consumatore finale di beni o servizi per conto di altre società del gruppo. Sebbene menzionata nella *negative list* delle Linee Guida OCSE, tale attività potrebbe qualificarsi come prestazione di servizi di valore economico scarso o nullo, ed essere così attratta nell'ambito di applicazione della disciplina CFC, qualora sia esercitata senza l'assunzione di rischi significativi – tra gli altri, il materiale trasferimento della titolarità dei beni o l'inadempimento della controparte ⁽³²⁰⁾.

La dottrina ha osservato come il riferimento ai servizi e alle operazioni di compravendita «con valore economico aggiunto scarso o nullo» appaia in contrasto con la *ratio* della Direttiva ATAD, la quale non intende colpire la delocalizzazione di funzioni a basso valore aggiunto, bensì individuare quali tra le attività svolte dalla società estera, non aggiungendo alcun valore all'*output* finale dell'Impresa Multinazionale di Gruppo, generano *passive income* classificabili come «redditi da società di fatturazione» ⁽³²¹⁾. Parimenti, alcuni commentatori hanno sollevato dubbi circa la compatibilità del Decreto alla Direttiva con riguardo agli elementi reddituali da considerare ai sensi dell'art. 167,

⁽³¹⁸⁾ Nicolosi, F. (2018), *op. cit.*

⁽³¹⁹⁾ Nicolosi, F. (2019), *op. cit.*

⁽³²⁰⁾ Nicolosi, F., (2019), *op. cit.*; Maisto, G. (2016), *Transfer pricing aspects of low value-adding services*, in *Transfer pricing in a post-BEPS World*, (a cura di) Lang, M., Stork, A., Petrucci, R., Wolters Kluwer, pp. 145- 158.

⁽³²¹⁾ Avolio, D., Ruggiero, P. (2019), *op. cit.*

comma 4, lettera b). In effetti, mentre la norma interna parla espressamente di «proventi» realizzati, l'ATAD fa riferimento al concetto di «redditi», con il quale invece si intendono i ricavi al netto dei costi inerenti alla loro produzione. Tuttavia, si ritiene che la scelta lessicale operata dal legislatore possa considerarsi opportuna ⁽³²²⁾ da diversi punti di vista. Da una parte, mentre i ricavi rappresentano un parametro oggettivo difficilmente contestabile nell'ammontare, i costi indiretti che concorrono alla formazione dei proventi di natura passiva potrebbero essere calcolati solamente facendo ricorso a *driver* di natura soggettiva. L'applicazione del regime CFC verrebbe così a presentare un margine di discrezionalità nella determinazione dei redditi netti tale da esporre il contribuente ad un elevato rischio di contenzioso con l'Amministrazione finanziaria, nonché a maggiori costi di *compliance* per la redazione dei conti economici sezionali ⁽³²³⁾. Dall'altra, la tipizzazione normativa dei *passive income* da parte della Direttiva è propedeutica a determinare la misura del reddito da includere nella base imponibile del soggetto controllante residente: un eventuale riferimento ai proventi avrebbe dunque contravvenuto ad ogni logica di tassazione che impone di applicare l'imposta sul reddito netto ⁽³²⁴⁾. Stando alla Relazione illustrativa al Decreto, invece, il *passive income test* di cui all'art. 167, comma 4, lettera b), rappresenta «unicamente una condizione d'ingresso nella disciplina CFC» e non un criterio di imputazione del reddito. Alla luce di queste considerazioni, la soluzione promossa dal D.Lgs. n. 142/2018 appare coerente con la volontà del legislatore di recepire le misure necessarie per assicurare la conformità dell'impianto normativo del previgente regime CFC *white* al *minimum standard* definito dalla Direttiva.

⁽³²²⁾ In senso favorevole, Vacca, I. (2018), *op. cit.*; in senso contrario, Della Carità, A., Bonfanti, L. (2018), *op. cit.*, Piazza, M., Savorana, A., *Sulle CFC norme italiane ancora lontane dal regime UE*, in Il Sole 24 Ore, 3 ottobre 2018.

⁽³²³⁾ Proprio in virtù della natura dell'attività economica svolta dai soggetti controllati esteri rientranti nell'ambito di applicazione della disciplina CFC, che tipicamente concerne la gestione statica di partecipazioni ed attività immateriali, la norma avrebbe potuto ammettere la deducibilità degli oneri di gestione in misura forfetaria, come ad esempio prevede la Direttiva Madre-Figlia (Direttiva 90/435/CEE).

⁽³²⁴⁾ Avolio, D., Ruggiero, P. (2019), *op. cit.*

5. L'imputazione dei redditi della CFC

Verificata la sussistenza dei presupposti soggettivi e oggettivi rilevanti ai fini dell'applicazione della disciplina di cui all'art. 167, il reddito realizzato dalla CFC deve essere rideterminato nel suo ammontare ai sensi del comma 7 dello stesso articolo. La base di partenza per il calcolo si ricava (*ex art. 2, comma 2, D.M. n. 429/2001*) dai valori risultanti nel bilancio del soggetto estero ⁽³²⁵⁾ relativo all'esercizio precedente a quello da cui è applicabile la disciplina CFC, a condizione che, alternativamente, (i) questi valori siano conformi a quelli derivanti dall'applicazione dei criteri contabili che sono stati adottati nei precedenti esercizi, (ii) la congruità degli stessi sia attestata da parte di uno o più soggetti in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2 del D.Lgs. n. 39/2010 (revisore legale dei conti). A tale risultato devono essere applicate in via generale le disposizioni previste ai fini IRES per i soggetti residenti titolari di reddito d'impresa, indipendentemente dalla loro ordinata e sistematica collocazione all'interno del TUIR – ad eccezione di quelle espressamente escluse (società non operative, società in perdita sistematica, studi di settore, agevolazione ACE, rateizzazione delle plusvalenze).

Come in passato, la *ratio* di tale rinvio risiede nell'esigenza di estendere l'applicazione delle regole in materia di utili d'impresa ai soggetti controllati residenti in Stati o territori a fiscalità privilegiata, a prescindere dalla natura propria della CFC (con o senza personalità giuridica) e del socio controllante residente (soggetto IRPEF, società di persone o *partnership*, soggetto IRES), allo scopo di garantire una maggiore equivalenza tra la base imponibile del reddito estero, imputato per trasparenza in capo al socio italiano, rispetto allo stesso reddito qualora questo fosse stato prodotto in Italia.

Il reddito della società controllata estera così determinato deve poi essere imputato, ai sensi del comma 6, al soggetto controllante residente in Italia in proporzione alla partecipazione agli utili da questi detenuta, direttamente o indirettamente. Con particolare riferimento ai casi di partecipazione indiretta, il novellato art. 167 recepisce l'impostazione dell'art. 3, comma 1, D.M. n. 429/2001, secondo cui qualora un socio residente

⁽³²⁵⁾ A tal proposito, gli ammortamenti ed i fondi rischi ed oneri iscritti nel bilancio della controllata devono considerarsi dedotti anche se diversi da quelli ammessi in deduzione dal legislatore fiscale italiano, ovvero se eccedenti i limiti previsti.

integri il requisito del controllo per il tramite di soggetti residenti o di stabili organizzazioni italiane di soggetti non residenti, il reddito deve essere attribuito al soggetto residente più «vicino» alla CFC nella catena societaria in proporzione alle rispettive quote di partecipazione agli utili, determinate tenendo conto dell'effetto demoltiplicativo ⁽³²⁶⁾. In caso di controllo congiunto, invece, i redditi imputati a ciascun partecipante devono essere tassati separatamente in capo a ciascuno di essi applicando l'aliquota media di tassazione dell'utile netto complessivo. Inoltre, la norma ora specifica che l'imputazione debba avvenire nel periodo d'imposta del socio controllante in corso alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto controllato residente, indipendentemente dall'approvazione di una delibera di distribuzione dei dividendi.

Con riguardo all'importo dell'obbligazione tributaria in capo al soggetto controllante, l'art. 167, comma 8, dispone che i redditi del soggetto non residente determinati secondo le modalità appena illustrate *«sono assoggettati 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»* ⁽³²⁷⁾.

6. Doppia imposizione giuridica ed esclusione dei dividendi distribuiti

Sebbene il D.Lgs. n. 142/2018 non abbia apportato significative modifiche alle disposizioni volte ad evitare l'insorgere di fenomeni di doppia imposizione giuridica, è utile analizzarne i profili di applicazione alla luce delle altre novità contenute nel Decreto ⁽³²⁸⁾ e delle più recenti pronunce dell'Amministrazione Finanziaria.

⁽³²⁶⁾ Sul punto si esprime anche la Relazione illustrativa al D.Lgs. n. 142/2018.

⁽³²⁷⁾ In merito, è utile ricordare che il regime di tassazione separata impedisce di compensare eventuali perdite della controllante con i redditi della società estera e viceversa. Tuttavia, ai fini del calcolo del reddito imponibile della CFC sono applicabili le disposizioni di cui all'art. 84, TUIR, che prevede la possibilità di utilizzare le perdite in compensazione degli utili realizzati nei periodi d'imposta successivi, ma non oltre il quinto.

⁽³²⁸⁾ Il D.Lgs. n. 142/2018 ha modificato gli artt. 47, 68, 86, 87 e 89 per consentirne il coordinamento con i nuovi criteri di individuazione degli Stati o territori a regime fiscale privilegiato, ora collocati in un nuovo specifico articolo, l'art. 47-*bis*, TUIR. Prima del Decreto in parola, invece, le norme in materia di dividendi e plusvalenze rinviavano all'art. 167, comma 4, in materia di società controllate estere.

Innanzitutto, ai sensi del comma 9 sono ammesse in detrazione, con le modalità e nei limiti di cui all'art. 165, le imposte pagate all'estero a titolo definitivo aventi come presupposto i redditi della società controllata estera oggetto di tassazione per trasparenza. A tal riguardo, la Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate dell'11 agosto 2017, n. 112/E, ha ribadito che il credito in parola «è *calcolato in via «isolata» con riferimento a tutti i redditi della società estera, imputati per trasparenza in capo al socio italiano, secondo il diverso meccanismo della «per company limitation»*. In altri termini, i redditi della CFC sono considerati unitariamente a prescindere dal fatto che siano stati realizzati in più di uno Stato estero»⁽³²⁹⁾. Non trova dunque applicazione il comma 3 dell'art. 165, in base al quale se concorrono redditi prodotti in più Stati esteri, la detrazione si applica separatamente per ciascuno Stato (cd. *«per country limitation»*).

Ulteriore corollario al regime d'imputazione dei redditi *ex art.* 167, comma 6, è la tendenziale irrilevanza fiscale delle successive distribuzioni di dividendi da parte della società controllata estera a favore del socio controllante residente⁽³³⁰⁾. Al riguardo, la Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 26 maggio 2011, n. 23/E, ha chiarito che *«l'imposizione per trasparenza del reddito della partecipata estera esaurisce in genere il prelievo fiscale in relazione al medesimo reddito. Pertanto, se gli utili distribuiti dalla CFC originano da un reddito precedentemente tassato per trasparenza in capo al socio italiano, gli stessi non vanno nuovamente tassati in capo al medesimo soggetto»*, a prescindere dalla circostanza che, a seguito delle variazioni in aumento ed in diminuzione operate al fine di determinare il reddito imponibile, quest'ultimo sia superiore o inferiore all'utile dell'esercizio distribuito dalla controllata estera.

Sul punto, Piazza, M., *Dividendi e plusvalenze di fonte estera: nuovo regime a decorrere dal 2019*, in *Il Fisco*, 2019, n. 2, pag. 157.

⁽³²⁹⁾ Tale posizione è coerente con il principio della tassazione separata di cui al comma 8, e comporta che la detrazione delle imposte pagate all'estero debba avvenire distintamente per ciascuna CFC, anche nel caso in cui il soggetto italiano detenga più partecipazioni di controllo in società residenti o localizzate nel medesimo Stato a regime fiscale privilegiato, nonché evitando le compensazioni tra i redditi prodotti all'estero da diverse CFC ovvero le imposte ivi assolte a titolo definitivo.

⁽³³⁰⁾ Il D.Lgs. esclude esplicitamente l'applicabilità di tale disposizione agli organismi di investimento collettivo del risparmio non residenti. Sul punto, *infra*, Capitolo V, Paragrafo 9.

Nel caso in cui il dividendo distribuito dalla CFC sia eccedente rispetto a quello già attribuito e tassato per trasparenza ⁽³³¹⁾, invece, operano le disposizioni previste dal novellato art. 47, il quale dispone, in deroga all'ordinario regime di *participation exemption* ex art. 89, che gli utili distribuiti da imprese o enti residenti o localizzati in Stati o territori a regime fiscale privilegiato individuati in base ai criteri di cui al nuovo art. 47-bis, comma 1, concorrono integralmente alla formazione del reddito imponibile del soggetto italiano. Il contribuente residente può altresì proporre istanza d'interpello di cui al comma 3 dello stesso articolo al fine di dimostrare che il soggetto non residente svolge un'attività economica effettiva, mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali (prima esimente, comma 2, lettera a), ovvero che dalle partecipazioni non sia conseguito l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori a regime fiscale privilegiato (seconda esimente ex art. 47-bis, comma 2, lettera b). Gli effetti di una eventuale risposta positiva sul reddito del soggetto controllante residente vengono così a dipendere dalla circostanza esimente invocata (Figura 2), nel senso che la prima consente sia di disapplicare la disciplina CFC ⁽³³²⁾, sia di beneficiare dell'esclusione dalla base imponibile del 50 per cento dei dividendi – nonché di un credito d'imposta indiretto pari all'ammontare delle imposte assolte dalla partecipata sugli utili maturati durante il periodo di

⁽³³¹⁾ Ciò accade generalmente nei casi in cui la società controllata estera decida di distribuire gli utili realizzati nello stesso esercizio ovvero derivanti da riserve formatesi in data anteriore all'acquisto del controllo.

Un altro caso interessante, utile a cogliere gli effetti generati dallo stretto collegamento tra gli articoli 47, 47-bis e 167, TUIR, è il seguente. In un determinato periodo d'imposta, una CFC risulta assoggettata a tassazione effettiva inferiore alla metà di quella a cui sarebbe stata soggetta qualora residente in Italia (art. 167, comma 4, lettera a), ma non realizza proventi da *passive income* per oltre un terzo (art. 167, comma 4, lettera b). In tal caso, la società estera si considera come residente in uno Stato a regime fiscale privilegiato ex art. 47-bis, ma non rientra nell'ambito di applicazione della disciplina di cui all'art. 167. Per tale ragione, i suoi redditi concorreranno integralmente alla formazione del reddito imponibile del soggetto controllante residente (ex art. 47) soltanto nel periodo d'imposta in cui l'assemblea dei soci della CFC approverà una delibera di distribuzione dei dividendi, a nulla rilevando il fatto che negli esercizi successivi la società possa aver integrato la seconda condizione di accesso al regime CFC.

⁽³³²⁾ Si noti che la formulazione letterale della circostanza esimente rilevante ai fini della disciplina CFC (art. 167, comma 5) coincide con quella utile a disapplicare le nuove disposizioni in materia di regimi fiscali privilegiati (art. 47-bis, comma 2, lettera a).

possesso della partecipazione –; la seconda, invece, se soddisfatta dall’inizio del periodo di possesso della partecipazione, determina l’imponibilità del 5 per cento dell’ammontare degli utili distribuiti ⁽³³³⁾.

Figura 2 – La tassazione dei dividendi da società controllate estere

<i>Passive income</i>	Ingresso in CFC	Esimente attività economica effettiva	Tassazione per trasparenza	Regime di tassazione dei dividendi
SOCIETÀ EXTRA UE/SEE (CON SCAMBIO DI INFORMAZIONI)				
Imposizione inferiore al 50% del tax rate effettivo (virtuale) italiano				
> 1/3 totale proventi	Sì	Sì	No	Esclusione al 50% + credito d’imposta indiretto, oppure esclusione al 95% (*)
	Sì	No	Sì	Nessuna tassazione ulteriore in Italia fino a concorrenza reddito tassato
< 1/3 totale proventi	No	Sì	No	Esclusione al 50% + credito d’imposta indiretto, oppure esclusione al 95% (*)
	No	No	No	Imponibilità al 100% oppure esclusione al 95% (*)
Imposizione superiore al 50% del tax rate effettivo (virtuale) italiano				
Non rilevante	No	Non rilevante	No	Esclusione al 95%
SOCIETÀ UE/SEE (CON SCAMBIO DI INFORMAZIONI)				
Imposizione inferiore al 50% del tax rate effettivo (virtuale) italiano				
> 1/3 totale proventi	Sì	Sì	No	Esclusione al 95%
	Sì	No	Sì	Nessuna tassazione ulteriore in Italia fino a concorrenza reddito tassato
< 1/3 totale proventi	No	Non rilevante	No	Esclusione al 95%
Imposizione superiore al 50% del tax rate effettivo (virtuale) italiano				
Non rilevante	No	Non rilevante	No	Esclusione al 95%

(*) Se dimostrata esimente ex art. 47-bis, comma 2, lettera b).

Altro aspetto delicato riguarda il rischio di doppia imposizione per i redditi oggetto di tassazione per trasparenza rimasti presso la società controllata estera nel caso in cui il socio controllante residente provveda a cedere le relative partecipazioni. Tale cessione costituisce infatti una forma di monetizzazione degli utili non dissimile dalla loro acquisizione come dividendo ⁽³³⁴⁾; in tal caso, pertanto, il costo fiscalmente riconosciuto delle

⁽³³³⁾ Mazzarella, G., Tempestini, A., *Esimenti disallineate con le CFC*, in *Il Sole 24 Ore*, 12 dicembre 2018.

⁽³³⁴⁾ Falsitta, G., Fantozzi A., Marongiu, G., Moschetti, F. (2010), *Commentario breve alle leggi tributarie – TUIR e leggi complementari (Tomo III)*, Fantozzi, A. (a cura di), CEDAM, IPSOA Wolters Kluwer, pag. 838.

partecipazioni nel soggetto estero non residente deve essere aumentato ovvero diminuito, rispettivamente, dei redditi e delle perdite attribuiti per trasparenza in applicazione della disciplina CFC e ridotto degli utili distribuiti fino a concorrenza dell'ammontare già imputato (art. 3, comma 5, D.M. n. 429/2001). D'altra parte, l'art. 87, comma 1, lettera c), dispone l'inapplicabilità della *participation exemption* alle plusvalenze relative a partecipazioni in imprese o enti residenti o localizzati in Stati o territori a regime fiscale privilegiato individuati in base ai criteri di cui al nuovo art. 47-bis, comma 1, salvo il caso in cui il contribuente residente non dimostri, anche a seguito dell'esercizio dell'interpello di cui al comma 3 dello stesso articolo, che dalle partecipazioni non sia conseguito l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori a regime fiscale privilegiato (cd. seconda esimente *ex* art. 47-bis, comma 2, lettera b).

L'ultima disposizione di contrasto alla doppia imposizione giuridica prevede il riconoscimento, a favore del socio controllante residente, di un credito d'imposta indiretto per le imposte pagate a titolo definitivo dalla società controllata estera in occasione della distribuzione dei dividendi (art. 167, comma 10) ⁽³³⁵⁾. La norma consente anche la detrazione dell'imposta che il soggetto controllante italiano dovrà versare all'estero in occasione della distribuzione degli utili già imputati per trasparenza. Sebbene si tratti di un tributo proprio di un soggetto residente, ma prelevato su un reddito che non concorre più a formare la base imponibile all'atto del rimpatrio, l'imposta da prendere a riferimento per determinare l'ammontare di questa ulteriore detrazione è l'imposta italiana già al netto del credito d'imposta relativo alle imposte pagate all'estero dalla partecipata sul reddito tassato per trasparenza. In presenza di una catena partecipativa, è dunque naturale che il rimpatrio degli utili dalla società controllata estera dia luogo ad una pluralità di prelievi impositivi anche sui soggetti intermedi ⁽³³⁶⁾.

⁽³³⁵⁾ Quanto al funzionamento di tale meccanismo, poiché la tassazione dell'utile della CFC avviene separatamente dal reddito proprio del soggetto controllante, la quota d'imposta italiana fino a concorrenza della quale l'imposta estera è ammessa in detrazione dovrebbe essere determinata ponendo al numeratore e al denominatore del rapporto di cui all'art. 165 solo il reddito dell'impresa estera.

Sul punto, Falsitta, G., Fantozzi A., Marongiu, G., Moschetti, F. (2010), *op. cit.*

⁽³³⁶⁾ Falsitta, G., Fantozzi A., Marongiu, G., Moschetti, F. (2010), *op. cit.*

7. Circostanza esimente: attività economica effettiva

Il nuovo art. 167, comma 5, introduce un'unica esimente ⁽³³⁷⁾ al regime CFC, rappresentata dalla circostanza in cui «*il soggetto controllato non residente svolge un'attività economica effettiva, mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali*».

Prima facie, la disposizione recepisce la formulazione letterale dell'art. 7, par. 2, lettera a), ATAD, e con essa la giurisprudenza comunitaria in materia di esercizio del diritto di stabilimento attraverso un'«attività economica effettiva» ⁽³³⁸⁾. Tale nozione, di più ampia portata rispetto a quella previgente di «attività industriale e commerciale» ⁽³³⁹⁾, consente di non escludere a priori le *holding* statiche dalla possibilità di disapplicare il regime d'imputazione per trasparenza, anche qualora queste svolgano un'attività di mera detenzione di partecipazioni con una dotazione limitata di personale, attrezzature e locali ⁽³⁴⁰⁾. Inoltre, questa interpretazione appare coerente con il Considerando 12 della Direttiva, il quale prevede che la disciplina CFC dovrebbe essere disapplicata in

⁽³³⁷⁾ La scelta di eliminare il requisito di radicamento nel mercato estero di insediamento, richiesto dalla prima esimente *ante* D.Lgs. n. 142/2018, è la naturale e inevitabile conseguenza della scelta del legislatore di applicare, senza distinzione e con gli stessi criteri, la disciplina CFC alle società controllate UE ed a quelle localizzate in paesi terzi. Sul punto, Albano, G., *Il recepimento della disciplina ATAD modifica la disciplina CFC*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 2018, n. 5, pag. 85.

Allo stesso modo, il riferimento alla mancata localizzazione del reddito in Paesi *black list* previsto dalla seconda esimente, non avrebbe più avuto ragion d'essere nel nuovo quadro normativo basato sul livello di tassazione effettiva. Sul punto, Miele, L., Piccinini, G. (2018), *op. cit.*

⁽³³⁸⁾ Causa C-324/00 – *Lankhorst-Hohorst GmbH contro Finanzamt Steinfurt*, sentenza del 12 dicembre 2002; Causa C-9/02 – *Hughes de Lasteyrie du Saillant contro Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, sentenza dell'11 marzo 2004; Causa C-446/03 (*Marks & Spencer*); Causa C-196/04 (*Cadbury Schweppes*).

⁽³³⁹⁾ Assonime, Note e Studi n. 17/2016, *Imprese multinazionali: aspetti societari e fiscali*, pag. 73.

⁽³⁴⁰⁾ Sul punto, la Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 30 marzo 2016, n. 6/E, aveva specificato che una *holding* può esercitare il diritto di stabilimento anche se svolge attività di mera detenzione delle partecipazioni e non, in senso tecnico, un'attività commerciale. Similmente, la Corte di Cassazione (sentenza del 28 dicembre 2016, n. 27113) ha affermato che la presenza di una struttura organizzativa «leggera» può rappresentare un indice di fittizietà e di mancanza di reale sostanza economica solo in relazione ad una società operativa e non, invece, con riferimento ad una *holding* passiva.

Si vedano anche: Corte di Cassazione, sentenze del 28 dicembre 2016, nn. 27112, 27114, 27115, 27116; Assonime, Circolare del 2 maggio 2017, n. 10; Antonini, M., Ronca, P., *Il requisito della sostanza economica delle holding statiche di partecipazioni*, in *Diritto Bancario*, approfondimento online del 4 settembre 2017.

presenza di una «sostanza economica intesa a limitare, all'interno dell'Unione, l'impatto delle norme ai casi in cui la società controllata estera non svolge un'attività economica sostanziale».

Nel corso delle audizioni informali che hanno preceduto l'approvazione definitiva del D.Lgs. n. 142/2018, le parti coinvolte avevano sollecitato la necessità di esplicitare a livello normativo che, ai fini dell'applicazione dell'esimente, non fosse necessaria la compresenza di tutti gli elementi previsti dalla disposizione, ovverosia personale, attrezzature e locali ⁽³⁴¹⁾. Era infatti emersa l'idea secondo cui la nuova disposizione richiedesse di valutare l'adeguatezza della struttura e della dotazione di una società estera alla luce dell'attività da essa svolta. In tal senso, anche una controllata che si limiti a conseguire prevalentemente *passive income* – ad esempio una *holding* statica, una società finanziaria o una *licencing company* – potrebbe superare questa prova dimostrando che le sue competenze e i suoi fattori produttivi sono coerenti con tale attività ⁽³⁴²⁾. Persiste invece il dubbio circa l'applicabilità della disciplina CFC alle società veicolo costituite per realizzare un'operazione di *leveraged buy out*: sulla questione pesa ancora la posizione (piuttosto restrittiva) espressa dall'Agenzia delle Entrate nella Circolare n. 6/E/2016, la quale ha precisato che potrebbe essere considerata *conduit* una «struttura organizzativa «leggera» (ad esempio il personale, i locali e le attrezzature potrebbero risultare messe a disposizione da società domiciliatarie attraverso contratti di *management service*), priva di effettiva attività e di una reale consistenza, e in concreto, senza autonomia decisionale se non dal punto di vista formale» ⁽³⁴³⁾.

⁽³⁴¹⁾ Sul punto, così si esprimeva il Parere della VI Commissione Finanze e Tesoro del Senato: «(...) valuti il Governo l'opportunità di modificare l'articolo dello schema e, in particolare al comma 1, alinea art. 167, comma 5, valuti l'opportunità di modificare la disciplina dell'esimente specificando che non è necessaria, ai fini della sua applicabilità, la presenza di tutti gli elementi indicati nella norma, ben potendo verificarsi per talune tipologie di attività la possibilità di essere svolte, ad esempio, senza l'impiego di personale o di particolari attrezzature».

⁽³⁴²⁾ Vacca, I. (2018), *op. cit.*

⁽³⁴³⁾ Avolio, D., Ruggiero, P. (2019), *op. cit.*

8. L'interpello facoltativo, l'obbligo di segnalazione in dichiarazione e il contraddittorio preventivo

Con riferimento agli aspetti procedurali della disciplina, il D.Lgs. n. 142/2018 conferma *in toto* le disposizioni introdotte dal Decreto Internazionalizzazione. Resta dunque invariata la possibilità per il socio controllante residente di dimostrare che il soggetto controllato non residente svolge un'attività economica effettiva interpellando l'Agenzia delle Entrate ai sensi dell'art. 11, comma 1, lettera b), della Legge del 27 luglio 2000, n. 212. In aggiunta a ciò, il nuovo art. 167, comma 5, consente ai contribuenti che aderiscono al regime dell'adempimento collaborativo di cui all'art. 3, D.Lgs. del 5 maggio 2015, n. 128 ⁽³⁴⁴⁾, di presentare l'istanza d'interpello indipendentemente dalla verifica delle condizioni di accesso alla disciplina CFC di cui al comma 4, lettera a) e b). La disposizione si coordina con il comma 12, il quale prevede che *«l'esimente di cui al comma 5 non deve essere dimostrata in sede di controllo qualora il contribuente abbia ottenuto risposta al relativo interpello, fermo restando il potere dell'Agenzia delle Entrate di controllare la veridicità e completezza degli elementi di prova forniti in tale sede»*.

L'istanza d'interpello deve essere presentata in tempo utile per ottenere la risposta prima della scadenza del termine ordinario di presentazione della dichiarazione dei redditi relativa al periodo d'imposta in cui si vuole ottenere la disapplicazione del regime CFC, in quanto non rileva la circostanza che l'inadempimento possa essere sanato nei novanta giorni successivi ovvero che la dichiarazione presentata sia integrabile. Con

⁽³⁴⁴⁾ Il regime di adempimento collaborativo (o *Cooperative Compliance*) è stato istituito con il Decreto Legislativo del 5 agosto 2015, n. 128, rubricato «Disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente, in attuazione degli articoli 5, 6 e 8, comma 2, della legge 11 marzo 2014, n. 23». L'istituto si pone l'obiettivo di instaurare un rapporto di fiducia tra amministrazione e contribuente che miri ad un aumento del livello di certezza sulle questioni fiscali rilevanti. Tale obiettivo è perseguito tramite l'interlocuzione costante e preventiva con il contribuente su elementi di fatto, ivi inclusa l'anticipazione del controllo, finalizzata ad una comune valutazione delle situazioni suscettibili di generare rischi fiscali. Possono aderirvi i contribuenti dotati di un sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale (*Tax Control Framework*), inteso quale rischio di operare in violazione di norme di natura fiscale o in contrasto con i principi o con le finalità dell'ordinamento tributario.

riguardo al contenuto della domanda, in attesa di una nuova pronuncia da parte dell'Amministrazione finanziaria si ritengono ancora validi i chiarimenti contenuti nella Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 51/E/2010 ⁽³⁴⁵⁾, secondo la quale il contribuente deve (i) fornire una rappresentazione completa della fattispecie, (ii) presentare la documentazione occorrente per evidenziare l'esistenza e l'idoneità della struttura estera allo svolgimento dell'attività dichiarata (personale, attrezzature, attivi, locali), e (iii) dimostrare, in una logica «*substance over form*» ⁽³⁴⁶⁾, la non artificiosità e l'autonomia gestionale della CFC.

La risposta dell'Amministrazione finanziaria è resa, con atto espresso, entro centoventi giorni (art. 11, comma 3, legge 27 luglio 2000, n. 212), decorrenti dalla data di consegna o di ricezione dell'istanza di interpello da parte dell'ufficio, fatta salva la possibilità di richiedere, una sola volta, un'integrazione dei documenti già presentati dal contribuente. Una volta acquisita la documentazione integrativa, l'Agenzia delle Entrate deve rendere il proprio parere entro sessanta giorni (art. 10-*bis*, comma 6): la risposta, scritta e motivata, vincola ogni organo dell'Amministrazione con esclusivo riferimento alla questione oggetto dell'istanza e limitatamente al richiedente. Ad ulteriore garanzia per il contribuente, gli atti a contenuto impositivo o sanzionatorio emessi in contrasto con il giudizio espresso in sede di interpello sono affetti da nullità. In caso di decorso del termine senza un atto espresso, la risposta si intende comunque resa positivamente,

⁽³⁴⁵⁾ Nonostante la differente scelta lessicale operata dal nuovo art. 167, comma 5 (*attività economica effettiva*) rispetto al previgente art. 167, comma 8-*ter* (*costruzione artificiosa*), entrambe le esimenti richiamano direttamente, facendola propria, l'elaborazione giurisprudenziale sancita dalla sentenza *Cadbury Schweppes* (Causa C-196/04). Secondo i giudici lussemburghesi, infatti, una costruzione di puro artificio altro non è che «*un'installazione fittizia, che non esercita alcuna attività economica effettiva sul territorio dello Stato membro di stabilimento*» (par. 68). Inoltre, la dimostrazione del fatto che una CFC non sia una costruzione di puro artificio, cioè sia un'attività economica effettiva, «*deve poggiare su elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi, relativi, in particolare, al livello di presenza fisica della società estera controllata in termini di locali, di personale e di attrezzature*» (par. 67), esattamente come previsto dalla Direttiva ATAD e dal Decreto di attuazione della stessa. Per questo motivo, in mancanza di una nuova pronuncia da parte dell'Agenzia delle Entrate, si possono ritenere ancora validi i chiarimenti forniti in materia di esimente *white*.

⁽³⁴⁶⁾ Sul punto, Comunicazione della Commissione del 10-10-2007, COM (2007) 785 def. Disponibile al link: <https://eur-lex.europa.eu/procedure/IT/196511>

nel senso della non applicazione dell'imputazione per trasparenza del reddito dell'impresa estera partecipata. Un'eventuale risposta positiva, espressa o ottenuta mediante il perfezionamento del meccanismo del silenzio-assenso, è valida anche nei periodi d'imposta successivi, a condizione che le circostanze e i presupposti di fatto e di diritto sulla base dei quali è stata resa non siano mutati nel frattempo (art. 11, comma 3).

Qualora decida di non presentare istanza d'interpello ovvero, pur avendola presentata, abbia ricevuto risposta sfavorevole, il socio controllante residente è tenuto, ai sensi dell'art. 167, comma 11, a segnalare nella propria dichiarazione dei redditi la detenzione di partecipazioni in soggetti controllati non residenti che integrano entrambe le condizioni di cui al comma 4. Viceversa, l'obbligo in parola non sussiste nel caso in cui la disciplina CFC sia stata applicata oppure non lo sia stata per effetto dell'ottenimento di una risposta favorevole all'interpello *ex* comma 5. Nel caso in cui la segnalazione in esame dovesse essere omessa o incompleta, inoltre, è prevista l'applicazione di una sanzione amministrativa *«pari al dieci per cento del reddito conseguito dal soggetto partecipato e imputabile nel periodo d'imposta, anche solo teoricamente, al soggetto residente in proporzione alla partecipazione detenuta, con un minimo di 1.000 euro ed un massimo di 50.000 euro»* (art. 8, comma 3-*quater*, D.Lgs. 471/1997). In ogni caso, lo stesso comma 11 dispone che, prima di procedere all'emissione di un avviso di accertamento, l'Agenzia delle Entrate debba notificare al soggetto controllante un apposito avviso con il quale concede al medesimo la possibilità di fornire, nel termine di 90 giorni, le prove del fatto che la società controllata estera svolge un'attività economica effettiva mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali (contraddittorio preventivo); qualora l'Agenzia non ritenga idonee le prove addotte, dovrà darne specifica motivazione nell'avviso di accertamento.

9. Gli OICR e la disciplina CFC

Per la prima volta dall'introduzione in Italia di una disciplina in materia di società controllate estere, il novellato art. 167 definisce esplicitamente il trattamento applicabile agli organismi di investimento collettivo del risparmio (OICR). Prima del D.Lgs. n. 142/2018, infatti, le uniche previsioni riferibili agli OICR erano contenute nella Circo-

lare dell'Agenzia delle Entrate n. 23/E/2011, la quale aveva escluso dall'ambito soggettivo del regime CFC «*quelle entità estere che, in virtù delle loro caratteristiche operative, derivanti dalla legge stessa che le disciplina e in base alla quale sono costituite, (i) sono partecipate da una pluralità di investitori non collegati tra loro; (ii) seguono politiche di investimento determinate da criteri e regolamenti sottoposti al controllo delle autorità di vigilanza; (iii) sono gestite da soggetti che svolgono professionalmente tale attività, in autonomia dai partecipanti stessi*». Secondo l'Amministrazione Finanziaria, tali condizioni potevano ritenersi esistenti in capo ai fondi c.d. armonizzati, amministrati secondo le disposizioni previste dalle Direttive 85/611/CEE e 2009/65/CE, agli organismi d'investimento collettivo del risparmio che, pur non essendo conformi alle predette direttive, sono stabiliti in Stati Membri dell'Unione europea o in Stati aderenti all'Accordo sullo spazio economico europeo e comunque ivi assoggettati a forme di vigilanza, e agli OICR localizzati nei Paesi indicati nel D.M. n. 4 settembre 1996, n. 220 (c.d. *white list*), per i quali l'esistenza delle predette condizioni può essere verificata dall'Amministrazione finanziaria mediante lo scambio di informazioni ⁽³⁴⁷⁾. Fermo restando il potere dell'Agenzia delle Entrate di verificare, in sede di controllo, l'effettivo ricorrere delle predette condizioni, nelle fattispecie di cui sopra il soggetto residente non era tenuto alla presentazione dell'interpello CFC finalizzato ad ottenere la disapplicazione della disciplina in esame. A diversa soluzione si sarebbe dovuto pervenire con riferimento agli OICR costituiti in Stati o territori a regime fiscale privilegiato, in relazione ai quali – sussistendone i requisiti – il soggetto controllante residente avrebbe potuto richiedere la disapplicazione della tassazione per trasparenza ai sensi delle esimenti ordinarie di cui all'art. 167, comma 5, lettera a) e b), ovvero comma 8-ter. Infine, la Circolare in parola ricordava che, in caso di mancata disapplicazione della CFC *rule*, il reddito conseguito dal fondo estero da imputare per trasparenza al soggetto controllante residente doveva

⁽³⁴⁷⁾ A tal proposito, è utile ricordare che il novero degli Stati o territori con i quali l'Italia non intrattiene effettivo scambio di informazioni in materia fiscale si è progressivamente ridotto nel corso degli ultimi anni, e conseguentemente il predetto D.M. n. 220/1996 è stato ripetutamente modificato per tenere conto dei nuovi accordi stipulati dall'Italia. Pertanto, il numero delle ipotesi di OICR non residenti nei confronti dei quali l'Amministrazione finanziaria non è in grado di verificare la sussistenza dei requisiti in parola è decisamente diminuito.

comunque essere calcolato ai sensi dell'articolo 167, comma 6, applicando le regole vigenti in Italia ai fini della determinazione del reddito d'impresa.

Dal punto di vista soggettivo, invece, l'Agenzia delle Entrate ha chiarito in diverse occasioni ⁽³⁴⁸⁾ che sono ascrivibili nel novero degli OICR non residenti tutti gli organismi esteri (aventi o meno soggettività tributaria) i quali, in virtù della normativa vigente nel loro Stato di istituzione, sono assoggettati a forme di vigilanza, ovvero sono gestiti da un gestore vigilato, e presentano i requisiti sostanziali e le stesse finalità di investimento dei loro omologhi residenti – in altre parole, sono dotati delle caratteristiche e degli elementi necessari per poter attuare forme di investimento collettivo del risparmio, rinvenibili nella nozione di OICR di cui all'art. 1, comma 1, lettera k), TUF ⁽³⁴⁹⁾. Dunque, sulla base delle disposizioni in vigore e dell'interpretazione loro data dall'Agenzia delle Entrate, dottrina e prassi avevano pacificamente convenuto che la disciplina CFC trovasse applicazione solamente nei confronti degli organismi esteri, anche se localizzati in paesi *white list*, che non presentavano le caratteristiche proprie degli OICR italiani, rientrando così nell'ampia nozione di «enti» elaborata dall'Amministrazione finanziaria (Circolare n. 23/E/2011), e degli OICR esteri istituiti in Stati o territori che non consentivano un adeguato scambio di informazioni propedeutico a verificare la sussistenza delle predette caratteristiche oggettive e soggettive.

⁽³⁴⁸⁾ Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 9 marzo 2011, n. 11/E; Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 16 dicembre 2011, n. 180987; Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 15 febbraio 2012, n. 2/E, par. 1-2; Risoluzione del 18 luglio 2013, n. 54/E.

⁽³⁴⁹⁾ Ai sensi dell'art. 1, comma 1, lettera k), TUF, per organismo di investimento collettivo del risparmio (OICR) si intende «l'organismo istituito per la prestazione del servizio di gestione collettiva del risparmio, il cui patrimonio è raccolto tra una pluralità di investitori mediante l'emissione e l'offerta di quote o azioni, gestito in monte nell'interesse degli investitori e in autonomia dai medesimi nonché investito in strumenti finanziari, crediti, inclusi quelli erogati, a favore di soggetti diversi dai consumatori, a valere sul patrimonio dell'OICR, partecipazioni o altri beni mobili o immobili, in base a una politica di investimento predeterminata». Per individuare gli enti non residenti qualificabili come OICR ai fini CFC, è dunque necessario soffermarsi sulla funzione economica del fondo, ovvero sia la gestione collettiva del risparmio tra una pluralità di investitori, e l'autonomia delle scelte di gestione spettanti al soggetto incaricato della gestione.

Sul punto, Rossi, L., Privitera, A., *L'applicazione della disciplina CFC nei confronti degli OICR non residenti nello Schema di Decreto Legislativo di recepimento della Direttiva ATAD*, in *Diritto Bancario*, approfondimento online del 4 ottobre 2018.

A seguito del recepimento della Direttiva ATAD, si ritiene che l'impostazione riferibile all'impianto normativo previgente possa essere confermata. Il D.Lgs. n. 142/2018, infatti, non ha recepito la previsione di cui all'art. 167, comma 8, già contenuta nello schema di Decreto Legislativo approvato l'8 agosto 2018 ⁽³⁵⁰⁾, in base alla quale l'imputazione per trasparenza in capo al soggetto controllante italiano non avrebbe operato con riguardo alla totalità dei redditi conseguiti dall'OICR, ma limitatamente a quelli che *«avrebbero scontato l'imposizione, anche nella forma di ritenuta alla fonte, in capo ad un organismo di investimento collettivo del risparmio residente nel territorio dello Stato»* ⁽³⁵¹⁾. Il legislatore sembra così aver accolto le perplessità della dottrina con riguardo all'opportunità di introdurre delle disposizioni che avrebbero imposto eccessivi oneri amministrativi nei confronti dei contribuenti residenti, al solo fine di ricondurre a tassazione in Italia limitate tipologie di redditi e di ammontare tendenzialmente contenuto ⁽³⁵²⁾.

Alla luce di queste considerazioni, diventa difficile comprendere la decisione di riproporre la disposizione in parola nella Relazione illustrativa al Decreto, tra l'altro *«a titolo esemplificativo»*. Innanzitutto, dal punto di vista della gerarchia delle fonti, tale

⁽³⁵⁰⁾ La Relazione illustrativa al Decreto approvato in via definitiva chiarisce che il riferimento agli OICR contenuto nel comma 8 *«risultava ridondante e rischiava di generare criticità nei casi di applicazione della disciplina a organismi simili agli OICR che avrebbero potuto risultare esclusi dall'applicazione della norma in quanto non menzionati dalla stessa»*. In questo senso, traspare la preoccupazione del legislatore di evitare un richiamo puntuale agli OICR, il quale avrebbe potuto limitare il campo di applicazione della norma ai soli organismi d'investimento europei. Sul punto, Avolio, D., Ruggiero, P. (2019), *op. cit.*

⁽³⁵¹⁾ A tale riguardo, si ricorda che i redditi degli OICR italiani e dei fondi lussemburghesi storici sono sostanzialmente esenti dalle imposte sui redditi (ex art. 73, comma 5-*quinquies*, TUIR, per gli OICR mobiliari; ex art. 6, D.L. 25 settembre 2001, n. 351, per gli OICR immobiliari), fatta eccezione per l'applicazione di talune ritenute alla fonte applicabili in ragione del 26 per cento su particolari tipologie di proventi, ovvero (i) gli interessi ed altri proventi delle obbligazioni, dei titoli simili alle obbligazioni e delle cambiali finanziarie, (ii) i proventi delle accettazioni bancarie, (iii) i proventi dei titoli atipici emessi da soggetti residenti. Tali forme di imposizione definitiva applicabili in capo agli OICR italiani si applicano anche nell'ipotesi in cui le medesime tipologie di provento di fonte italiana siano conseguite da OICR esteri.

Sul punto, Risoluzione del 2 luglio 2013, n. 43/E (OICR mobiliari), Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 3 novembre 2008, n. 61/E (OICR immobiliari).

⁽³⁵²⁾ Rossi, L., Privitera, A. (2018), *op. cit.*

soluzione non introduce nell'ordinamento alcuna norma imperativa speciale applicabile agli OICR esteri. Pertanto, in linea di principio si ritiene che tali soggetti continuino a rientrare nell'ambito di applicazione della disciplina CFC ordinaria, in forza della quale il reddito realizzato dal soggetto controllato non residente è imputato al socio controllante italiano in proporzione alla quota di partecipazione agli utili da questi detenuta (cd. *categorical entity approach*). Inoltre, il risultato oggetto di attribuzione dovrebbe essere rideterminato virtualmente secondo le regole per il calcolo del reddito d'impresa applicabili nel caso in cui il soggetto estero fosse residente in Italia. Tuttavia, dal momento che gli OICR italiani godono di una specifica esenzione dall'IRES, mancherebbe il presupposto per verificare la sussistenza della prima condizione di accesso al regime (tassazione effettiva inferiore alla metà di quella italiana, ex art. 167, comma 4, lettera a); infine, le eventuali ritenute d'imposta teoricamente applicabili in Italia non potrebbero essere utilizzate per il calcolo del *tax rate* virtuale oggetto del test in ragione del fatto che i proventi tassati alla fonte a titolo definitivo non rientrano nel reddito imponibile (ex art. 73, comma 5-*quinquies*) ⁽³⁵³⁾.

Un altro aspetto interessante della questione riguarda la possibilità per gli OICR non residenti di beneficiare della circostanza esimente prevista dall'art. 167, comma 5, in base alla quale la normativa CFC non si applica nell'ipotesi in cui il soggetto controllato estero svolga un'attività economica effettiva, mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali. Come evidenziato sia dall'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA) ⁽³⁵⁴⁾ sia dalla Banca d'Italia ⁽³⁵⁵⁾, infatti, gli organismi di investimento collettivo del risparmio non possono essere istituiti per perseguire una strategia di tipo imprenditoriale, sia essa commerciale o industriale, ovvero una combinazione delle stesse, bensì per gestire il patrimonio raccolto, e i rischi ad esso correlati, nell'interesse degli investitori. Tuttavia, nei confronti degli OICR eterogestiti, la verifica

⁽³⁵³⁾ Rossi, L., Privitera, A. (2018), *op. cit.*

⁽³⁵⁴⁾ Documento ESMA del 13 agosto 2013, *Orientamenti sui concetti chiave della direttiva GEFIA*, n. 611. Disponibile al link: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/esma_2013_00600000_it_cor.pdf

⁽³⁵⁵⁾ Banca d'Italia, *Regolamento sulla gestione collettiva del risparmio*, emesso con Provvedimento del 19 gennaio 2015 e modificato dal Provvedimento del 23 dicembre 2016.

in merito alla sussistenza di tale circostanza potrebbe essere effettuata in capo al soggetto incaricato della gestione, risultando così sempre verificata in virtù del fatto che quest'ultimo tipicamente svolge la propria attività in via professionale, mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali.

Invero, l'unica disposizione riferibile all'applicazione della disciplina CFC agli OICR esteri si ritrova al comma 10 dell'art. 167, il quale introduce un meccanismo per evitare che il soggetto controllante residente subisca una doppia imposizione in fase di disinvestimento. Ai sensi della norma in parola, infatti, i proventi derivanti dalla partecipazione a OICR esteri concorrono alla formazione del reddito del soggetto controllante residente, ma l'imposta corrisposta in Italia si aggiunge al costo fiscalmente riconosciuto delle quote o azioni del suddetto organismo. Tale previsione, tuttavia, appare ormai *inutiliter data* ⁽³⁵⁶⁾ in assenza di un criterio di imputazione del reddito specificamente applicabile agli OICR esteri, quale era quello previsto al comma 8 dello Schema di Decreto Legislativo. In effetti, quand'anche un organismo di investimento collettivo del risparmio non presentasse le caratteristiche proprie degli OICR italiani ovvero fosse istituito in Stati o territori che non consentono un adeguato scambio di informazioni (Circolare n. 23/E/2011), esso sarebbe qualificabile come «ente» a cui applicare la disciplina CFC ordinaria, in forza della quale il soggetto controllante residente subirebbe sì la tassazione per trasparenza, ma beneficerebbe anche dell'esclusione dalla propria base imponibile dei proventi derivanti dalla partecipazione all'OICR.

Infine, con riferimento ai fondi immobiliari istituiti ai sensi dell'art. 37, TUF, ovvero con apporto pubblico ai sensi dell'art. 14-*bis*, Legge n. 86/94, le disposizioni attualmente in vigore (art. 13, commi 5-7, D.Lgs. n. 44/2014) già prevedono la tassazione per trasparenza della totalità dei redditi conseguiti da tali organismi in capo agli investitori – diversi dagli investitori istituzionali di cui all'art. 32, comma 3, D.L. n. 78/2010 (tra gli altri, OICR e intermediari bancari e finanziari), che possiedono quote di partecipazione superiori al 5 per cento del patrimonio – in misura alle quote di partecipazione da essi detenute. Oltre a ciò, la dottrina ritiene che la nuova disciplina CFC non sia

⁽³⁵⁶⁾ Brunelli, F., *Sugli Oicr non residenti tassazione per trasparenza*, in *Il Sole 24 Ore – Norme e Tributi*, 04 aprile 2019; Avolio, D., Ruggiero, P. (2019), *op. cit.*; Rossi, L., Privitera, A. (2018), *op. cit.*

applicabile ai fondi immobiliari esteri che detengono direttamente gli *asset*, in quanto i proventi da essi realizzati non sono prevalentemente di natura passiva ai sensi dell'art. 167, comma 4, lettera b) ⁽³⁵⁷⁾.

10. I rapporti tra il regime della *branch exemption* e la disciplina CFC

In forza del principio della tassazione su base mondiale (*worldwide taxation principle*), il reddito prodotto all'estero dai soggetti fiscalmente residenti in Italia confluisce nella loro base imponibile, anche se conseguito per il tramite di una stabile organizzazione; al fine di eliminare i fenomeni di doppia imposizione giuridica, l'art. 165 riconosce un credito d'imposta indiretto pari alle imposte effettivamente e definitivamente pagate nello Stato di insediamento ⁽³⁵⁸⁾. Ammettendo una deroga a tale principio, il Decreto Internazionalizzazione ha introdotto un regime di esenzione dei redditi delle stabili organizzazioni estere, in forza del quale un'impresa residente può optare per escludere dall'imponibile gli utili e le perdite attribuibili a tutte le proprie stabili organizzazioni estere. La *ratio* del regime in parola è dunque consentire di riqualificare (ai fini fiscali) le stabili organizzazioni in società controllate, favorendone il processo di internazionalizzazione ⁽³⁵⁹⁾. Ai sensi dell'art. 168-ter, l'opzione deve essere esercitata al momento della costituzione della prima stabile organizzazione all'estero ⁽³⁶⁰⁾ ovvero, nel caso di *branch* preesistenti alla data di entrata in vigore del regime, entro il secondo periodo d'imposta successivo alla predetta data, ha efficacia dal medesimo periodo d'imposta, è

⁽³⁵⁷⁾ Avolio, D., Ruggiero, P. (2019), *op. cit.*

⁽³⁵⁸⁾ Falsitta, G. (2016), *Manuale di diritto tributario. Parte Speciale – Il sistema delle imposte in Italia*, Wolters Kluwer, CEDAM, pag. 584.

⁽³⁵⁹⁾ Albano, G., *Il nuovo regime della «branch exemption» tra obiettivi di competitività e difficoltà operative*, in *Corriere Tributario*, 2016, n. 2, pag. 91.

⁽³⁶⁰⁾ Ai sensi dell'art. 14, comma 4, D.Lgs. n. 147/2015, il contribuente può presentare all'Agenzia delle Entrate un'istanza di interpello ordinario (*ex art. 11, comma 1, lettera a), Legge n. 212/2000*) in merito alla sussistenza di una stabile organizzazione all'estero, da valutarsi anche in base ai criteri previsti dalle convenzioni contro le doppie imposizioni, ove vigenti.

irrevocabile ⁽³⁶¹⁾ e riguarda tutte le stabili organizzazioni (presenti e future) ⁽³⁶²⁾. Il reddito della *branch* da assoggettare al regime di esenzione deve essere determinato secondo i criteri stabiliti dall'art. 152 con riferimento alle stabili organizzazioni sul territorio dello Stato di società non residenti. In particolare, la stabile organizzazione deve essere considerata come controparte indipendente dalla casa madre, sicché ai componenti di reddito derivanti dai rapporti con la stessa deve essere applicata la disciplina in materia di prezzi di trasferimento (art. 110, comma 7) riferibile alle operazioni tra parti correlate, mentre il fondo di dotazione è quantificato applicando il *separate entity approach* previsto dall'OCSE ⁽³⁶³⁾. Inoltre, nel caso di esercizio dell'opzione con riferimento alle stabili organizzazioni per le quali risulti integrato il requisito di cui all'art. 47-bis, comma 1, e non si siano rese applicabili le regole in materia di società controllate estere, si applicano, sussistendone le condizioni, i regimi di esclusione parziale degli utili da partecipazione in misura del 50 ovvero del 95 per cento previsti dagli articoli 47, comma 4, e 89, comma 3 ⁽³⁶⁴⁾.

Il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate n. 2017/165138 pone particolare enfasi sul legame tra la disciplina CFC ed il regime di *branch exemption*,

⁽³⁶¹⁾ Ai sensi del Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 28 agosto 2017, n. 165138, l'efficacia dell'opzione cessa a seguito della chiusura, anche per liquidazione o cessione, di tutte le stabili organizzazioni esenti. La successiva costituzione di altre stabili organizzazioni richiede l'esercizio di una nuova opzione, ove l'impresa scelga di ricominciare ad applicare il medesimo regime.

Prima della pronuncia, sul punto si era espresso Albano, G. (2016), *op. cit.*, giungendo alle medesime conclusioni.

⁽³⁶²⁾ Quest'ultima regola (cd. «*all in, all out*») ha un'evidente finalità antielusiva, dal momento che impedisce al contribuente di scegliere se includere o meno tutte le proprie stabili organizzazioni all'estero. Oltre a ciò, il contribuente, optando per l'esenzione, produrrà l'effetto di non poter portare le eventuali perdite prodotte all'estero mediante una stabile organizzazione in deduzione degli utili prodotti altrove.

⁽³⁶³⁾ OCSE (2010), *2010 Report on the attribution of profit to permanent establishments*, OCSE Publishing, Paris. Disponibile al link: <https://www.OCSE.org/ctp/transfer-pricing/45689524.pdf>

⁽³⁶⁴⁾ Sul punto, *infra*, Capitolo V, Paragrafo 6.

specificando che, in caso di esercizio dell'opzione per l'esenzione, alla stabile organizzazione estera si applicano le disposizioni previste dall'art. 167 ⁽³⁶⁵⁾. In particolare, qualora una *branch* integri le condizioni di accesso alla disciplina in materia di società controllate estere (art. 167, comma 4), il comma 3 dell'art. 168-ter riconosce l'applicabilità dell'esenzione da imposizione in Italia a condizione che tale *branch* svolga un'attività economica effettiva mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali (esimente CFC, art. 167, comma 5). Dal momento che ciascun sito produttivo situato in uno Stato estero che integra i presupposti dell'art. 167 si qualifica come una singola stabile organizzazione ⁽³⁶⁶⁾, la dimostrazione della circostanza esimente deve essere fornita separatamente per ciascuna *branch*.

Derogando al carattere «*all in, all out*» proprio del regime di *branch exemption*, in assenza dell'esimente richiamata nel comma 3, l'impresa che esercita l'opzione applica alle proprie stabili organizzazioni le disposizioni dell'art. 167. In particolare, dopo aver attribuito gli utili e le perdite alle *branch* estere come se fossero entità separate, essa determina il loro reddito ai sensi delle disposizioni del novellato comma 7 e del Decreto Ministeriale n. 429/2001. Inoltre, specularmente a quanto previsto dall'art. 167, comma 11, se la casa madre ha optato per il regime di *branch exemption*, essa deve segnalare nella dichiarazione dei redditi il possesso di una stabile organizzazione alla quale si applicano le disposizioni in materia di società controllate estere. Tale obbligo non sussiste quando la casa madre ha ottenuto parere favorevole all'interpello presentato ai sensi dell'articolo 11, comma 1, lettera b), della Legge 27 luglio 2000, n. 212. In assenza di parere favorevole all'istanza di interpello, l'omessa o incompleta indicazione in dichiarazione determina l'applicazione delle sanzioni amministrative di cui all'art. 8, comma

⁽³⁶⁵⁾ Il Decreto ATAD ha conferito veste normativa a tale orientamento estendendo l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina CFC anche alle stabili organizzazioni all'estero dei soggetti residenti che hanno optato per il regime di cui all'art. 168-ter (cd. *branch exemption*).

⁽³⁶⁶⁾ Il Provvedimento in parola specifica che qualora l'impresa abbia nello Stato estero più siti produttivi e ognuno di essi configuri una stabile organizzazione, ciascun sito produttivo che integra i presupposti di applicazione dell'articolo 167 del TUIR, in assenza delle esimenti ivi previste, è considerato una singola stabile organizzazione. In presenza di più siti produttivi nel medesimo Stato, di cui soltanto alcuni integrano le condizioni applicative dell'articolo 167 del TUIR, quelli che non le integrano o che, pure integrandole, dimostrano le esimenti si assumono come un'unica stabile organizzazione.

3-*quater*, dell'articolo 8 del D.Lgs. del 18 dicembre 1997, n. 471. Infine, qualora al patrimonio di una stabile organizzazione appartenga una partecipazione che integra i criteri di applicazione di cui all'art. 167, il regime di tassazione per trasparenza opera in capo alla casa madre.

11. I rapporti tra la presunzione di esterovestizione e la disciplina CFC

Ispirandosi ai principi in materia di libertà di stabilimento elaborati dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ⁽³⁶⁷⁾, poi accolti dalla giurisprudenza nazionale ⁽³⁶⁸⁾, alcuni commentatori ⁽³⁶⁹⁾ hanno incluso la disciplina in materia di società controllate estere tra le disposizioni di contrasto all'esterovestizione. Secondo questa interpretazione, gli abusi della libertà di stabilimento possono essere perpetrati attraverso l'esterovestizione della società, che attiene alla collocazione della residenza della società e dunque presuppone la sua autonoma soggettività, ovvero l'esterovestizione del reddito, che invece attiene all'imputazione degli utili prodotti dalla società e dunque riguarda proprio la sua autonoma soggettività ⁽³⁷⁰⁾.

Il contrasto ai fenomeni di esterovestizione della società è oggetto della presunzione legale di cui all'art. 73, comma 5-*bis*, TUIR, in forza del quale si considera esistente nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione ⁽³⁷¹⁾ di società ed enti esteri

⁽³⁶⁷⁾ Causa C-81/87, *The Queen, su richiesta di Daily Mail e General Trust PLC, contro Treasury and Commissioners of Inland Revenue*, sentenza del 27 settembre 1988; Causa C-208/00, *Überseering BV contro Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, sentenza del 5 novembre 2002.

⁽³⁶⁸⁾ Corte di Cassazione, sentenza del 30 ottobre 2015, n. 43809, Corte di Cassazione, sentenze del 21 dicembre 2018, nn. 33234 e 33235, Corte d'Appello di Milano, sentenza del 6 settembre 2016, n. 440.

⁽³⁶⁹⁾ Zizzo, G., *Esterovestizione della società o esterovestizione del reddito?*, in *Rassegna Tributaria*, 2019, n. 3, pag. 653.

⁽³⁷⁰⁾ Nella sentenza del 7 novembre 2018, n. 50151, la Cassazione penale coglie l'esigenza di distinguere i due temi, laddove sottolinea che la nozione di «*esterovestizione (...) non può essere sovrapposta a quella della società schermo, quasi fosse possibile una automatica equazione fra i due concetti. Invero, le società esterovestite non sono, per ciò soltanto, prive della loro autonomia giuridico patrimoniale e, quindi, automaticamente qualificabili come schermi*».

⁽³⁷¹⁾ L'art. 73, comma 3, stabilisce che «*ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo d'imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato*».

che detengono partecipazioni di controllo, ai sensi dell'art. 2359, comma 1, c.c., in società di capitali ed enti commerciali residenti (soggetti di cui all'art. 73, comma 1, lettera a) e b). La presunzione in parola si applica, salvo prova contraria, quando, alternativamente, tali soggetti sono controllati, anche indirettamente, ai sensi dell'art. 2359, comma 1, c.c., da soggetti residenti nel territorio dello Stato, ovvero sono amministrati da un consiglio di amministrazione o altro organo di gestione equivalente, formato in prevalenza da consiglieri residenti nel territorio dello Stato. Gli elementi di collegamento con il territorio dello Stato stabiliti dalla norma si ispirano ai criteri di individuazione del luogo di direzione e del potere di controllo (*effective place of management and control*) elaborati in sede OCSE. Secondo il Commentario al Modello di Convenzione (art. 4, par. 24.1) ⁽³⁷²⁾, il *place of effective management* deve essere individuato nel luogo in cui sono assunte di fatto le principali decisioni di carattere manageriale e commerciale necessarie alla condotta degli affari della società, ovverosia, a titolo di esempio, ove si tengono i consigli di amministrazione, è svolta l'attività gestionale quotidiana dell'impresa e sono tenuti i libri contabili ⁽³⁷³⁾. In definitiva, la norma, sollevando l'Agenzia delle Entrate dall'onere di provare l'effettiva sede dell'amministrazione di soggetti esteri che presentano evidenti e continuativi elementi di collegamento con il territorio

Ai fini convenzionali, l'art. 4, par. 1, del Modello di Convenzione OCSE stabilisce che si considera residente in uno Stato Contraente ogni persona che in virtù della legislazione di detto Stato è assoggettata ad imposta nello stesso Stato a motivo del suo domicilio, della sua residenza, della sede della sua direzione o di ogni altro criterio analogo. Inoltre, lo stesso articolo precisa che il termine «residente» non comprende le persone che sono imponibili in uno Stato Contraente soltanto per il reddito derivante da fonti situate in detto Stato, o per il patrimonio ivi situato.

⁽³⁷²⁾ OCSE (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OCSE Publishing. Disponibile al link: http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en

⁽³⁷³⁾ L'Italia ha espresso una riserva formale all'art. 4 del Commentario, in base alla quale ritiene comunque di poter includere nel concetto di *place of effective management* anche il luogo di esercizio dell'attività principale svolta dalla società, ossia l'oggetto principale secondo l'accezione propria dell'art. 73, TUIR. Ciononostante, la giurisprudenza nazionale sembra aver adottato un orientamento differente, non conforme alla citata posizione nazionale e al dettato normativo interno. Nella sentenza del 17 gennaio 2014, n. 1811, la Corte di Cassazione ha sconfessato la rilevanza dell'analisi dell'oggetto principale nella determinazione della residenza fiscale di una società, statuendo che lo stesso rappresenta un criterio residuale.

dello Stato, persegue l'obiettivo di migliorare l'efficacia dell'azione di contrasto nei confronti di pratiche elusive⁽³⁷⁴⁾.

In applicazione delle presunzioni di cui all'art. 73, commi 5-*bis*, 5-*ter* e 5-*quater*⁽³⁷⁵⁾, il soggetto estero si considera ad ogni effetto residente nel territorio dello Stato, diventando quindi soggetto a tutti gli obblighi strumentali e sostanziali che l'ordinamento prevede per le società e gli enti residenti in Italia⁽³⁷⁶⁾. Le disposizioni di contrasto all'esterovestizione della società finiscono così per interferire con l'applicabilità di quelle di contrasto all'esterovestizione del reddito, ovverosia la disciplina CFC *ex art.* 167. Tale antinomia si verifica nell'ipotesi in cui un soggetto residente controlli un'impresa, una società o un ente non residente che, a sua volta, detiene partecipazioni di controllo in società di capitali o enti commerciali residenti in Italia. In punto di principio, la presunzione di residenza del soggetto estero nel territorio dello Stato rende inoperante il regime di tassazione per trasparenza e determina l'insorgere, in capo alla *sub-holding* esterovestita, dell'obbligo di presentare la dichiarazione dei redditi in Italia. D'altra

⁽³⁷⁴⁾ Piacentini, V. (2016), *L'esterovestizione e le norme antielusive*, in Dragonetti, A., Piacentini, V. e Sfondrini, A. (a cura di), *Manuale di fiscalità internazionale – VII edizione*, IPSOA Wolters Kluwer, pag. 1781 ss.

⁽³⁷⁵⁾ Il comma 5-*ter* precisa il riferimento temporale da assumere ai fini della verifica della sussistenza del controllo di cui al 5-*bis*, ovverosia la data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato, e dispone che si tenga conto, in caso di controllo da parte delle persone fisiche, anche dei voti esercitabili dai familiari di cui all'articolo 5, comma 5, TUIR.

Il comma 5-*quater*, invece, introduce la presunzione relativa di residenza nel territorio dello Stato nei confronti delle società o enti il cui patrimonio sia investito in misura prevalente in quote o azioni di organismi di investimento collettivo del risparmio immobiliari, e siano controllati, ai sensi dell'art. 2359, commi 1 e 2, c.c., direttamente o indirettamente, per il tramite di società fiduciarie o per interposta persona, da soggetti residenti in Italia.

⁽³⁷⁶⁾ Il soggetto riqualificato come residente in Italia potrà così beneficiare anche dei regimi agevolativi e di favore previsti dall'ordinamento. Gli effetti di maggiore impatto per le *sub-holding* esterovestite riguardano soprattutto le plusvalenze realizzate dalla cessione di partecipazioni da assoggettare al regime di imponibilità o di esenzione previsti dagli articoli 86 e 87, TUIR, le ritenute da operare sui pagamenti di interessi, dividendi e *royalties* corrisposti a non residenti o corrisposti a soggetti residenti fuori dal regime d'impresa, la *participation exemption* sui dividendi ovvero il concorso al reddito in misura pari al 100 per cento del loro ammontare qualora provenienti da società residenti in Stati o territori a regime fiscale privilegiato.

parte, qualora il contribuente riesca a dimostrare che, nonostante i presupposti di applicabilità della norma, esistono elementi di fatto, situazioni od atti idonei a documentare un concreto radicamento della direzione effettiva nello Stato estero, la controllata non residente potrebbe rientrare nell'ambito di applicazione della disciplina di cui all'art. 167. In altri termini, fatta salva la possibilità per il contribuente di dimostrare che il soggetto controllato estero svolge un'attività economica effettiva, al ricorrere delle condizioni di accesso al regime (art. 167, comma 4), il reddito della CFC non assoggettato ad imposizione in Italia in dipendenza del suo comprovato *status* di società non residente resta imputabile per trasparenza in capo al soggetto controllante italiano. In tal senso, l'effettiva localizzazione della sede dell'amministrazione della *sub-holding* al di fuori del territorio dello Stato non consente di escludere che il suo reddito non sia da considerare nella disponibilità economica del controllante residente ⁽³⁷⁷⁾.

Se dunque le disposizioni di contrasto all'esterovestizione, siano esse della società (art. 73, commi 5-*bis*, 5-*ter*, 5-*quater*) ovvero del reddito (art. 167), sono finalizzate a stabilire un criterio di collegamento tra il presupposto realizzato da un soggetto non residente e l'ordinamento dello Stato che esprime la propria pretesa tributaria, è interessante comprendere quale tra gli strumenti normativi a disposizione dell'Agenzia delle Entrate potrebbe essere il più efficace per attrarre in Italia i redditi prodotti dai soggetti in parola.

Pur avendo carattere esclusivamente procedurale, la norma di cui all'art. 73, comma 5-*bis*, prevede una presunzione relativa, con effetti sulla soggettività passiva, la cui prova contraria può essere fatta valere solo nell'ambito dell'attività istruttoria sviluppata dall'Amministrazione finanziaria ⁽³⁷⁸⁾. L'Agenzia delle Entrate ha infatti negato la possibilità di ricorrere alle procedure d'interpello preventivo previste dall'art. 11, Legge n. 212/2000, sulla base del fatto che l'istanza in parola può essere presentata soltanto nel caso in cui sussistano «*obiettive condizioni di incertezza sulla corretta interpretazione di una disposizione normativa di natura tributaria*», mentre la prova circa

⁽³⁷⁷⁾ Piacentini, V. (2016), *op. cit.*, pag. 1788.

⁽³⁷⁸⁾ Valente, P., Cardone, D. M. (2015), *Esterovestizione. Profili probatori e metodologie di difesa nelle verifiche*, IPSOA Wolters Kluwer, pag. 11 ss.

l'esistenza all'estero della sede dell'amministrazione verte eminentemente su questioni di fatto ⁽³⁷⁹⁾. Similmente, la disciplina CFC, introducendo una presunzione relativa di mera artificiosità delle società estere caratterizzate da determinati requisiti soggettivi e oggettivi, pone in capo al contribuente l'onere di dimostrare – mediante interpello probatorio ovvero in sede di accertamento o di contenzioso – che la stessa svolge un'attività economica effettiva. D'altra parte, l'attività di controllo in fatto di società controllate estere prevede l'obbligo per l'Agenzia delle Entrate di notificare al contribuente un «apposito avviso» con il quale concede al medesimo la possibilità di fornire, nel termine di novanta giorni, le prove per la disapplicazione della disciplina in parola. Oltre a trasferire l'onere di attivazione del procedimento amministrativo dal contribuente – non più obbligato a presentare istanza d'interpello preventiva – all'Amministrazione finanziaria, chiamata invece ad instaurare un sub-procedimento *ex ante* la cui mancata attivazione comporta la nullità del successivo avviso di accertamento, l'art. 167, comma 11, impone all'Agenzia delle Entrate di fornire una motivazione rafforzata circa le ragioni per cui non ritiene idonee le prove addotte. Pertanto, laddove l'Amministrazione nutra il dubbio che una società non residente (*rectius*, una *holding* non residente in possesso di partecipazioni in società residenti in Italia) possa essere una costruzione di puro artificio, il ricorso alla presunzione di residenza *ex art. 73, comma 5-bis*, rappresenta la soluzione

⁽³⁷⁹⁾ Sul punto si è espressa la Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 5 novembre 2007, n. 312/E, la quale, alla luce del quesito posto dall'istante sulla localizzazione della sede di una *holding* statica di diritto olandese, ha sancito il principio secondo cui: «La verifica dell'effettiva sede dell'amministrazione di una società o della localizzazione dell'oggetto principale dell'attività, investe complessi profili di fatto del reale rapporto di una società con un determinato territorio non valutabili in sede di interpello c.d. ordinario o interpretativo. Tale verifica, infatti, esula dalle finalità dell'istituto dell'interpello ordinario, sancite dall'articolo 11 della legge n. 212/2000 e dall'articolo 1 del D.M. n. 209 del 26 aprile 2001. La dimostrazione della «prova contraria» sulla base non solo del dato documentale, ma anche sulla base di tutti gli elementi concreti da cui risulti, in particolare, il luogo in cui le decisioni strategiche, la stipulazione dei contratti e le operazioni finanziarie e bancarie siano effettivamente realizzate, è peraltro essenziale per permettere quella valutazione caso per caso necessaria al fine di garantire la proporzionalità della norma rispetto al fine perseguito, a mitigare la portata generale della disposizione antielusiva in questione e, pertanto, a confermare la compatibilità della stessa con la normativa comunitaria. Ciò stante l'istanza in argomento è da considerare inammissibile, ai sensi dell'articolo 1 del D.M. n. 209 del 26 aprile 2001, che subordina la possibilità di presentare istanza di interpello ordinario alla ricorrenza di «obiettive condizioni di incertezza sulla interpretazione di una disposizione normativa di natura tributaria» in riferimento a casi concreti e personali».

normativa più efficace per collegare il presupposto impositivo con il territorio dello Stato ed ivi assoggettare ad imposizione i redditi generati all'estero ⁽³⁸⁰⁾.

Un altro aspetto della questione riguarda il fatto che, mentre le disposizioni in materia di esterovestizione estendono la potestà impositiva dello Stato su soggetti non residenti, l'art. 167 si limita a modificare i «criteri di riferibilità soggettiva» del reddito: in altre parole, per effetto della norma in parola, la soggettività di una società controllata estera è assorbita dalla soggettività del proprio socio residente. Sul piano procedimentale, dunque, la dottrina ritiene che la presunzione di esistenza della sede dell'amministrazione nel territorio dello Stato possa essere sollevata soltanto quando il contribuente abbia dimostrato l'esclusione della società estera dall'ambito della disciplina CFC, ovvero quando l'Agenzia delle Entrate si sia astenuta dall'invocare l'applicazione di quest'ultimo regime ⁽³⁸¹⁾. Al contrario, qualora un soggetto fosse qualificabile come una costruzione di puro artificio, la collocazione della sua residenza sarebbe irrilevante, dal momento che il suo reddito potrebbe essere direttamente attribuito al socio residente in forza della disciplina in materia di società controllate estere ⁽³⁸²⁾. Si è dimostrata di tutt'altro avviso la Corte di Cassazione, la quale nelle recenti sentenze del 21 dicembre 2018, nn. 33234 e 33235 ⁽³⁸³⁾, ha affermato, riprendendo la posizione resa sul versante penale del medesimo caso dalla terza Sezione penale della Cassazione (sentenza del 30 ottobre 2015, n. 43809), che *«in caso di società con sede legale estera controllata ai sensi dell'art. 2359 c.c., comma 1, non può costituire criterio esclusivo di accertamento*

⁽³⁸⁰⁾ Rizzardi, R., *La disciplina CFC: un punto fermo dopo la Direttiva ATAD?*, in *Corriere Tributario*, 2019, n. 3, pag. 283.

⁽³⁸¹⁾ Zizzo, G. (2019), *op. cit.*; Valente, P., Cardone, D. M. (2015), *op. cit.*, pag. 392.

⁽³⁸²⁾ Sul punto, Valente, P., Cardone, D. M. (2015), *op. cit.*, pag. 394, sostengono che il concetto di *place of effective management* non deve essere sovrapposto né visto senza soluzione di continuità con il concetto di struttura di puro artificio. Pertanto, la normativa CFC va distinta da quanto espressamente previsto in materia di esterovestizione dei soggetti giuridici, in quanto gli elementi di fatto su cui deve valutarsi l'individuazione della residenza potrebbero smentire l'asserita autonomia della società estera, a prescindere dalla sua natura artificiosa.

⁽³⁸³⁾ Si tratta delle sentenze che hanno concluso l'*iter* processuale riguardante l'ipotesi di esterovestizione di GADO s.a.r.l., società di diritto lussemburghese titolare dei marchi del gruppo Dolce e Gabbana, di cui l'Agenzia delle Entrate aveva ricondotto la residenza fiscale in Italia sul presupposto che la sede di direzione della stessa fosse situata presso la sede della controllante (D&G s.r.l.).

della sede della direzione effettiva la individuazione del luogo da cui partono gli impulsi gestionali o le direttive amministrative qualora esso si identifichi con la sede (legale o amministrativa) della società controllante italiana», essendo in tal caso «necessario accertare anche che la società controllata estera non sia una costruzione di puro artificio, ma corrisponda ad un'entità reale che svolge effettivamente la propria attività» ⁽³⁸⁴⁾.

12. La *ratio* della disciplina CFC ad esito del recepimento della Direttiva ATAD

L'obbligo in capo al legislatore italiano di adottare le disposizioni necessarie per conformare il diritto nazionale al contenuto della Direttiva ATAD ha rappresentato il pretesto per un ennesimo intervento strutturale in materia di società controllate estere. Ad esito di tale intervento, il regime CFC non appare più tanto finalizzato a contrastare il *tax deferral* o a realizzare la *capital export neutrality*, bensì ad «evitare che i soggetti con società controllate in Paesi a fiscalità privilegiata possano attuare pratiche di pianificazione fiscale in virtù delle quali trasferiscano ingenti quantità di utili dalla società controllante – soggetta ad elevata fiscalità – verso le società controllate soggette, invece, a tassazione ridotta» ⁽³⁸⁵⁾.

⁽³⁸⁴⁾ La Suprema Corte sostiene la propria argomentazione attingendo esplicitamente dai principi stabiliti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in particolare dalla sentenza *Cadbury Schweppes* (Causa C-196/04). Muovendo da una definizione di esterovestizione delle società che consente di inquadrare il fenomeno nell'ambito dell'abuso del diritto («fittizia localizzazione della residenza fiscale di una società all'estero, in particolare in un Paese con un trattamento fiscale più vantaggioso di quello nazionale, allo scopo, ovviamente, di sottrarsi al più gravoso regime nazionale»; sul punto, Corte di Cassazione, sentenza del 7 febbraio 2013, n. 2869; Corte di Cassazione, sentenza dell'8 ottobre 2014, n. 41947), la Cassazione pone in evidenza il principio secondo cui «la circostanza che una società sia stata creata in uno Stato membro per fruire di una legislazione più vantaggiosa non costituisce per sé stessa un abuso di tale libertà. Tuttavia, una misura nazionale che restringe la libertà di stabilimento è ammessa se concerne specificamente le costruzioni di puro artificio finalizzate ad eludere la normativa dello Stato membro interessato» (Causa C-196/04, par. 37, 51). In tal senso, «quel che rileva, ai fini della configurazione di un abuso del diritto di stabilimento, non è accertare la sussistenza o meno di ragioni economiche diverse da quelle relative alla convenienza fiscale, ma accertare se il trasferimento in realtà vi è stato o meno, se, cioè, l'operazione sia meramente artificiosa, (...) consistendo nella creazione di una forma giuridica che non riproduce una corrispondente e genuina realtà economica».

⁽³⁸⁵⁾ Relazione illustrativa al D.Lgs. n. 142/2018.

A tal riguardo, la dottrina ⁽³⁸⁶⁾ non ha mancato di evidenziare le discrasie tra il tenore letterale della norma e le volontà del legislatore. Innanzitutto, diversamente da quanto asserito nella Relazione illustrativa al D.Lgs. n. 142/2018, una società controllata estera, pur sottoposta ad un prelievo fiscale effettivo inferiore alla metà di quello a cui sarebbe stata soggetta qualora residente in Italia ⁽³⁸⁷⁾, potrebbe comunque non rientrare nell'ambito di applicazione della disciplina CFC qualora oltre un terzo dei proventi da essa realizzati non fosse di natura passiva. Secondo alcuni commentatori, questa seconda condizione di accesso al regime determinerebbe il paradosso di collegare il meccanismo di tassazione per trasparenza a fattori esogeni all'ordinamento estero. In effetti, mentre il test sul *tax rate* è influenzabile esclusivamente mediante un intervento normativo finalizzato a modificare le regole per il calcolo del reddito d'impresa, la misura dei proventi da *passive income* non dipende da decisioni politiche interne allo Stato della residenza, ma piuttosto dai risultati gestionali della CFC ovvero delle società con le quali essa intrattiene rapporti economici.

Parimenti controversa è la dichiarata limitazione delle finalità della norma al contrasto delle operazioni che consentono di trasferire *«ingenti quantità di utili dalla società controllante (...) verso le società controllate»*. Da una parte, la disposizione non prevede alcun limite quantitativo entro il quale escludere l'applicazione della disciplina CFC, nonostante il Considerando 12 alla Direttiva ATAD lasci la possibilità di esentare *«talune entità con scarsi utili o uno scarso margine di profitto che comportano rischi minori di elusione fiscale»* e l'art. 7, par. 4, disponga specificamente in tal senso ⁽³⁸⁸⁾. Dall'altra, l'utilizzo dell'espressione *«dalla società controllante (...) verso le società*

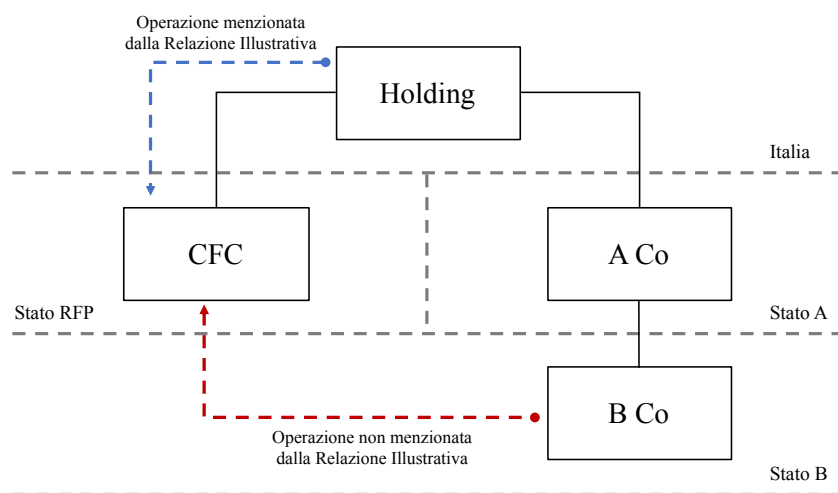
⁽³⁸⁶⁾ Della Carità, A., Bonfanti, L., *Paradossi e insana (in)coerenza nella CFC delineata dallo schema di Decreto di recepimento dell'ATAD*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2018, n. 12, pag. 27.

⁽³⁸⁷⁾ Un'ulteriore incongruenza riguarda proprio il fatto che, nel definire il presupposto territoriale, il novellato art. 167 cancelli ogni riferimento lessicale alla nozione di «Stato o territorio a fiscalità privilegiata», su cui invece insiste la Relazione illustrativa, e non operi alcun richiamo al nuovo art. 47-bis recante disposizioni in materia di regimi fiscali privilegiati.

⁽³⁸⁸⁾ D'altra parte, è anche vero che la definizione di reddito CFC recepita dall'Italia segue il cd. *categorical approach* (art. 7, par. 2, lettera a), mentre le esimenti di cui all'art. 7, par. 4, fanno riferimento al cd. *substance-based approach* (art. 7, par. 2, lettera b).

controllate» farebbe pensare ad una normativa CFC limitata ai soli redditi artificialmente dirottati verso la controllata, e quindi inapplicabile ai trasferimenti di utili tra soggetti sottoposti a comune controllo, diretto o indiretto (Figura 3).

Figura 3 – Ambiguità della Relazione Illustrativa al D.Lgs. n. 142/2018



Anche in tale circostanza, il nuovo art. 167 smentisce la Relazione illustrativa e stabilisce l'imputazione in capo al socio controllante di tutti i redditi conseguiti dal soggetto controllato residente in uno Stato o territorio a regime fiscale privilegiato, qualora quest'ultimo realizzi proventi di natura passiva per oltre un terzo. La disciplina in materia di società controllate estere risultante dal D.Lgs. n. 142/2018 accoglie così l'approccio per categorie di reddito (*categorical approach*) di cui all'art. 7, comma 2, lettera a), ATAD, ma si discosta dall'unico criterio di determinazione dell'imponibile ammesso dalla Direttiva (*transactional basis*) per riproporre il modello *entity basis* a cui è tradizionalmente informata la CFC *legislation* italiana.

Al di là della giustificazione addotta dalla Relazione Illustrativa, ovverosia la volontà di temperare asserite esigenze di semplificazione con la necessità di conservare la coerenza dell'ordinamento tributario interno preesistente, la dottrina ha rilevato diversi ordini di ragioni in favore dell'*entity basis*. Innanzitutto, la Direttiva non esclude la possibilità di adottare un sistema di imputazione dell'intero reddito della società estera, anzi, il Considerando 12 rileva che «*in funzione delle priorità politiche di tale Stato, le norme sulle società controllate estere possono riguardare un'intera controllata soggetta a bassa imposizione o specifiche categorie di reddito oppure essere limitate ai*

redditi artificialmente dirottati verso la controllata» ⁽³⁸⁹⁾. In secondo luogo, dal momento che il *passive income test* di cui all'art. 167, comma 4, lettera b), rappresenta «unicamente una condizione d'ingresso nella disciplina CFC» e non un criterio di imputazione del reddito – diversamente da quanto prevede la Direttiva –, tale soluzione consente sia di evitare di ricorrere a chiavi di allocazione di natura soggettiva ai fini del calcolo dei costi indiretti che concorrono alla formazione dei proventi di natura passiva, sia di scongiurare l'insorgere di un'obbligazione tributaria riferibile ai *passive income* della controllata estera laddove tale soggetto abbia realizzato un utile complessivo netto inferiore all'imposta dovuta su tali redditi ovvero sia in perdita ⁽³⁹⁰⁾. Infine, la tassazione dell'intero reddito della CFC sarebbe consentita dall'art. 3, ATAD, il quale dispone che «la presente direttiva non pregiudica l'applicazione di disposizioni nazionali o convenzionali intese a salvaguardare un livello di protezione più elevato delle basi imponibili nazionali per l'imposta sulle società» ⁽³⁹¹⁾.

Dal momento che quest'ultimo articolo si ispira alle argomentazioni sostenute dagli Stati membri in diverse cause avanti la Corte di Giustizia dell'Unione Europea al fine di giustificare l'adozione di norme restrittive all'esercizio delle libertà fondamentali adottate ⁽³⁹²⁾, allora il suo contenuto dovrebbe essere interpretato alla luce della costante giurisprudenza in materia. In tal senso, «una misura fiscale idonea ad ostacolare la libertà di stabilimento sancita dall'articolo 43 CE può essere ammessa soltanto se essa

⁽³⁸⁹⁾ Secondo Della Carità, A., Bonfanti, L., *op. cit.*, tale posizione non è condivisibile in virtù del fatto che il Considerando 12 non dovrebbe avere l'effetto di autorizzare uno Stato membro ad adottare o mantenere un metodo *entity based* in quanto tale criterio di tassazione non compare nella versione finale della Direttiva (sebbene fosse menzionato nell'originaria proposta della Commissione).

⁽³⁹⁰⁾ Una simile eventualità solleverebbe infatti una questione di legittimità costituzionale legata ad una potenziale violazione del principio di capacità contributiva statuito dall'art. 53 della Costituzione.

⁽³⁹¹⁾ La Polonia, ad esempio, giustifica espressamente la configurazione *entity based* della determinazione del reddito della propria disciplina in materia di società controllate estere in virtù del richiamo all'art. 3, ATAD. Sul punto, Kuźniacki, B., Poland - *The (In)Compatibility of Polish CFC Rules with the Constitution Pre and Post-Implementation of the EU Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164)*, in *European Taxation*, 2018, vol. 58, n. 4.

⁽³⁹²⁾ Causa C-422/01 – *Försäkringsaktiebolaget Skandia e Ola Ramstedt contro Riksskatteverket*, sentenza del 26 giugno 2003; Causa C-9/02 – *Hughes de Lasteyrie du Saillant contro Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, sentenza dell'11 marzo 2004.

riguarda situazioni che non sono oggettivamente comparabili o se possa essere giustificata da ragioni imperative di interesse generale riconosciute dal diritto dell'Unione. In tale ipotesi, la restrizione dev'essere altresì idonea a garantire il conseguimento dello scopo di cui trattasi e non deve eccedere quanto necessario per il suo raggiungimento» ⁽³⁹³⁾. Se dunque, secondo la Corte, una restrizione «*dovrebbe eventualmente limitarsi alla frazione eccedente quanto sarebbe stato pattuito a condizioni di mercato*» ⁽³⁹⁴⁾, cioè rispettare il principio di proporzionalità, il metodo *entity* potrebbe non essere il più idoneo a salvaguardare un livello di protezione più elevato delle basi imponibili per l'imposta sulle società ⁽³⁹⁵⁾. Invero, l'*Action 3 – Final Report* dimostra come i meccanismi di attrazione ad imposta dell'intero reddito prodotto da una società controllata non residente presentino un ontologico difetto di inaccuratezza rispetto all'approccio *transactional* in quanto, condizionando l'applicabilità della disciplina CFC al fatto che un soggetto realizzi un ammontare di *passive income* superiore ad una determinata soglia, determinano in ogni caso un effetto di sovra ovvero sotto imposizione ⁽³⁹⁶⁾. In questo senso, una disciplina CFC *entity based* non consentirebbe di contrastare i fenomeni di erosione della base imponibile posti in essere mediante il trasferimento di utili di natura passiva appositamente quantificati in misura inferiore alla soglia rilevante ai fini dell'applicazione della norma, ovvero attraverso società le cui attività commerciali generano perdite da compensare ai *passive income* al fine di ridurre il carico effettivo di imposizione gravante su questi ultimi.

⁽³⁹³⁾ Causa C-382/16 – *Hornbach-Baumarkt-AG contro Finanzamt Landau*, sentenza del 31 maggio 2018 (par. 36); Causa C-388/14 – *Timac Agro Deutschland GmbH contro Finanzamt Sankt Augustin*, sentenza del 17 dicembre 2015 (par. 26, 29); Causa C-593/14 – *Masco Denmark ApS e Damixa ApS contro Skatteministeriet*, sentenza del 21 dicembre 2016 (par. 28), Causa C-292/16 – *A Oy*, sentenza del 23 novembre 2017 (par. 28).

⁽³⁹⁴⁾ Causa C-382/16 (par. 49), Causa C-311/08 – *Société de Gestion Industrielle (SGI) contro Stato belga*, sentenza del 21 gennaio 2010 (par. 71, 72)

⁽³⁹⁵⁾ Rolle, G., *Adattamento alla disciplina ATAD delle norme interne su CFC, dividendi esteri e plusvalenze su partecipazioni*, in *Il Fisco*, 2018, n. 38, pag. 3637.

⁽³⁹⁶⁾ OCSE (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report, OCSE/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OCSE Publishing, Paris (par. 96).

CONCLUSIONI

Il presente lavoro ha ricostruito l'evoluzione paradigmatica che ha caratterizzato le *Controlled Foreign Company legislations* nel contesto internazionale e, di riflesso, in Italia, riservando particolare attenzione alla *ratio* e alle istanze di natura economica perseguite dai legislatori nelle diverse occasioni in cui abbiano ritenuto opportuno ricorrere a questo istituto. L'analisi dei criteri di collegamento su cui si fondano le pretese impositive degli Stati ha rappresentato il punto di partenza necessario per dimostrare, anche analiticamente, quali siano gli elementi di vulnerabilità dei sistemi fiscali orientati alla neutralità interna ovvero esterna che hanno determinato l'urgenza di introdurre una disciplina in materia di società controllate estere. Tali disposizioni, infatti, si prestano sia a disincentivare il differimento d'imposta (*tax deferral*), tipico degli ordinamenti informati al principio della residenza, sia i fenomeni di erosione della base imponibile e di trasferimento degli utili, che invece affliggono tutti gli Stati caratterizzati da un livello di tassazione relativamente alto, a prescindere dal criterio di collegamento spaziale da essi adottato per la localizzazione del presupposto.

La questione si è spostata così sul problema della pianificazione fiscale aggressiva operata dalle imprese multinazionali ed esacerbata dalla tendenza degli Stati a ridurre le aliquote sui redditi d'impresa allo scopo di attrarre investimenti esteri. In questo senso, i rapporti OCSE «*Harmful Tax Competition: an Emerging Global Issue*» del 1998 e «*Action 5 – Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*» del 2015 propugnano la necessità di migliorare la trasparenza nei rapporti tra gli Stati e di disconoscere i benefici fiscali non riferibili ad attività sostanziali attraverso l'implementazione di una serie di istituti giuridici, tra i quali figurano proprio le *CFC rules*. Tali regole sono oggetto di una specifica Azione del Progetto BEPS, «*Action 3 – Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*», la quale ricostruisce i presupposti e gli ambiti di applicazione tipici delle normative CFC e ragiona sulle modalità con cui essi influenzano i contribuenti e le loro strategie di pianificazione fiscale internazionale.

In particolare, il Documento in parola non stabilisce uno *standard* minimo, bensì predispone delle raccomandazioni, articolate in sei *building blocks*, che contemperano

l'opportunità di sottoporre a tributo il reddito prodotto all'estero da un soggetto residente con la tutela della competitività dell'ordinamento. Secondo il Rapporto, infatti, uno Stato dotato di una *CFC legislation* potrebbe ritrovarsi in una situazione di svantaggio competitivo rispetto alle giurisdizioni che ne sono sprovviste o il cui ambito di applicazione è più ristretto: in tal caso, infatti, le società controllate dalla casa madre residente nel suddetto Stato sarebbero costrette a pagare imposte più alte rispetto ai loro concorrenti residenti nello Stato della fonte. Pertanto, l'obiettivo dell'OCSE in materia di CFC è tracciare un *framework* normativo flessibile, dal quale gli Stati possano attingere per definire delle regole coerenti con le proprie priorità, ma basate su presupposti e ambiti di applicazione simili.

La seconda parte del lavoro ha riservato ampio spazio allo studio della disciplina italiana dedicata alle società controllate estere, dalla sua introduzione nell'ordinamento (Legge n. 342/2000) fino alla Legge di Stabilità per il 2016 (Legge n. 208/2015). I due Capitoli ad essa dedicati non si limitano a ricostruire e a commentare le disposizioni previgenti, ma dimostrano la permeabilità del legislatore italiano alle istanze provenienti dal dibattito internazionale in materia di contrasto ai regimi fiscali privilegiati. Approvato ad esito di lungo dibattito parlamentare iniziato proprio dopo la pubblicazione del Rapporto OCSE del 1998, l'art. 127-*bis* (oggi art. 167), TUIR, introduceva una deroga agli ordinari criteri di imputazione dei redditi conseguiti dalle società partecipate (*separate entity accounting*), fondata sulla presunzione che la relazione di controllo tra un socio residente ed una società non residente localizzata in uno Stato o territorio a bassa fiscalità potesse essere strumentale all'espatrio di redditi presumibilmente realizzati nel territorio italiano. Sul piano della *ratio*, la versione originaria della disciplina CFC italiana non appare tanto finalizzata a contrastare il *tax deferral*, bensì a dotare l'Amministrazione finanziaria di un istituto giuridico di natura sostanziale, alternativo agli articoli 37 e 37-*bis*, D.P.R. n. 600/1973, in materia di accertamento delle imposte sui redditi, utile a sollevare l'Amministrazione finanziaria dall'onere di dimostrare fenomeni d'interposizione posti in essere da soggetti residenti in Paesi con i quali non intercorreva un adeguato scambio di informazioni.

Il primo significativo intervento di modifica delle norme in materia di società controllate estere (D.L. n. 78/2009), invece, fece seguito alla pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sull'incompatibilità della *CFC rule* britannica con il divieto di restrizioni alla libertà di stabilimento (*Cadbury Schweppes*). La sentenza in parola, infatti, statuendo che gli articoli 43 CE e 48 CE «*ostano all'inclusione, nella base imponibile di una società residente in uno Stato membro, degli utili realizzati da una società estera controllata stabilita in un altro Stato allorché tali utili sono ivi soggetti ad un livello impositivo inferiore a quello applicabile nel primo Stato, a meno che tale inclusione non riguardi costruzioni di puro artificio destinate a eludere l'imposta nazionale normalmente dovuta*», aveva tracciato i limiti a cui il legislatore nazionale avrebbe dovuto attenersi nella formulazione di una disciplina CFC applicabile anche ai soggetti controllati localizzati in uno Stato membro. Il nuovo comma 8-*bis* introduceva così un'ulteriore presunzione di artificiosa distrazione di materia imponibile maturata in Italia realizzata attraverso soggetti *white list* che, oltre a scontare un livello di tassazione effettiva inferiore al 50 per cento di quello italiano, presentavano un reddito tratto prevalentemente da proventi di natura passiva; in questo caso, il contribuente avrebbe potuto superare la presunzione in parola dimostrando l'impossibilità di qualificare la CFC alla stregua di «*una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale*». La riforma in parola ha dunque segnato un primo sostanziale cambiamento di paradigma nella disciplina in materia di società controllate estere, di portata tale da alterarne significativamente i connotati qualificanti. Invero, l'inedita focalizzazione della novellata norma sulla natura dei redditi dei soggetti esteri, tipica dei regimi informati al *transactional approach*, non era finalizzata a definire una regola per determinare la misura del reddito da imputare al soggetto residente, bensì a stabilire un criterio segnaletico propedeutico ad individuare le costruzioni di puro artificio e ad attrarle nell'ambito di applicazione della disciplina. Tale impostazione confermava lo scarso interesse del legislatore – già evidenziato con riferimento al regime CFC originario – a colpire i comportamenti finalizzati a realizzare il differimento dell'imposta sui redditi, e rafforzava l'efficacia della norma nel contrasto ai comportamenti elusivi posti in essere attraverso schemi di interposizione fittizia.

La disciplina ha confermato la propria configurazione bipolare anche ad esito delle riforme approvate nel corso del 2015, intervenute ad attenuare le criticità più evidenti sul piano costituzionale ed europeo e a correggere le incongruenze generate dal frenetico susseguirsi di interventi legislativi in materia. L'obiettivo di promuovere l'internazionalizzazione delle imprese attraverso la creazione di un quadro regolamentare più certo e trasparente per gli investitori si è sostanziato nell'abrogazione sia delle previsioni CFC in materia di società collegate estere, sia del regime di deducibilità dei componenti negativi di reddito derivanti da operazioni realizzate con imprese localizzate in Paesi a fiscalità privilegiata. Ad esito di quest'ultimo intervento, dunque, l'art. 167 è diventato il solo presidio normativo di riferimento nel contrasto alla fittizia localizzazione di attività e redditi in Stati e territori a regime fiscale privilegiato. Oltre a ciò, tali modifiche – coniugate all'abbandono di ogni riferimento all'emanazione di provvedimenti amministrativi finalizzati all'individuazione dei paradisi fiscali, in favore di un approccio *case-by-case* fondato sul confronto tra le aliquote nominali – rappresentarono il primo passo del legislatore italiano verso una maggiore convergenza della disciplina CFC italiana alle raccomandazioni elaborate dall'OCSE nel BEPS *Action 3 – 2015 Final Report*.

In effetti, immediatamente dopo la pubblicazione dei quindici *Final Report* del Progetto BEPS, altri Stati membri dell'Unione Europea oltre all'Italia iniziarono a discutere e ad approvare diverse proposte di legge finalizzate ad accoglierne i risultati. Il timore che l'adozione unilaterale da parte degli Stati membri di provvedimenti prepedutici all'attuazione del Piano di Azione OCSE potesse pregiudicare il corretto funzionamento del mercato interno convinse il Consiglio dell'Unione Europea ad approvare la Direttiva 2016/1664/UE (ATAD). L'idea sottostante all'emanazione di un atto di diritto derivato in materia di imposte dirette consisteva proprio nel creare condizioni di parità in merito a specifici aspetti degli ordinamenti tributari nazionali e, contemporaneamente, preservare il diritto degli Stati membri ad introdurre misure che, pur assicurando un più elevato livello di protezione della loro potestà impositiva, potessero essere oggetto di interpretazione da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Con riferimento alle disposizioni in materia di società controllate estere, il fatto che gli Stati membri dell'Unione Europea – 22 dei quali sono anche tra i 35 Stati associati all'OCSE

– si siano impegnati ad adottare delle regole basate su presupposti e ambiti di applicazione simili e sostanzialmente allineati al contenuto dell’*Action 3 – Final Report* rappresenta anche un significativo passo in avanti verso il conseguimento degli obiettivi stabiliti dal Progetto BEPS a livello internazionale.

L’obbligo di adeguare il diritto interno al *minimum standard* definito dalla Direttiva ATAD ha così sollevato la necessità di un ennesimo intervento legislativo (D.Lgs. n. 142/2018), il cui esito lascia tuttavia perplessi. Invero, il nuovo regime CFC ha sicuramente il merito di introdurre una disciplina unitaria applicabile indistintamente a tutti i soggetti non residenti, ovunque localizzati, che valorizza sia il livello di imposizione effettivamente scontato sia la natura (passiva) dei proventi. Quest’ultimo aspetto, tuttavia, richiede adeguata considerazione per almeno due ordini di ragioni. Da un lato, l’esaustiva definizione dei *passive income* – in particolare dei proventi derivanti da operazioni infragruppo, siano esse di compravendita di beni o di prestazioni di servizi – restituisce ragionevole certezza intorno all’esclusione dall’ambito di applicazione della norma di alcune tra le più diffuse strutture collaterali ai modelli di organizzazione della catena del valore configurati dalle imprese multinazionali, quali i *service center*, i *distribution center* che svolgono la propria attività assumendo i rischi ad essa correlati, e le centrali d’acquisto che operano con terze parti indipendenti. Letto alla luce della nuova esimente unica, la quale introduce una valutazione sull’adeguatezza della struttura e della dotazione di una società estera alla luce dell’attività da essa svolta, il *passive income test* determinerebbe la piena compatibilità della disciplina CFC italiana con il principio comunitario della libertà di stabilimento, così come interpretato dai giudici lussemburghesi nella sentenza *Cadbury Schweppes*, in quanto tale regola risulterebbe applicabile solamente alle società «fantasma» o «schermo» e non, ad esempio, alle *holding* statiche che svolgono un’attività di mera detenzione di partecipazioni con una dotazione limitata di personale, attrezzature e locali. Dall’altra parte, se la tipizzazione normativa dei *passive income* da parte della Direttiva è diretta al calcolo della misura del reddito da includere nella base imponibile del soggetto controllante residente, il test sulla natura dei proventi di cui all’art. 167, comma 4, lettera b), rappresenta unicamente una condizione d’ingresso nella disciplina CFC, non un criterio di imputazione del reddito. Il Decreto ATAD, infatti, non ha accolto il *transactional approach* propugnato

dalla Direttiva, ma ha riproposto il modello *entity basis* a cui è tradizionalmente informata la CFC *legislation* italiana. In sostanza, condizionando la tassazione per trasparenza dell'intero reddito della controllata estera al fatto che oltre un terzo dei proventi di quest'ultima sia di natura passiva, la novellata norma finisce per introdurre una circostanza esimente indesiderata, portatrice sana dell'ontologico difetto teorico di determinare in ogni caso un effetto di sovra ovvero sotto imposizione.

Al di là della giustificazione addotta nella Relazione Illustrativa, ovverosia la volontà di contemperare asserite esigenze di semplificazione con la necessità di conservare la coerenza dell'ordinamento tributario interno preesistente, l'unica ragione convincente a sostegno del meccanismo di attrazione ad imposta su base *entity* è l'intenzione di salvaguardare un livello di protezione più elevato della base imponibile nazionale per l'imposta sulle società, consentita dall'art. 3, ATAD. Al contrario, non persuade l'argomentazione secondo cui il legislatore abbia escluso l'implementazione del *transactional approach* per timore che le regole di determinazione dei redditi passivi da imputare al socio controllante, imponendo il ricorso a *driver* soggettivi per il calcolo dei costi indiretti inerenti, avrebbero presentato un margine di discrezionalità tale da esporre il contribuente ad un elevato rischio di contenzioso con l'Amministrazione finanziaria, nonché a maggiori costi di *compliance*. Invero, proprio in virtù della natura dell'attività economica svolta dai soggetti controllati esteri rientranti nell'ambito di applicazione della disciplina CFC, la norma avrebbe potuto ammettere la deducibilità degli oneri di gestione in misura forfetaria, come ad esempio prevede la Direttiva Madre-Figlia (Direttiva 90/435/CEE).

In sintesi, il recente intervento normativo in materia di società controllate estere ha certamente risentito della crescente attenzione riservata a livello internazionale, soprattutto a seguito della pubblicazione dei risultati del Progetto BEPS, al contrasto delle strategie di pianificazione fiscale aggressiva poste in essere attraverso la fittizia localizzazione in Stati o territori a regime fiscale privilegiato di attività e redditi per loro natura particolarmente mobili. In questo senso, l'obbligo di recepire il contenuto della Direttiva ATAD avrebbe potuto rappresentare un'occasione propizia per introdurre una disciplina CFC finalizzata non soltanto a ristabilire un solido collegamento tra il luogo di creazione

del valore e quello di realizzazione del presupposto impositivo, ma anche a salvaguardare la competitività delle imprese italiane nei mercati internazionali. A tal proposito, l'apertura ad una regola di determinazione del reddito della controllata estera su base *transactional*, oltre ad essere sicuramente più coerente con le finalità della Direttiva, avrebbe consentito di limitare l'applicazione del regime di tassazione per trasparenza alle ipotesi conclamate e patologiche di abuso del diritto, nonché di migliorare l'attrattiva dell'ordinamento tributario nazionale.

ALLEGATI

Allegato 1 – Requisiti di accesso e di esclusione alla disciplina CFC italiana

Fonte normativa	Controllo	Stati RFP	Passive Income	Circostanze esimenti
STATI EXTRA UE/SEE				
L. 342/2000	Legale	<i>Black list</i>	Non rilevante	a) Attività commerciale o industriale b) Non localizzazione redditi in Stati RFP
D.Lgs. 344/2003	Legale + Collegamento	<i>Black list</i>	Non rilevante	a) Attività commerciale o industriale b) Non localizzazione redditi in Stati RFP
L. 244/2007	Legale + Collegamento	<i>White list</i>	Non rilevante	a) Attività commerciale o industriale b) Non localizzazione redditi in Stati RFP
D.L. 78/2009	Legale + Collegamento	<i>White list</i>	> 50% proventi Diniego esimente a)	a) Attività commerciale o industriale radicata nel mercato dello Stato b) Non localizzazione redditi in Stati RFP
L. 190/2014	Legale + Collegamento	<i>Black list</i>	> 50% proventi Diniego esimente a)	a) Attività commerciale o industriale radicata nel mercato dello Stato b) Non localizzazione redditi in Stati RFP
D.Lgs. 147/2015 + L. 208/2015	Legale	<i>Tax rate</i> nominale < 50% Italia	> 50% proventi Diniego esimente a)	a) Attività commerciale o industriale radicata nel mercato dello Stato b) Non localizzazione redditi in Stati RFP
D.Lgs. 142/2018	Legale / Economico	<i>Tax rate</i> effettivo < 50% Italia	> 30% proventi Condizione di accesso	Attività economica effettiva (impiego di personale, attrezzature, attivi, locali)
STATI UE/SEE				
D.L. 78/2009	Legale	<i>Tax rate</i> effettivo < 50% Italia	> 50% proventi	Costruzione non artificiosa
L. 190/2014	Legale	<i>Tax rate</i> effettivo < 50% Italia	> 50% proventi	Costruzione non artificiosa
D.Lgs. 147/2015 + L. 208/2015	Legale	<i>Tax rate</i> effettivo < 50% Italia	> 50% proventi	Costruzione non artificiosa
D.Lgs. 142/2018	Legale / Economico	<i>Tax rate</i> effettivo < 50% Italia	> 30% proventi Condizione di accesso	Attività economica effettiva (impiego di personale, attrezzature, attivi, locali)

BIBLIOGRAFIA

Dottrina

- AA.VV. (2017), *Regime delle Controlled Foreign Companies (CFC) e dei costi «black list»*, in Miele, L., Bontempo, F., Sura, A., Fabi, T. (a cura di), *Bilancio e Reddito d'Impresa 2017*, II edizione, IPSOA.
- Adonnino, P. (1999), *Armonizzazione fiscale nell'Unione Europea*, in Enciclopedia del Diritto, Volume III, Giuffrè Editore, Milano, pag. 277.
- Albano G., Marani M., *Nuove CFC senza obbligo di interpello preventivo*, in Corriere Tributario, 2015, n. 23, p. 1774
- Albano, G., *Il nuovo regime della «branch exemption» tra obiettivi di competitività e difficoltà operative*, in Corriere Tributario, 2016, n. 2, pag. 91
- Albano, G., *Il recepimento della disciplina ATAD modifica la disciplina CFC*, in La gestione straordinaria delle imprese, 2018, n. 5, pag. 85.
- Albano, G., Spaziani, R., *Aspetti procedurali e obblighi di segnalazione in materia di CFC*, in Corriere Tributario, 2016, n. 47, pag. 3607
- Antonini, M., Ronca, P., *Il requisito della sostanza economica delle holding statiche di partecipazioni*, in Diritto Bancario, approfondimento online del 4 settembre 2017.
- Arginelli, P., Silvani, C., *CFC, le anomalie dell'IRAP nel calcolo del tax rate*, in Quotidiano del fisco, 05 ottobre 2016.
- Artoni, R. (2015), *Elementi di scienza delle finanze (ottava edizione)*, Il Mulino.
- Avi-Yonah, R. S., Xu, H. (2018), *The Transitional Period and its Impact on Tax Competition and the Implementation of the BEPS Project*, in *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*, (a cura di) Pistone, R., Weber, D., IBFD (online books).
- Avi-Yonah, R.S., Sartori, N. (2012), *US Subpart F Legislative Proposals: A Comparative Perspective*, in University of Michigan Public and Legal Theory Working Paper

Series. Disponibile al link: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1991966.

Avolio, D., Ruggiero, P., *Il recepimento della Direttiva ATAD e le nuove disposizioni in materia di CFC*, in *Il Fisco*, 2019, n. 3, pag. 253.

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 *Diritto e Pratica Tributaria*, 2017, n. 3, pag. 954.

Baggio, R. (2009), *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Giuffrè Editore.

Ballancin, A. (2016), *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, Wolters Kluwer, CEDAM.

Ballancin, A., *Note ricostruttive sulla ratio sottesa alla disciplina italiana in tema di controlled foreign companies*, in *Rivista di Diritto Tributario*, n. 1, pag. 13.

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 *Rivista di Diritto Tributario*, 2010, n. 3, pag. 161.

Bartolomucci, S., *L'ambito soggettivo di applicazione delle controlled foreign companies: alcune problematiche interpretative ed applicative della norma*, in *Il Fisco*, 2002, vol. 1, pag. 1910.

Basilavecchia, M., *L'evoluzione della politica fiscale dell'Unione Europea*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2009, n. 1, pag. 361.

Bonarelli, P., *Regime CFC per le collegate estere: pubblicato il decreto attuativo*, in *Fiscalità Internazionale*, 2006, n. 6, pag. 520.

Boria, P. (2017), *Diritto tributario europeo*, Giuffrè Editore.

Brunelli, F., *Sugli Oicr non residenti tassazione per trasparenza*, in *Il Sole 24 Ore – Norme e Tributi*, 04 aprile 2019.

Bruzzone, M., *L'interpello per le «CFC»*, in *Corriere Tributario*, 2000, n. 2, pag. 113.

- Capolupo, S., *Le modifiche alla normativa controlled foreign companies*, in *Il Fisco*, 2003, n. 47, parte 1, pag. 18526.
- Capolupo, S., *Presupposti soggettivi della normativa sulle controlled foreign companies*, in *Il Fisco*, 2002, n. 7, parte 1, pag. 917.
- Ceriana, E., *Conseguenze processuali dell'interpello preventivo ai fini della normativa CFC*, in *Corriere Tributario*, 2002, n. 37, pag. 3330.
- Cordeiro Guerra, R. (2016), *Diritto tributario internazionale*, Wolters Kluwer. CEDAM.
- Cordeiro Guerra, R., *La nuova definizione di «regime fiscale privilegiato» nell'ambito della disciplina in tema di controlled foreign companies e di componenti negative derivati da operazioni con imprese estere»,* in *Rassegna Tributaria*, 2000, n. 6, pag. 1792.
- Cordeiro Guerra, R., *Riflessioni critiche e spunti sistematici sulla introducenda disciplina delle Controlled Foreign Companies*, in *Rassegna Tributaria*, 2000, vol. 43, n. 5, pag. 1399.
- Croatto, M., Ariemme, V., *Identificazione dei paesi a fiscalità privilegiata, CFC rule e obblighi dichiarativi*, in *Il Fisco*, 2016, n. 34, pag. 3263.
- Crosti, A., *Breve analisi della normativa in materia di controlled foreign companies*, in *Il Fisco*, 2000, n. 1, pag. 49.
- Coyle, D. (1999), *The weightless world: strategies for managing the digital economy*, MIT press.
- Danon, R. J. (2018), *Some Observations on the Carve-Out Clause of Article 7(2)(a) of the ATAD with Regard to Third Countries*, in *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*, (a cura di) Pistone, R., Weber, D., IBFD (online books).
- Della Carità, A., Bonfanti, L., *Le novità in materia CFC alla luce dei chiarimenti ministeriali*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2016, n. 11, pag. 17.

- Della Carità, A., Bonfanti, L., *Paradossi e insana (in)coerenza nella CFC delineata dallo schema di Decreto di recepimento dell'ATAD*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2018, n. 12, pag. 27.
- Desai, M. A., Hines Jr., J. R. (2003), *Evaluating International Tax Reform*, National Tax Journal.
- Dominici, R. (2004), *Le innovazioni al regime CFC*, in AA.VV., *Aspetti internazionali della riforma fiscale*, Garbarino, C. (a cura di), Egea Editore.
- Dominici, R., Lupi, R., *Lo spirito della legislazione CFC e i suoi intrecci con la deducibilità dei costi verso paradisi fiscali*, in *Dialoghi di Diritto Tributario*, 2005, n. 9, pag. 1191.
- Dominici, R., *Partecipazioni di collegamento in imprese site in paradisi fiscali*, in *Corriere Tributario*, 2006, n. 23, pag. 1845.
- Falsitta, G. (2016), *Manuale di diritto tributario. Parte Speciale – Il sistema delle imposte in Italia*, Wolters Kluwer, CEDAM.
- Falsitta, G., Fantozzi A., Marongiu, G., Moschetti, F. (2010), *Commentario breve alle leggi tributarie – TUIR e leggi complementari (Tomo III)*, Fantozzi, A. (a cura di), CEDAM, IPSOA Wolters Kluwer.
- Franzé, R. (2005), *Il regime di imputazione dei redditi dei soggetti partecipati residenti o localizzati in paradisi fiscali*, in AA.VV., *Diritto Tributario Internazionale*.
- Fregni, M. C., *Problemi e prospettive dell'Unione fiscale europea*, in *Rassegna Tributaria*, 2013, n. 56, pag. 1061.
- Gaffuri, A. M. (2016), *La disciplina delle CFC*, in Dragonetti, A., Piacentini, V. e Sfondrini, A. (a cura di), *Manuale di fiscalità internazionale – VII edizione*, IPSOA Wolters Kluwer.
- Gaffuri, A. M., *Società di comodo e CFC – Modelli a confronto e proposte di modifica legislativa*, in *Neotera*, 2015, n. 1, pag. 18.
- Gaffuri, A.M. (2008), *La tassazione dei redditi d'impresa prodotti all'estero*, Giuffrè Editore.

- Garbarino, C. (2008), *Manuale di tassazione internazionale*, IPSOA Wolters Kluwer Italia.
- Garbarino, C. (2017), *La tassazione delle società e dei gruppi*, G. Giappichelli Editore.
- Garbarino, C. (2018), *Diritto convenzionale tributario*, G. Giappichelli Editore.
- Garbarino, C., Bonarelli, P., *Misure di contrasto ai «regimi fiscali privilegiati»: la nuova normativa CFC*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2016, n. 7, pag. 17.
- Garufi, S., *La nuova disciplina delle CFC*, in *Rassegna Tributaria*, n. 3, 2010, pag. 619.
- Gazzo, M., Rinaldi, D., *CFC legislation: brevi note sulle circostanze esimenti*, in *Il Fisco*, n. 12, pag. 4806.
- Giaconia, M., Pregaglia, A., *Società CFC «white list»: tax rate virtuale domestico ed estero a confronto*, in *Fiscalità e Commercio internazionale*, 2011, n. 7, pag. 6.
- Giovannini, A., 2002, *L'interpello preventivo all'Agenzia delle Entrate (CFC e Statuto dei diritti del contribuente)*, in *Rassegna Tributaria*, 2002, n. 2, pag. 449.
- Giuliano, M., *La società internazionale e il diritto*, in *Diritto Internazionale*, 1974, vol. 1, pag. 37.
- Haslehner, W., *The Commission Proposal for an Anti-BEPS Directive: Some Preliminary Comments*, Kluwer International Tax Blog (5 febbraio 2016). Disponibile al link: <http://kluwertaxblog.com/2016/02/05/the-commission-proposal-for-an-anti-beps-directive-some-preliminary-comments/>.
- Horst, T. (2007), *A Note on the Optimal Taxation of International Investment Income*, *Quarterly Journal of Economics*.
- Ingrao, G., *D.L. anticrisi e «stretta» sulla normativa CFC: contrasto agli abusi fiscali o miopia del legislatore?*, in *Rassegna Tributaria*, 2010, n. 1, pag. 87.
- Ingrao, G. (2008), *La riforma dell'IRES e la legislazione sulle Controlled Foreign Companies*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'IRES. Dalla relazione Bisasco alla Finanziaria 2008*, Giuffrè Editore, Milano.

- Kuźniacki, B., *Poland – The (In)Compatibility of Polish CFC Rules with the Constitution Pre and Post-Implementation of the EU Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164)*, in *European Taxation*, 2018, vol. 58, n. 4.
- Lupi, R., *Principi generali in tema di CFC e radicamento territoriale delle imprese*, in *Rassegna Tributaria*, 2000, n. 6, pag. 1734.
- Maisto, G. (2008), *Il metodo delle liste positive (white list) e negative (black list) ai fini dell'imposizione nei rapporti con Stati aventi regime fiscale privilegiato*, in Beghin, M. (2008), *Saggi sulla riforma dell'IRES. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008*, Giuffrè Editore.
- Maisto, G. (2016), *Transfer pricing aspects of low value-adding services*, in *Transfer pricing in a post-BEPS World*, (a cura di) Lang, M., Stork, A., Petruzzi, R., Wolters Kluwer.
- Marongiu, G., *Imprese estere partecipate: prime riflessioni sulle circostanze escludenti l'imputazione dei redditi ai soggetti controllati*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2001, n. 1, pag. 137.
- Mastroberti, A., *Tassati per trasparenza anche i redditi della CFC localizzata in un Paese a fiscalità di vantaggio*, in *Il Fisco*, 2009, n. 1, pag. 4455.
- Mazzarella, G., Tempestini, A., *Esimenti disallineate con le CFC*, in *Il Sole 24 Ore*, 12 dicembre 2018.
- Miele, L., *La nozione di controllo del soggetto non residente ai fini della disciplina CFC*, in *Corriere Tributario*, 2019, n. 5, pag. 444.
- Miele, L., Piccinini, G., *Nuovo regime CFC: eliminata la distinzione tra modelli black e white*, in *Corriere Tributario*, 2018, n. 42, pag. 3199.
- Musgrave, P. B. (1969), *United States Taxation of Foreign Investment Income: Issues and Arguments*, Law School of Harvard University.
- Nanetti, F., *The Italian CFC: Tax Measures, Law Against Tax Avoidance or International Countermeasure? Reflections and preliminary interpretations*, in *EC Tax Review*, 2001, n. 1, pag. 58.

- Niboyet, J. P., *Les double impositions au point de vue juridique*, in *Recueil des Cours*, 1930, vol. 31, n. 1, pag. 13.
- Perrone, C., *Normativa CFC e cause esimenti nella recente prassi ministeriale*, in *Il Fisco*, 2003, n. 6, pag. 820.
- Pezzuto, G., *Il nuovo regime in materia di CFC (controlled foreign companies)*, in *Il Fisco*, 2001, n. 5, pag. 1472.
- Piacentini, V. (2016), *L'esterovestizione e le norme antielusive*, in Dragonetti, A., Piacentini, V. e Sfondrini, A. (a cura di), *Manuale di fiscalità internazionale – VII edizione*, IPSOA Wolters Kluwer.
- Piazza, M. (2001), *Guida alla fiscalità internazionale*, VIII edizione, Il Sole24Ore, Milano.
- Piazza, M., *Dividendi e plusvalenze di fonte estera: nuovo regime a decorrere dal 2019*, in *Il Fisco*, 2019, n. 2, pag. 157.
- Piazza, M., Savorana, A., *Sulle CFC norme italiane ancora lontane dal regime UE*, in *Il Sole 24 Ore*, 3 ottobre 2018.
- Pistolessi, F., *Impugnazione della risposta negativa all'istanza di interpello: condizioni ed effetti*, *Rivista di Diritto Tributario*, 2011, n. 78, pag. 365 ss.
- Pistone, R., Weber, D. (2018), *An Introduction to the Anti-Tax Avoidance Directive and the Implementation of the BEPS Project in the European Union*, in *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*, (a cura di) Pistone, R., Weber, D., IBFD (online books)
- Richman, P. B. (1963), *Taxation of Foreign Investment Income: An Economic Analysis*, John Hopkins Press.
- Rifkin, J. (2001), *L'era dell'accesso – La rivoluzione della new economy*, Mondadori, Milano, pag. 117 ss.
- Rizzardi, R., *La disciplina CFC: un punto fermo dopo la Direttiva ATAD?*, in *Corriere Tributario*, 2019, n. 3, pag. 283.

- Roccatagliata, F. (2005), *Diritto tributario comunitario*, in AA.VV. (a cura di Uckmar, V.), *Corso di diritto tributario internazionale*, CEDAM.
- Rolle, G., *Adattamento alla disciplina ATAD delle norme interne su CFC, dividendi esteri e plusvalenze su partecipazioni*, in *Il Fisco*, 2018, n. 38, pag. 3637.
- Rolle, G., *Effetti su CFC, dividendi esteri e plusvalenze della nuova nozione di «regimi fiscali privilegiati»*, in *Il Fisco*, 2016, n. 9, pag. 861.
- Rolle, G., *Legge di Stabilità: quali prospettive per CFC e costi «black list»?* , in *Corriere Tributario*, 2015, n. 5, pag. 342.
- Romita, E., Sandoli, M., *Il coordinamento tra disciplina sulle società di comodo e normativa CFC*, in *Corriere Tributario*, 2012, n. 4, pag. 302.
- Rossi, L., Privitera, A., *L'applicazione della disciplina CFC nei confronti degli OICR non residenti nello Schema di Decreto Legislativo di recepimento della Direttiva ATAD*, in *Diritto Bancario*, approfondimento online del 4 ottobre 2018.
- Rust, A., *CFC Legislations and EC Law*, in *Intertax*, 2008, n. 493.
- Scifoni G., *Modifiche alla disciplina CFC: lo sforzo di semplificazione procede tra luci ed ombre*, in *Corriere Tributario*, 2015, n. 30, pag. 2305.
- Scifoni, G., *Modifiche alla disciplina CFC: un tentativo di semplificazione rimasto a metà del guado*, in *Corriere Tributario*, 2015, n. 29, pag. 2248.
- Shaheen, F. (2007), *International Tax Neutrality: Reconsiderations*, *Virginia Tax Review*.
- Stevanato, D., *Controlled Foreign Companies: concetto di controllo e imputazione di reddito*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2000, n. 7-8, pag. 777.
- Stevanato, D., *La delega fiscale e la CFC legislation*, in *Il Fisco*, 2002, n. 18, pag. 2730.
- Stevanato, D., Lupi, R., *Regole CFC, controllo indiretto ed esimenti: risoluzione n. 63 del 2007*, in *Dialoghi di Diritto Tributario*, 2007, n. 4, pag. 527.
- Tanzi, V., *Globalization, Technological Developments, and the Work of Fiscal Termites*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2001, pag. 1264 ss.

- Tasca, M., Vietti, M. (2009), *Società off-shore e paradisi legali – Regole e disciplina*, Giuffrè Editore.
- Tomassini, A., *Attuate le «regole CFC» per le imprese collegate*, in *Corriere Tributario*, 2006, n. 44, pag. 3490 ss.
- Tremonti, G., *Il regime fiscale dei nuovi beni*, in *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, 1990, pag. 370 ss.
- Valente, P., Cardone, D. M. (2015), *Esterovestizione. Profili probatori e metodologie di difesa nelle verifiche*, IPSOA Wolters Kluwer.
- Weisbach, D. A. (2014), *The Use of Neutralities in International Tax Policy*, University of Chicago Coase-Sandor, Institute for Law and Economics, Research Paper n. 697.
- Zaimaj, A., *La switch-over clause nella proposta di direttiva anti-BEPS*, in *Rivista di Diritto Tributario*, supplemento online del 09 marzo 2016.
- Zizzo, G., *Esterovestizione della società o esteroestizione del reddito?*, in *Rassegna Tributaria*, 2019, n. 3, pag. 653.

Normativa

- Banca d'Italia, *Regolamento sulla gestione collettiva del risparmio*, emesso con Provvedimento del 19 gennaio 2015 e modificato dal Provvedimento del 23 dicembre 2016.
- Convenzione 90/436/CEE, relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate.
- Décret n° 50-481 du 6 avril 1950 portant refonte et codification des décrets pris pour l'application des lois réunies dans le code général des impôts.
- Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 14 maggio 2018, recante linee guida in materia di prezzi di trasferimento (art. 110, co. 7, del TUIR).
- Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 18 novembre 2015 – Modifica del decreto 23 gennaio 2002 relativo alla individuazione degli Stati o territori a regime fiscale privilegiato.

Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 21 novembre 2001, n. 429 – Regolamento recante disposizioni in materia di tassazione dei redditi di imprese estere partecipate in attuazione dell'articolo 127-bis, comma 8, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni.

Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 30 marzo 2015 – Modifica del decreto 21 novembre 2001, recante individuazione degli Stati o territori a regime fiscale privilegiato di cui all'articolo 127-bis, comma 4, del testo unico delle imposte sui redditi (cd. «black list»).

Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 7 agosto 2006, n. 268 – Regolamento recante disposizioni applicative in materia di tassazione dei redditi di imprese estere collegate in attuazione dell'articolo 168, comma 4, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917

Decreto del Ministero delle Finanze del 4 settembre 1996, n. 220 – Elenco degli Stati con i quali è attuabile lo scambio di informazioni ai sensi delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni sul reddito in vigore con la Repubblica italiana.

Decreto del Ministero delle Finanze del 26 aprile 2001 n. 209 – Regolamento concernente la determinazione degli organi, delle procedure e delle modalità di esercizio dell'interpello e dell'obbligo di risposta da parte dell'Amministrazione finanziaria, di cui all'articolo 11, comma 5, della legge n. 212 del 2000.

Decreto del Presidente della Repubblica del 22 settembre 1986 – Approvazione del Testo Unico delle imposte sui redditi.

Decreto del Presidente della Repubblica del 29 settembre 1973, n. 600 – Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi.

Decreto-legge del 25 settembre 2001, n. 351, coordinato con la legge di conversione del 23 novembre 2001, n. 410 – Disposizioni urgenti in materia di privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico e di sviluppo dei fondi comuni di investimento immobiliare.

Decreto Legislativo del 12 dicembre 2003, n. 344 – Riforma dell'imposizione sul reddito delle società, a norma dell'articolo 4 della legge 7 aprile 2003, n. 80.

Decreto Legislativo del 14 settembre 2015, n. 147 – Disposizioni recanti misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese.

Decreto legislativo del 18 dicembre 1997, n. 471 – Riforma delle sanzioni tributarie non penali in materia di imposte dirette, di imposta sul valore aggiunto e di riscossione dei tributi, a norma dell'articolo 3, comma 133, lettera q), della legge 23 dicembre 1996, n. 662.

Decreto Legislativo del 24 febbraio 1998, n. 58 – Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52

Decreto Legislativo del 24 settembre 2015, n. 156 – Misure per la revisione della disciplina degli interpelli e del contenzioso tributario, in attuazione degli articoli 6, comma 6, e 10, comma 1, lettere a) e b), della legge 11 marzo 2014, n. 23.

Decreto Legislativo del 27 gennaio 2010, n. 39 – Attuazione della direttiva 2006/43/CE, relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati, che modifica le direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE, e che abroga la direttiva 84/253/CEE.

Decreto Legislativo del 29 novembre 2018, n. 142 – Attuazione della 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 e 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.

Decreto Legislativo del 31 dicembre 1992, n. 546 – Disposizioni sul processo tributario in attuazione della delega al Governo contenuta nell'art. 30 della legge 30 dicembre 1991, n. 413.

Decreto Legislativo del 5 agosto 2015, n. 128 – Disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente, in attuazione degli articoli 5, 6 e 8, comma 2, della legge 11 marzo 2014, n. 23.

Decreto Legislativo del 5 agosto 2015, n. 128 – Disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente, in attuazione degli articoli 5, 6 e 8, comma 2, della legge 11 marzo 2014, n. 23.

Direttiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative in materia di taluni organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari (OICVM).

Direttiva 85/611/CEE del Consiglio, del 20 dicembre 1985, concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative in materia di taluni organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari (OICVM).

Direttiva del Consiglio 2003/48/CE, in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi

Direttiva del Consiglio 2003/49/CE, concernente il regime fiscale comune applicabile ai pagamenti di interessi e di canoni fra società consociate di Stati membri diversi

Direttiva del Consiglio 2016/1164/UE del Consiglio, del 12 luglio 2016, recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno.

Direttiva del Consiglio 2016/881/UE del Consiglio, del 25 maggio 2016, recante modifica della Direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale.

Direttiva del Consiglio 90/434/CEE, relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo e agli scambi d'azioni concernenti società di Stati Membri diversi.

Direttiva del Consiglio 90/435/CEE, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi.

Legge del 23 dicembre 1994, n. 724 – Misure di razionalizzazione della finanza pubblica.

Legge del 23 dicembre 2014, n. 190 – Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015).

Legge del 24 dicembre 2007, n. 244 – Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008).

Legge del 25 gennaio 1994, n. 86 – Istituzione e disciplina dei fondi comuni di investimento immobiliare chiusi.

Legge del 27 dicembre 2006, n. 296 – Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007).

Legge del 27 luglio 2000, n. 212 – Disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente.

Legge del 28 dicembre 2015, n. 208 – Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016).

Legge del 3 agosto 2009, n. 102 – Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, recante provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali.

Legge del 30 dicembre 1991, n. 413 – Disposizioni per ampliare le basi imponibili, per razionalizzare, facilitare e potenziare l'attività di accertamento; disposizioni per la rivalutazione obbligatoria dei beni immobili delle imprese, nonché per riformare il contenzioso e la definizione agevolata dei rapporti tributari pendenti; delega al Presidente della Repubblica per la concessione di amnistia per reati tributari; istituzione dei centri di assistenza fiscale e del conto fiscale.

Regio Decreto del 16 marzo 1942, n. 262 – Approvazione del testo del Codice civile.

Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea

Trattato sull'Unione Europea

Prassi amministrativa

Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 16 novembre 2000, n. 207/E.

Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 3 novembre 2008, n. 61/E.

Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 3 marzo 2009, n. 7/E.

Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 6 ottobre 2010, n. 51/E.

Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 9 marzo 2011, n. 11/E.

Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 26 maggio 2011, n. 23/E.

Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 21 giugno 2011, n. 28/E.

Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 15 febbraio 2012, n. 2/E.

Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 5 marzo 2015, n. 9/E.

Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 30 marzo 2016, n. 6/E.

Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 4 agosto 2016, n. 35/E

Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 16 settembre 2016, n. 143239.

Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate dell'11 agosto 2017, n. 112/E.

Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 28 agosto 2017, n. 165138.

Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 16 dicembre 2011, n. 180987.

Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 15 novembre 2002, n. 358/E.

Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 22 giugno 2006, n. 165/E

Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 28 marzo 2007, n. 63/E.

Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 21 settembre 2007, n. 262/E.

Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 5 novembre 2007, n. 312/E.

Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 10 novembre 2008, n. 427/E.

Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 31 ottobre 2012, n. 343/E.

Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 2 luglio 2013, n. 43/E.

Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 18 luglio 2013, n. 54/E.

Documenti ufficiali

Assonime, Note e Studi n. 15/2009, *Commenti in relazione all'art. 13 del D.L. 1 luglio 2009, n. 78*, pag. 13.

Assonime, Note e Studi n. 17/2016, *Imprese multinazionali: aspetti societari e fiscali*.

Assonime, Circolare del 18 dicembre 2000, n. 65.

Assonime, Circolare del 2 maggio 2017, n. 10.

COM(2016) 26 final 2016/0011 (CNS) – *Proposta di Direttiva del Consiglio recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno*. Disponibile al link: <https://ec.europa.eu/transparency/reg-doc/rep/1/2016/IT/1-2016-26-IT-F1-1.PDF>

COM(2016)0026 – C8-0031/2016 – 2016/0011(CNS) – *Reasoned opinion of the Swedish Parliament (Riksdag) concerning the proposal for a Council Directive laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market*. Disponibile al link: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/parlements_nationaux/com/2016/0026/SE_PARLIAMENT_AVIS-COM\(2016\)0026_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/parlements_nationaux/com/2016/0026/SE_PARLIAMENT_AVIS-COM(2016)0026_EN.pdf).

Commission of the European Communities, Report of the Committee of Independent Experts on company taxation, March 1992, EU Commission – Working Document. Disponibile al link: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/0044caf0-58ff-4be6-bc06-be2af6610870>.

Comunicazione della Commissione del 10-10-2007, COM (2007) 785 def. Disponibile al link: <https://eur-lex.europa.eu/procedure/IT/196511>.

Comunicazione della Commissione del 10-10-2007, COM (2007) 785 def. Disponibile al link: <https://eur-lex.europa.eu/procedure/IT/196511>.

Documento ESMA del 13 agosto 2013, *Orientamenti sui concetti chiave della direttiva GEFIA*, n. 611. Disponibile al link: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/esma_2013_00600000_it_cor.pdf

European Federation of Accountants (2002), *FEE Position Paper on Controlled Foreign Company Legislations in the EU*. Disponibile al link: <https://www.accountancyeurope.eu/publications/controlled-foreign-company-legislations-in-the-eu/>.

OCSE (1996), *Controlled Foreign Company Legislation: Studies in Taxation of Foreign Source Income*.

OCSE (1998), *Harmful Tax Competition: an Emerging Global Issue*, Parigi. Disponibile al link: https://www.OCSE-ilibrary.org/taxation/harmful-tax-competition_9789264162945-en.

OCSE (2010), *2010 Report on the attribution of profit to permanent establishments*, OCSE Publishing, Paris. Disponibile al link: <https://www.OCSE.org/ctp/transfer-pricing/45689524.pdf>.

OCSE (2015), *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 – 2015 Final Report*, OCSE/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OCSE Publishing, Paris. Disponibile al link: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241190-en>.

OCSE (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report*, OCSE/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OCSE Publishing, Paris. Disponibile al link: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>.

OCSE (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OCSE Publishing. Disponibile al link: http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en.

OCSE (2015), *Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. Disponibile al link: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241138-en>.

OCSE (2017), *OCSE Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OCSE Publishing, Paris. Disponibile al link: <http://dx.doi.org/10.1787/tpg-2017-en>.

OECD (2015), *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project,

OECD Publishing, Paris. Disponibile al link:
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241220-en>.

OECD (2015), *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. Disponibile al link:
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241695-en>.

Proposal for a Council Directive laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market General approach – General Approach, 2016/0011 (CNS) (24 May 2016). Disponibile al link: http://www.consilium.europa.eu/register/en/content/out/?&typ=ENTRY&i=ADV&DOC_ID=ST-9432-2016-INIT.

Raccomandazione (UE) 2016/136 della Commissione del 28 gennaio 2016 relativa all'attuazione di misure contro l'abuso dei trattati fiscali [notificata con il numero C(2016) 271].

Risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti di governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, del 1 dicembre 1997, su un codice di condotta in materia di tassazione delle imprese, C98/C201, in CGUE 6 gennaio 1998-C2. Disponibile al link: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31998Y0106\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31998Y0106(01)).

Tavolo interassociativo ABI-Ania-Assonime-Confindustria, *Commenti in relazione all'articolo 13 del D.L. 1° luglio 2009, n. 78, novembre 2009*. Disponibile al link: https://www.abi.it/DOC_Normativa/Fisco/Fiscalita-diretta-indiretta/126778897748143_c__documents_and_settings_d.pdf

Vacca, I., *Interventi 30/2018 - Audizione di Assonime al Senato nell'ambito dell'esame dello schema di decreto legislativo recante norme contro le pratiche di elusione fiscale* (Atto del Governo n. 42), 4 ottobre 2018.

Giurisprudenza nazionale

Corte Costituzionale, sentenza 14 giugno 2007, n. 191.

Corte di Cassazione, sentenza del 15 aprile 2011, n. 8663.

Corte di Cassazione, sentenza del 5 ottobre 2012, n. 17010.

Corte di Cassazione, sentenza del 7 febbraio 2013, n. 2869.

Corte di Cassazione, sentenza 6 settembre 2013, n. 20526.

Corte di Cassazione, sentenza del 6 settembre 2013, n. 20526.

Corte di Cassazione, sentenza del 17 gennaio 2014, n. 1811.

Corte di Cassazione, sentenza del 28 maggio 2014, n. 11929.

Corte di Cassazione, sentenza dell'8 ottobre 2014, n. 41947.

Corte di Cassazione, sentenza del 30 ottobre 2015, n. 43809.

Corte di Cassazione, sentenza del 9 dicembre 2015, n. 24823.

Corte di Cassazione, sentenza del 27 maggio 2016, n. 10988.

Corte d'Appello di Milano, sentenza del 6 settembre 2016, n. 440.

Corte di Cassazione, sentenze del 28 dicembre 2016, nn. 27112, 27113, 27114, 27115, 27116.

Corte di Cassazione, sentenza del 7 novembre 2018, n. 50151.

Corte di Cassazione, sentenze del 21 dicembre 2018, nn. 33234 e 33235.

Giurisprudenza comunitaria

Causa C-120/78 – *Rewe-Zentral AG contro Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, sentenza del 20 febbraio 1979.

Causa C-152/73 – *Giovanni Maria Sotgiu contro Deutsche Bundespost*, sentenza del 12 febbraio 1974.

Causa C-167/01 – *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam contro Inspire Art Ltd.*, sentenza del 30 settembre 2003.

Causa C-170/05 – *Denkavit International BV e Denkavit France SARL contro Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, sentenza del 27 aprile 2006.

Causa C-182/08 – *Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG contro Finanzamt München II*, sentenza del 17 settembre 2009.

Causa C-190/12 – *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company contro Dyrektor Izby Skarbowej w Bydgoszczy*, sentenza del 10 aprile 2014.

Causa C-196/04 – *Cadbury Schweppes Plc e Cadbury Schweppes Overseas Ltd contro Commissioners of Inland Revenue*, sentenza del 12 settembre 2006.

Causa C-204/90 – *Bachmann contro Belgian States* sentenza, sentenza del 28 gennaio 1992.

Causa C-210/03 – *The Queen, su richiesta di Swedish Match AB e Swedish Match UK Ltd, contro Secretary of State for Health*, sentenza del 14 dicembre 2004.

Causa C-212/97 – *Centros Ltd contro Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, sentenza del 9 marzo 1999.

Causa C-251/98 – *C. Baars contro Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem*, sentenza del 13 aprile 2000.

Causa C-264/96 – *Imperial Chemical Industries contro Colmer*, sentenza del 16 luglio 1998.

Causa C-270/83 – *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica francese*, sentenza del 28 gennaio 1986.

Causa C-279/93 – *Finanzamt Köln-Altstadt contro Roland Schumacker*, sentenza del 14 febbraio 1995.

Causa C-28/95 – *A. Leur-Bloem contro Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, sentenza del 17 luglio 1997.

Causa C-282/12 – *Itelcar Automóveis de Aluguer Lda contro Fazenda Pública*, sentenza del 3 ottobre 2013.

Causa C-307/97 – *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland contro Finanzamt Aachen-Innenstadt*, sentenza del 21 settembre 1999.

Causa C-31/11 – *Marianne Scheunemann contro Finanzamt Bremerhaven*, sentenza del 19 luglio 2012.

Causa C-310/09 – *Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique contro Accor SA*, sentenza del 15 settembre 2011.

Causa C-318/10 – *SIAT SA contro État belge*, sentenza del 5 luglio 2012.

Causa C-330/91 – *The Queen, su richiesta di Commerzbank AG, contro Inland Revenue Commissioners*, sentenza del 13 luglio 1993.

Causa C-336/96 – *Coniugi Gilly contro Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin*, sentenza del 12 maggio 1998.

Causa C-341/04 – *Eurofood IFSC Ltd.*, sentenza del 2 maggio 2006

Causa C-35/11 – *Test Claimants in the FII Group Litigation contro Commissioners of Inland Revenue e Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs*, sentenza del 13 novembre 2012.

Causa C-415/93 – *Union royale belge des sociétés de football association ASBL contro Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA contro Jean-Marc Bosman e altri, Union des associations européennes de football (UEFA) contro Jean-Marc Bosman*, sentenza del 15 dicembre 1995.

Causa C-446/03 – *Marks & Spencer plc contro David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, sentenza del 13 dicembre 2005

Causa C-464/14 – *SECIL Companhia Geral de Cal e Cimento SA contro Fazenda Pública*, sentenza del 24 novembre 2016.

Causa C-47/12 – *Kronos International Inc. contro Finanzamt Leverkusen*, sentenza dell'11 settembre 2014.

Causa C-491/01 – *The Queen, su richiesta di British American Tobacco (Investments) Ltd e Imperial Tobacco Ltd., contro Secretary of State for Health*, sentenza del 10 dicembre 2002.

Causa C-504/04 – *Agrarproduktion Staebelow GmbH contro Landrat des Landkreises Bad Doberan*, sentenza del 12 gennaio 2006.

Causa C-524/04 – *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation contro Commissioners of Inland Revenue*, sentenza del 13 marzo 2007.

Causa C-55/94, *Reinhard Gebhard contro Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, sentenza 30 novembre 1995.

Causa C-58/08 – *The Queen*, su richiesta di *Vodafone Ltd, Telefónica O2 Europe plc, T-Mobile International AG, Orange Personal Communications Services Ltd*, contro *Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, sentenza dell'8 giugno 2010.

Causa C-80/94 – *G.H.E.J. Wielockx contro Inspecteur der directe belastingen*, sentenza dell'11 agosto 1995.

Causa C-81/09 – *Idryma Typou AE contro Ypourgos Typou kai Meson Mazikis Enimerosis*, sentenza del 21 ottobre 2010.

Causa C-81/87 – *The Queen*, su richiesta di *Daily Mail e General Trust PLC*, contro *Treasury and Commissioners of Inland Revenue*, sentenza del 27 settembre 1988.

Causa C-86/03 – *Repubblica ellenica contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 15 dicembre 2005.

Cause riunite C-283/94, C-291/94 e C-292/94, *Denkavit International BV, VITIC Amsterdam BV e Voormeer BV contro Bundesamt für Finanzen*, sentenza del 17 ottobre 1996.

Cause riunite C-154/04 e C-155/04 – *The Queen*, su richiesta di *Alliance for Natural Health e altri*, contro *Secretary of State for Health e National Assembly for Wales*, sentenze del 12 luglio 2005.

Cause riunite C-96/03 e C-97/03 – *A. Tempelman e Coniugi T.H.J.M. van Schaijk contro Directeur van de Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees*, sentenze del 10 marzo 2005.

Siti web

NASA (2019), *John F. Kennedy Moon Speech. Rice Stadium, 12th September 1962*.
Ultimo accesso: 6 Settembre 2019. Disponibile al link: <https://er.jsc.nasa.gov/seh/ri-cetalk.htm>.

ICAEW (2019), *JFK's international tax legacy*. Ultimo accesso: 6 settembre 2019. Disponibile al link: <https://economia.icaew.com/opinion/november-2013/jfks-international-tax-legacy>