

Commenti in relazione all'articolo 13 del D.L. 1° luglio 2009, n.78

Osservazioni del tavolo interassociativo Abi - Ania - Assonime - Confindustria

1. Introduzione. *Ratio* delle nuove disposizioni

1.1. La disciplina sulle c.d. *Controlled foreign companies* (di seguito CFC), introdotta nel TUIR con la legge 21 novembre 2000, n. 342, quale strumento di contrasto del *tax deferral* e di protezione delle basi imponibili nazionali, si fonda sul *jurisdictional approach*. Prende in considerazione, cioè, non la natura del reddito prodotto dalla società controllata estera, bensì la circostanza che tale reddito sia prodotto in Stati o territori a fiscalità privilegiata¹ e comporta l'assoggettamento a tassazione "per trasparenza" del reddito complessivo della CFC localizzata in detti Stati o territori, salvo la prova, da parte del soggetto residente, che la società o ente non residente svolge un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività, nello Stato o territorio nel quale ha sede o, in alternativa, che dalla partecipazione "non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori" a fiscalità privilegiata.

Dunque, in questa disciplina convivono, fin dalla sua istituzione, due istanze differenti: il contrasto puro e semplice al *tax deferral* nascente dalla localizzazione della CFC in Stati o territori che assicurano vantaggi fiscali rispetto al regime interno – contrasto attuato, appunto, attraverso la tassazione per trasparenza in Italia di tutto il reddito d'impresa maturato nell'esercizio – e una finalità *lato sensu* antielusiva.

Il contrasto al *tax deferral* è una finalità storica dei regimi di CFC, mentre quella antielusiva è frutto di una concezione più recente che, come vedremo, si sta sostituendo, nel panorama internazionale, alla precedente, quale principale, se non unica, giustificazione di fondo dei regimi CFC.

1.2. L'articolo 13 del D.L. 1° luglio 2009, n. 78, ha apportato varie modifiche alla disciplina prevista dall'art. 167 del TUIR.

In primo luogo, nel comma 5 di tale articolo, è stata ridefinita l'esimente prevista dalla lett. a) e collegata all'esercizio *in loco* di un'"effettiva attività industriale o commerciale", prevedendo che tale attività debba essere altresì svolta "*nel mercato dello Stato o territorio di insediamento*", anziché

¹ Si tratta degli Stati e dei territori individuati sulla base di una specifica lista, approvata con il D.M. 21 novembre 2001.

“*nello Stato o nel territorio nel quale ha sede*” la CFC; ciò al fine di assicurare – secondo quanto evidenzia la relazione illustrativa – l’effettivo radicamento della controllata nel territorio d’insediamento. Per le attività bancarie, finanziarie e assicurative, si è ulteriormente previsto che l’esistenza di un’attività industriale o commerciale effettiva si considera soddisfatta quando “la maggior parte delle fonti, degli impieghi o dei ricavi originano nello Stato o territorio di insediamento”, ossia in presenza di un collegamento qualificato con il territorio.

Inoltre, con il nuovo comma 5-bis è stata introdotta, in termini generali, la presunzione secondo cui l’attività economica non presenterebbe i requisiti richiesti per ottenere la disapplicazione del regime di trasparenza quando i proventi della CFC provengono per più del 50 per cento da “passive income” tra cui vengono espressamente ricompresi anche i redditi derivanti da servizi infragruppo.

Infine, il nuovo comma 8-bis ha esteso il regime CFC anche alle società controllate localizzate in paesi a fiscalità ordinaria, compresi gli Stati membri dell’Unione europea, se contemporaneamente ricorrono due condizioni (e salva, comunque, la possibilità di provare che l’insediamento estero non rappresenta una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale):

- i soggetti controllati sono assoggettati a tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella cui sarebbero stati soggetti ove residenti in Italia;
- hanno conseguito proventi derivanti per più del 50 per cento da *passive income* e da servizi infragruppo.

1.3. Il complesso delle modifiche sopra richiamate – come sottolinea testualmente l’art. 13 del D.L. n. 78 del 2009 – persegue l’obiettivo di armonizzare le regole interne “*con quanto già disposto in altri ordinamenti europei*”. Inoltre, “*allo scopo di evitare indebiti arbitraggi fiscali l’accesso a regimi che possono favorire disparità di trattamento, con particolare riferimento ad operazioni infragruppo, è sottoposto ad una verifica di effettività sostanziale*”.

Le sentenze della Corte di Giustizia, i documenti elaborati dalla Commissione europea² e dall’Ocse e le modifiche normative attuate o programmate da parte dei principali Stati Membri collocano il dibattito relativo alla disciplina CFC nel più generale contesto della compatibilità delle disposizioni antiabuso,

² A seguito della sentenza Cadbury Schweppes, la Commissione Europea (COM/784/2007) ha evidenziato che “*the main purpose of CFC rules is to prevent resident companies from avoiding domestic tax law by diverting income to subsidiaries in low tax countries, and – as the ECJ recognized – CFC rules are in general apt to achieve that purpose*”.

volte a contrastare l'erosione delle basi imponibili nazionali, con l'esigenza delle imprese di competere sui mercati internazionali. In questo quadro, le regole CFC enfatizzano la loro funzione di "chiusura" del sistema fiscale nazionale nei confronti dell'artificiosa distrazione di profitti generati nel paese di residenza del soggetto controllante presso strutture estere di natura essenzialmente fittizia e risultano, viceversa, notevolmente ridimensionate le finalità tradizionali di contrastare puramente e semplicemente il *tax deferral* e cioè la mera dislocazione dell'impresa in territori caratterizzati da una fiscalità privilegiata. Infatti, la nuova operatività internazionale dei gruppi multinazionali, i processi di crescente integrazione delle funzioni al loro interno e l'esigenza di favorire la competitività delle imprese sui mercati internazionali come strada obbligata per restare competitivi anche sui mercati interni, hanno ridotto la rilevanza, anche nei Paesi che più le avevano sostenute, delle politiche di *capital export neutrality* e con esse dei principali istituti che, in ambito fiscale, caratterizzano il c.d. *jurisdictional approach* con il primato del principio di residenza e l'assoggettamento a tassazione in capo al soggetto controllante dell'intero reddito dell'entità estera.

In altri termini, ciò che nel dibattito attuale assume preminente rilievo non è il contrasto – ripetiamo – alla delocalizzazione delle attività attraverso strutture capaci di generare autonomamente redditi in Paesi esteri, ma l'esigenza di evitare che, tramite l'artificioso trasferimento di attività meramente ausiliarie e soprattutto di cespiti mobili, si distruggano profitti attribuibili allo Stato del soggetto controllante.

A livello comunitario, è questa l'unica esigenza che la Corte di Giustizia considera compatibile con il Trattato: separare i "*profits created through genuine economic activity from profits diverted to the CFC, for example passive income*"; distinguere, cioè, dai profitti generati da una reale attività di creazione di ricchezza da parte della CFC i profitti meramente passivi, che sono stati 'distratti' verso la CFC, trasferendo in suo favore capitale e *business asset*.

In definitiva, vi è crescente consapevolezza della necessità di non ostacolare con strumenti tributari i processi di delocalizzazione reale delle imprese, quand'anche capaci di ottenere vantaggi fiscali, laddove la delocalizzazione sia effettiva e non fittizia, pena altrimenti il determinarsi di uno svantaggio competitivo non di poco conto dell'impresa multinazionale.

La tendenza è, in ultima analisi, quella di confermare l'immediata imputazione al socio dei redditi delle sole entità che prevalentemente producono *passive income*, se non addirittura dei soli *passive income* realizzati da entità che prevalentemente producono redditi di tale natura.³

1.4. Le prospettive generali di *policy*, dunque, si sono andate modificando e richiedono, pertanto, di interpretare le modifiche apportate alla normativa CFC alla luce dei nuovi prevalenti orientamenti internazionali e in coerenza con essi, giusto il richiamo letterale al riguardo effettuato dall'art. 13 del D.L. n. 78 del 2009. Ciò esclude la loro applicazione oltre quanto strettamente necessario a proteggere le basi imponibili domestiche dalla "distrazione fittizia" di utili, in particolare quando la controllata è stabilita in un paese membro della Comunità europea. In coerenza con il contesto europeo e internazionale, occorre, dunque, scartare la erronea presunzione che tutte le attività che possono essere svolte in Italia devono essere qui esercitate, ogni qual volta la localizzazione in un paese estero (sia esso compreso nella *black list* o escluso dalla stessa) sia fiscalmente vantaggiosa. Nella misura in cui le localizzazioni all'estero di imprese controllate non rappresentino una distrazione fittizia di utili, le nuove regole CFC non devono ostacolarle; ciò al fine di non discriminare le imprese multinazionali italiane rispetto a quelle di altri Stati *partners* che seguono più da vicino gli anzidetti principi.

In questo contesto internazionale di riferimento, si deve opportunamente collocare l'interpretazione delle recenti modifiche apportate all'art. 167 del TUIR, che accoglie ora entrambe le differenti (e tradizionalmente alternative) impostazioni: quella dei Paesi che, come la Francia, assoggettano a tassazione l'intero reddito della controllata estera localizzata in un paradiso della quale non sia stato dimostrato lo svolgimento di un'effettiva attività d'impresa e quella dei Paesi che, come gli USA, recuperano in capo al residente i soli *passive income* delle controllate estere ovunque insediate.

Alla luce delle attuali linee evolutive cui il legislatore si è voluto richiamare, sembra evidente che l'"innesto" di disposizioni volte a definire con maggiore rigore il concetto di radicamento delle CFC nel territorio estero e ad escludere che possa configurarsi tale radicamento in presenza di *passive income* richiede di essere interpretato in chiave eminentemente antielusiva delle imposte italiane: non

³ Nel progetto di determinazione della base imponibile consolidata (CCCTB) portato avanti dalla Commissione europea si prevede l'applicazione della legislazione CFC alle sole società estere, ovunque localizzate, il cui reddito sia costituito, per almeno l'80 per cento, da *passive income*. In presenza di una CFC che avvera il predetto requisito, il progetto prevede che siano tassati per trasparenza, in capo al controllante, i soli *passive income* e non l'intero reddito della controllata (CCCTB/WP065/Regole antiabuso).

può risolversi – ripetiamo – in un pregiudizio per la competitività delle imprese multinazionali che hanno un’effettiva operatività estera.

In quest’ottica, vengono immediatamente alla luce alcune questioni di fondo.

In primo luogo, si deve ritenere che il riferimento al “mercato” e le specifiche disposizioni dettate per le banche abbiano finalità meramente rafforzativa dell’esimente già prevista sub lett. a) del comma 5 dell’art. 167, essendo volti a verificare, sulla base di presunzioni semplificatorie, l’effettiva connessione economica dell’attività della CFC con lo Stato di localizzazione, secondo le linee tracciate dalla più recente prassi dell’Agenzia delle Entrate. In altri termini, il riferimento al “mercato” non può essere interpretato in senso stretto, come se l’esimente potesse essere riconosciuta solo nell’ipotesi in cui l’impresa produca beni o servizi da collocare in prevalenza nel territorio di insediamento; sarebbe, infatti, illogico, nell’attuale contesto di economia globalizzata, un riferimento ad un mercato locale così rigidamente inteso. Il riferimento al mercato, viceversa, dovrebbe essere letto quale risposta alla più generale necessità che la controllata sia integrata economicamente nel territorio ed eserciti la propria attività avvalendosi di una struttura organizzativa e di una dotazione patrimoniale effettive ed adeguate.

Quanto alle previsioni contenute nel nuovo comma 5-bis, esse inseriscono – come detto – nel regime delle CFC, caratterizzato dal menzionato approccio *jurisdictional*, il tema dei *passive income*. Introducono, infatti, una presunzione di insussistenza di un’effettiva attività industriale e commerciale nelle ipotesi in cui, anche temporaneamente, nel reddito della CFC le componenti passive siano prevalenti. L’attenzione alla natura del reddito prodotto dalla controllata e alla scomposizione tra proventi di *business* e mere rendite passive di cespiti mobili, coinvolge altresì i servizi infragruppo, che, in realtà, si collocano in posizione intermedia (e senza dubbio più vicina ai redditi “attivi”), essendo redditi che derivano dallo svolgimento di attività che sono, più facilmente ma non necessariamente, “mobili”. Questa disposizione richiede alcuni chiarimenti interpretativi, volti ad evitare che siano ingiustamente colpite società di servizi effettivamente operative.

In particolare, a questo riguardo, la norma dovrebbe essere letta come semplice inversione dell’onere della prova, volta a far gravare sul contribuente la necessità di dimostrare in modo più specifico che, al di là dei dati quantitativi, gli *active income*, generati da una attività qualificata di creazione di ricchezza, prevalgono sulle componenti *passive*. O, comunque, dovrebbe essere possibile fornire la prova che – ciò nonostante – non si “consegue l’effetto di localizzare i redditi in Stati o territori” a regime fiscale privilegiato, attribuendo a questa esimente tutta la sua originaria valenza di *motive test*, invocabile, cioè, in ragione non solo del livello di imposizione ma anche di qualsiasi altra circostanza

che escluda l'intenzione del contribuente di distrarre artificialmente profitti attribuibili allo Stato italiano. Non possiamo sottacere che tanto nel Regno Unito che in Francia, alle cui regole si ispira il regime dell'art. 167, è sempre possibile, per il socio, ricorrere al *motive test* generale per evitare la tassazione per trasparenza.

Qualora si dovesse, invece, ritenere che il comma *5-bis* rechi una presunzione assoluta di inesistenza di un'effettiva attività industriale o commerciale di per sé idonea a rendere senz'altro applicabile il regime CFC, sarebbe quanto mai necessario adottare un'interpretazione sistematica e puntuale di ciò che deve essere considerato *passive income* , con particolare (anche se non esclusivo) riferimento ai servizi infragruppo. In particolare, dovrebbero potersi escludere dai servizi produttivi di *passive income* quelli rivolti a società correlate non residenti (né localizzate in paesi *black list* ed attratte a tassazione in Italia), cioè i servizi “estero su estero” che, se effettivamente resi, nulla hanno a che vedere, in linea di principio, con l'erosione della base imponibile nazionale.

1.5. Infine, problemi di particolare rilievo si pongono anche per le disposizioni dei commi 8-bis e 8-ter che estendono, in linea generale, il regime di CFC alle controllate localizzate in Stati non elencati nella *black list* , laddove i proventi di tali controllate derivino prevalentemente da *passive income* e scontino un livello di tassazione effettiva inferiore al 50% di quella italiana.

Una prima tematica attiene alla corretta interpretazione del concetto di “costruzione artificiosa” che costituisce il discrimine tra le imprese per le quali si attiva la tassazione per trasparenza e quelle che invece ne sono escluse.

L'interpretazione di questo concetto deve essere del tutto conforme ai principi che si ricavano dall'ordinamento UE e dalle sentenze della Corte di Giustizia che si sono occupate del tema della libertà di stabilimento. E, ciò, evidentemente per evitare che il nostro ordinamento vada a confliggere – con particolare riguardo alle imprese dislocate nel territorio della UE – con l'ordinamento comunitario.

La questione è delicata e rinviando alle considerazioni del par. 8.

Altra questione non meno rilevante è quella che attiene alla previsione dell'interpello obbligatorio: si tratta di un onere di non poco peso che rischia di confliggere con il principio comunitario secondo cui il contribuente dovrebbe essere messo in grado di dimostrare le giustificazioni economiche dell'insediamento estero senza eccessivi oneri amministrativi. Anche su questa questione rinviando, per comodità espositiva, alle considerazioni del par. 7.

Il tema su cui, invece, va focalizzata subito l'attenzione attiene ai presupposti dell'applicazione di questa nuova e più estesa disciplina di CFC. La lettera della norma sembrerebbe richiedere una verifica analitica in ogni esercizio del livello di tassazione effettiva nel senso di confrontare l'imposizione estera con quella che si otterrebbe nel nostro ordinamento, convertendo il risultato reddituale manifestato "in loco" in quello che deriverebbe dall'applicazione delle regole interne: una sorta, dunque, di fiscalizzazione del conto economico della società di gruppo insediata nello Stato estero.

Rinviando al successivo par. 6 l'esame dei problemi interpretativi che questa disposizione solleva, osserviamo da subito che questo approccio costituisce un *unicum* nel panorama internazionale. E' bene, al riguardo, ricordare che gli Stati che seguono il criterio di avocare a tassazione solo i *passive income* delle controllate estere quali la Germania o gli Stati Uniti, costruiscono un regime di CFC molto semplice nei presupposti applicativi e di facile identificazione, senza particolari oneri amministrativi. Essi, infatti, limitano l'attrazione a imposizione *sic et simpliciter* ai redditi derivanti da cespiti predeterminati o predeterminabili. Ma anche gli Stati che adottano il sistema del *jurisdictional approach*, quali la Francia e l'Inghilterra, tendono a semplificare gli oneri amministrativi per le imprese. In primo luogo, questi ordinamenti prevedono, come clausola automatica in favore dei contribuenti, che il carattere artificioso dell'insediamento (in assenza del quale il regime di CFC non può trovare applicazione) deve essere comprovato dall'Amministrazione finanziaria, con esclusione quindi di qualsiasi obbligo di interpello. Inoltre, essi tendono ad individuare in via preventiva i regimi di concorrenza fiscale dannosa attraverso apposite liste compilate dalla medesima amministrazione, sia pure a carattere esemplificativo e suscettibili di integrazioni in ragione dell'evolversi degli ordinamenti dei vari Stati.⁴

Viceversa, nel sistema introdotto nel nostro Stato con il D.L. n. 78, si verrebbe a creare – ove si ritenga di dover procedere ad una comparazione analitica, esercizio per esercizio – una situazione di impossibile gestione, soprattutto per i gruppi multinazionali di medie e grosse dimensioni. Si consideri, al riguardo, che ci sono gruppi in cui il controllo scende al secondo o terzo livello della catena partecipativa e coinvolge un numero elevato di società per le quali si dovrebbe di volta in volta procedere ad una fiscalizzazione dei relativi risultati reddituali, spesso sulla base di notizie che non è facile reperire. Un'impostazione di questo genere diventa particolarmente onerosa se la si mette in relazione, per l'appunto, con l'obbligo dell'interpello preventivo. Il rischio, peraltro, è che i risultati

⁴ Ad esempio, sin dal 2000 (FA 2000 e FA 2002) il Regno Unito ha modificato sul punto la propria legislazione e sostituito completamente il *comparable approach* con una *white list* di Paesi articolata in due parti, predisposta e aggiornata in via amministrativa.

possano variare di esercizio in esercizio, sopra o sotto la linea di confine di applicazione del regime di CFC, con la conseguenza che gli interpelli non avrebbero la capacità di produrre effetti pluriennali e dovrebbero essere reiterati di esercizio in esercizio.

E' auspicabile, quindi, che nelle sedi e nei modi opportuni si addivenga ad una soluzione più lineare e meno vessatoria nei confronti delle imprese, pur nel rispetto delle condivisibili ragioni dell'Erario di poter verificare le concrete fattispecie che caratterizzano gli investimenti delle imprese multinazionali.

In quest'ottica, sarebbe auspicabile una soluzione simile a quella adottata in altri Stati. In particolare, quand'anche l'Amministrazione voglia mantenere l'obbligatorietà dell'interpello – obbligatorietà, ripetiamo, non prevista negli altri Stati e di dubbia compatibilità comunitaria – è quanto mai opportuno che l'applicazione della CFC venga correlata all'identificazione dei regimi⁵, anche attraverso una lista meramente esemplificativa a cura della stessa Amministrazione.⁶

Questa soluzione sarebbe peraltro in linea con quanto previsto dall'articolo 13 del DL n. 78/2009, il cui primo comma identifica lo scopo del provvedimento nella necessità di “evitare indebiti arbitraggi fiscali” mediante “**l'accesso a regimi che possono favorire disparità di trattamento**”. D'altra parte il confronto analitico è una soluzione che non tutela neanche le ragioni dell'Erario, poiché potrebbe favorire pratiche tendenti a negoziare, con le autorità del Paese ospite, un livello di tassazione appena superiore a quello soglia, come già veniva evidenziato nel Rapporto OCSE *Controlled Foreign Company Legislation del 1998: “the efficacy of CFC legislation in those countries which apply a*

⁵ Torna utile “rileggere”, a questo riguardo, la relazione al D.M. 24 aprile 1992, elaborata dalla Commissione incaricata di dare attuazione alle disposizioni di contrasto ai paradisi fiscali che erano state introdotte, con il comma 7-bis dell'art. 76 del TUIR, dalla legge n. 413 del 1991, le quali prevedevano, come è noto, l'ineducibilità dei costi relativi ad operazioni infragruppo intercorse con uno Stato “che esclude da imposte sul reddito o che sottopone i redditi conseguiti... ad imposizione in misura inferiore alla metà di quella complessivamente applicata in Italia per redditi della stessa natura”. Anche allora, e in un contesto meno gravato dai condizionamenti di compatibilità comunitaria, si pose il problema relativo alle modalità secondo cui effettuare la comparazione tra livelli impositivi. La Commissione ritenne che il dettato normativo (corrispondente, anche sul piano letterale, a quello ora introdotto nel richiamato comma 8-bis richiedesse di comparare tra di loro i diversi regimi fiscali, considerando elementi di tipo aggregato che riflettono la struttura e la misura del prelievo fiscale, nonché le aliquote effettive, da determinare tenendo conto oltre che della misura delle aliquote legali, anche delle altre caratteristiche del sistema fiscale, dalla determinazione della base imponibile alla modalità di integrazione fra tassazione societaria e personale, ma senza considerare l'esistenza di esenzioni territoriali concesse per periodi di tempo limitati. Sulla base di tali criteri, ossia comparando i sistemi fiscali tra di loro, fu elaborata la prima *black list*, alla quale si uniformarono, nella sostanza e nella forma, quelle successive, sia quella elaborata a corredo della disciplina generale sulle CFC, di cui al D.M. 21 novembre 2001, che individua gli Stati e i territori a fiscalità privilegiata, sia quella rinnovata di attuazione delle disposizioni sull'ineducibilità dei costi di cui al D.M. 23 gennaio 2002.

⁶ L'individuazione potrebbe essere effettuata con circolari, così da garantire la necessaria flessibilità nell'inserire nuovi regimi agevolativi che dovessero essere ritenuti contrari alla *ratio* delle nuove norme.

comparable tax approach may be jeopardised where (as anecdotal evidence suggest) a target territory offers means to circumvent such legislation by allowing companies to negotiate the level of taxation (e.g., to an effective rate 0.1 per cent greater than the threshold below which the CFC legislation applies) payable by the CFC". Motivo per il quale, come già rilevato (cfr. nota 6), il Regno Unito aveva modificato sul punto la propria legislazione.

1.6. In conclusione, nella sua originaria impostazione la disciplina CFC perseguiva, prevalentemente, lo scopo di contrastare *il tax deferral* delle localizzazioni di comodo delle imprese residenti, salva la dimostrazione dello svolgimento di un'effettiva attività industriale o commerciale tramite una struttura organizzativa adeguata. Come già rilevato, il cosiddetto *jurisdictional approach* era comune a quello adottato da altri grandi paesi OCSE e si traduceva – sul piano economico – nella ricerca della neutralità degli investimenti, i quali, se effettuati all'estero, non dovevano risultare favoriti, in termini di differimento dell'onere tributario, rispetto a quelli domestici.

Le modifiche apportate dal D.L. n. 78, per un verso, rafforzano il presidio contro le ingiustificate localizzazioni di comodo, richiedendo una più adeguata dimostrazione del radicamento della controllata nel paese ospite; per un altro, si ispirano al diverso approccio, c.d. *transactional*, che invece guarda alla natura dei redditi, per fronteggiare fenomeni di vera e propria distrazione dei profitti, tramite localizzazioni fittizie dei *passive income* o delle attività mobili. L'esclusione delle società collegate estere dall'ambito applicativo delle nuove regole conferma che tali regole si indirizzano solo contro le pratiche di pianificazione fiscale dannosa, le quali, appunto, presuppongono il 'controllo' e la strategia di un *dominus*, come indirettamente si desume dalla stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia (causa C-264/96 – ICI) . Da questa impostazione consegue che, per le localizzazioni in Paesi o territori diversi da quelli *black list*, il vantaggio fiscale derivante da un minore livello impositivo dello Stato ospite e dal *tax deferral* diventa elemento che favorisce la competitività sui mercati esteri delle imprese residenti e che, in quanto tale, deve essere tutelato per consentire alle imprese di crescere. E' così per tutti i paesi che hanno adottano il *transactional approach* e anche per quelli – come il Regno Unito – attualmente impegnati a ridefinire, in un dibattito pubblico, obiettivi e strategia della legislazione CFC, in vista della sua imminente riforma.⁷

In coerenza con tali obiettivi, anche per i paesi *black list*, l'esimente dovrebbe continuare ad essere riconosciuta in presenza di un'effettiva attività industriale o commerciale, anche se in determinati

⁷ HM Treasury "Reform of Controlled Foreign Companies (CFC) Policy principles document, July 2009.

periodi d'imposta le componenti passive di cui al comma 5-*bis* siano prevalenti, dovendosi, tuttavia, dare prova che tra i principali scopi perseguiti dal soggetto non residente non vi è la distrazione dei profitti dallo Stato di residenza del controllante e che le transazioni della CFC in tali esercizi non sono poste in essere per ottenere una riduzione sostanziale delle imposte in Italia.

Infine, per quanto concerne la modifica di maggior rilievo innovativo – quella, cioè, contenuta nei commi 8-bis e 8-ter che introducono il regime di CFC a carattere generale – andrebbero trovati, come detto, meccanismi di semplificazione di questo regime: l'applicazione congiunta, infatti, del confronto analitico, esercizio per esercizio, del livello di imposizione e dell'obbligo di interpello preventivo rendono l'intera disciplina di difficile, se non di impossibile gestione (soprattutto per i gruppi multinazionali con numerose articolazioni all'estero) e non in linea con quella prevista dagli altri Stati partners con grave nocimento competitivo delle nostre imprese multinazionali.

Tutto ciò premesso, esaminiamo di seguito alcune problematiche interpretative di maggiore interesse.

2. Entrata in vigore delle nuove disposizioni

L'art. 13 del D.L. 78 del 2009 non contiene alcuna specifica disposizione di decorrenza delle modifiche apportate alla disciplina delle CFC. Tale decreto si limita, infatti, all'art. 26, a statuire l'entrata in vigore delle disposizioni da esso recate dal giorno stesso della sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale (1° luglio 2009).

In particolare, ai fini che qui interessano, non è stata prevista alcuna deroga a quanto sancito dall'art. 3 dello Statuto del Contribuente secondo cui *“relativamente ai tributi periodici le modifiche introdotte si applicano solo a partire dal periodo d'imposta successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore delle disposizioni che le prevedono”*. Ne dovrebbe discendere, pertanto, che le modifiche introdotte dall'art. 13 le quali agiscono sulla determinazione della base imponibile e, quindi, incidono sulla determinazione dell'IRES - si applicano dal periodo di imposta successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore delle disposizioni che le prevedono (periodo di imposta successivo a quello in corso al 1° luglio 2009).⁸

⁸ A tal fine si ricorda che il comma 1 dell'art. 1 dello Statuto prevede che *“Le disposizioni della presente legge costituiscono principi generali dell'ordinamento tributario e possono essere derogate o modificate solo espressamente e mai da leggi speciali”*.

Al riguardo, deve, infatti, escludersi che l'art. 13 possa essere considerata una norma interpretativa o una norma di tipo procedurale, se non, eventualmente, per la modifica al comma 5, lett. a), di cui si dirà in seguito.

Anche aspetti squisitamente operativi inducono a ritenere che il primo periodo di applicazione delle nuove disposizioni non possa essere quello in corso alla data del 1° luglio 2009.

Le imprese nei cui confronti verrebbero a realizzarsi i nuovi presupposti di applicazione della disciplina CFC, infatti, non avrebbero il tempo necessario per verificare la sussistenza dei nuovi presupposti previsti dalla normativa che, in alcuni casi (come quello della tassazione effettiva dell'impresa estera controllata), presuppongono la chiusura del bilancio e la presentazione della dichiarazione dei redditi della società estera. Soprattutto, una diversa interpretazione confliggerebbe con la "ratio" del provvedimento che è quella non di costringere le imprese a mantenere gli insediamenti esteri costituenti CFC ma di smantellarli, possibilmente, senza aggravii impositivi.

Infine, si osserva che sebbene la relazione tecnica al decreto stimi maggiori entrate in termini di cassa a decorrere dall'anno 2010, la stessa non può assumere alcuna rilevanza ai fini interpretativi.

3. Esimente - Mercato

L'art. 13 del D.L. 78 del 2009 ha modificato la condizione esimente di cui alla lett. a) del comma 5 dell'art. 167 che richiede l'esercizio di un'effettiva attività industriale o commerciale, prevedendo, come accennato in premessa, che tale attività debba essere svolta "nel mercato dello Stato o territorio di insediamento".

La modifica "normativizza" un recente orientamento di prassi dell'Agenzia delle entrate (cfr. ris. n. 427 del 2008) secondo il quale, ai fini della non applicabilità della normativa CFC, occorre verificare il radicamento della controllata nello Stato ospitante attraverso la dimostrazione dello svolgimento dell'attività economica nel mercato di insediamento.

Il nodo interpretativo riguarda – come si è segnalato in premessa - il concetto di "svolgimento di un'attività nel mercato di uno Stato".

Al riguardo, è plausibile ritenere che la modifica apportata abbia inteso enucleare quanto nella precedente formulazione veniva lasciato in ombra e, cioè, che per fruire dell'esimente, occorre dimostrare non solo che la controllata estera svolga un'attività effettiva ma anche che essa sia dotata di

una struttura organizzativa autonoma “radicata” nello Stato o territorio di insediamento, capace di svolgere le attività che ne concretizzano l’oggetto sociale. In altri termini, è necessario che la società istante sia in grado di dimostrare che la controllata estera dispone, nel proprio Stato di residenza o di insediamento, delle principali funzioni organizzative e delle risorse (umane e di mezzi) che le consentono di svolgere in autonomia la propria attività.

Secondo questa interpretazione, le modifiche apportate sarebbero meramente rafforzative dell’esimente già prevista, come, peraltro, è possibile dedurre dalle finalità delle modifiche dichiarate nel comma 1 dello stesso art. 13.⁹

Deve invece escludersi la più rigorosa interpretazione secondo cui le imprese dovrebbero dimostrare che l’attività industriale o commerciale è rivolta al mercato del Paese di insediamento, nel senso che l’approvvigionamento (fornitori) e/o lo sbocco (clienti) debbano essere rivolti al mercato dello Stato ospitante.

Una tale dimostrazione, oltre ad essere dimostrazione estremamente difficile, comporterebbe pesanti aggravii degli oneri amministrativi e documentali e penalizzerebbe la competitività dei gruppi italiani che hanno insediamenti all’estero operanti in diversi mercati internazionali.

Peraltro, come accennato in premessa, non si comprende perché le controllate estere dotate di strutture organizzative e produttive effettive presso lo Stato a regime fiscale privilegiato non possano accedere all’esimente anche se l’approvvigionamento e/o lo sbocco non siano localizzati in quello Stato o area geografica, ove possano comunque dimostrare di essere dotate *in loco* di strutture organizzative e funzionali che le consentano di svolgere la propria attività in via autonoma e con risorse adeguate.

La presenza di una struttura “produttiva”, infatti, è di per sé sintomatica di una sostanza economica reale dell’insediamento estero.¹⁰

Nella denegata ipotesi che non si voglia aderire a questa impostazione – che ribadiamo è l’unica compatibile con gli orientamenti internazionali – ai fini dell’individuazione del mercato di riferimento è, comunque, opportuno che venga confermato quanto già espresso dall’Agenzia delle entrate nella risoluzione n. 128 del 2009, ove è stata fornita una definizione di mercato più estesa al fine di

⁹ La *ratio* delle modifiche recate dall’art. 13 D.L. n.78 del 2009 è enunciata al comma 1 del medesimo articolo ove viene disposto che “*Per analogia e armonizzazione con quanto già disposto in altri ordinamenti europei, allo scopo di evitare indebiti arbitraggi fiscali l’accesso a regimi che possono favorire disparità di trattamento, con particolare riferimento ad operazioni infragruppo, è sottoposto ad una verifica di effettività sostanziale*”.

¹⁰ In tal senso anche la Commissione delle Comunità europee (2007) 785 del 10 dicembre 2007.

ricomprendere il mercato regionale e/o l'area geografica economica adiacente (es. Sud-est asiatico per Hong Kong e Singapore).

Per le attività bancarie, finanziarie e assicurative, l'ultimo periodo della lett. a) del comma 5 precisa che la condizione dell'attività nel mercato dello Stato o del territorio di insediamento "si ritiene soddisfatta quando la maggior parte delle fonti, degli impieghi o dei ricavi originano nello Stato o territorio di insediamento".

Tenuto conto delle particolari caratteristiche in cui si concretizza l'attività bancaria e assicurativa, tale previsione avrebbe lo scopo di facilitare la prova dell'effettività dell'attività nel mercato di insediamento, nel senso che la prevalenza della raccolta, degli impieghi o dei ricavi nel territorio estero testimonierebbe l'effettivo esercizio dell'attività all'estero.

Tale specifica previsione, pertanto, non dovrebbe precludere la possibilità di dimostrare in altro modo l'esercizio effettivo dell'attività nel territorio di insediamento.

Una diversa interpretazione rischierebbe di essere ingiustificatamente penalizzante e discriminatoria anche a motivo del fatto che la disposizione in esame, a differenza di quella dettata per le imprese non bancarie e assicurative, fa riferimento allo Stato o territorio di insediamento e non al mercato di insediamento, rendendo, quindi, ancor più complessa la prova.

Sotto altro profilo, la specificazione normativa consente anche di avvalorare la tesi suesposta in merito all'ininfluenza, per i soggetti che svolgono attività diversa da quella finanziaria ed assicurativa, della localizzazione dei propri clienti e fornitori. Se davvero quest'ultimo fattore (localizzazione dei clienti e dei fornitori) fosse stato rilevante per le imprese in generale, non se ne comprenderebbe l'esplicitazione (facendo riferimento a fonti e ad impieghi) nella disposizione specifica per banche ed assicurazioni, posto che per esse fonti e impieghi sono sostanzialmente sinonimi di fornitori e clienti.

4. "Passive income companies"

Il nuovo comma 5-bis dell'art. 167 esclude l'operatività dell'esimente relativa all'esercizio di un'effettiva attività industriale o commerciale, quando i proventi della società controllata estera *"provengono per più del 50% dalla gestione, dalla detenzione o dall'investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie, dalla cessione o dalla concessione in uso dei diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria o artistica nonché dalla prestazione di servizi nei confronti dei 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". Si tratta delle società titolari di "passive income". La nozione è richiamata anche nel nuovo comma 8-bis, nella parte in cui assoggetta queste società alla disciplina CFC anche se non localizzate in un paradiso fiscale.

La disposizione presenta numerosi aspetti problematici.

Per non ripeterci, richiamiamo le considerazioni già svolte in premessa con riguardo, in particolare, al fatto che questa previsione dovrebbe essere interpretata come una presunzione relativa e, dunque, tale da non escludere il diritto del contribuente a dimostrare l'effettivo esercizio di un'attività commerciale o industriale; ciò anche in considerazione del fatto che sono incluse nelle attività produttive di "*passive income*" fattispecie, quali i servizi infragruppo, che *in re ipsa* non sempre hanno siffatte caratteristiche.

Di seguito soffermiamo l'attenzione su alcune tematiche di particolare interesse

4.1. *Prevalenza di proventi "passivi"*

Non sono chiari i criteri con cui debba essere misurata la prevalenza dei proventi di tipo "passivo".

La disposizione fa riferimento ai "proventi": è necessario precisare se con questa locuzione si intenda fare riferimento ai proventi lordi oppure se sia necessario tenere in conto anche dei relativi costi di produzione.

Occorre, inoltre, precisare che qualora la società estera direttamente controllata partecipi ad un consolidato fiscale con società direttamente o indirettamente controllate dalla stessa e residenti nello stesso Stato, il conseguimento di proventi "passivi" in misura superiore al 50% andrebbe verificato su base consolidata.

4.2. *Proventi dell'attività caratteristica*

In via preliminare va ricordato che non possono essere considerati "passivi" i proventi conseguiti nell'ambito della propria attività caratteristica e che, nel caso specifico di banche ed assicurazioni che gestiscono, detengono, investono in titoli, crediti e altre attività finanziarie sono individuabili, rispettivamente, nell'attività di intermediazione e trasformazione dei rischi.

Venendo alla disposizione in commento, va detto che la norma qualifica il rapporto instaurato con le attività finanziarie produttive dei proventi in termini di “gestione, detenzione o investimento”, potenzialmente idonei a descrivere qualunque profilo funzionale del cespite e qualunque forma di impiego (gestione, detenzione, ovvero investimento).

Tuttavia, mentre la valenza della “detenzione” e dell’“investimento” sembra collocarsi agevolmente nell’ambito della *ratio* della norma, identificandosi con il profilo funzionale tipico dei *passive investments*, la ricomprensione nella fattispecie della “gestione” suscita, effettivamente, dubbi, potendo la relativa nozione estendersi ad attività imprenditoriali caratterizzate non solo dal coordinamento di fattori produttivi variegati e complessi, ma anche dalla professionalità (derivante dall’esercizio abituale) e dall’aleatorietà dei risultati.

E’ il caso delle attività imprenditoriali caratterizzate dalla gestione di capitali di terzi, sulla base di rapporti fiduciari o gestori (individuali o in monte), ovvero nell’ambito dell’intermediazione bancaria, finanziaria o assicurativa, attività la cui oggettiva (e pertanto generalizzata) ricomprensione nell’ambito dei commi 5-*bis* e 8-*bis* dell’art. 167, se non ricollegata a specifici e qualificati indizi di abuso, confliggerebbe, inevitabilmente, non solo con l’evidente *ratio legis* ma anche con le libertà economiche riconosciute all’interno dell’Unione europea.¹¹

L’anzidetta soluzione interpretativa trova inoltre indiretta conferma nello stesso sistema della “nuova” disciplina CFC, nel senso che i presupposti applicativi di talune disposizioni risulterebbero incoerenti se si accogliesse la tesi di una corrispondenza generalizzata delle attività bancarie, finanziarie e assicurative con la fattispecie della “gestione, detenzione e investimento” in titoli, crediti ed altri strumenti finanziari.

Rileva al riguardo la modifica dell’“esimente” di cui alla lett. a) del comma 5 dell’art. 167, laddove sono state previste, da un lato, specifiche condizioni per la disapplicazione della disciplina (tramite interpello) e, dall’altro, situazioni che escludono la possibilità di disapplicazione.

¹¹ Non va dimenticato che lo svolgimento qualificato dell’attività di che trattasi, proprio per i rilevanti riverberi su interessi diffusi, richiede di norma l’ottenimento di apposite licenze o autorizzazioni, oppure l’iscrizione in albi o elenchi tenuti dalle autorità dello Stato di insediamento, con assoggettamento alla relativa vigilanza. Insomma, niente a che vedere (salvi i casi di abuso, da considerare comunque eccezionali), con i presupposti economici (il mero sfruttamento del capitale) cui si ricollega la presunzione legale di artificiosa localizzazione estera.

In particolare, per le attività bancarie, finanziarie ed assicurative, l'esimente sussiste "quando la maggior parte degli impieghi o dei ricavi originano nello Stato o territorio di insediamento". Allo stesso tempo, viene stabilito che l'esimente non spetta se "i proventi della società o altro ente non residente provengono per più del 50% dalla gestione, dalla detenzione o dall'investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie", ossia quando il presupposto oggettivo del comma 8-bis si manifesti in paesi *black-listed*.

E' evidente, dunque, come una generalizzata inclusione delle attività in questione nella fattispecie della "gestione", "detenzione" e "investimento" in strumenti finanziari sarebbe incoerente con l'esimente specificamente prevista per tali attività, senza contare che, altrimenti, una banca o un'assicurazione rientrerebbero nel regime CFC per il solo fatto di compiere operazioni tipicamente bancarie o assicurative.

Una possibile chiave di lettura, che consentirebbe di conciliare la previsione normativa con le specificità del settore bancario, finanziario ed assicurativo, sarebbe quella di computare, ai fini dei commi 5-bis e 8-bis, i soli eventuali proventi di natura finanziaria che non scaturiscano dall'attività caratteristica dell'impresa estera di intermediazione, trasformazione dei rischi o gestione per conto terzi.

4.3. Servizi infragruppo

La disposizione sembra volta a colpire le attività di mero godimento, prive di contenuto imprenditoriale. Come già sottolineato in premessa, non è chiaro, tuttavia, come la *ratio* di tale disposizione si coordini con l'inclusione delle società che prestano servizi a favore di altre società del gruppo e che sono dotate di una sostanza economica effettiva, di una struttura e di un'organizzazione reale (uffici, personale, ecc.). I redditi di tali società, se residenti in Paesi *black list*, sarebbero sempre e comunque attratti a tassazione in Italia; se residenti altrove, rientrerebbero comunque nell'ambito di applicazione potenziale della nuova disciplina CFC.

Con riguardo alla quantificazione dei proventi derivanti da prestazioni di servizi resi all'interno del gruppo, si dovrebbero considerare, conformemente alle considerazioni svolte in premessa, soltanto i proventi derivanti da prestazioni effettuate nei confronti dei soggetti tassati in Italia, perché solo se tali proventi eccedono il 50% del totale dei proventi conseguiti sarebbe ravvisabile una significativa

localizzazione di redditi italiani in Stati *black list* o a tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella a cui sarebbero stati soggetti ove residenti in Italia.¹²

Comunque, in generale, appare opportuno specificare che l'impossibilità di far valere l'esimente non si applica nel caso di società che svolgono servizi infragruppo con una propria autonomia ed un'adeguata struttura organizzativa da verificarsi in sede di interpello preventivo.

4.4. Società holding

Non è chiaro come si giustificerebbe l'inclusione, tra le "*passive income companies*", delle holding che detengono e gestiscono partecipazioni in società che in Italia fruirebbero del regime di esenzione della *participation exception*. Sul punto si ritornerà *infra* quando verrà esaminato, più in dettaglio, il regime fiscale delle *holding*.

¹² Si considerino, al riguardo, i seguenti esempi riguardanti società estere che operano in via prevalente o esclusiva con l'estero.

Esempio n. 1

La società italiana A controlla direttamente da diversi anni la società B fiscalmente residente in Olanda.

La società B svolge attività di finanziamento a favore di società direttamente o indirettamente controllate dalla società A, attraverso l'emissione di obbligazioni sul mercato che vengono sottoscritte quasi esclusivamente da investitori istituzionali terzi.

Detta attività di intermediazione finanziaria viene remunerata tramite l'applicazione di uno *spread* sul tasso di interesse relativo ai finanziamenti infragruppo, la cui misura è stata fissata attraverso la stipula di un apposito *ruling* con l'amministrazione finanziaria olandese.

La società B presta servizi di finanziamento prevalentemente a società estere controllate dalla società A (o almeno lo fa in misura prevalente, nel senso che tali finanziamenti rappresentano più del 50% del totale dei finanziamenti attivi, così come i ricavi derivanti da tali finanziamenti rappresentano più del 50% dei ricavi totali). Pertanto, il costo del servizio di finanziamento infragruppo non viene sostenuto, o non lo è comunque in via prevalente, da soggetti tassati in Italia e non comporta quindi una (prevalente) localizzazione di redditi italiani in Stati con una tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella a cui sarebbero stati soggetti ove residenti in Italia.

Esempio n. 2

La società italiana A ha il controllo indiretto del Gruppo assicurativo estero B, operante in diversi Paesi dell'Europa dell'Est, di cui fa parte anche una compagnia riassicurativa C, fiscalmente residente in uno Stato UE con aliquota d'imposizione ordinaria del 10%.

La società C, costituita al fine di concentrare quota parte dei rischi sottoscritti dalle compagnie del Gruppo B in un unico soggetto, svolge la propria attività attraverso un'adeguata struttura organizzativa in termini di risorse umane e mezzi tecnici. Infatti, la concentrazione dei rischi in tale unico soggetto presenta vari vantaggi, tra cui la gestione unitaria dei rischi, un utilizzo più efficiente del capitale e la possibilità di gestire la riassicurazione esterna in modo più efficace.

Poiché la società C svolge la propria attività infragruppo esclusivamente nei confronti delle compagnie (estere) del Gruppo B e non presta alcun servizio (diretto ed indiretto) a società fiscalmente residenti in Italia correlate alla società A, il costo del servizio riassicurativo viene sostenuto, nemmeno in parte da soggetti tassati in Italia e non comporta quindi alcuna localizzazione di redditi italiani in Stati con una tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella a cui sarebbero stati soggetti ove residenti in Italia.

5. Nuova esimente. Effetti sui *ruling* già emessi

E' necessario chiarire l'effetto che le modifiche apportate all'esimente dall'art. 167, comma 5, lett. a) e l'introduzione del comma *5-bis* producono con riguardo agli interpelli favorevoli già rilasciati dall'Agenzia delle entrate sulla base della dimostrazione dell'esistenza di una struttura economica effettiva.

Quanto alle modifiche introdotte direttamente nel comma 5, lett. a), se si aderisce alla tesi sopra prospettata secondo cui esse avrebbero inteso meglio chiarire un concetto già implicito nella precedente disciplina e nella prassi amministrativa – e, cioè, che la società controllata abbia un effettivo radicamento nello Stato estero in termini di autonomia gestionale e di mezzi patrimoniali adeguati, a nulla rilevando, di per sé, lo sbocco di mercato della sua attività –, si dovrebbe logicamente concludere che esse non abbiano alcun impatto sugli interpelli già favorevolmente accolti.

Più delicata potrebbe presentarsi la questione per le modifiche introdotte con il comma *5-bis*, che, come detto, escludono il ricorso all'esimente del comma 5, lett. a), ove i redditi siano prevalentemente costituiti da “*passive income*”. Su questo punto occorre, tuttavia, ricordare che anche in passato la prassi amministrativa è stata nel senso di non riconoscere l'effettività dell'attività commerciale o industriale in presenza di redditi prevalentemente generati da “*passive income*”. Quindi, non dovrebbero sussistere motivi per disconoscere gli interpelli già favorevolmente accolti. Comunque, in punto di diritto, merita osservare che le modifiche apportate alla disciplina dell'esimente di cui alla lett. a) del comma 5 dell'art. 167, non comportano un cambiamento radicale della disciplina sulla base della quale sono stati emessi i precedenti interpelli, e dunque, è da ritenere che, nei casi in cui le circostanze di fatto siano rimaste immutate, non operi neanche la generale disciplina di rettifica dell'interpello prevista dall'art. 5 del D.M. 26 aprile 2001, n. 209, richiamata dall'art. 5 del D.M. 21 novembre 2001, n. 429.

Infine, si rileva che l'Agenzia delle Entrate è in grado di procedere al riesame degli interpelli già presentati e procedere alla loro verifica anche in base alle modifiche normative recentemente apportate. Laddove l'esito della verifica porti a ritenere che la situazione di fatto rappresentata nella richiesta di interpello non soddisfi la nuova formulazione dell'esimente, ben potrà l'Agenzia stessa notificare al contribuente la caducazione dell'interpello invitandolo a procedere, se del caso, ad una nuova istanza. In mancanza, le imprese potranno ritenere tuttora validi gli interpelli favorevoli già ottenuti.

6. Controllate residenti in Paesi non *black list*

L'art. 13 del D.L. n. 78 del 2009 estende, in talune situazioni, l'applicazione della normativa sulle CFC anche alle controllate estere localizzate in Paesi non a fiscalità privilegiata e, quindi, anche a società residenti in Stati membri dell'Unione europea.

Tale estensione dell'ambito applicativo della normativa CFC si verifica, come già accennato in premessa, ove sussistano le seguenti situazioni: (i) i redditi della controllata estera risultino soggetti "in loco" a tassazione effettiva inferiore al 50% di quella applicabile in Italia; (ii) i proventi della controllata estera derivino per più del 50% da proventi c.d. "passive", nonché da prestazioni di servizi infra-gruppo, compresi i servizi finanziari.

Nonostante il verificarsi dei suddetti presupposti, la disciplina può comunque essere disapplicata, per il tramite di un interpello all'Amministrazione finanziaria qualora il soggetto residente dimostri che l'insediamento all'estero non rappresenta una "costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale".

La norma solleva numerosi dubbi interpretativi, oltre a presentare profili di difficile compatibilità con il diritto comunitario. Per salvaguardarne il contenuto, ne è, pertanto, auspicabile un'interpretazione che tenga conto dei principi comunitari come tradotti dalla Corte di Giustizia e dalla Commissione europea.

6.1. Tassazione effettiva.

Abbiamo già espresso in premessa le obiezioni di fondo al metodo del confronto analitico; obiezioni che dovrebbero indurre – ripetiamo – l'Amministrazione finanziaria ad adottare una linea interpretativa di semplificazione che prescindendo dal confronto analitico e riconduca l'applicazione della disciplina di CFC all'effettiva esistenza di regimi fiscali dannosi appositamente individuati.

Comunque, anche sotto il profilo tecnico, il metodo del confronto analitico solleva varie problematiche interpretative di non agevole soluzione, che ne rendono l'applicazione onerosa, difficile ed aleatoria, anche tenendo conto della necessità di interpello preventivo.

Come detto, la verifica in ordine alla tassazione effettiva va effettuata calcolando la base imponibile teorica della società estera e l'imposta teorica relativa.

Il calcolo della base imponibile teorica dovrebbe richiedere, a stretto rigore, la riclassificazione del bilancio di esercizio della controllata estera secondo le regole applicabili in Italia. Sulle risultanze del conto economico così riclassificato andrebbero poi calcolate le variazioni in aumento e in diminuzione previste dalle norme tributarie italiane.

Il risultato di questa determinazione dovrebbe essere confrontato con le imposte pagate dalla controllata estera.

In questa ricostruzione dovrebbero prendersi in considerazione anche gli effetti sulla base imponibile derivanti dalle norme, italiane ed estere, relative, ad esempio, al riporto delle perdite fiscali, all'esistenza di eventuali crediti d'imposta e, più in generale, tutti i fattori normativi e regolamentari che intervengono a modificare l'imponibile o l'imposta dovuta.

Relativamente alle perdite pregresse, occorrerà non solo chiarire se e come le perdite estere siano rilevanti al fine del raffronto, ma anche se la loro quantificazione o la loro riportabilità possa essere assunta con le regole che rilevano in loco o esclusivamente con quelle nazionali.

Sempre secondo questa impostazione, sarebbe poi necessario chiarire la rilevanza assunta, ai fini della determinazione della tassazione effettiva, dalle leggi e dalle disposizioni nazionali speciali come, ad esempio, le norme in tema di indeducibilità degli interessi passivi relativi a prestiti obbligazionari emessi da società non quotate diverse dalle banche il cui saggio di rendimento è superiore al c.d. tasso soglia.¹³

Sotto altro profilo, vanno precisate le relazioni reddituali che possono instaurarsi tra i periodi d'imposta che soggiacciono alla disciplina di tassazione per trasparenza (perché la tassazione effettiva scende al di sotto del 50%) e quelli che non vi soggiacciono (perché la tassazione effettiva supera il 50%). Si tenga conto, a questo riguardo che il reddito d'impresa è caratterizzato dalla continuità e dalla complementarietà delle risultanze reddituali dei vari periodi amministrativi e quindi dovrebbero essere riferiti ai redditi sottoposti a tassazione ex regime CFC in un determinato periodo d'imposta anche le

¹³ Quest'ultima disciplina (*ex art. 3, comma 115, della legge 28 dicembre 1995, n. 549*), peraltro, dovrebbe essere interpretata in chiave evolutiva, nel senso di equiparare alle società quotate, che non sono soggette all'indeducibilità degli interessi passivi eccedenti il tasso soglia, le società aventi strumenti finanziari (azioni e/o obbligazioni) "diffusi presso il pubblico in maniera rilevante". Tali società, la cui disciplina si rinviene nel Regolamento Emittenti CONSOB introdotto con delibera 23 dicembre 2003, sono tenute ad obblighi informativi e di certificazione analoghi alle emittenti con azioni quotate (art. 116 TUF). Questa interpretazione sarebbe coerente con la finalità originaria della norma, che fu introdotta per contrastare sistemi di sottocapitalizzazione delle imprese a ristretta base azionaria e con la disciplina recata dal D.Lgs. n. 239/1996, che contempla la nozione di società quotata con riferimento ad emissioni obbligazionarie.

eventuali perdite (o componenti negativi) relativi a tali redditi manifestatisi in periodi non sottoposti a tale regime.

Infine, va chiarita la relazione che intercorre tra i redditi assoggettati a tassazione per trasparenza presso la CFC e i dividendi conseguiti dalla società controllante italiana. A questo riguardo può osservarsi, in via generale, che per i dividendi derivanti da Paesi di *black list* è già prevista una duplice regola, secondo cui fino a concorrenza dei redditi della CFC tassati per trasparenza, i dividendi non sono più oggetto di tassazione, mentre per la parte eccedente sono tassati per il loro intero ammontare.

La prima di queste regole dovrebbe tornare applicabile anche alle CFC disciplinate dal comma 8-bis, mentre la seconda regola, naturalmente, non può trovare applicazione. Appare logico, infatti, che i dividendi eccedenti vengano tassati nella misura ordinaria del 5%: d'altra parte, nell'ipotesi particolare in cui la CFC, localizzata in un Paese non di *black list*, abbia ricevuto dividendi da società partecipate localizzate in Stati *black list* che vengono triangolati con la casa madre italiana, già esiste nel nostro ordinamento un regime di integrale tassazione di questi dividendi al momento del rimpatrio.

Ciò posto, tornando al problema del confronto analitico che, come detto, può determinare l'applicazione della tassazione per trasparenza del reddito di alcuni esercizi e non di altri della società partecipata, occorre trovare una regola per imputare, in sede di rimpatrio, i dividendi che si riferiscono ai redditi degli esercizi tassati (e come tali non più suscettibili di essere nuovamente sottoposti a tassazione neanche al 5%) e quelli che, invece, riferendosi agli esercizi non sottoposti al regime di tassazione per trasparenza, restano assoggettabili al regime di tassazione ordinaria del 5%. Sarebbe logico considerare rimpatriati per primi i dividendi corrispondenti ai redditi già tassati.

6.2. Tassazione effettiva. Consolidato fiscale estero.

Nell'ipotesi in cui la controllata estera partecipi ad un consolidato fiscale estero, andrebbe specificato che il raffronto va effettuato prendendo in considerazione la tassazione definita su base consolidata, depurata delle rettifiche di consolidamento di carattere permanente non riconosciute dalla disciplina italiana (es. esenzione integrale dei dividendi).

6.3. Problematiche relative alla tempistica per la gestione dell'interpello

La verifica sulla tassazione effettiva impone la previa chiusura del bilancio e la presentazione della dichiarazione dei redditi della controllata estera nel suo Stato di residenza.

In molti casi, la controllante italiana non potrà avere i dati necessari per effettuare il controllo entro il termine per il versamento delle proprie imposte; pertanto andrà chiarito come potrà essere gestita la tempistica dell'interpello e quella dei versamenti e delle dichiarazioni dell'esercizio di competenza.

7. Interpello disapplicativo e compatibilità comunitaria

La disposizione del comma 8-*bis* comporta, per il contribuente, l'esigenza di monitorare l'eventuale concretizzarsi delle due condizioni poste per l'applicabilità delle norme CFC anche alle controllate residenti in paesi non *black list*. Si è già sottolineata la difficoltà di procedere ad un simile monitoraggio, in particolare in relazione ai livelli di tassazione, effettiva e teorica, a cui i redditi della controllata sono e sarebbero stati assoggettati.

Le problematiche "temporali" relative alla gestione dell'interpello risultano difficilmente superabili se occorre avere a riferimento, per il calcolo della tassazione effettiva, la dichiarazione dei redditi estera, considerato che tale disponibilità dipende dai termini (certamente successivi all'approvazione del bilancio) previsti per la presentazione della dichiarazione dei redditi nei vari Paesi esteri.

Non minori difficoltà incontrerebbe il contribuente che volesse disinteressarsi di un simile controllo e procedere da subito con la dimostrazione della prova richiesta in sede di interpello dal comma 8-*ter*.

Si evidenzia, in proposito, che il concetto di "costruzione di puro artificio", di cui ci occuperemo nel prossimo paragrafo, è tutt'altro che pacifico. La stessa Commissione europea, nella Comunicazione n. 785 del 10 dicembre 2007, invitava alla collaborazione gli Stati membri per riempire di contenuto tale formulazione.

Anche le sentenze della Corte di Giustizia non hanno ancora consentito di elaborare una definizione di "costruzione artificiosa", visto che la Corte stessa si è limitata a stabilire, in alcuni dispositivi, solo ciò che non costituisce di per sé una costruzione di puro artificio.

La Commissione europea ha affermato, sulla base della giurisprudenza della Corte di Giustizia, che la necessità di impedire l'elusione o l'abuso può giustificare una restrizione delle libertà fondamentali, ma a condizione che la normativa fiscale nazionale sia proporzionata. In particolare, in caso di presunzione di una costruzione di puro artificio, il contribuente deve essere messo in grado di dimostrare, senza eccessivi oneri amministrativi, le ragioni commerciali sottostanti all'operazione.

La necessità del rispetto del principio di proporzionalità e di un'equa distribuzione dell'onere della prova tra contribuente e Amministrazione finanziaria è stata sottolineata anche dal Comitato Economico e Sociale Europeo, nel parere reso alla Commissione il 17 settembre 2008.

Le disposizioni in esame, nel tentativo di colpire gli insediamenti privi di effettività economica, finiscono per penalizzare indiscriminatamente tutti i contribuenti.

Il ricorso all'inversione dell'onere della prova mediante la prescrizione della procedura di interpello costringe i contribuenti a sopportare consistenti oneri amministrativi per l'interpello e, prima ancora, per monitorare le condizioni al ricorrere delle quali si rende necessario dimostrare l'inesistenza di una costruzione artificiosa.

Sembrano pertanto sussistere profili di incompatibilità con il principio di proporzionalità espresso dalla Corte di Giustizia e dalla Commissione europea.

Non è chiara la natura del nuovo interpello previsto dal comma 8-ter dell'art. 167 del TUIR.

In particolare, non sono chiari gli effetti prodotti dalla mancata presentazione dell'istanza di disapplicazione della normativa CFC.

In conformità a quanto sopra espresso in merito al requisito di proporzionalità, si deve ritenere che la mancata presentazione dell'interpello non pregiudichi la possibilità, per il contribuente, di fornire le prove per la disapplicazione della disciplina in sede di accertamento o in contenzioso.

Infine, occorre segnalare che l'interpello delineato dall'art. 8-ter sembra configurare un interpello "documentale", i cui esiti si basano, cioè, su istruttorie meramente documentali. Ciò contrasta con i presupposti applicativi della disciplina CFC che imporrebbero, invece, una verifica fattuale, concreta, da parte dell'Amministrazione finanziaria.

8. Costruzione artificiosa

Il comma 8-ter dell'art. 167 prevede che *“le disposizioni del comma 8-bis non si applicano se il soggetto residente dimostra che l'insediamento all'estero non rappresenta una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale”*.

Ci si domanda quale significato attribuire all'espressione *“costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale”*. Al riguardo, un primo elemento di problematicità è rappresentato dal fatto

che il comma 8-ter sembra richiedere al contribuente di provare, oltre all'effettività della costruzione impiantata all'estero, anche che essa non sia volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale.

Non è chiaro se, in sostanza, il vantaggio fiscale, oltre ad essere presupposto logico per l'operare del meccanismo di imputazione dei redditi dislocati all'estero rilevi anche, nel suo carattere "indebito", come elemento di cui il contribuente deve fornire prova in sede di interpello.

Al riguardo si osserva che l'espressione utilizzata dal legislatore è la traduzione della corrispondente norma francese "*montages artificiels dont le but est de contourner la législation fiscale française*", la quale, a sua volta, l'aveva ripresa dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia "*wholly artificial arrangements intended to circumvent National law*" (sentenza *Cadbury Schweppes*). Premesso che la norma italiana, come già quella francese, fa riferimento all'aggiramento delle sole norme fiscali (e non, più in generale, alla legge nazionale), è evidente che essa debba essere interpretata in coerenza con il diritto comunitario. E in tale contesto l'espressione "volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale" rappresenta una mera specificazione del concetto di costruzione di puro artificio.

Nella visione della Corte di Giustizia, la costruzione non è da considerare meramente artificiosa ove "*da elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi risulti che, pur in presenza di motivazioni di natura fiscale, la SEC è realmente impiantata nello Stato di stabilimento e ivi esercita attività economiche effettive*" (par. 75 sentenza *Cadbury Schweppes*). L'esistenza di un vantaggio fiscale è un elemento soggettivo del tutto secondario se la costruzione, sotto il profilo degli elementi oggettivi, non è da considerare meramente artificiosa. Mentre, viceversa, esso è di per sé indebito quando la costruzione sia da ritenere artificiosa.

E' quanto più volte ha ribadito la Commissione europea, in tema di norme antiabuso e di regimi CFC: "*La Corte di giustizia ha espressamente confermato che l'obiettivo di ridurre l'onere fiscale costituisce di per sé una considerazione commerciale valida, purché le costruzioni attuate a questo fine non comportino trasferimenti fittizi di utili. Se i contribuenti non sono incorsi in pratiche abusive gli SM non possono impedire l'esercizio dei diritti di libertà di circolazione solo perché altri SM hanno una fiscalità poco elevata. Questo vale anche con riguardo a speciali regimi favorevoli nei sistemi fiscali di altri SM*".¹⁴ Tanto che neppure le distorsioni derivanti da agevolazioni qualificabili come aiuti di Stato autorizzano gli Stati membri - a parere della Commissione - a prendere misure unilaterali.

¹⁴ COM(2007)785.

Per quanto detto, anche nel contesto del comma 8-ter, gli elementi che connotano la costruzione di puro artificio devono essere eminentemente oggettivi e verificabili da parte di terzi. L'elemento soggettivo, costituito dall'intenzione di ottenere un vantaggio fiscale, si presume esistente quando sussiste quello oggettivo (costruzione di puro artificio) e risulta verificato il requisito del basso livello di tassazione effettiva di cui alla lett. a) del comma 8-bis. Ma non viceversa. L'esistenza di un vantaggio fiscale è, di per sé, inidonea a far ritenere esistenti gli elementi oggettivi che comprovano l'artificialità della costruzione e, dunque, la natura indebita del vantaggio.

In altri termini, in assenza di una costruzione di puro artificio, l'eventuale vantaggio fiscale conseguito è del tutto irrilevante ai fini dell'applicazione del comma 8-bis.

Viceversa, qualora il requisito dell'assenza di un "vantaggio fiscale indebito" fosse ritenuto requisito ulteriore rispetto alla "costruzione artificiosa", occorrerebbe specificare che non rilevano i vantaggi tributari rispetto ad altre giurisdizioni diverse dall'Italia che il gruppo ottiene con la propria struttura estera. In altri termini, il minor carico fiscale gravante all'estero sui gruppi italiani non deve mai essere considerato, in Italia, un indebito vantaggio fiscale. Non avrebbe infatti alcun senso penalizzare le imprese italiane che si organizzano all'estero per ottimizzare il carico fiscale complessivamente gravante fuori dal territorio nazionale.

Inoltre, sempreché il "vantaggio fiscale indebito" fosse ritenuto un requisito ulteriore rispetto alla "costruzione artificiosa", allora nella verifica dei presupposti dell'esimente occorrerebbe tener conto anche di ulteriori eventuali vantaggi, quali quelli regolamentari o amministrativi che, nell'ipotesi in cui fossero preminenti rispetto al vantaggio fiscale, garantirebbero l'accesso all'esimente pur in presenza di un "secondario" vantaggio fiscale.

8.1. Società holding e prova della costruzione non artificiosa

Andrebbe chiarito che per le società *holding* la tassazione vigente in Italia del 5% dei dividendi e delle plusvalenze è, sostanzialmente, un recupero forfettario di costi indeducibili (ciò emerge con chiarezza dalla direttiva 435/90).¹⁵

¹⁵ La motivazione che la tassazione del 5% dei dividendi/plusvalenze è un recupero forfettario di costi è esplicitata anche nella circolare dell'Agenzia delle entrate n. 25 del 16 giugno 2004, ove, al par. 5, viene chiarito che "... è stato adottato il principio di (parziale) esclusione dal reddito dei dividendi percepiti dai soci stessi come sistema per eliminare la doppia imposizione economica" e, al par. 5.1, che "la tassazione di una quota di utili pari al 5% non risponde all'esigenza di voler attribuire parziale rilevanza reddituale al dividendo, ma alla necessità di individuare, in maniera forfettaria, una quota di

Conseguentemente, ai fini del raffronto, la tassazione teorica italiana dovrebbe essere considerata uguale ad una integrale esenzione.

Sotto altro profilo occorre, altresì, ribadire, con particolare riferimento ai dividendi, che già esiste nel nostro ordinamento una disciplina di contrasto per le fattispecie in cui i profitti precedentemente distratti e non assoggettati a tassazione nello stato *black list* siano definitivamente riportati in esenzione, attraverso operazioni di triangolazione con strutture localizzate in Stati, non compresi nella *black list*, che esentano i dividendi di qualsiasi provenienza, anche per effetto di un vasto *network* di convenzioni di cui sono dotati.

Inoltre, è importante chiarire:

- se occorre verificare, caso per caso, la sussistenza delle condizioni Pex per ogni singola partecipazione;
- se il confronto va fatto su base annuale ovvero pluriennale, ad esempio per tener conto dell'effetto di regole restrittive o limitative per la deducibilità di determinati costi (ad esempio, costi soggetti a “*recapture*” secondo la legislazione fiscale lussemburghese).

costi relativi alla gestione delle partecipazioni da assoggettare a tassazione, la cui non deducibilità è fissata in via convenzionale nella misura del 5% degli utili distribuiti”.