



Università
Ca' Foscari
Venezia

Corso di Laurea Magistrale
in Amministrazione, Finanza e Controllo

Tesi di Laurea

**La Direttiva ATAD in
materia CFC:
recepimento in Italia
e in UK**

Relatore

Ch. Prof. Antonio Viotto

Correlatore

Ch. Prof. Ernesto Marco Bagarotto

Laureando

Francesco Chiapponi

Matricola 867294

Anno Accademico

2018 / 2019

*Alla mia splendida famiglia,
che mi ha sempre supportato
in tutto e per tutto*

Indice

Introduzione	1
1. Le CFC legislations nel contesto internazionale e i lavori dell'OCSE	3
1.1 La nascita delle CFC legislations	3
1.1.1 Considerazioni introduttive.....	3
1.1.2 Finalità e contenuti del Report OCSE del 1998 sulla competizione fiscale dannosa.....	4
1.1.3 Le ragioni alla base delle CFC legislations.....	6
1.2 L'Action 3 del progetto BEPS: le raccomandazioni in materia CFC	9
1.2.1 Premesse generali e scopi.....	9
1.2.2 Analisi degli aspetti essenziali dei "building blocks".....	10
1.3 Riflessioni circa la (in)compatibilità tra le CFC rules e le Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni.....	16
2. La direttiva ATAD e il modello di legislazione CFC in ottica europea	23
2.1 La direttiva ATAD in materia CFC.....	23
2.1.1 Considerazioni introduttive e obiettivi.....	23
2.1.2 Disamina degli articoli 7 e 8 della direttiva.....	25
2.2 Analisi della compatibilità tra la norma CFC e il diritto comunitario	35
2.2.1 Le finalità antiabuso come ragioni che giustificano le restrizioni alle libertà fondamentali.....	35
2.2.2 La CFC rule e il concetto di "costruzioni di puro artificio" secondo l'orientamento UE 41	
2.2.3 Riflessioni critiche circa la compatibilità tra la direttiva e il diritto primario.....	44
3. La normativa CFC nell'ordinamento fiscale italiano	49
3.1 Premesse circa la ricostruzione della ratio e la metamorfosi normativa.....	49
3.2 Analisi della nuova formulazione dell'articolo 167 del TUIR.....	53
3.2.1 Ampliamento dell'ambito soggettivo e del requisito di controllo.....	53
3.2.2 Condizioni di accesso al regime CFC: effective tax rate e passive income test.....	58
3.2.3 Determinazione del reddito dell'impresa estera controllata e delle imposte.....	66
3.2.4 La circostanza esimente unica e la disapplicazione della norma.....	72
3.3 Coordinamento tra CFC e norme in materia di dividendi e plusvalenze "black"	78
3.4 Valutazione critica circa la coerenza della normativa italiana rispetto alla direttiva.....	87

4. La normativa CFC in UK	93
4.1 Le CFC rules contenute nell'ICTA del 1988 e i casi <i>Cadbury Schweppes</i> e <i>Vodafone 2</i>	93
4.1.1 Breve analisi delle prime CFC rules	93
4.1.2 La compatibilità delle norme inglesi tra i casi <i>Cadbury Schweppes</i> e <i>Vodafone 2</i>	98
4.2 Le nuove CFC rules riformate dal <i>Finance Bill</i> 2012 e l'indagine della Commissione Europea	102
4.2.1 Caratteri distintivi delle nuove CFC rules introdotte dalla riforma.....	102
4.2.2 Le esenzioni per i profitti finanziari non commerciali e l'indagine della Commissione 112	
4.3 Le modifiche introdotte dal <i>Finance Bill</i> 2018 in recepimento della direttiva ATAD ..	116
4.4 Brevi considerazioni sul confronto con la disciplina CFC italiana.....	118
Conclusioni	121
Bibliografia	125

Introduzione

Il testo si articola in quattro capitoli prioritariamente incentrati sulla normativa CFC. Il lavoro muove da un contesto internazionale in cui – dopo aver brevemente introdotto il Report sulla competizione fiscale dannosa del 1998 e le finalità alla base delle CFC *legislations* – si inseriscono le raccomandazioni dell’OCSE contenute nell’Action 3 del più ampio progetto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*). La prima parte si chiude con un approfondimento riguardante le questioni circa la compatibilità tra le CFC *rules* e le Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni.

Il secondo capitolo sposta il focus sulla prospettiva europea e approfondisce il contenuto minimale in materia CFC che la direttiva ATAD (*Anti Tax Avoidance Directive*) impone a livello comunitario per proteggere il funzionamento del mercato interno dai fenomeni di pianificazione fiscale aggressiva. Dopo aver preso dettagliatamente in esame gli articoli 7 e 8, si procede ad analizzare il tema concernente la compatibilità tra la norma CFC e il diritto europeo. Anzitutto si osservano, in termini generali, da un lato le ragioni che giustificano le restrizioni alle libertà fondamentali, dall’altro il concetto di costruzioni di puro artificio. Ci si occupa quindi delle questioni di compatibilità tra le disposizioni in materia CFC previste dalla direttiva antielusione e il diritto primario.

La parte inerente la legislazione CFC nell’ordinamento fiscale italiano costituisce il nucleo dell’elaborato. Una volta ricostruita la *ratio* del provvedimento adottato dal legislatore, viene analizzato il nuovo disposto normativo dell’articolo 167 del TUIR, come modificato dal decreto legislativo n. 142 del 29 novembre 2018 che recepisce il contenuto della direttiva ATAD. A tal proposito, la novità più importante del regime in vigore dal periodo di imposta in corso al 1° gennaio 2019 riguarda l’introduzione di un regime unico sia per le CFC “black” che per le CFC “white”. Approfonditi i punti più tecnici concernenti la tassazione attraverso le imprese – più specificamente l’ambito soggettivo, il requisito di controllo, le condizioni di accesso al regime (test sul *tax rate* effettivo e sui *passive income*), la determinazione del reddito della CFC e delle imposte da imputare al socio italiano, l’esimente e gli aspetti procedurali della norma – si tratta, con un approccio prevalentemente pratico, il tema relativo al coordinamento tra la disciplina CFC e le norme in materia di dividendi e plusvalenze provenienti da Paesi “black”, anch’esse modificate dal suddetto decreto. Infine, si lascia spazio alla valutazione critica circa la coerenza della normativa italiana rispetto alla direttiva, mettendo in evidenza gli aspetti

positivi e negativi del recepimento.

L'ultimo capitolo costituisce un *excursus* sulle CFC *rules* inglesi. Dopo una presentazione molto sintetica delle prime norme contenute nell' ICTA (*Income and Corporation Taxes Act*) del 1988, vengono approfondite le problematiche di compatibilità tra le regole inglesi e il diritto comunitario analizzando i casi *Cadbury Schweppes* e *Vodafone 2*. Di seguito, si procede a illustrare le nuove CFC *rules* riformate radicalmente dal *Finance Bill 2012*, trattando anche l'indagine condotta dalla Commissione europea con riferimento alle esenzioni previste per i profitti finanziari non commerciali. Infine, si esaminano le modifiche introdotte dal *Finance Bill 2018* in seguito al recepimento della direttiva ATAD e si effettuano alcune considerazioni di carattere generale circa il confronto tra la normativa italiana e quella vigente in UK.

Alla luce di quanto ivi descritto, l'intento di questo lavoro è analizzare l'impatto che la direttiva ATAD in materia CFC ha avuto nel contesto europeo – con particolare riferimento all'Italia e al Regno Unito – fornendo spunti originali e valutazioni critiche.

1. Le CFC *legislations* nel contesto internazionale e i lavori dell'OCSE

1.1 La nascita delle CFC *legislations*

1.1.1 Considerazioni introduttive

Se da un lato il processo di globalizzazione ha contribuito a influenzare in maniera importante i sistemi impositivi domestici modernizzandone i tratti e alleggerendone il carico tributario in favore di un miglior “fiscal climate”, dall’altro è indiscutibile che abbia spianato la strada a fenomeni di evasione ed elusione fiscale.

Non solo, questo ha permesso agli Stati di costruire politiche di tassazione finalizzate esclusivamente ad attrarre capitali finanziari o, più in generale, asset intangibili “geograficamente mobili”¹.

Peraltro, “la migrazione internazionale della ricchezza per ragioni fiscali” non è di certo un concetto nato in questi anni². Invero, i regimi tributari privilegiati – altrimenti noti come paradisi fiscali – sono da sempre un nemico che l’OCSE si prefigge di annientare fornendo alla comunità internazionale i criteri per poterne identificare le caratteristiche salienti, ancorché non esista una vera e propria definizione tecnica del concetto di “tax haven”. Il motivo per cui non vi è mai stata tolleranza nei confronti dei territori, la cui tassazione pressoché nulla e l’assenza di scambio di informazioni ne rappresentano il marchio di fabbrica, è molto semplice: sono considerati a tutti gli effetti potenzialmente nocivi per il “global welfare”. In particolare, sortiscono effetti distorsivi sui flussi d’investimento ed erodono le basi imponibili degli altri Paesi³. Pertanto, nel Report di Parigi del 1998, l’OCSE sottolinea quanto sia imprescindibile ricorrere a interventi legislativi *ad hoc* studiati per contrastare la competizione fiscale dannosa posta concretamente in essere dai regimi fiscali privilegiati. Ciò premesso, una delle misure più rilevanti, che l’OCSE, all’interno dello stesso Report, si raccomanda di adottare senza però fornire

¹ Cfr. OECD, *Harmful Tax Competition, an emerging global issue*, Parigi, 1998 par.21 e 23.

² È interessante lo spunto fornito da S. CIPOLLINA, “Profili evolutivi della CFC legislation”, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2015, fasc. 3, pt. 1, p. 357, in cui l’autore illustra quanto la migrazione internazionale della ricchezza per ragioni fiscali sia un fenomeno già teorizzato in passato dal filosofo ed economista scozzese Adam Smith nella sua opera principale “La ricchezza delle Nazioni”.

³ Cfr. OECD 1998, Id. par.23.

indicazioni di contenuto, attiene alle “controlled foreign companies” (d’ora in poi CFC)⁴.

1.1.2 Finalità e contenuti del Report OCSE del 1998 sulla competizione fiscale dannosa

Il Report pubblicato dall’OCSE a Parigi nel 1998, incentrato sulla concorrenza fiscale dannosa (*Harmful Tax Competition*), si inserisce nell’ampio progetto di trasparenza fiscale internazionale⁵ e si ritiene ne costituisca, altresì, il vero punto di partenza.

In particolare, l’obiettivo del Report è diffondere maggiore consapevolezza di come i paradisi fiscali (*tax havens*) e i regimi impositivi privilegiati (*harmful preferential tax regimes*⁶) – complessivamente intesi come pratiche fiscali dannose – influenzino la collocazione di attività finanziarie e di altri servizi, erodano la base imponibile di altri Paesi, provochino effetti distorsivi su scambi commerciali e investimenti e mettano in generale a repentaglio l’equità, la neutralità e l’ampio consenso sociale dei sistemi fiscali⁷.

Inoltre, il Report avverte la necessità di una risposta multilaterale – considerati gli evidenti limiti di azioni unilaterali e bilaterali – e cerca di individuare le modalità più opportune per creare un “framework” comune che sia in grado di affrontare le problematiche create dalle “harmful tax practices⁸”. Il focus del documento sono le attività facilmente trasferibili, come quelle finanziarie e altri servizi, tra cui gli asset intangibili⁹.

⁴ OECD 1998, Id. pp. 40-41, “That countries that do not have such rules consider adopting them and that countries that have such rules ensure that they apply in a fashion consistent with the desirability of curbing harmful tax practices.”

⁵ Attualmente coinvolge 142 Stati e persegue l’obiettivo di permettere alle amministrazioni finanziarie l’acquisizione delle informazioni relative ai propri contribuenti su base mondiale, eliminando qualsiasi genere di ostacolo, tra cui il segreto bancario o l’assenza di bancario o l’assenza di accordi sullo scambio di informazioni, che ostacolano tale scopo.

⁶ Sul punto è necessario precisare che l’Ocse nell’“Harmful Tax Competition” opera una distinzione tra “tax havens” e “harmful preferential tax regimes”. Cfr. OECD, op.cit par. 52 e 59. I fattori che contraddistinguono i “tax havens” sono: niente tasse o solo nominali, mancanza di un effettivo scambio di informazioni, assenza di trasparenza, nessuna attività sostanziale. Quelli che caratterizzano un regime fiscale privilegiato, invece, sono: aliquota effettiva bassa o pari a zero, il rifiuto delle autorità locali di fornire informazioni ad altre amministrazioni, mancanza di trasparenza nelle procedure amministrative, la presenza di regimi fiscali di “ring fencing”, cioè riservati esclusivamente a soggetti non residenti oppure a soggetti che non svolgono alcuna attività all’interno dello Stato che offre i privilegi. Peraltro, anche Assonime nella Circolare n. 65 18 dicembre 2000, specifica che i paradisi fiscali si identificano, di norma, come “paesi in via di sviluppo che si caratterizzano per un regime impositivo molto limitato o addirittura inesistente non comparabile con quello dei paesi industrializzati, e che, comunque, fanno uso di procedure amministrative, per quel che attiene al rapporto tributario, non “trasparenti”. Sempre Assonime, con riferimento ai regimi fiscali privilegiati, intende “quegli Stati a regime tributario “normale” che, tuttavia, nelle pieghe della loro legislazione prevedono anch’essi particolari discipline di favore per talune fattispecie o situazioni con lo scopo principale di attrarre capitali di provenienza estera”.

⁷ Cfr. OECD 1998, Id. par. 4

⁸ Cfr. *Ibid.*

⁹ Cfr. OECD, 1998, Id. par. 5

In questo senso, l'OCSE mira a salvaguardare e promuovere un sistema di scambio multilaterale e aperto che tenga in considerazione il cambiamento del mercato internazionale, mettendo in relazione scambi investimenti e tassazione¹⁰.

Pertanto, il Report – che si prefigge un elenco di iniziative¹¹ – fornisce, in primis, una panoramica circa i principi alla base dei meccanismi impositivi internazionali e il modo in cui il processo di globalizzazione li abbia messi in difficoltà. Secondariamente, analizza i fattori per cui i paradisi fiscali e certi regimi fiscali privilegiati sono considerati dannosi e illustra i problemi che questi ultimi hanno creato ai sistemi fiscali nazionali minandone l'integrità. L'ultima parte si concentra sulle raccomandazioni circa le misure – adottabili attraverso la legislazione domestica, nei trattati fiscali e nell'intensificato contesto di cooperazione internazionale – che possono essere introdotte per contrastare i paradisi fiscali e i regimi fiscali privilegiati dannosi¹².

¹⁰ Cfr. OECD, 1998, Id. par. 8

¹¹ Cfr. OECD, 1998, Id. par. 10, "To address these problems the Report sets out a number of proposals:

- to establish Guidelines on Harmful Preferential Tax Regimes;
- the creation of a Forum on Harmful Tax Practices;
- the development of a list of tax havens to be completed within one year of the first meeting of the Forum;
- a number of Recommendations for action at the level of national legislation and in tax treaties; and
- areas for follow-up work."

¹² Cfr. OECD, 1998, Id. par. 8

1.1.3 Le ragioni alla base delle CFC legislations

I primi a sperimentare una norma sulle CFC sono gli Stati Uniti che nel 1962, su proposta del presidente Kennedy, emanano le *Subpart F Rules*¹³. L'esperienza americana funge da modello sulla cui base gli altri Stati membri dell'OCSE, a mano a mano, plasmano una propria disciplina interna¹⁴.

Se si considera la competizione fiscale dannosa – ai sensi dell'“Harmful Tax Competition” – al pari di un illecito internazionale¹⁵, e la norma CFC come una reazione degli Stati “danneggiati” da tale fenomeno, sarebbe possibile collegare la regola in questione a una sanzione di carattere economico, diretta a contrastare, non tanto il comportamento del soggetto residente che sfrutta il “regime dannoso”, quanto piuttosto il regime privilegiato che in quanto tale si configura come “dannoso”¹⁶.

Questa chiave di lettura, di approccio prettamente internazionalistico, viene tuttavia posta in secondo piano dalle esigenze dei singoli ordinamenti nazionali che – come viene sottolineato dall'OCSE – antepongono altre finalità¹⁷. Il denominatore comune che contraddistingue la disciplina sulle CFC, non tenendo conto dei particolari adottati da ciascun ordinamento fiscale, si identifica in una deroga alle regole ordinarie di imputazione del reddito. In altre parole, il reddito della società controllata estera, tendenzialmente localizzata in un territorio a fiscalità vantaggiosa, viene imputato direttamente al soggetto controllante a prescindere dall'effettiva distribuzione di utili da parte della controllata. Se di norma i redditi dei soggetti partecipati esteri sono assoggettati a tassazione in capo ai soggetti partecipanti nella sola ipotesi di distribuzione

¹³ Per approfondire si veda G. MARINO, *Paradisi e paradossi fiscali*, Milano, 2009, pp.57-58 e S. CIPOLLINA, op.cit. in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2015, fasc. 3, pt. 1, pp. 370-372.

Inoltre, si segnala che già nel 1930 gli Stati Uniti introdussero una disciplina CFC in relazione alle holding di persone fisiche.

¹⁴ G. MARINO, Id. p. 57, “Dal 1962 al 2009 sono aumentati a 19 gli Stati aderenti all'OCSE che hanno adottato una CFC legislation (...) oltre gli Stati Uniti, il Giappone (1978), l'Australia (1990), il Canada (1972), la Corea del Sud (1997), la Danimarca (1995), la Finlandia (1995), la Francia (1980), la Germania (1972), l'Italia (2000), il Messico (1997), la Nuova Zelanda (1988), la Norvegia (1992), il Portogallo (1995), il Regno Unito (1984), la Spagna (1995), la Svezia (1990), la Turchia (2006) e l'Ungheria (1997).”

¹⁵ A tal proposito F. NANETTI, “Profili internazionalistici della CFC italiana”, in *Rivista di diritto tributario*, 2001, fasc. 6, pt. 1, p. 653, precisa che “perché si perfezioni la fattispecie illecita, è necessario altresì la concreta sottrazione della “taxable base” di un altro Stato, nonché la sussistenza di un nesso causale tra gli indicati incentivi e la effettiva “diversion” della “taxable base”.

¹⁶ Come suggerisce sempre F. NANETTI, Id. p. 654

¹⁷ OECD 1998, op. cit., par. 98, “CFC rules have been developed for a variety of purposes in the light of the overall international tax policies of Member countries. In some cases, the policy focus is on tax avoidance transactions and in others represents a broader limitation on the deferral of tax on income realized through foreign subsidiaries.”

come dividendi, con l'introduzione delle normative in questione diversamente si assiste a un'attribuzione dei redditi al socio controllante residente sulla base del principio di competenza.

Prima facie, dunque, pare logico supporre che nelle norme *de quibus* convivevano, fin dalle prime istituzioni, due finalità: da una parte il contrasto al *tax deferral* puro¹⁸, dall'altra una finalità più genericamente antielusiva mirata a contrastare gli indebiti risparmi di imposta conseguiti per il tramite di società localizzate in territori a fiscalità privilegiata¹⁹.

Tuttavia, limitare l'interpretazione di tale disciplina esclusivamente a questo genere di motivazioni, che rimangono comunque preponderanti, risulterebbe piuttosto riduttivo. Del resto, se si considera che in alcuni ordinamenti²⁰ la *CFC rule* estendeva l'applicazione anche ai redditi di soggetti esteri residenti in territori non dotati di un regime a fiscalità ridotta (cosiddetto "global approach"), è quantomeno necessario includere tra le esigenze che hanno portato all'adozione di un siffatto provvedimento normativo altre ragioni. Nello specifico, come riscontrato dalla dottrina²¹, esiste un legame storicamente inscindibile tra la natura delle *CFC legislations* e le scelte di politica macroeconomica nazionale in termini di tassazione dei redditi percepiti all'estero dai contribuenti. Più specificamente, gli Stati possono alternativamente perseguire una strategia di "capital import neutrality" (CIN), ovvero di "capital export neutrality" (CEN)²². Mentre nel primo caso al soggetto residente che investe all'estero viene garantito un trattamento identico rispetto a quanto previsto per i residenti dello Stato in cui è stato realizzato tale investimento, nel secondo caso invece l'investimento subisce la medesima imposizione indipendentemente da dove sia stato localizzato: vale lo stesso trattamento sia per i soggetti che ottengono redditi all'estero sia per i soggetti che operano solo internamente. Oltretutto, se in un'ottica di "capital import neutrality" vige l'"exemption method" come soluzione per evitare la doppia imposizione, viceversa in un'ottica di "capital export neutrality" viene concesso un

¹⁸ Peraltro, tale motivazione, ancorché non esclusiva, sembra coincidere con quella che avrebbe prioritariamente spinto il nostro legislatore a introdurre la disciplina in esame nell'ordinamento fiscale italiano, come si avrà modo di approfondire nel terzo capitolo.

¹⁹ A tal proposito si vedano A. BALLANCIN, "Note ricostruttive sulla ratio sottesa alla disciplina italiana in tema di controlled foreign companies", in *Rivista di diritto tributario*, 2008, fasc.1, pt.1, p. 18, R. FRANZÈ, "Il regime di imputazione dei soggetti partecipati residenti o localizzati in "paradisi fiscali", in V. UCKMAR (coordinato da) *Diritto Tributario Internazionale*, Padova 2005, p. 928.

²⁰ Tra questi gli Stati Uniti, il Canada e Israele come suggerisce A. BALLANCIN, Id. p.19

²¹ A riguardo si vedano R. FRANZÈ, op.cit. pp. 928-930 e A. BALLANCIN, *Ibid.*

²² A tal proposito sono interessanti gli spunti forniti da S. Cipollina, "Cfc legislation e abuso della libertà di stabilimento: il caso Cadbury Schweppes", in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2007 fasc. 1, pt. 2, p. 20, A. BALLANCIN, Id. pp. 19-23 e R. FRANZÈ, *Ibid.*

credito di imposta per i tributi versati nelle casse dello Stato della fonte sui redditi esteri. Ora, dovendo collocare nello schema appena delineato la disciplina CFC, è facilmente intuibile come possa assumere una finalità indipendente da quella antielusiva descritta in precedenza. Siccome le norme CFC sono caratterizzate da un meccanismo di imputazione del reddito che scoraggia la considerazione della componente fiscale nelle strategie di investimento, si identificano chiaramente in una logica di “capital export neutrality”. Dunque, qualora si voglia propendere per l’una o per l’altra ragione, non potendo giungere a un’unica conclusione valida in termini assoluti è opportuno analizzare preventivamente, caso per caso, i tratti che distinguono ogni singola norma²³.

²³ A tal proposito A. BALLANCIN, *Ibid.* e R. FRANZÈ, *Ibid.*, giungono alla conclusione che non si possa affermare “aprioristicamente” che tutte le normative sono riconducibili a una causa antielusiva piuttosto che “di sistema”.

1.2 L'Action 3 del progetto BEPS: le raccomandazioni in materia CFC

1.2.1 Premesse generali e scopi

L'ultimo intervento di *soft law* di matrice OCSE a cui si è avuto modo di assistere riguarda il progetto di contrasto all'erosione della base imponibile e allo spostamento degli utili, meglio conosciuto come progetto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*). Dopo la prima pubblicazione, che risale al febbraio 2013, del rapporto "Addressing BEPS", a distanza di cinque mesi viene presentato il piano d'azione contenente le quindici misure di cui si compone, portate a compimento solo nel 2015.

I tre pilastri alla base dell'"Action Plan" sono coerenza, sostanza e trasparenza²⁴. In particolare, l'obiettivo di tale progetto si concreta nell'intento di realizzare un'azione coordinata di allineamento della potestà impositiva proponendo una riforma sostanziale degli standard di tassazione a livello mondiale. In questo senso, il pacchetto di misure sottoscritto dall'OCSE e dal G20 costituisce una svolta epocale: è il primo rinnovamento di "international tax rules" da un secolo a questa parte.

L'esigenza di una tale ristrutturazione è la risultante di due fattori rilevanti: in primis, la recente crisi economica e finanziaria globale ha aggravato le condizioni della finanza pubblica dei singoli Stati; secondariamente, il sempre più consistente ricorso da parte delle multinazionali a pratiche di elusione e pianificazione fiscale aggressiva, con il conseguente fenomeno di "base erosion", si è fatto insostenibile. Il concetto di "aggressive tax planning" si sviluppa proprio in questo contesto e sebbene possa sembrare *prima facie* sovrapponibile al concetto di elusione fiscale, è bene sottolinearne la connotazione differente, ancorché sottile. Più precisamente, se l'elusione si caratterizza per il conseguimento di un indebito vantaggio fiscale derivante da un raggirio di una norma tributaria tramite una "fattispecie priva di valide ragioni economiche", la pianificazione fiscale aggressiva si contraddistingue per un'accezione transnazionale, dovuta allo sfruttamento dei disallineamenti dei sistemi impositivi dei singoli Stati al fine di minimizzare il carico tributario²⁵. In questi termini, si rivela, quindi indispensabile il

²⁴ Cfr. *OECD, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report*, Parigi, 2015, p. 3, "The Action Plan identified 15 actions along three key pillars: introducing coherence in the domestic rules that affect cross-border activities, reinforcing substance requirements in the existing international standards, and improving transparency as well as certainty."

²⁵ Per un approfondimento sul tema dell'elusione e della pianificazione fiscale aggressiva si rimanda a P. PISTONE, *Diritto Tributario Internazionale*, Torino, 2017, pp-67-80.

coordinamento fiscale internazionale.

Tra le misure di contrasto al “base erosion and profit shifting” trovano collocazione le CFC *legislations*. L’ “Action 3” si prefigge di sviluppare raccomandazioni e non “standard minimi”²⁶, che siano effettivamente in grado di ostacolare i fenomeni di erosione di base imponibile e spostamento di utili, potenzialmente realizzabili tramite le controllate estere. Tali norme sono un “deterrent” al “foreign to foreign stripping”: non devono essere adottate solo per proteggere le basi imponibili dei singoli, ma anche quelle dei “third countries”²⁷. Gli elementi caratterizzanti le raccomandazioni sulle CFC vengono frazionati in sei “building blocks”, che saranno esaminati di seguito al fine di chiarire parte della terminologia tecnica impiegata nel corso della trattazione.

1.2.2 Analisi degli aspetti essenziali dei “building blocks”

Il primo dei “building blocks” fornisce i chiarimenti per identificare una CFC. Anzitutto, è importante capire quali entità siano da ritenersi “controlled foreign companies” e come tali debbano sottostare alla disciplina.

Prioritariamente, si fa riferimento alle società. Tuttavia, questo non è sufficiente. La forma giuridica non deve costituire un limite né tanto meno un incentivo a aggirare la norma. Pertanto, rientrano nel novero da un lato le “transparent entites²⁸”, i cui redditi non abbiano già pagato dazio nello Stato della società madre, e dall’altro le stabili organizzazioni, possedute da soggetti esteri o esenti da imposizione nella giurisdizione della controllante.

L’altro elemento determinante ai fini dell’individuazione di una CFC è senz’altro il controllo. Definire il controllo non significa, però, solo indicarne il genere ma comporta anche specificarne il livello. Per quanto concerne la tipologia, si può fare riferimento al controllo classico, il controllo legale, garantito dalla maggioranza dei diritti di voto in assemblea. Focalizzarsi esclusivamente su quest’ultimo è comunque piuttosto riduttivo. Nel report ne vengono infatti suggerite altre categorie. Tra queste, assume particolare rilevanza il controllo economico. Per “economic control²⁹” s’intende essenzialmente la

²⁶ Cfr., OECD 2015, op.cit., p. 9

²⁷ Cfr., OECD 2015, Id., pp. 13-16

²⁸ Cfr., OECD 2015, Id., p. 21

²⁹ Cfr., OECD 2015, Id., p. 24

partecipazione agli utili, oltre che al capitale e agli asset, implicando un diritto sul valore corrente della controllata. Inoltre, il terzo tipo è un controllo “*de facto*”. In altre parole, si tratta di una fattispecie che si verifica quando il soggetto controllante è in grado di esercitare un’influenza significativa sulle decisioni strategiche societarie, ancorché tramite specifiche clausole contrattuali³⁰. Infine, nel report si fa menzione a un controllo “*based on consolidation*³¹” che attiene a quello realizzato in termini di consolidamento ai sensi dei principi contabili internazionali IFRS.

Il report raccomanda la sussistenza di almeno le prime due tipologie, vale a dire controllo legale ed economico. Quanto al livello di controllo, se l’obiettivo è quello di ostacolare lo spostamento dei profitti presso entità estere la soglia percentuale più appropriata sembra quella superiore al 50%. Tuttavia, l’OCSE sottolinea che tale soglia può essere discrezionalmente abbassata dai singoli ordinamenti nazionali. Un’ ulteriore questione riguarda il caso di più soci di minoranza che operano in accordo per esercitare un’influenza sulla controllata³². In ogni modo, a prescindere dalla tipologia di controllo adottata occorre inevitabilmente includere anche la fattispecie di controllo indiretto da cui possono scaturire potenziali occasioni di slittamento di utili.

Una volta definiti i criteri per individuare le CFC, si procede con l’analisi delle condizioni che consentono di escludere la controllata dal meccanismo normativo. A tal proposito il secondo “*building block*” riconosce come primo caso di “*exemption*” le soglie al di sotto delle quali il reddito della controllata viene automaticamente escluso dalla base imponibile della controllante. Il valore “*de minimis*” può consistere in una percentuale, ovvero in un ammontare fisso di reddito o di base assoggettabile a tassazione. Sebbene non vi sia una vera e propria raccomandazione, il report lascia intendere che in tal senso sia auspicabile disporre di una “*anti-fragmentation rule*³³” che neutralizzi la frammentazione strumentalizzata del reddito delle controllate per ottenerne indebitamente l’esenzione. Inoltre, si fa un rapido cenno alla fattispecie di esclusione legata a transazioni e strutture non derivanti da artifici elusivi, rinviandola al blocco successivo.

³⁰ Questo genere di controllo è previsto anche nell’ordinamento italiano ai sensi del 2359 del Codice Civile.

³¹ Cfr., OECD 2015, op.cit., p. 24

³² Cfr., OECD 2015, Id., pp. 25-28

³³ Cfr., OECD 2015, Id., p. 36. Da non confondere con quella prevista dall’ordinamento tributario italiano ai sensi dell’art.162 del Tuir in materia di stabile organizzazione.

In ogni caso il fattore più rilevante resta il “tax rate”: la controllata è soggetta alla normativa CFC quando è localizzata in un paese il cui livello di tassazione è al di sotto di una certa soglia. Più specificamente, il “benchmark” può alternativamente fare riferimento a un’aliquota fissa oppure a una percentuale dell’aliquota domestica. Sebbene un’analisi “case by case” sia più scrupolosa, è possibile altresì introdurre “black or white lists” per semplificare il lavoro di individuazione delle giurisdizioni a bassa fiscalità³⁴. Le liste bianche sono un suggerimento che il report fornisce per escludere a priori gli Stati nei confronti dei quali non si applicano mai le disposizioni CFC. Tuttavia, si ritiene che la raccomandazione da sottolineare riguardi il criterio di definizione del livello di imposizione subito dalla CFC. Per quanto sia contemplato anche l’utilizzo del “nominal tax rate³⁵”, il parere dell’OCSE propende apertamente per il “tax rate” effettivo³⁶. Quanto alla determinazione di quest’ultimo, si ottiene dal rapporto tra le imposte versate dalla controllata e il reddito tassabile complessivo al lordo di eventuali esenzioni, calcolato secondo le regole previste dall’ordinamento della controllante o secondo i principi contabili IFRS³⁷.

Il terzo “building block” chiarisce cosa s’intende per reddito della CFC e raccomanda espressamente di imputare al soggetto controllante tutti i redditi che sono potenzialmente in grado di innescare fenomeni di “base erosion and profit shifting³⁸”. In dettaglio, suggerisce una serie di approcci a cui gli Stati possono ricorrere per definire le regole di attribuzione dei redditi della controllata. Di seguito verranno presi in esame gli elementi più rilevanti ai fini del prosieguo della trattazione.

Il primo criterio è di tipo categorico ed essenzialmente suddivide i redditi in “legal categories”: da una parte i cosiddetti “passive income”, tra cui dividendi, interessi, proventi da attività assicurativa, royalties e “intellectual property income”, dall’altra i redditi derivanti da vendite e servizi. Mentre gli uni sono facilmente spostabili e pertanto dovrebbero essere sempre assoggettati alla disciplina CFC, gli altri si rivelano “pericolosi” solo nel caso in cui riguardino vendite e servizi infragruppo a scarso valore aggiunto³⁹. Un altro indicatore, che assume particolare rilevanza anche e soprattutto nel contesto

³⁴ Cfr., OECD 2015, op.cit., par.62

³⁵ Peraltro, utilizzato nella normativa italiana fino alle recenti modifiche.

³⁶ Cfr., OECD 2015, Id., par.65

³⁷ Cfr., OECD 2015, Id., par.66

³⁸ Cfr., OECD 2015, Id., par.73

³⁹ Cfr., OECD 2015, Id., par. 76, 77, 78

europeo, è la “substance analysis”. Questo genere di approccio inquadra come reddito CFC tutto quello che non deriva da “substantial activities” e cerca dunque di valutare se la controllata sia in grado di generare il reddito autonomamente⁴⁰.

Per quanto tollerabile un “all or nothing test” sembra evidentemente più opportuno basarsi su una “proportionate analysis” che esenta solo la parte di reddito corrispondente alla quota di attività realmente assunta dalla CFC ⁴¹, risultando al contempo più compatibile nel contesto comunitario⁴². L’esame sostanziale prende a riferimento diversi elementi tra cui il contributo apportato dai dipendenti, le attività significative svolte, i rischi affrontati, l’adeguatezza del personale e la rispondenza dei locali⁴³.

A prescindere dall’analisi utilizzata, meritano di essere sviscerati i concetti di “transactional and entity approaches”. Mentre il modello “entity⁴⁴” include, oppure esclude, tutti i redditi della controllata a seconda che sia raggiunta una certa percentuale di reddito imputabile o siano intraprese determinate tipologie di attività, il modello “transactional”, propende invece per una valutazione separata di ciascuna fonte di reddito e comporta pertanto l’assoggettamento alla disciplina indipendentemente dal fatto che la maggioranza dei proventi rientri nella definizione di “CFC income⁴⁵”. Di fatto quest’ultimo approccio mira a colpire la categoria dei “redditi contaminati” *rectius* “tainted income” che ricomprende i redditi passivi visti in precedenza e i redditi artificialmente dirottati verso il soggetto controllato.

Dopo aver stabilito quale sia il reddito attribuibile l’“Action 3” s’impegna a fornire suggerimenti riguardo le modalità di calcolo di tale reddito. In primis si raccomanda di utilizzare i principi vigenti nella giurisdizione della società madre, secondariamente nei limiti della legalità è auspicabile adottare una disposizione che regoli l’uso delle perdite della CFC, circoscrivendone la possibilità di compensazione limitatamente agli utili della stessa CFC o, al massimo, di altre CFC presenti nella medesima giurisdizione estera⁴⁶.

Il “block” successivo consiste, dunque, nell’imputazione dei redditi alla controllante. A tal proposito l’OCSE indica gli step necessari e le relative raccomandazioni. Più precisamente,

⁴⁰ Cfr., OECD 2015, Id., par. 81

⁴¹ Cfr., OECD 2015, Id., par. 82

⁴² Come si avrà modo di approfondire nel capitolo successivo

⁴³ Cfr., OECD 2015, op.cit., par. 85

⁴⁴ Coincide con l’approccio tuttora adottato dal legislatore italiano come si vedrà in seguito.

⁴⁵ Cfr., OECD 2015, Id., par. 95

⁴⁶ Cfr., OECD 2015, Id., par. 99

la prima questione riguarda a quali soggetti sia da attribuire il reddito della CFC. In questi termini, il report rimane piuttosto generico disponendo che venga imputato a coloro i quali soddisfano le condizioni di controllo viste in precedenza o, per lo meno, ai contribuenti che potenzialmente potrebbero influenzare la controllata. Seconda questione è l'ammontare di reddito da imputare in capo alla controllante. Il suggerimento è di attribuirlo in proporzione alla quota partecipativa e al periodo effettivo di possesso o influenza. Quanto al periodo in cui il reddito debba essere inserito nella dichiarazione del contribuente e in che modo debba essere trattato, l'OCSE non si pronuncia. Si limita infatti a illustrare che nella maggior parte dei casi il periodo fiscale di riferimento per la dichiarazione è quello in cui termina l'esercizio contabile della CFC e che comunemente i redditi della CFC sono considerati alla stregua di dividendi (cd. "deemed dividend approach"⁴⁷), oppure sono imputati per trasparenza in capo alla controllante⁴⁸. Infine, in merito a quale aliquota applicare sul reddito attribuito alla società madre il report raccomanda di tassare i redditi attraverso l'aliquota domestica.

Da ultimo, si lascia spazio alle raccomandazioni relative alla prevenzione ed eliminazione della doppia imposizione. In particolare, le circostanze che possono condurre a tale fenomeno sono principalmente tre: quando il reddito è soggetto a imposizione anche nell'ordinamento della controllata estera; quando più giurisdizioni applicano le disposizioni in materia CFC sullo stesso reddito; quando i dividendi distribuiti dalla controllata sono già stati assoggettati a tassazione ai sensi delle norme in questione⁴⁹. Se il suggerimento, per far fronte al problema nei primi due casi, è di concedere semplicemente un credito per le imposte assolte all'estero anche da società intermedie nella catena partecipativa, per quanto concerne il terzo caso il discorso è invece più complesso. Infatti, la raccomandazione dell'OCSE si limita a prevedere l'esenzione da tassazione dei dividendi e dei "capital gains" derivanti da partecipazioni in società estere nell'eventualità in cui il reddito della controllata sia già stato tassato secondo le norme CFC, lasciando a totale discrezione dei singoli Stati il trattamento da riservare a dividendi e plusvalenze⁵⁰.

Come d'altra parte ha riconosciuto anche l'OCSE, non si è prodotto alcun risultato

⁴⁷ Cfr., OECD 2015, Id., par. 118

⁴⁸ Approccio da sempre vigente nell'ordinamento fiscale italiano.

⁴⁹ Cfr., OECD 2015, op.cit., par. 122

⁵⁰ Cfr., OECD 2015, Id., par. 123

realmente rilevante in materia di CFC. Le linee guida in precedenza analizzate rasentano la natura di *best practices*, ma non riuscendo a imporre un piano strategico sufficientemente preciso lasciano eccessiva discrezionalità di manovra nelle mani dei singoli ordinamenti nazionali. In questo senso, l'”Action 3” si limita a compiere una sorta di ricognizione dei principi di funzionamento della disciplina finendo per rendere fiscalmente più appetibili quegli Stati che optano per delineare norme sulle imprese estere controllate in maniera meno rigida⁵¹. L'Unione Europea ha pertanto manifestato l'esigenza di un'azione più diretta ed efficace, che, come si avrà modo di vedere in seguito, si concretizza nella direttiva antielusione, anche nota come direttiva ATAD.

⁵¹ Come afferma L. E. SCHOUERI, *The BEPS Project: Still a Military Approach*, in PISTONE P. (a cura di), *The implementation of anti-BEPS rule in the EU: a comprehensive study*, Amsterdam, 2018

1.3 Riflessioni circa la (in)compatibilità tra le CFC *rules* e le Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni

Giunti a questo punto, ai fini di una maggiore completezza riguardo la prospettiva internazionale, pare doveroso approfondire le problematiche di compatibilità tra le CFC *legislations* e il Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni. A tal proposito, non esiste una tesi unanime, ma si assiste a un dibattito particolarmente acceso tra posizioni dottrinali e giurisprudenziali divergenti, a cui si aggiunge l'interpretazione dell'OCSE.

La querelle si snoda essenzialmente attorno a due profili: da un lato la relazione tra la disciplina CFC e le norme pattizie che regolano la tassazione attraverso le imprese, dall'altro il valore antielusivo intrinseco proprio delle convenzioni internazionali⁵².

Le disposizioni convenzionali del Modello OCSE che *prima facie* possono dirsi incompatibili con le normative in materia di controllate estere sono quelle degli articoli 7 e 10⁵³. Nello specifico, ai sensi del primo paragrafo dell'articolo 7 gli utili dell'impresa, nel caso di specie localizzata nello Stato contrente a fiscalità ridotta, sarebbero imponibili soltanto in detto Stato a meno che tale impresa non svolga la sua attività nello Stato del soggetto controllante per il tramite di una stabile organizzazione ivi situata e solo nella misura in cui tali utili siano imputabili alla "permanent establishment⁵⁴". Se si considera che il mero rapporto di controllo non costituisce "motivo sufficiente" per far sì che una delle società sia considerata stabile organizzazione dell'altra⁵⁵, emerge allora una presunta inconciliabilità che scaturisce dalla pretesa impositiva dello Stato a fiscalità

⁵² Sul punto si veda P. BRACCO, "CFC legislation e trattati internazionali: le recenti integrazioni al Commentario Ocse e il loro valore ermeneutico", in *Rivista di diritto tributario*, 2004, fasc. 2, pt. 1, pp. 184-185

⁵³ Come ampiamente sottolineato dalla dottrina, cfr. P. BRACCO, op.cit., pp. 179-216, C. SACCHETTO, S. PLEBANI, "Compatibilità della legislazione cfc italiana con le norme convenzionali e con l'ordinamento comunitario", in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2002, n.1, p. 13 ss., P. GARIBOLDI, I. LA CANDIA, I. MARRAFFA, "Sulla compatibilità della normativa cfc con le convenzioni internazionali ed il diritto comunitario", in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2007, n.3, p. 929 ss., P. DE LUCA, "Ancora sul rapporto tra convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni e normative nazionali in materia di imputazione dei redditi dei soggetti esteri controllati", in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2003, n.2, p. 641 ss., N. LANCELOTTI, "La disciplina sulle imprese partecipate estere fra compatibilità con il diritto comunitario, con le norme convenzionali e costituzionalità", in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2014, n.1, p. 109 ss., M. SIEGFIED, G. FORT, "Compatibilità delle norme «CFC» con le Convenzioni internazionali", in *Corriere tributario*, 2001, n.9, p. 643 ss., G. MARINO, *La considerazione dei "paradisi fiscali" e la sua evoluzione* in V. UCKMAR (coordinato da), *Diritto Tributario Internazionale*, Padova, 2005, p. 973 ss. A. BALLANCIN, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, Milano, 2016, pp. 220-229

⁵⁴ Cfr. OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital 2017*, Article 7 (1)

⁵⁵ Cfr. OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital 2017*, Article 5 (7)

ordinaria di assoggettare a tassazione, in base alla disciplina CFC, gli utili non distribuiti nello Stato a regime fiscale privilegiato.

Non solo, l'altro potenziale contrasto emerge da una prima lettura del quinto paragrafo dell'articolo 10 del Modello OCSE che di fatto esclude la "extra-territorial taxation"⁵⁶. In altre parole, viene proibito a uno Stato contraente di tassare gli utili, a prescindere dalla loro distribuzione, di una società residente nell'altro Stato contraente, ancorché tali utili siano inerenti a redditi conseguiti nel primo Stato. Nel contempo, è concesso a quest'ultimo Stato di assoggettare a imposizione tali dividendi se percepiti dai propri residenti o se imputabili a una stabile organizzazione situata nel proprio territorio⁵⁷. In concreto, si ipotizzi un caso in cui un contribuente residente in Italia controlli *in toto* una società soggetta alla disciplina CFC residente in Irlanda i cui utili sono interamente generati in Italia. Le frizioni nascono dal fatto che – contrariamente a quanto previsto dalla norma CFC interna – la disposizione pattizia esclude la tassazione da parte dell'ordinamento italiano sugli utili non distribuiti dalla controllata estera irlandese, ancorché siano stati conseguiti in Italia.

La tesi, apparentemente minoritaria, a difesa dell'incompatibilità, fonda le proprie convinzioni su un'interpretazione prevalentemente letterale del disposto normativo⁵⁸. Viene data importanza, in entrambi i casi, non tanto all'imposizione del contribuente in funzione degli utili che percepisce, quanto piuttosto all'imposizione sugli stessi utili, estendendo in questo modo il raggio d'azione delle disposizioni convenzionali anche alla doppia imposizione economica⁵⁹.

Tale estensione non è affatto condivisa dai termini introduttivi al Modello OCSE⁶⁰ in cui si esplicita esclusiva priorità all'eliminazione delle doppie imposizioni giuridiche⁶¹. Il

⁵⁶ Cfr. OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital 2017, Commentary on Article 10 (5)*, par.34, "Paragraph 5 rules out the extra-territorial taxation of dividends, i.e. the practice by which States tax dividends distributed by a non-resident company solely because the corporate profits from which the distributions are made originated in their territory"

⁵⁷ Cfr. OECD 2017, *Model Tax Convention on Income and on Capital 2017*, Article 10 (5)

⁵⁸ Come sostiene C. SACCHETTO, op. cit., p. 21

⁵⁹ Tale ipotesi viene avvalorata dall'art. 9 par. 2 del Modello concernente le rettifiche di operazioni tra imprese associate, cfr. C. SACCHETTO, op. cit, pp.22-23 e P. BRACCO, op.cit, p. 191

⁶⁰ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital 2017*, "These are the main purpose of the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, which provides a means of settling on a uniform basis the most common problems that arise in the field of international juridical double taxation."

⁶¹ Per maggiore chiarezza espositiva si precisa che, come illustrato nell'introduzione al Modello, per doppia imposizione giuridica si fa riferimento alla tassazione dello stesso contribuente in due Stati diversi mentre per doppia imposizione economica si intende la tassazione di uno stesso reddito in capo a due soggetti differenti.

contributo più eclatante, a sostegno della tesi appena analizzata, è quello fornito dalla giurisprudenza francese. Quest'ultima, distaccandosi dagli spunti forniti dal Commentario, si affida integralmente al valore ermeneutico del criterio letterale delle disposizioni⁶². Per quanto la Corte di Appello di Parigi, nel caso "Schneider Electric"⁶³, abbia conferito alle norme pattizie l'intento di ostacolare tanto le doppie imposizioni giuridiche quanto quelle economiche, la stessa norma "d'oltralpe", trattando la controllata estera come una società fantasma, ha creato i presupposti altresì per una doppia imposizione in capo allo stesso soggetto, rivelandosi pertanto ulteriormente inapplicabile⁶⁴.

La tesi più accreditata risulta, però, essere quella a sostegno della compatibilità. Peraltro, se la giurisprudenza francese si è espressa negativamente circa l'applicabilità della norma CFC, le Corti inglesi e finlandesi si sono schierate a favore⁶⁵. In sintesi, la ragione che giustifica tale presa di posizione muove da una netta separazione delle fattispecie oggetto delle disposizioni in questione⁶⁶. Tradotto, mentre le CFC *legislations* si concretizzano nella tassazione del soggetto residente che controlla la partecipata estera, le norme pattizie ineriscono all'imposizione di una società non residente. Il punto di vista dell'OCSE è piuttosto nitido. Il paragrafo 81 del Commentario rubricato "Controlled foreign companies provisions", richiamando le previsioni recentemente introdotte⁶⁷ dal paragrafo 3 dell'articolo 1, in virtù del quale la potestà impositiva di uno Stato nei confronti dei propri residenti è sacrosanta e non può essere condizionata dalle Convenzioni contro le doppie imposizioni⁶⁸, ribadisce che in generale le norme in questione non hanno motivo di confliggere tra loro⁶⁹. Più specificamente, il paragrafo 14 dell'articolo 7 del Commentario chiarisce che l'intento del primo paragrafo del medesimo articolo è circoscrivere il diritto da parte di uno Stato contraente di tassare i "business

⁶² Cfr. P. DE LUCA, op.cit, pp. 694-695

⁶³ Per un approfondimento sul caso francese cfr. P. DE LUCA, Id, p. 641 ss.

⁶⁴ P. BRACCO, op.cit., p. 191-192

⁶⁵ Per un approfondimento sui casi "Bricom Holdings ltd" e "A Oyj Abp" Cfr. P. GARIBOLDI, I. LA CANDIA, I. MARRAFFA, op.cit, pp.943-944 e P. DE LUCA, op.cit, p. 641 ss.

⁶⁶ Sul punto si vedano P. BRACCO, op.cit, pp.187-188 e P. GARIBOLDI, I. LA CANDIA, I. MARRAFFA, op.cit., p.940

⁶⁷ In recepimento alle indicazioni suggerite dal progetto BEPS

⁶⁸ Cfr. OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital 2017*, Article 1 par.3, "This Convention shall not affect the taxation, by a Contracting State of its residents"

⁶⁹ Cfr. OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital 2017*, Commentary on Article 1 par.81, "Since such legislation results in a State taxing its own residents, paragraph 3 of Article 1 confirms that it does not conflict with tax conventions. The same conclusion must be reached in the case of conventions that do not include a provision similar to paragraph 3 of Article 1; (...) It is recognised that controlled foreign company legislation structured in this way is not contrary to the provisions of the Convention."

profits” di imprese dell’altro Stato contraente, non, viceversa, di limitare la potestà impositiva del singolo Stato esercitabile nei confronti dei propri residenti. In questi termini, le imposte che il soggetto residente in uno Stato sconta in virtù della norma CFC non riducono gli utili della controllata estera e, pertanto, non possono considerarsi rimosse su tali utili⁷⁰. Quanto al paragrafo 37 del Commentario all’articolo 10, l’OCSE ritiene che il paragrafo 5 inerisca esclusivamente l’imposizione alla “source” (fonte) e non quella attinente alla residenza e in aggiunta riguardi solo la tassazione della società e non quella del socio ⁷¹.

Tuttavia, questa chiave di lettura suscita non poche perplessità se si considera che le disposizioni del quinto paragrafo dell’articolo 10, ancorché non ne facciano esplicitamente menzione, sembrano mirate a proteggere il socio più che la società, già tutelata dall’articolo 7⁷². Sembrerebbe, invece, più opportuno giustificare la compatibilità di tale disposizione pattizia qualificando la fattispecie della tassazione per trasparenza, in virtù della normativa CFC, come un’ipotetica distribuzione di dividendi, condizione sufficiente ai fini dell’assoggettamento a tassazione da parte dello Stato di residenza del socio sugli utili non distribuiti della società estera controllata⁷³.

La querelle, come è stato anticipato in *incipit* del paragrafo, va inquadrata anche da un’altra angolazione. Si tratta appunto della portata antiabuso delle norme contro le doppie imposizioni. In particolare, come precisato dall’OCSE al paragrafo 54 del Commentario sull’articolo 1, “il contrasto a evasione ed elusione fiscale è anch’esso parte degli obiettivi delle convenzioni in materia fiscale⁷⁴”. Oltretutto, gli stessi trattati in materia fiscale non devono essere per nessun motivo oggetto di abuso⁷⁵. Pertanto, anche sotto questo profilo non possono esserci dubbi che una normativa di carattere antielusivo come la disciplina sulle CFC, peraltro fortemente raccomandata dall’OCSE sia nell’”Harmful Tax Competition”, che in occasione dell’”Action 3” del progetto BEPS, possa generare conflitti con il Modello Convenzionale.

Al proposito, la Suprema Corte di Cassazione, in seguito ad una precedente sentenza

⁷⁰ Cfr. OECD 2017, op.cit, Commentary on Article 7, par. 14

⁷¹ Cfr. OECD 2017, op.cit, Commentary on Article 10, par. 37

⁷² Cfr., A. BALLANCIN, op.cit., p. 224

⁷³ Cfr., A. BALLANCIN, Id., p. 225

⁷⁴ Cfr. OECD 2017, op.cit, Commentary on Article 1, par.54

⁷⁵ La prevenzione dell’abuso delle convenzioni internazionali in materia fiscale costituisce il tema dell’Action 6 del progetto BEPS

negativa della Commissione Tributaria Provinciale di Bergamo⁷⁶, si esprime per la prima volta sul tema ritenendo in via definitiva non sussistere alcuna problematica circa la compatibilità tra la disciplina CFC italiana e le disposizioni pattizie, nel caso specifico in vigore con Cipro⁷⁷.

Per quanto la decisione sia pienamente in linea con le conclusioni esposte dall'OCSE, desta invece scetticismo la portata argomentativa delle giustificazioni⁷⁸. La Corte ritiene che per fruire dei trattati convenzionali è strettamente necessario che il contribuente sia sottoposto all'effettiva giurisdizione dell'altro Stato contraente e al contempo sia il "beneficiario effettivo" del provento formalmente percepito⁷⁹. Se da un lato è comprensibile attribuire agli strumenti convenzionali il fine di prevenire l'elusione fiscale oltre al fenomeno della doppia imposizione giuridica, dall'altro non convince del tutto che la Suprema Corte conferisca alla clausola di beneficiario effettivo valore di principio generale antiabuso⁸⁰. Nella fattispecie tale riferimento può risultare inopportuno e affrettato in relazione alla specificità che riveste la natura della suddetta clausola⁸¹.

In estrema sintesi, l'interpretazione fornita dalla Corte si conclude nella misura in cui limitare la facoltà da parte dello Stato della fonte, in questo caso l'Italia, di tassare il reddito della società cipriota sarebbe quantomeno pregiudizievole sia per una distorsione delle norme distributive convenzionali circa la potestà impositiva degli Stati, che in

⁷⁶ CTP, sez. I, Bergamo, sentenza 12/11/2009, n. 170, sul tema cfr. A. BALLANCIN, "Osservazioni a margine di una sentenza di merito in tema di incompatibilità della disciplina cfc con le convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni. Ulteriori riflessioni sul rapporto tra la novellata normativa cfc ed il diritto comunitario", in *Rivista di diritto tributario*, 2010, fasc. 3, p.161-179

⁷⁷ Cass. Civ., Sez. V, sentenza 16 dicembre 2015, n. 25281

⁷⁸ Di questo parere sono E. DELLA VALLE, "La normativa CFC è compatibile con il diritto UE e con i Trattati contro le doppie imposizioni" - Fiscalità internazionale - La normativa CFC al "test" della Suprema Corte", in *GT - Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, 2016, n.4, p. 297 ss., A. BALLANCIN, op.cit., 2016, pp. 228-229 e E. PALMITESSA, "La disciplina CFC cerca chiarezza nel nuovo Modello Convenzionale OCSE", in *Il Sole 24 Ore*, 2018

⁷⁹ Sul punto P. SELLA, "Compatibilità del regime CFC con il diritto comunitario e con le Convenzioni contro la doppia imposizione", in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2016, n. 8, p. 23 ss. in merito a Cass. Civ., Sez. V, sentenza 16 dicembre 2015, n. 25281

⁸⁰ Cfr. Cass. Civ., Sez. V, sentenza 16 dicembre 2015, n. 25281, p. 16, tale clausola secondo la Corte si qualifica "come una clausola generale dell'ordinamento fiscale internazionale, volta ad impedire che i soggetti possano abusare dei trattati fiscali attraverso pratiche di treaty shopping con lo scopo di far godere della protezione convenzionale contribuenti che, altrimenti, non ne avrebbero avuto diritto o che avrebbero subito un trattamento fiscale, comunque, meno favorevole. (...) Anche l'assenza di una menzione esplicita della clausola del beneficiario effettivo non pare affatto idonea a porre nel nulla il fondamentale rilievo antiabuso che tale clausola possiede nell'ordinamento fiscale internazionale, rectius la sua idoneità a limitare il potere impositivo dello Stato della fonte in pregiudizio delle sue legittime ragioni erariali."

⁸¹ A tal proposito cfr. E. DELLA VALLE, *Ibid.* e A. BALLANCIN, *Ibid.* Gli autori segnalano inoltre che l'inserimento, suggerito dall'OCSE, di clausole generali antiabuso all'interno dei Trattati - in particolare la "Principle Purpose Test" (PPT) e la Limitation Of Benefit clause "(LOB) - si rivelerebbe superfluo se la clausola generale antiabuso potesse assumere autonomamente una tale funzione.

termini di pianificazione fiscale aggressiva realizzata tramite un abuso di un trattato convenzionale⁸².

⁸² Cfr. Cass. Civ., Sez. V, sentenza 16 dicembre 2015, n. 25281, p. 17

2. La direttiva ATAD e il modello di legislazione CFC in ottica europea

2.1 La direttiva ATAD in materia CFC

2.1.1 Considerazioni introduttive e obiettivi

La direttiva ATAD – acronimo di Anti Tax Avoidance Directive – da una parte costituisce la risposta comunitaria alle dilaganti pratiche di elusione e pianificazione fiscale aggressiva che da tempo creano distorsioni alla concorrenza nel mercato interno, dall'altra il mezzo per attuare il progetto BEPS descritto in precedenza. Tuttavia, la direttiva antielusione si spinge ben oltre le raccomandazioni suggerite dall'OCSE, che in tal senso si configurano solo come semplici lavori ausiliari. L'Unione Europea percepisce come prioritario assicurare una tassazione attraverso le imprese equa ed efficace e avverte l'esigenza di garantire che "l'imposta sia versata nel luogo in cui gli utili e il valore sono generati"⁸³. La direttiva pare, quindi, lo strumento giuridico di diritto comunitario più idoneo affinché l'azione sia al contempo rapida, coordinata ed efficace⁸⁴.

In dettaglio, le direttive obbligano gli Stati membri a raggiungere risultati prestabiliti pur mantenendo autonomia nella scelta riguardo al modo in cui ottenerli⁸⁵. Varata dal Consiglio dell'Unione Europea il 12 luglio 2016, la direttiva ATAD ha fatto sì che tutti i 28 Stati membri (compreso il Regno Unito) adeguassero – entro il 31 dicembre 2018⁸⁶ – le proprie misure nazionali in virtù delle disposizioni inserite nel provvedimento di diritto derivato. Per difendere il mercato interno dai fenomeni di elusione e pianificazione fiscale aggressiva è stato necessario predisporre regole che ne rafforzassero il livello di protezione medio.

In questi termini – non è una novità – le norme sulle imprese estere controllate possono contribuire a contrastare da un lato la "base erosion" all'interno del mercato comune, dall'altro il "profit shifting" al di fuori dello stesso, ostacolando l'artificiale dirottamento degli utili verso le controllate⁸⁷. Pertanto, le CFC *rules* costituiscono uno dei settori oggetto

⁸³ Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, par. 1

⁸⁴ Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, par. 2

⁸⁵ Cfr. Commissione Europea, *Tipi di atti giuridici dell'UE*, ritratto da https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/types-eu-law_it#atti-legislativi-e-atti-non-legislativi

⁸⁶ Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, articolo 11 comma 11

⁸⁷ Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, par. 5 e par. 12

di intervento a cui la direttiva riserva appositamente due articoli finalizzati a stabilire un tenore minimo di tassazione del reddito delle società controllate estere.

La direttiva ribadisce un concetto ormai noto, ovvero che le norme CFC si concretizzano nell'imputazione dei redditi non distribuiti di una società soggetta a imposizione ridotta in capo alla controllante⁸⁸. Si è parlato di livello di protezione: per quanto la direttiva imponga uno standard comunitario di carattere minimale, non preclude la possibilità da parte dei singoli ordinamenti di applicare disposizioni volte a garantire un livello più importante di tutela delle basi imponibili nazionali⁸⁹. Tuttavia, in materia CFC questo non significa che qualsiasi norma più restrittiva, oppure onerosa per il contribuente, sia per forza di cose giustificata⁹⁰. Oltretutto, il recepimento di un modello comune di CFC *legislation* – in vigore dal periodo di imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2018 – è accolto di buon grado, in considerazione del fatto che una tale norma di carattere antielusivo – come si avrà modo di approfondire più avanti in questo capitolo – è stata lungamente al centro di dibattiti circa la compatibilità con il diritto comunitario. Al proposito va sottolineato, però, che non si considerano completamente sciolti i nodi legati ai rapporti con il diritto primario e contestualmente si evidenzia che se ne sono creati di nuovi⁹¹. Di seguito si procede quindi ad un'analisi interpretativa dettagliata del disposto normativo sulle società controllate estere.

⁸⁸ Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, par.12, “Le norme sulle società controllate estere (CFC) hanno come effetto la riattribuzione dei redditi di una società controllata soggetta a bassa imposizione alla società madre. La società madre diventa quindi tassabile per i redditi che le sono stati attribuiti nello Stato in cui è residente a fini fiscali.”

⁸⁹ Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, articolo 3, “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.”

⁹⁰ Come sostiene G. ROLLE., “ATAD e CFC. La necessità di una riforma fra armonizzazione minima e libertà del mercato interno”, in *il Fisco*, 2018, n. 32, pp. 1-3150

⁹¹ Come sostiene P. PISTONE, *Diritto tributario europeo*, Torino, 2018, p. 273. Sul tema si tornerà nel prossimo paragrafo.

2.1.2 Disamina degli articoli 7 e 8 della direttiva

Gli articoli 7 e 8 della direttiva disciplinano, rispettivamente, la fattispecie impositiva e la modalità di determinazione della base imponibile delle CFC. Prima di tutto, però, preme puntualizzare che ai sensi dell'articolo 1⁹² i soggetti a cui la direttiva intende rivolgersi sono essenzialmente tutti i soggetti passivi dell'imposta sulle società in uno o più Stati membri, mentre sembrano rimanere escluse le persone fisiche, ancorché esercenti attività di impresa⁹³. Sebbene la direttiva sia piuttosto chiara a riguardo, è da valutare la possibilità da parte dei singoli ordinamenti fiscali di estendere il raggio di applicazione anche ai contribuenti persone fisiche⁹⁴. Inoltre, l'esplicito riferimento alle stabili organizzazioni di soggetti residenti in Paesi che non fanno parte dell'Unione Europea, dimostra che la direttiva non si limita soltanto all'imposizione basata su presupposti di collegamento personale⁹⁵.

Ciò premesso – in virtù del 1° comma dell'articolo 7 – lo Stato membro di un contribuente può trattare un'entità o una stabile organizzazione come una CFC al verificarsi congiunto di due condizioni. Nel caso specifico di una stabile organizzazione, la norma è da intendersi applicabile qualora gli utili siano esenti da imposta nello Stato membro del contribuente. Del resto, come sottolineano gli stessi termini della direttiva, non occorre tassare, in forza delle norme CFC, gli utili di stabili organizzazioni a cui non è concessa l'esenzione da imposta, dal momento che tali stabili organizzazioni subiscono già un trattamento analogo a quello delle società controllate estere⁹⁶.

In primis, è necessario quindi che si realizzi il requisito del controllo. Più precisamente, stando a quanto previsto dalla lettera a) del suddetto articolo, il controllo, nel caso di un'entità, consiste nella detenzione, ancorché condivisa con altre imprese associate⁹⁷, di

⁹² Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, articolo 1, "La presente direttiva si applica a tutti i contribuenti che sono soggetti all'imposta sulle società in uno o più Stati membri, comprese le stabili organizzazioni situate in uno o più Stati membri di entità residenti a fini fiscali in un paese terzo."

⁹³ Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, par. 4

⁹⁴ Come nel caso italiano che verrà approfondito nel capitolo successivo

⁹⁵ Sul punto cfr. P. PISTONE, op. cit., p. 273

⁹⁶ Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, par. 12

⁹⁷ Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, articolo 2 comma 4. Ai sensi della direttiva si considerano imprese associate: "a) 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; b) 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.

una partecipazione diretta o indiretta di oltre il 50% dei diritti di voto o del capitale sociale, o comunque, una partecipazione che consenta di ottenere più del 50% degli utili della stessa⁹⁸. Se da un lato quanto appena descritto è in linea con la raccomandazione dell'OCSE contenuta nell'Action 3 del progetto BEPS, essendo previsto alternativamente il controllo legale o il controllo economico, dall'altro viene meno il riferimento al controllo *de facto*⁹⁹. In ogni modo, il "range" di applicazione risulta ugualmente ampio se si considera che, oltre alle fattispecie di controllo diretto e indiretto, è inclusa anche quella realizzata tramite le imprese associate. Ciò è giustificato dal fatto che l'intento della direttiva è affrontare il potenziale aggiramento della norma che potrebbe verificarsi per mezzo di una frammentazione del livello di controllo piuttosto che tramite lo "splitting" dei redditi in diverse controllate¹⁰⁰. La determinazione del livello di controllo viene calcolata secondo le regole previste dallo Stato membro di appartenenza della società madre¹⁰¹. Si ritiene opportuno precisare, inoltre, che sulla base della lettura combinata di questo requisito con quanto disposto dall'articolo 3 della direttiva, il considerando numero 12 menziona come ipotesi di maggior livello di protezione un ridimensionamento della soglia di controllo a discrezione degli Stati¹⁰².

La seconda condizione richiesta per applicare la norma CFC riguarda la tassazione subita dalla società controllata estera. In dettaglio, la lettera b) del 1° comma dell'articolo 7 prevede il ricorrere degli estremi quando l'imposta sugli utili effettivamente versata, dall'entità o dalla stabile organizzazione, è inferiore alla differenza tra l'imposta che teoricamente avrebbe gravato su quest'ultima in virtù del sistema fiscale vigente per le società nello Stato membro del contribuente e l'imposta sugli utili effettivamente versata dall'entità o dalla stabile organizzazione¹⁰³. Per quanto la formulazione del disposto normativo possa risultare estremamente macchinosa¹⁰⁴, un'attenta analisi pratica ne facilita l'interpretazione. Concretamente, impostando i termini della norma all'interno di

Se un individuo o un'entità detiene 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."

⁹⁸ Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, articolo 7 comma 1 lettera a)

⁹⁹ Per un approfondimento si rimanda al capitolo precedente.

¹⁰⁰ Cfr. G. GINEVRA, "The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU level", in *45 Intertax*, 2017, Issue 2, p. 126

¹⁰¹ Cfr. G. GINEVRA, *Ibid.*

¹⁰² Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, par. 12

¹⁰³ Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, articolo 7 comma 1 lettera b)

¹⁰⁴ Come sostiene criticamente J. S. BONN, "CFC Rules and Anti-Tax Avoidance Directive", in *26 EC Tax Review*, 2017, Issue 3, p. 147

un'equazione matematica secondo cui l'imposta realmente versata dall'entità o dalla stabile organizzazione rappresenta l'incognita X, mentre l'imposta che le sarebbe stata imputata nell'ordinamento dello Stato membro rappresenta l'incognita Y, l'equazione da risolvere risulta come segue: $X < Y - X$. Svolgendo i semplici passaggi logici si ottiene che: $X < Y/2$. In altri termini, l'imposta effettivamente versata dalla controllata estera deve essere inferiore al 50 % di quella che avrebbe versato qualora fosse stata residente nello Stato membro del soggetto controllante¹⁰⁵.

Il 1° comma precisa, inoltre, che se la stabile organizzazione di una controllata estera è esente da imposta nello Stato di quest'ultima non viene presa in considerazione; e specifica che per imposta applicata nello Stato membro del contribuente si fa riferimento all'imposta calcolata secondo le regole di tale Stato¹⁰⁶. Pertanto, non sarà sufficiente calcolare la tassazione sugli utili ma si dovrà procedere anche al ricalcolo della base imponibile su cui insiste l'imposizione¹⁰⁷. Non solo, nel caso in cui il controllo si realizzi tramite una partecipazione detenuta da più imprese associate è opportuno verificare la soglia impositiva facendo riferimento alle regole previste dallo Stato membro della controllante¹⁰⁸. Se da una parte il riferimento alla tassazione effettiva risulta aderente alle *best practices*¹⁰⁹, oltre a essere del tutto in linea con la raccomandazione suggerita dall'OCSE nell'Action 3, dall'altra può dimostrarsi un criterio estremamente soggettivo in grado di generare disparità nell'introduzione di un modello di CFC *rule* comunitario¹¹⁰. In particolare, mentre alcuni Stati membri potrebbero trattare una società controllata estera come una CFC, altri caratterizzati da una minore pressione fiscale potrebbero non fare lo stesso, finendo per innescare un meccanismo di "race to the bottom" in cui gli Stati ricorrono a una "corporate tax" inferiore per attrarre investimenti dalle imprese che vogliono sfuggire all'applicazione della norma¹¹¹. Questo però non è coerente con l'obiettivo generale della direttiva che si concretizza nell'uniformità di applicazione della

¹⁰⁵ Come suggeriscono, J. S. BONN *Ibid.* e J. R. DANON, *EU Fiscal Protectionism versus Free Movement of Capital: The Case of the ATAD CFC Categorical Model*, in P. PISTONE, (a cura di), *European Tax Integration: Law Policy and Politics*, Amsterdam, IBFD, 2018, p. 391

¹⁰⁶ Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, articolo 7 comma 1

¹⁰⁷ Sul punto cfr. P. PISTONE, *op. cit.*, p. 278

¹⁰⁸ Cfr. P. PISTONE, *Ibid.*

¹⁰⁹ Come anticipava nella sua opera G. MAISTO, "Modello europeo per le legislazioni degli Stati membri in materia di imposizione fiscale delle società controllate estere (CFC)", in *Rivista di diritto tributario*, 2008, fasc. 11, pt. 5, pp. 206-207, ritenendo che "la miglior pratica sia costituita dal confronto tra il livello di tassazione subita dalla società estera e il livello di tassazione che avrebbe teoricamente gravato la società stessa qualora avesse operato nello Stato che applica la normativa CFC"

¹¹⁰ Cfr. G. GINEVRA, *op.cit.*, p.126

¹¹¹ Cfr. G. GINEVRA, *Ibid.*

norma, assicurando nel contempo parità di condizioni fra gli Stati dell'Unione Europea¹¹². Al considerando introduttivo numero 12 la direttiva ammette, in linea con quanto suggerito dall'OCSE nel report finale, la possibilità per gli Stati di ricorrere a un sistema di liste nere, bianche e grigie di Paesi terzi e liste bianche per Stati membri così da comprendere più facilmente il livello di aliquota di imposta sulle società¹¹³.

Una volta stabilite le condizioni al cui verificarsi una società controllata estera viene trattata come CFC, la direttiva fornisce due modalità alternative per determinare quali redditi di tale società estera siano da considerare "CFC income" e quindi imponibili nello Stato membro della controllante. Pertanto, è necessario soffermarsi sulle criticità che contraddistinguono i due modelli di declinazione della norma.

Nel dettaglio, richiamando le considerazioni dell'Action 3 descritte nel capitolo precedente¹¹⁴, mentre il primo modello si caratterizza per un approccio mirato a identificare il reddito CFC sulla base di una suddivisione per categorie, il secondo fa invece riferimento a un approccio incentrato sulla sostanza. Più specificamente, la lettera a) del 2° comma dell'articolo 7 propone una lista in cui sono elencate le fattispecie rientranti sotto l'egida dei "passive income"¹¹⁵, prioritariamente interessi, dividendi, royalties e redditi derivanti da attività finanziaria¹¹⁶. Diversamente, la lettera b) dello stesso comma considera i redditi "derivanti da costruzioni non genuine che sono state poste in essere essenzialmente allo scopo di ottenere un vantaggio fiscale"¹¹⁷. Se dal punto di vista dell'approccio utilizzato per la definizione del reddito della CFC i due modelli sono chiaramente distinti – essendo il primo "categorical" e il secondo "substance based"¹¹⁸ –, sotto il profilo dell'inclusione di tale reddito nella base imponibile la soluzione adottata è analoga. Entrambi i modelli, infatti, seguono un criterio di determinazione del reddito di

¹¹² Cfr. G. GINEVRA, *Ibid.*

¹¹³ Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, par. 12

¹¹⁴ Cfr. cap. 1 pp. 8-9 di questo lavoro

¹¹⁵ Se confrontata con la lista suggerita dall'OCSE nell'Action 3 risulta più ampia considerando anche i redditi derivanti da leasing finanziario e da attività bancaria o altre attività finanziarie.

¹¹⁶ Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, articolo 7 comma 2 lettera a) "a) 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."

¹¹⁷ Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, articolo 7 comma 2 lettera b)

¹¹⁸ Come suggeriscono G. GINEVRA, *op.cit.*, p.127 e A. DELLA CARITÀ, L. BONFANTI, "Paradossi e insana (in)coerenza nella CFC delineata dallo schema di Decreto di recepimento dell'ATAD", in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2018, n.12, p. 27 ss.

tipo “transactional¹¹⁹” e non, come discutibilmente specificato da alcuni autori¹²⁰, l’uno “transactional” e l’altro “jurisdictional¹²¹”. In termini diversi, alla luce di quanto già osservato nell’Action 3, le due alternative fornite dalla direttiva mirano ad assoggettare solo i redditi coinvolti in transazioni potenzialmente pericolose. Peraltro, nessuno dei due modelli che uno Stato membro può scegliere di adottare prevede la tassazione integrale dei redditi della CFC¹²², fatta eccezione per il caso in cui una controllata abbia solo ed esclusivamente redditi inerenti alla categoria dei “passive income” o derivanti da “costruzioni non genuine¹²³”.

Un’altra questione rilevante concerne il valore da attribuire alla congiunzione “o” che separa i due modelli alternativi indicati. Infatti, se *prima facie* pare logico intendere che l’uno escluda l’altro, in considerazione del carattere minimale della direttiva, come espresso dall’articolo 3, si può affermare come gli Stati membri abbiano la facoltà di adottare entrambi i modelli secondo un approccio più comprensivo in cui i redditi che non rientrano automaticamente tra le categorie dei “passive income” sono da considerare redditi CFC qualora scaturiscano da costruzioni non genuine¹²⁴.

Oltre a identificare i redditi della controllata estera da imputare per trasparenza alla controllante la direttiva chiarisce quando tali redditi possano essere esclusi dal novero dei “CFC income”. In dettaglio, a ciascun modello corrispondono determinate circostanze esimenti.

Il “categorical approach” prevede che se “la società controllata estera svolge un’attività economica sostanziale sostenuta da personale, attrezzature, attivi e locali¹²⁵” non è

¹¹⁹ Come affermano A. DELLA CARITÀ, L. BONFANTI, op. cit. e - G. ROLLE, “ATAD e CFC. La necessità di una riforma fra armonizzazione minima e libertà del mercato interno”, in *il Fisco*, 2018, n.32, pp. 1-3150

¹²⁰ Cfr. S. TRETTEL, “La disciplina CFC al test continentale”, in *il Fisco*, 2018, n.21, pp. 1-2065 L. MIELE G. PICCININI, “Nuovo regime CFC: eliminata la distinzione tra modelli black e white”, in *Corriere Tributario*, 2018, n.42, p. 3199 ss., M. MORETTI, “Controlled foreign companies: alcune riflessioni di carattere sistematico alla luce delle modifiche introdotte dal decreto internazionalizzazione e dalla legge di stabilità 2016”, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2017, n.3, p.782

¹²¹ Sul proposito Assonime, nell’intervento del 4 ottobre 2018, sottolinea espressamente che la ricostruzione secondo cui il secondo modello fornito dalla direttiva è configurabile come *jurisdictional*, non è esatta. Infatti, specifica che tale modello non attrae a tassazione per trasparenza tutto il reddito della controllata, ma solo quello effettivamente distolto artificialmente dalla giurisdizione della società controllante, da calcolare *case by case* “secondo il principio di libera concorrenza”.

¹²² In realtà, il Considerando 12 della Direttiva statuisce che “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”

¹²³ Come giustamente suggerisce G. ROLLE, op. cit.

¹²⁴ Cfr. G. GINEVRA, op.cit., p.127

¹²⁵ Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, articolo 7 comma 2 lettera a)

soggetta alla disciplina CFC¹²⁶. Non solo, ai sensi del 3° comma sono escludibili dal regime le entità o le stabili organizzazioni nella misura in cui i redditi ottenuti non rientrino per più di un terzo nelle categorie dei “passive income” elencate dalla lettera a) del 2° comma¹²⁷. Inoltre, nel caso specifico di imprese finanziarie, uno Stato membro può optare per l’esonero, se non oltre un terzo dei redditi inclusi nelle categorie di cui sopra è percepito tramite transazioni con la controllante o le sue imprese associate¹²⁸.

Per quanto riguarda l’approccio sostanziale di cui alla lettera b) del 2° comma, è prevista l’esclusione implicita per quei redditi che non derivano da costruzioni non genuine poste in essere allo scopo di ottenere un mero vantaggio fiscale. A tal proposito la direttiva provvede a fornire una definizione del concetto di costruzione non genuina basata su un’analisi funzionale circa gli attivi posseduti, i rischi assunti dalla controllata e le funzioni significative svolte dal personale della controllante ¹²⁹. In questi termini si richiama la formulazione del 2° comma dell’articolo 7 del Modello Convenzionale OCSE¹³⁰ in cui si fa riferimento al transfer pricing¹³¹.

Può ritenersi che il legislatore comunitario in questo modo abbia colto l’opportunità per tornare, pur distaccandosi dalla definizione tradizionale, sul concetto di costruzione artificiosa¹³² che la giurisprudenza europea, nello specifico nel *leading case* “Cadbury Schweppes”, ha sviluppato in passato¹³³. Tuttavia, preme sottolineare che sorgono alcune complessità relativamente a questo tema¹³⁴. Se da una parte, infatti, si parla di “attività

¹²⁶ Come sottolinea P. PISTONE, op. cit., p. 279 è piuttosto strano che il disposto normativo non accenni alle stabili organizzazioni estere ma faccia esclusivamente menzione alle società controllate estere.

¹²⁷ Cfr. Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, articolo 7 comma 3

¹²⁸ Cfr. Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, articolo 7 comma 3

¹²⁹ Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, articolo 7 comma 2 lettera b), “Ai fini della presente lettera, una costruzione o una serie di costruzioni è considerata non genuina nella misura in cui l’entità o la stabile organizzazione non possiederebbe gli attivi o non avrebbe assunto i rischi che generano la totalità o una parte dei suoi redditi se non fosse controllata da una società in cui le funzioni significative del personale che sono pertinenti per tali attivi e rischi sono svolte e sono funzionali al fine di generare i redditi della società controllata.”

¹³⁰ Cfr. OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital 2017*, Article 7 par.2, “the profits that are attributable (...) are the profits it might be expected to make, in particular in its dealing with other parts of the enterprise, if it were a separate and independent enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions, taking into account the functions, performed, assets used and risks assumed by the enterprise through the permanent establishment and through the other parts of the enterprise.”

¹³¹ Come osservano G. GINEVRA, op.cit., p. 127 e R. A., PAPOTTI e F. MOLINARI, “La disciplina CFC alla prova della Direttiva anti-elusione dell’Unione Europea”, in *Corriere Tributario*, 2016, n.34, p. 2609 ss.

¹³² Tema che verrà approfondito nel paragrafo successivo del capitolo

¹³³ Cfr. R. A., PAPOTTI e F. MOLINARI, op. cit.

¹³⁴ Come osservano G. GINEVRA, op.cit., p.128 e P. PISTONE, op. cit., p. 280

economica sostanziale sostenuta da personale attrezzature attivi e locali¹³⁵”, dall’altra, stando a quanto sopra descritto, si fa riferimento al concetto di “costruzione non genuina”. Mentre ci si interroga, dunque, se le due fattispecie siano in linea tra di loro, la direttiva all’articolo 6 – rubricato “Norma generale antiabuso” o “GAAR” (*general anti abuse rule*) – può destare ulteriori perplessità introducendo un ulteriore concetto di costruzione non genuina che la considera tale “nella misura in cui non sia stata posta in essere per valide ragioni commerciali rispecchianti la realtà economica¹³⁶”. Per quanto sia concepibile che all’interno di una stessa direttiva possa coesistere più di un contesto, sembra abbastanza insolito che, nonostante si stia contrastando lo stesso fenomeno, ovvero l’elusione fiscale, ci si ritrovi di fronte a due approcci diversi in funzione del fatto che si tratti di società controllate estere o meno¹³⁷. Sul piano interpretativo potrebbe ritenersi che l’approccio previsto dalla lettera b) del 2° comma dell’articolo 7 si configuri come più “meccanico” rispetto agli altri due, e al contempo rispecchi uno scopo più ampio congruamente alla rispettiva definizione di reddito CFC fornito dallo stesso¹³⁸. Oltretutto, se si tiene conto che alcuni Stati possono optare per implementare sia il modello “categorical” che quello “substance based”, e comunque quanto disposto dall’articolo 6, si rischia di assistere a un disorientamento in termini dei requisiti di sostanza di certo non coerente con l’obiettivo prioritario della direttiva di assicurare un’applicazione uniforme e coordinata della disciplina CFC¹³⁹. Sempre per quanto riguarda la seconda modalità di applicazione della norma, sono previste ulteriori cause esimenti tra cui la possibilità di escludere quelle società o stabili organizzazioni che abbiano “utili contabili non superiori a € 750.000 e redditi non derivanti da scambi non superiori a € 75.000” o “i cui utili contabili non ammontino a più del 10 % dei suoi costi di esercizio nel periodo di imposta¹⁴⁰”. Queste circostanze di esclusione sono pienamente giustificabili in considerazione del fatto che consentono l’esonero di realtà di dimensioni di fatto irrilevanti¹⁴¹.

Passando ad analizzare la modalità di determinazione della base imponibile della CFC, l’articolo 8 riserva due diversi metodi di calcolo dei redditi ancora una volta in virtù dei due modelli descritti in precedenza. Quanto al primo caso, la direttiva prevede che i

¹³⁵ Cfr. Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, articolo 7 comma 2 lettera a)

¹³⁶ Cfr. Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, articolo 6

¹³⁷ Come sottolinea P. PISTONE, op. cit., p. 280

¹³⁸ Cfr. G. GINEVRA, op.cit., p.128

¹³⁹ Cfr. G. GINEVRA, *Ibid.*

¹⁴⁰ Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, articolo 7 comma 4 lettera a) e b)

¹⁴¹ Come sostengono R. A., PAPOTTI e F. MOLINARI, op. cit.

redditi – coerentemente con l’Action 3 del progetto BEPS – siano determinati in base alle regole dello Stato membro della società madre consentendo al contempo, sempre in funzione di quanto stabilito dalle norme di tale Stato, di riportare in avanti le perdite nei periodi di imposta successivi¹⁴². Se da un lato è ammesso il riporto in avanti delle perdite, dall’altro – in linea con le raccomandazioni OCSE dell’Action 3 – per prevenire che le perdite siano artificialmente manipolate ai fini di un minor carico fiscale in capo alla controllante, non è permesso a quest’ultima di compensare le perdite prodotte dalla CFC con i propri utili¹⁴³.

Per quanto riguarda il secondo caso, invece, la determinazione della base imponibile è legata alla “functional analysis” descritta in precedenza. Nello specifico, ci si limita a includere nel calcolo gli importi originati dagli attivi e dai rischi inerenti alle funzioni significative del personale svolte dalla società controllante, determinando l’attribuzione dei redditi nel rispetto del principio di libera concorrenza¹⁴⁴. Ancora una volta la formulazione della norma richiama il transfer pricing, in particolare individua il principio di libera concorrenza – altrimenti detto “arm’s length principle¹⁴⁵” – come criterio per regolare la ripartizione degli utili. La presente disposizione suscita qualche perplessità non solo per il fatto di ricollegarsi al principio di libera concorrenza lasciando, oltretutto, ampi spazi di trasposizione agli Stati membri, ma anche per il fatto di non presentare alcun riferimento esplicito alle stabili organizzazioni a cui comunque si applica la disciplina CFC¹⁴⁶.

Proseguendo, l’articolo 8 della direttiva dispone che i redditi della società controllata estera sono imputati alla società madre in proporzione alle quote partecipative detenute¹⁴⁷ e “sono inclusi nel periodo d’imposta del contribuente nel quale si conclude

¹⁴² Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, articolo 8 comma 1

¹⁴³ Cfr. G. GINEVRA, op.cit., p. 128

¹⁴⁴ Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, articolo 8 comma 2, “Ove si applichi l’articolo 7, paragrafo 2, lettera b), i redditi da includere nella base imponibile del contribuente sono limitati agli importi generati dagli attivi e dai rischi collegati alle funzioni significative del personale svolte dalla società controllante. L’attribuzione dei redditi di una società controllata estera è calcolata secondo il principio di libera concorrenza.”

¹⁴⁵ Tale principio alla luce di quanto previsto dall’articolo 9 par. 2 del Modello di Convenzione OCSE è disciplinato nell’ordinamento italiano dal comma 7 dell’articolo 110 del Tuir ai sensi del quale la determinazione dei prezzi di trasferimento deve avvenire “sulla base delle condizioni e dei prezzi che sarebbero stati pattuiti tra soggetti indipendenti operanti in condizioni di libera concorrenza e in circostanze comparabili”.

¹⁴⁶ Come sottolinea P. PISTONE, op. cit., p. 281

¹⁴⁷ Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, articolo 8 comma 3

l'esercizio fiscale dell'entità¹⁴⁸".

Gli ultimi tre commi dell'articolo riguardante il calcolo dei redditi delle CFC si dedicano al tema della prevenzione dei fenomeni di doppia imposizione. Più specificamente, il comma 5 consente al contribuente, in caso di distribuzione di utili da parte della controllata, di scomputare dalla base imponibile gli utili precedentemente assoggettati a disciplina CFC e distribuiti in un secondo momento sotto forma di dividendi¹⁴⁹. Analogamente il comma successivo, in caso di cessione della partecipazione nella controllata, dà la possibilità al contribuente di dedurre dalla base imponibile le plusvalenze derivanti dalla cessione corrispondenti a importi precedentemente assoggettati a regime CFC¹⁵⁰.

Mentre queste due disposizioni appena descritte sembrano essere piuttosto lineari e in totale accordo con quanto previsto dall'Action 3 del progetto BEPS, l'ultima disposizione risulta invece un po' più ambigua¹⁵¹. Se *prima facie* il comma 7 dell'articolo 8¹⁵² prevede un obbligo generale per lo Stato membro del soggetto controllante di concedere uno scomputo dell'imposta già versata dalla società controllata estera, non si evince chiaramente dal disposto normativo se l'espressione "imposta versata dall'entità o dalla stabile organizzazione" comprende anche le imposte pagate sul reddito che è già stato imputato a una società in un altro Stato membro in virtù della propria normativa CFC o se, al contrario, si limita solo alle imposte versate dalla società estera controllata nella propria giurisdizione¹⁵³. L'interpretazione letterale della disposizione sembra ricollegarsi solo alle imposte versate dalla CFC nel proprio Stato. Peraltro, essendo il reddito – ai sensi della norma – considerato come fosse percepito direttamente dalla controllante, di conseguenza le imposte non possono essere considerate versate dalla stessa CFC¹⁵⁴. Stando a questa interpretazione, quindi, nel caso in cui i due ordinamenti fiscali applichino la propria disciplina allo stesso reddito CFC, uno Stato membro non è obbligato a concedere alcun credito per le imposte versate in un altro Stato membro. Una situazione di questo tipo, tuttavia, essendo la fattispecie di controllo indiretto contemplata dalla

¹⁴⁸ Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, articolo 8 comma 4

¹⁴⁹ Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, articolo 8 comma 5

¹⁵⁰ Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, articolo 8 comma 6

¹⁵¹ Cfr. G. GINEVRA, *op.cit.*, p. 130

¹⁵² Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, articolo 8 comma 7, "Lo Stato membro del contribuente consente la detrazione dell'imposta versata dall'entità o dalla stabile organizzazione dal debito d'imposta del contribuente nello Stato in cui risiede a fini fiscali o è situato. La detrazione è calcolata conformemente al diritto nazionale."

¹⁵³ Sul punto si veda G. GINEVRA, *op.cit.*, p. 130

¹⁵⁴ Cfr. G. GINEVRA, *Ibid.*

direttiva, si potrebbe verificare spesso nella realtà.

Nel dettaglio si immagina il caso in cui sia posta in essere una struttura a più livelli che prevede una società residente in uno Stato membro A che controlla un'altra società residente nello Stato membro B che a sua volta controlla una società estera residente in uno Stato terzo C a bassa fiscalità; entrambi gli Stati membri possono assoggettare la controllata estera alla propria disciplina CFC interna pur senza concedere alcuna deduzione per le tasse già versate nell'altro Stato membro, incorrendo dunque in una doppia imposizione economica¹⁵⁵. La giustificazione plausibile rispetto a quanto appena descritto potrebbe essere la volontà di scoraggiare l'impiego di holding intermedie per il mero scopo di beneficiare di un regime CFC più favorevole, comportando al contrario un onere più gravoso¹⁵⁶. Tuttavia, questa soluzione potrebbe risultare palesemente in contrasto con le finalità della direttiva antielusione che al considerando 5, contenuto nel preambolo, da una parte esprime che qualora l'applicazione della disciplina CFC generi una fattispecie di doppia imposizione, i contribuenti dovrebbero godere di "uno sgravio tramite una detrazione dell'imposta versata in un altro Stato membro o in un paese terzo", mentre dall'altra ribadisce che le norme in questione dovrebbero non solo ostacolare i fenomeni di elusione fiscale, ma al contempo "evitare la creazione di altri ostacoli al mercato come la doppia imposizione¹⁵⁷". Oltretutto, questo approccio si rivela in contrasto anche con l'Action 3 che nelle raccomandazioni suggerisce di adottare una gerarchia nell'applicazione della normativa CFC dando la precedenza alla controllante che lungo la catena partecipativa risulta più vicina alla controllata estera garantendo al contempo un credito per le imposte versate nelle casse del primo Stato¹⁵⁸.

Senz'altro la direttiva ATAD garantisce l'introduzione di un modello di CFC europeo in tutti gli Stati membri e in questo senso compie un passo in avanti importante nel contrasto ai fenomeni di elusione fiscale nel mercato interno. Tuttavia, come evidenziato in questo paragrafo, alcuni aspetti delle disposizioni destano incertezza e perplessità in opposizione a quelli che sono gli obiettivi della disciplina, ovvero fornire più certezza alle imprese nel contesto comunitario superando le mancanze delle disposizioni domestiche vigenti fino

¹⁵⁵ Cfr. G. GINEVRA, *Id.*, p. 131

¹⁵⁶ Come sottolinea G. GINEVRA, *Ibid.*

¹⁵⁷ Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, par. 5

¹⁵⁸ Cfr. OECD, *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report*, Parigi, 2015, par. 126, "There should also be a hierarchy of rules to determine which countries should have priority, and this hierarchy could prioritise the CFC rules of the jurisdiction whose resident shareholder is closer to the CFC in the chain of ownership."

all'entrata in vigore della direttiva¹⁵⁹. Quanto alle problematiche circa la compatibilità tra la direttiva e il diritto primario, si avrà modo di approfondirle dettagliatamente nelle successive parti di questo capitolo.

2.2 Analisi della compatibilità tra la norma CFC e il diritto comunitario

2.2.1 *Le finalità antiabuso come ragioni che giustificano le restrizioni alle libertà fondamentali*

La deroga al criterio ordinario di tassazione caratterizzante il regime CFC costituisce un vero e proprio handicap per gli investimenti esteri, e di conseguenza ne mette da sempre in discussione la compatibilità con le libertà fondamentali sancite dal TFUE¹⁶⁰. Sebbene, infatti, la disciplina CFC non comporti necessariamente un onere fiscale più gravoso, la discriminante è rappresentata dal fatto che una società che possiede una controllata estera – soggetta a *CFC rule* – subisca la tassazione nel momento in cui i redditi sono prodotti e non in sede di distribuzione sotto forma di dividendi. Pertanto, questo trattamento svantaggioso si traduce prioritariamente in un ostacolo alla fruizione della libertà di stabilimento. In particolare, la fattispecie coinvolta nel potenziale contrasto è il diritto di stabilimento secondario che, ai sensi dell'articolo 49 del TFUE, riguarda l'apertura di agenzie, succursali o filiali sul territorio di un altro Stato membro¹⁶¹. L'obiettivo essenziale di questo diritto si esplica nella libertà da parte di una persona fisica o di una persona giuridica di porre una "base operativa" all'interno di un altro Stato membro e la sequenza terminologica "agenzia-succursale-filiale" – proposta dall'articolo 49 del TFUE – fiscalmente parlando può tranquillamente concretizzarsi nel "binomio

¹⁵⁹ Sul punto si veda G. GINEVRA, op.cit., p. 130

¹⁶⁰ Sul tema si osservino i seguenti spunti dottrinali C. ROTONDARO, "Note minime in tema di compatibilità dei regimi CFC con il diritto comunitario. Alcune riflessioni sul caso italiano", in *Rivista di diritto tributario*, 2000, fasc. 5, pt. 1, pp. 517 – 555, C. SACCHETTO, S. PLEBANI, "Compatibilità della legislazione cfc italiana con le norme convenzionali e con l'ordinamento comunitario", in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2002, n.1, p. 13 ss., P. GARIBOLDI, I. LA CANDIA, I. MARRAFFA, "Sulla compatibilità della normativa cfc con le convenzioni internazionali ed il diritto comunitario", in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2007, n.3, p. 929 ss., M. BEGHIN, "La sentenza Cadbury-Schweppes e il "malleabile" principio della libertà di stabilimento", in *Rassegna tributaria*, 2007, n. 3, pp. 983 – 993, S. CIPOLLINA, "Cfc legislation e abuso della libertà di stabilimento: il caso Cadbury Schweppes", in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2007 fasc. 1, pt. 2, pp. 13 – 28, G. ROLLE, "CFC legislation e abuso della libertà di stabilimento", in *Fiscalità internazionale*, 2006, n.6, p. 534 ss.,

¹⁶¹ Cfr. articolo 49 TFEU, "Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro (...)"

stabile organizzazione-società figlia”¹⁶². Il diritto di stabilimento secondario inoltre, a differenza di quello primario, è da ritenersi tutelato sia nel caso in cui si espliciti in ambito comunitario che extra-comunitario, nella circostanza specifica di una società controllata estera residente in uno Stato membro che possiede una stabile organizzazione localizzata al di fuori della Comunità europea¹⁶³. Resta tuttavia escluso il caso di partecipazioni in imprese estere controllate residenti al di fuori dell’Unione Europea, non rientrando nell’ambito applicativo del diritto comunitario¹⁶⁴. Lo stesso discorso circa la compatibilità può essere esteso alla libera circolazione dei capitali di cui all’articolo 63 del TFUE, che peraltro vale anche nei confronti dei paesi terzi ¹⁶⁵.

L’ambito di applicazione delle suddette libertà è strettamente connesso e per certi versi coincidente se si considera che l’esercizio della libertà di stabilimento comporta imprescindibilmente il trasferimento di capitali¹⁶⁶. La normativa CFC oltre a disincentivare il beneficio del diritto di stabilimento rendendolo più gravoso, analogamente – venendo meno il differimento dell’imposizione rispetto alla fattispecie ordinaria – tende quindi a scoraggiare anche gli investimenti verso altri Stati membri¹⁶⁷.

Posto che le restrizioni alle libertà fondamentali sono espressamente vietate dal Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea, è interessante approfondire quali potrebbero essere le ragioni che in materia tributaria giustificano le restrizioni alle libertà descritte in precedenza¹⁶⁸. In particolare, la *rule of reason* – espressione utilizzata dalla giurisprudenza comunitaria per individuare le giustificazioni che ammettono una restrizione alle libertà fondamentali – prevede che una misura difensiva discriminatoria come la CFC *legislation* sia tollerabile se applicata in modo non discriminatorio, se giustificata da motivi imperativi di interesse generale, se idonea e proporzionata a raggiungere lo scopo perseguito senza eccedere quanto necessario per raggiungerlo¹⁶⁹. In

¹⁶² Cfr. P. PISTONE, op. cit., p. 132

¹⁶³ Cfr. C. ROTONDARO, op.cit. pp. 531-532, l’autore fa notare che i termini di cui al secondo periodo dell’articolo 49 TFUE “stabiliti sul territorio di uno Stato membro” non può che riferirsi ai “cittadini” titolari del diritto e non alle agenzie, succursali o filiali, essendo questi ultimi tutti e tre di genere femminile contrariamente all’aggettivo “stabiliti” di genere maschile. Inoltre, l’autore sottolinea che se non fosse intesa in questo modo l’interpretazione di tale libertà, il primo periodo risulterebbe quantomeno ridondante.

¹⁶⁴ Sul punto cfr. C. SACCHETTO, S. PLEBANI, op. cit. p. 32

¹⁶⁵ Cfr. articolo 63 comma 1 TFUE, “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.”

¹⁶⁶ Come sostengono A. BALLANCIN, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, Milano, 2016 e P. GARIBOLDI, I. LA CANDIA, I. MARRAFFA, op.cit., p.955

¹⁶⁷ Cfr. C. SACCHETTO, S. PLEBANI, op. cit. p. 27

¹⁶⁸ Sul proposito si segnala il contributo di P. PISTONE, op. cit., p. 164 e ss.

¹⁶⁹ Cfr. P. GARIBOLDI, I. LA CANDIA, I. MARRAFFA, op.cit. p.956, C. ROTONDARO, op.cit. pp. 541-542

questo senso, la finalità di contrasto all'abuso e all'elusione che contraddistingue la disciplina sulle società controllate estere rappresenta una giustificazione fondata su motivi imperativi di interesse generale¹⁷⁰, ma perché gli obiettivi di lotta all'evasione siano ritenuti una giustificazione plausibile è necessario che rispettino i criteri della *rule of reason* con particolare riferimento al principio di proporzionalità¹⁷¹.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è pronunciata per la prima volta sul tema della compatibilità tra le norme CFC e le libertà fondamentali nel 2006, in occasione della sentenza "Cadbury Schweppes"¹⁷². Quest'ultima rappresenta un punto fermo nella giurisprudenza comunitaria a cui i legislatori di ciascun ordinamento nazionale si sono dovuti attenere. Nello specifico, la sentenza riguarda la legislazione CFC inglese, però l'obiettivo di questo paragrafo non è quello di prenderne in esame i tratti né tanto meno i fatti all'origine della controversia¹⁷³; piuttosto si ritiene opportuno analizzare le conclusioni fornite dalla Corte circa la compatibilità della disciplina in termini generali. La linea argomentativa della prima parte della sentenza appare di una "semplicità disarmante"¹⁷⁴: il fatto che un contribuente approfitti di una localizzazione più vantaggiosa in termini fiscali per costituire una società controllata, non configura di per sé un abuso del diritto di stabilimento secondario¹⁷⁵. Si desume pertanto che la riduzione del gettito fiscale non rientri tra le ragioni in grado di giustificare una restrizione delle libertà fondamentali¹⁷⁶. La stessa Corte ribadisce che non ci sono dubbi sul fatto che la CFC *legislation* comporti una disparità di trattamento¹⁷⁷, finendo per dissuadere una società dal costituire una controllata in uno Stato membro a fiscalità più mite e

¹⁷⁰ Sul proposito cfr. Cfr. C. ROTONDARO, op.cit. p. 541 e P. PISTONE, op. cit., p. 165

¹⁷¹ Per un approfondimento sul principio di proporzionalità si veda A. BALLANCIN op.cit., pp. 249-250, "La proporzionalità consiste, infatti, nella definizione di un rapporto ottimale di congruità fra scopo e mezzi, tale per cui la misura non superi i limiti di ciò che è idoneo (criterio dell'efficacia) e necessario (criterio dell'efficienza) per il conseguimento delle finalità perseguite dalla norma, richiedendo tra più misure appropriate, l'adozione di quella meno invasiva."

¹⁷² Cfr. Corte di Giustizia Europea, 12 settembre 2006, n. C-196/04, Sentenza della Corte (Grande Sezione), 2006

¹⁷³ Le questioni inerenti alla normativa CFC inglese verranno infatti approfondite nell'ultimo capitolo

¹⁷⁴ Come la definisce M. BEGHIN, op. cit., pp. 983-993

¹⁷⁵ Cfr. Corte di Giustizia Europea, 12 settembre 2006, n. C-196/04, Sentenza della Corte (Grande Sezione), 2006, par. 37, "Quanto alla libertà di stabilimento, la Corte ha già dichiarato che la circostanza che la 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".

¹⁷⁶ Come suggeriscono C. ROTONDARO op.cit. p. 542 e S. CIPOLLINA, op. cit., p. 22 citando alcune precedenti sentenze della Corte tra cui la sentenza 16 luglio 1998, Imperial Chemical Industries, Causa C-264/96 p.28, la sentenza del 21 Settembre 1999, Saint-Gobain, causa C-307/97, punto 50, sentenza 26 giugno 2003 C-422/01, Skandia e Ramsted, p. 53 e la sentenza 3 ottobre 2002, C-130/00, Danner, p. 31

¹⁷⁷ Cfr. Corte di Giustizia Europea, 12 settembre 2006, n. C-196/04, Sentenza della Corte (Grande Sezione), 2006, par. 43

ostacolandone quindi la libertà di stabilimento¹⁷⁸.

Una simile restrizione, come già osservato in precedenza, è ammessa solo nella misura in cui rifletta ragioni imperative di interesse generale, sia idonea ad assicurare il perseguimento dello scopo e non ecceda quanto necessario per raggiungerlo¹⁷⁹; il solo fatto di creare uno “stabilimento secondario” in un altro Stato membro – a prescindere dal livello impositivo vigente – non può giustificare una “presunzione generale di frode fiscale” né tanto meno una misura che precluda il godimento di un diritto fondamentale sancito dal TFUE¹⁸⁰.

Nella scansione argomentativa fornita dalla Corte la limitazione della libertà di stabilimento è tollerata quando è volta a “ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiali finalizzate a eludere la normale imposta sugli utili generate da attività svolte sul territorio nazionale¹⁸¹”. Ciò risulta pienamente in linea con la *ratio* dello stesso articolo 49 TFUE¹⁸², di cui peraltro la Corte sottolinea l’importanza nella valutazione della condotta del contribuente¹⁸³.

L’obiettivo della libertà in questione si identifica nella possibilità per un soggetto di uno Stato membro di creare uno stabilimento secondario in un altro Stato membro “per esercitarvi le sue attività” contribuendo all’integrazione economica e sociale in tale Stato¹⁸⁴. Nella sentenza viene proposta una concezione di abuso che muove da quella impiegata nel precedente caso “Emsland-Stärke¹⁸⁵”.

L’abuso richiede un “elemento soggettivo” che si esplica nella volontà di ottenere un vantaggio fiscale e nel contempo “elementi oggettivi” da cui derivi che, per quanto siano formalmente osservati i requisiti richiesti dall’ordinamento europeo, l’obiettivo insito

¹⁷⁸ Cfr. Corte di Giustizia Europea, 12 settembre 2006, n. C-196/04, Sentenza della Corte (Grande Sezione), 2006, par. 46

¹⁷⁹ Cfr. Corte di Giustizia Europea, 12 settembre 2006, n. C-196/04, Sentenza della Corte (Grande Sezione), 2006, par. 47

¹⁸⁰ Cfr. Corte di Giustizia Europea, 12 settembre 2006, n. C-196/04, Sentenza della Corte (Grande Sezione), 2006, par. 50

¹⁸¹ Cfr. Corte di Giustizia Europea, 12 settembre 2006, n. C-196/04, Sentenza della Corte (Grande Sezione), 2006, par. 55

¹⁸² Cfr. A. BALLANCIN, op. cit. p. 237

¹⁸³ Cfr. Corte di Giustizia Europea, 12 settembre 2006, n. C-196/04, Sentenza della Corte (Grande Sezione), 2006, par.52, “Nel valutare il comportamento del soggetto imponibile si deve tener particolarmente presente l’obiettivo perseguito dalla libertà di stabilimento (...)”

¹⁸⁴ Cfr. Corte di Giustizia Europea, 12 settembre 2006, n. C-196/04, Sentenza della Corte (Grande Sezione), 2006, par.53

¹⁸⁵ Cfr. Sentenza 14 dicembre 2000, C-110/99, Emsland-Stärke, p. 52-53

nella libertà di stabilimento non è stato raggiunto¹⁸⁶. In questi termini ciò che caratterizza la presenza di abuso è dunque la mancanza di contenuti economici reali. Nonostante possa sembrare antitetico, l'artificio si sostanzia nella presenza di vuoto e di conseguenza la "CFC artificiale" non è altro che una società fittizia, una società "fantasma", uno "schermo"¹⁸⁷. Più precisamente, riportando le parole della Corte, una società ha sostanza economica se corrisponde a un "insediamento reale che abbia per oggetto l'espletamento di attività economiche effettive nello Stato membro di stabilimento"¹⁸⁸.

Peraltro, l'insediamento reale consiste in elementi oggettivi che siano riscontrabili da parte di terzi e siano collegati al "livello di presenza fisica della SEC in termini di locali, di personale e di attrezzature"¹⁸⁹. Oltretutto, la società controllante residente deve essere messa nella condizione di fornire elementi probanti circa la reale attività economica della CFC e dell'effettivo insediamento¹⁹⁰.

La Corte chiude, dunque, la propria sequenza di argomentazioni affermando che se da una parte la libertà di stabilimento osta al meccanismo di imputazione del reddito previsto dalle CFC *rules*, dall'altra tale incompatibilità viene meno quando il meccanismo di inclusione del reddito riguarda le strutture artificiose finalizzate a eludere l'imposta ordinaria. La norma *de qua* deve pertanto non trovare applicazione se in virtù di elementi oggettivi e riscontrabili derivi che, per quanto guidata da ragioni fiscali, "la controllata è realmente impiantata nello Stato di stabilimento e ivi esercita attività economiche effettive"¹⁹¹.

La sentenza "Cadbury Schweppes" in primis "denazionalizza" il concetto di abuso in materia tributaria per metabolizzarlo come europeo, secondariamente traccia una linea di confine importante per la distinzione delle pratiche abusive di elusione fiscale dal legittimo risparmio di imposta ¹⁹². Sulla base di quanto sopra descritto, le disposizioni

¹⁸⁶ Cfr. Corte di Giustizia Europea, 12 settembre 2006, n. C-196/04, Sentenza della Corte (Grande Sezione), 2006, par. 64

¹⁸⁷ Si veda S. CIPOLLINA, op. cit., p. 25

¹⁸⁸ Cfr. Corte di Giustizia Europea, 12 settembre 2006, n. C-196/04, Sentenza della Corte (Grande Sezione), 2006, par. 66

¹⁸⁹ Cfr. Corte di Giustizia Europea, 12 settembre 2006, n. C-196/04, Sentenza della Corte (Grande Sezione), 2006, par. 67

¹⁹⁰ Cfr. Corte di Giustizia Europea, 12 settembre 2006, n. C-196/04, Sentenza della Corte (Grande Sezione), 2006, par. 70

¹⁹¹ Cfr. Corte di Giustizia Europea, 12 settembre 2006, n. C-196/04, Sentenza della Corte (Grande Sezione), 2006, conclusione

¹⁹² Cfr. S. CIPOLLINA, op. cit., p. 27

antiabuso, come peraltro lo sono le norme CFC, si configurano come “correttivo” rispetto al principio sancito dal diritto di stabilimento e in questo senso attribuiscono a quest’ultimo una connotazione “malleabile¹⁹³”. Nello specifico, la sentenza è come se presupponga una sorta di *trade-off* tra posizioni soggettive private e posizioni soggettive pubbliche¹⁹⁴. In altre parole, se da una parte si colloca il singolo che tende a invocare la libertà di stabilimento come principio fondamentale dell’ordinamento comunitario in contrasto con la legislazione CFC, dall’altra invece si inserisce lo Stato membro del soggetto controllante che si appella alle norme antiabuso per sopperire alla perdita di gettito, ancorché limitatamente ai casi in cui le controllate si configurino come mere costruzioni artificiali. In un contesto così delineato, l’applicazione delle normative nazionali e comunitarie si basa su un modello di bilanciamento di interessi pubblici e privati, giungendo a una mediazione del risultato interpretativo nella misura in cui il vantaggio fiscale è tollerato per le strutture realmente operanti, viceversa è rigettato qualora si tratti di strutture fittizie¹⁹⁵.

In questi termini, la “disparità” di trattamento che la Corte non ammette nella circostanza in cui sia posta in essere una reale struttura economica radicata sul territorio di stabilimento, diviene altresì “parità” tramite la diretta imputazione dei redditi in capo alla controllante nel momento in cui le CFC si configurano come “scatole vuote¹⁹⁶”. Pertanto, nel contesto comunitario il *leading case* Cadbury Schweppes da un lato conferisce un valore fortemente antiabuso alla disciplina CFC, mentre dall’altro ne ridimensiona l’aspetto legato alla politica fiscale in cui la norma si inseriva come strumento di “capital export neutrality”, risultando in questi termini difficilmente compatibile con le libertà fondamentali¹⁹⁷.

¹⁹³ Come la definisce M. BEGHIN, op. cit., pp. 983-993

¹⁹⁴ Cfr. lo spunto interessante fornito da M. BEGHIN, *Ibid.*

¹⁹⁵ Cfr. M. BEGHIN, *Ibid.*

¹⁹⁶ Spunto suggerito da M. BEGHIN, *Ibid.*

¹⁹⁷ Cfr. A. BALLANCIN, op. cit. pp. 238-239

2.2.2 La CFC rule e Il concetto di “costruzioni di puro artificio” secondo l’orientamento UE

Una volta appurato che la legislazione CFC nel contesto europeo assume una connotazione prettamente antiabuso – la cui ammissibilità è legata alla sua propensione a ostacolare le strutture puramente artificiose preservando al contempo la facoltà del contribuente di dimostrare l’effettività dell’insediamento della controllata estera – è opportuno approfondire il concetto stesso di “costruzione di puro artificio”.

La sentenza Cadbury Schweppes, sulla base di quanto evidenziato in precedenza, è la prima a fornire una definizione di tale nozione intendendo con l’espressione “società fantasma” o “schermo” un’entità che non dispone di una struttura realmente operante dotata di locali, personale e attrezzature adeguate a svolgere un’effettiva attività economica. In verità, queste strutture fittizie necessitano congiuntamente di una componente soggettiva rappresentata dall’intento di conseguire un beneficio fiscale e di una componente oggettiva collegata all’assenza di un reale insediamento che conduca all’esercizio di un’attività economica effettiva nello Stato di stabilimento¹⁹⁸.

Al proposito è in seguito intervenuta la Commissione Europea con una comunicazione riguardante l’applicazione di misure antiabuso nel settore dell’imposizione diretta soffermandosi ulteriormente sulla locuzione “costruzioni di puro artificio” ivi menzionata. I termini della Commissione collegano l’individuazione di una costruzione di puro artificio a un’analisi che inerisca al criterio della prevalenza della sostanza sulla forma (“substance over form”)¹⁹⁹, concetto sicuramente noto in materia tributaria ma ancor di più in materia contabile. Se da una parte non è possibile prescindere dalla valutazione degli obiettivi e delle finalità alla base delle libertà comunitarie relativamente alle transazioni realizzate dai contribuenti, dall’altra non è semplice quantificare “il livello di presenza economica e di commercialità delle transazioni²⁰⁰”. Per quanto la sede di direzione effettiva, la presenza tangibile della controllata o il rischio commerciale effettivamente assunto da quest’ultima costituiscano elementi oggettivamente adeguati in termini di sostanza economica, non è tuttavia possibile applicarli a priori, come nel caso di servizi finanziari che generalmente non sono caratterizzati da una presenza fisica importante²⁰¹.

Alla luce di quanto auspicato dalla stessa Commissione nella comunicazione di cui sopra,

¹⁹⁸ Come riporta sulla base dei punti 64-68 della sentenza G. MAISTO, op.cit., p. 198

¹⁹⁹ Cfr. Comunicazione della Commissione COM (2007) n.785, 10 dicembre 2007, p. 4

²⁰⁰ Cfr. Comunicazione della Commissione COM (2007) n.785, 10 dicembre 2007, p. 4

²⁰¹ Cfr. Comunicazione della Commissione COM (2007) n.785, 10 dicembre 2007, p. 5

la Risoluzione del Consiglio dell'Unione Europea del 2010, riguardante il coordinamento delle norme sulle CFC in ambito comunitario, predispone un elenco non esaustivo di fattori che fanno presumibilmente intuire che gli utili siano stati artificialmente dirottati a una società controllata estera, tra cui per esempio la sovracapitalizzazione della CFC²⁰². In aggiunta, la Commissione Europea elabora una raccomandazione in merito al tema della pianificazione fiscale aggressiva da cui emerge che “una costruzione o una serie di costruzioni è artificiosa se manca di sostanza commerciale”; non solo, ampliando l'elenco di situazioni previste dalla Risoluzione si esortano i singoli ordinamenti nazionali a fare riferimento nel giudicare l'artificialità delle costruzioni a una serie di circostanze sospette²⁰³. Si ritiene, dunque, che quanto richiamato fin ora sia propedeutico a presentare le definizioni adottate dalla direttiva antielusione analizzata nel paragrafo precedente. Il tema riguardante le costruzioni di puro artificio, all'interno della ATAD, viene dapprima affrontato nell'articolo 6 rubricato “Norma generale antiabuso”, il quale ricomprende nella sfera della non genuinità “una costruzione o una serie di costruzioni” realizzate non “per valide ragioni commerciali che rispecchiano la realtà economica”, posto che “una costruzione può comprendere più di una fase o parte²⁰⁴”. Alla luce di quanto suggerito prima dalla Raccomandazione del 2012²⁰⁵ poi dall'OCSE nell'Action 3²⁰⁶, la clausola antiabuso proposta dalla direttiva sembra tendere verso un approccio più

²⁰² In dettaglio, l'elenco proposto dalla Risoluzione del Consiglio 2010/C 156/01, 8 giugno 2010 comprende: “a) l'insufficienza di motivi economici o commerciali validi per l'attribuzione degli utili, che pertanto non rispecchia la realtà economica; b) la costituzione non corrisponde essenzialmente a una società reale intesa a svolgere attività economiche effettive; c) non esiste alcuna correlazione proporzionale tra le attività apparentemente svolte dalla SEC e la misura in cui tale società esiste fisicamente in termini di locali, personale e attrezzature; d) la società non residente è sovracapitalizzata: dispone di un capitale nettamente superiore a quello di cui ha bisogno per svolgere la sua attività; e) 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.”

²⁰³ Cfr. Raccomandazione della Commissione 6 dicembre 2012 C (2012)8806 Final, par. 4.4, “(a) la qualificazione giuridica delle singole misure di cui è composta la costruzione non è coerente con il fondamento giuridico della costruzione nel suo insieme; (b) la costruzione o la serie di costruzioni è posta in essere in un modo che non sarebbe normalmente impiegato in quello che dovrebbe essere un comportamento ragionevole in ambito commerciale; (c) la costruzione o la serie di costruzioni comprende elementi che hanno l'effetto di compensarsi o di annullarsi reciprocamente; (d) le operazioni concluse sono di natura circolare; (e) la costruzione o la serie di costruzioni comporta un significativo vantaggio fiscale, di cui tuttavia non si tiene conto nei rischi commerciali assunti dal contribuente o nei suoi flussi di cassa; (f) le previsioni di utili al lordo delle imposte sono insignificanti rispetto all'importo dei previsti vantaggi fiscali.

²⁰⁴ Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, articolo 6 comma 1 e 2

²⁰⁵ Cfr. Raccomandazione della Commissione 6 dicembre 2012 C (2012)8806 Final, “per “costruzione” si intende una transazione, un regime, un'azione, un'operazione, un accordo, una sovvenzione, un'intesa, una promessa, un impegno o un evento. Una costruzione può comprendere più di una misura o di una parte.”

²⁰⁶ Cfr. OECD (2015), Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 18

stringente, includendo non solo le costruzioni che nella loro totalità risultano abusive ma anche le singole operazioni considerate non genuine.

Mentre la lettera a) del 2° comma dell'articolo 7 della direttiva non si discosta dall'interpretazione fornita dalla Corte nella sentenza Cadbury Schweppes – limitandosi a escludere dall'applicazione del regime CFC la società controllata estera che svolge un'attività economica sostanziale corroborata da personale, attrezzature, attivi e locali –, il modello alternativo proposto dalla lettera b) dello stesso articolo – in linea con l'approccio della clausola antiabuso – fa invece riferimento a “una costruzione o una serie di costruzioni²⁰⁷”. Oltretutto, il fatto di intercettare i singoli flussi reddituali della CFC scaturenti da specifiche operazioni non genuine rende sempre più evidente l'intento del legislatore europeo di metabolizzare la nuova impostazione oltrepassando quella più tradizionale legata a un approccio che considera l'entità nella sua totalità²⁰⁸. In considerazione delle priorità politiche di fiscalità internazionale statuite al primo considerando della direttiva in cui si evidenzia la necessità di assicurare che l'imposta sia versata ove si generano gli utili e il valore, viene da chiedersi se l'esigenza di garantire l'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri sia una giustificazione autonomamente plausibile alle restrizioni delle libertà fondamentali.

Peraltro, la giurisprudenza comunitaria nella sentenza “Société de Gestion Industrielle”²⁰⁹ intervenuta in materia di transfer pricing pare abbia accordato maggiore rilevanza alla tutela della ripartizione equa del potere impositivo tra gli Stati UE quale ragione di interesse pubblico in grado di ammettere, ancorché non in via esclusiva, una disciplina interna restrittiva delle libertà fondamentali²¹⁰. Resta, tuttavia, da capire se per la normativa CFC una tale giustificazione sia configurabile come *rule of reason* al pari della lotta alle pratiche abusive. Se da una parte la legislazione CFC – intesa come mezzo per attirare il reddito dallo Stato di residenza del soggetto controllante – contribuisce a garantire un'equilibrata ripartizione dei poteri impositivi tra Stati, dall'altra risulterebbe estremamente forzato collegarle una finalità allocativa a prescindere da quella antiabusiva. Peraltro la disciplina CFC, nel tentativo di individuare le specifiche operazioni che alterano l'equa distribuzione della facoltà impositiva, difficilmente potrebbe risultare

²⁰⁷ Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, articolo 7 comma2 lettera b)

²⁰⁸ Cfr. A. BALLANCIN, op. cit. p. 258

²⁰⁹ Cfr. Corte di Giustizia, sez. III, 21 gennaio 2010, causa C-311/08, sentenza Société de Gestion Industrielle (“SGI”)

²¹⁰ Sul punto si segnala lo spunto fornito da A. BALLANCIN, op. cit. p. 261

adeguata²¹¹. In questi termini, se un approccio “entity” – che prevede indistintamente l’attribuzione di tutti i redditi della CFC – sarebbe eccessivo e non proporzionato alla finalità allocativa, nel contempo un approccio “transactional”, per quanto mirato a intercettare i flussi pericolosi, si dimostrerebbe con ogni evidenza meno efficace, o quantomeno ridondante, rispetto a norme come quella in materia di transfer pricing²¹².

Pertanto, si ritiene che la finalità antiabuso sia insita nella disciplina sulle società controllate estere e di conseguenza per risultare compatibile con le libertà fondamentali del TFUE non potrà mai essere giustificata esclusivamente da ragioni che attengono all’equilibrata ripartizione del potere impositivo. Viceversa, come descritto in precedenza, la norma CFC è ammessa nella misura in cui sia intesa a intercettare costruzioni puramente artificiose poste in essere per ottenere indebiti vantaggi fiscali, che in questo senso si configura come condizione necessaria.

2.2.3 Riflessioni critiche circa la compatibilità tra la direttiva e il diritto primario

Per completare il quadro, la querelle riguardante il tema della compatibilità tra la legislazione CFC e il diritto europeo non può più prescindere dal nuovo modello di CFC, delineato dalla direttiva ATAD, entrato in vigore a partire da gennaio 2019. Occorre prioritariamente sottolineare che, per quanto gli Stati membri abbiano la facoltà di andare oltre allo standard minimo imposto dalla direttiva, non possono introdurre misure che contrastino con il contributo interpretativo fornito dalla Corte di Giustizia Europea. Peraltro, la stessa direttiva al considerando introduttivo numero 12 si preoccupa della questione circa la compatibilità della norma con le libertà fondamentali, richiedendo agli Stati membri di prevedere un’esclusione che limiti l’applicazione della disciplina all’interno dell’UE ai casi in cui la società controllata estera non svolga un’attività economica sostanziale²¹³.

Da questo punto di osservazione è opportuno verificare la conciliabilità dei termini normativi previsti ai sensi dell’articolo 7 della direttiva con i criteri forniti dalla Corte descritti in precedenza. Più precisamente, si ritiene necessario soffermarsi sulle cause di esclusione accordate secondo i due modelli presi in esame nel primo paragrafo di questo

²¹¹ Cfr. A. BALLANCIN, op. cit. p. 264

²¹² Cfr. A. BALLANCIN, pp. 264-267

²¹³ Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, par. 12

capitolo.

Ancora prima di approfondire la questione di compatibilità legata alle esimenti, però, è opportuno sottolineare che l'applicazione della norma in caso di controllo esercitato da imprese associate è in grado di dare luogo a una forma di presunzione, ancorché relativa, di elusione fiscale i cui effetti potrebbero essere sproporzionati e quindi in contrasto con il diritto primario²¹⁴.

La causa di esclusione corrispondente all'approccio "categorical" – di cui alla lettera a) del 2° comma dell'articolo 7 della direttiva – sembra tutto sommato in linea con la giurisprudenza comunitaria. Tuttavia, si riscontra una differenza che, per quanto possa sembrare sottile, contribuisce a rendere più ardua per il contribuente la dimostrazione dell'effettività economica della controllata estera. In dettaglio, mentre la Corte nel *leading case* Cadbury Schweppes ricomprende – tra gli elementi che testimoniano il reale insediamento estero – i locali, il personale e le attrezzature impiegate, la disposizione della direttiva inasprisce il contesto con l'aggiunta di un quarto elemento inerente gli attivi, creando pertanto problemi di compatibilità con il diritto primario²¹⁵. Al contempo, il riferimento all'attività economica sostanziale senza fare menzione alle costruzioni di puro artificio – sebbene non coincidente in termini letterali con quanto disposto nella sentenza Cadbury Schweppes – sembra di fatto rispondere ai criteri di effettività richiesti dalla Corte. Invero, una società che non rispecchia una realtà economica effettiva e in quanto tale si configura come una società vuota che mira ad abusare di una libertà fondamentale presuppone un'assenza di sostanza economica. Peraltro, come descritto in precedenza, la stessa Commissione nella Comunicazione del 2007 fa esplicito riferimento al principio di prevalenza di sostanza sulla forma nel definire una "costruzione di puro artificio". Finché si tratta infatti di applicare il requisito di "sostanza economica" alle tradizionali attività economiche non si pongono problemi di compatibilità con le libertà fondamentali, di contro le frizioni possono sorgere nel caso in cui sia esteso alle attività finanziarie, di assicurazione o alle moderne attività economiche immateriali; in quest'ultima circostanza sarebbe molto più complicato fornire una prova in termini di locali, personale, attrezzature e attivi²¹⁶.

²¹⁴ Cfr. P. PISTONE, op. cit., p. 285

²¹⁵ Come accenna P. PISTONE, *Ibid.*

²¹⁶ Come sottolinea G. BIZIOLI, "Taking EU Fundamental Freedoms Seriously: Does the Anti-Tax Avoidance Directive Take Precedence over the Single Market?", in *26 EC Tax Review*, 2017, Issue 3, p. 174

Nel merito, come già riportato in precedenza, sono previste due ulteriori circostanze esimenti²¹⁷ che rispettivamente consentono di escludere dal regime CFC le imprese finanziarie che non ottengono redditi derivanti per oltre un terzo da operazioni con il socio controllante o con le sue imprese associate e le entità i cui redditi non rientrano per oltre un terzo in una delle categorie dei “passive income”. Quest’ultima “entity-based exemption”, per quanto risulti coerente con quanto previsto dall’Action 3 del progetto BEPS, potrebbe potenzialmente essere in contrasto con il diritto primario, innescando pratiche abusive realizzate tramite una frammentazione del reddito in diverse controllate²¹⁸.

Quanto alla seconda modalità di applicazione della norma prevista dalla direttiva, la disciplina non risulta essere esente da criticità. Le problematiche sono legate alla definizione, precedentemente analizzata, di costruzione non genuina²¹⁹. In particolare, il rimando alla normativa sul transfer pricing, oltre ad apparire incautamente forzato, come peraltro già osservato prima, pare allontanarsi da quella connotazione antiabuso a cui la disciplina CFC è inscindibilmente legata²²⁰. Tale norma, come ampiamente evidenziato, si caratterizza, ma soprattutto si giustifica nel contesto comunitario, nella misura in cui sia mirata a intercettare le costruzioni di puro artificio – prive di effettività e sostanza economica – poste in essere prioritariamente per beneficiare di un vantaggio fiscale altrimenti non dovuto. Infatti, ricondurre la sola funzione di redistribuzione del potere impositivo degli Stati non è sufficiente per superare il criterio della proporzionalità. Se da un lato il modello normativo complessivamente dettato dalla direttiva ne circoscrive l’applicabilità agli elementi potenzialmente segnaletici di abuso, attenendosi ai criteri interpretativi forniti dalla giurisprudenza europea circa la compatibilità con il diritto primario, ecco che dall’altro con la definizione di “costruzione non genuina” se ne discosta appropriandosi indebitamente di quella analisi funzionale propria della disciplina sul transfer pricing collegata alle funzioni svolte dal personale del soggetto controllante²²¹. In questi termini la possibilità per il contribuente di dimostrare la genuinità del proprio

²¹⁷ Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, par. 12

²¹⁸ Cfr. G. GINEVRA, op.cit., p. 130

²¹⁹ In questi termini si ritiene necessario premettere che la versione italiana della sentenza Cadbury Schweppes utilizza il termine “attività economica effettiva” mentre la versione originale fa esplicito riferimento a “genuine economic activity”. Si presume pertanto che la scelta dei termini sia legata a una questione prettamente convenzionale ma il contenuto sia concettualmente identico.

²²⁰ Cfr. A. BALLANCIN, op. cit. p. 276

²²¹ Cfr. A. BALLANCIN, *Ibid.*

insediamento estero si fa particolarmente difficile e pertanto questo può risultare in contrasto con il diritto primario. Oltretutto, se la differenza lessicale tra “costruzione non genuina” e “costruzione di puro artificio” non sembra costituire particolari problemi – riferendosi apparentemente entrambe le espressioni terminologiche (usate, rispettivamente, dalla direttiva e dalla Corte nella sentenza Cadbury Schweppes) allo stesso concetto di assenza di sostanza economica –, il riferimento al vantaggio fiscale riportato dalla direttiva, quale fulcro dell’operazione, pare introdurre una nuova condizione mai presa in considerazione, quantomeno fin ora, dalla Corte di Giustizia nel giudicare le questioni legate alla libertà di stabilimento²²². Pertanto, questo potrebbe essere motivo di conflitto tra la direttiva ATAD (diritto secondario) e le libertà fondamentali sancite dal TFUE (diritto primario).

Inoltre, posto che le fattispecie imposte dallo standard di carattere minimale della direttiva – ai sensi del 1° comma dell’articolo 1 – prevedono che il controllo si realizzi non solo attraverso la detenzione di più del 50% dei diritti di voto o del capitale ma si abbia anche in virtù del diritto di ricevere una quota superiore al 50% degli utili della controllata (controllo economico), si ritiene sia implicitamente coinvolta anche la libera circolazione dei capitali²²³. In aggiunta, il fatto che il controllo possa essere detenuto anche tramite un controllo congiunto di più imprese associate rileva anch’esso ai fini della libera circolazione dei capitali, non prevedendo necessariamente un’influenza significativa sulla controllata.

Ciò premesso, un ulteriore problema in termini di compatibilità tra il modello comunitario di CFC delineato dalla direttiva e il diritto primario, viene riscontrato nell’ultimo paragrafo del 2° comma dell’articolo 7. In base a quanto ivi disposto “se la società controllata estera è residente o situata in un Paese terzo che non è parte contraente dell’accordo SEE, gli Stati membri possono decidere di astenersi dall’applicazione del comma precedente²²⁴”. In altri termini, nel recepimento della direttiva, uno Stato membro che abbia optato per l’approccio categorico, per cui è prevista l’esimente sopra menzionata nel caso in cui la controllata estera del contribuente sia localizzata fuori dall’Unione Europea o presso un Paese non aderente all’accordo sullo Spazio Economico

²²² Cfr. M. MORETTI, op. cit. p. 783

²²³ Cfr. J. R. DANON, *Some Observations on the Carve-Out Clause of Article 7(2)(a) of the ATAD with Regard to Third Countries*, in P. PISTONE (a cura di), *The implementation of anti-BEPS rule in the EU: a comprehensive study*, Amsterdam, 2018

²²⁴ Cfr. Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016, articolo 7 comma 2

Europeo, è autorizzato a non concedere la causa di esclusione *de qua*. Se questo non crea problemi di conciliabilità con il diritto di stabilimento secondario che non riguarda come già spiegato i Paesi terzi ma solo il mercato interno, viceversa si prospetta oltre che poco coerente con quanto disposto nell'Action 3, fortemente in contrasto con la libera circolazione dei capitali la quale si estende anche al di fuori del contesto comunitario²²⁵. Pertanto, è indiscutibile che implementare il modello categorico senza però concedere al contribuente la possibilità di fornire la dimostrazione circa la genuinità dell'attività economica nel caso di una CFC localizzata in uno Stato terzo, si configura come un'ingiustificata restrizione alla libera circolazione dei capitali: in questo senso, la mancanza di un "carve-out" si traduce in una presunzione assoluta di elusione fiscale solo per il fatto che una società controllata sia localizzata in uno Stato la cui fiscalità è inferiore alla metà di quella vigente nello Stato del contribuente²²⁶. Una tale presunzione porta inevitabilmente a una discriminazione sproporzionata e non giustificata da motivi imperativi di interesse generale e di conseguenza palesemente in contrasto con la libera circolazione dei capitali sancita dal TFUE²²⁷.

In conclusione, se le disposizioni in materia CFC previste dalla direttiva ATAD hanno da una parte l'intento di delineare una legislazione che sia totalmente compatibile con il diritto primario e che superi le perplessità sorte in passato, dall'altra è evidente che tale modello di CFC *rule* presenti ancora alcune criticità e per giunta, come ivi descritto, ne introduca di nuove.

²²⁵ Cfr. J. R. DANON, *op.cit.*, Cfr. G. GINEVRA, *op.cit.*, p. 130, A.P. DOURADO, "Free Movement of Capital: The European Union Anti-Tax Avoidance Package and Brexit", in *44 Intertax*, 2016, Issue 12, pp. 870-877

²²⁶ Cfr. J. R. DANON, *Id.*

²²⁷ Cfr. J. R. DANON, *Id.*

3. La normativa CFC nell'ordinamento fiscale italiano

3.1 Premesse circa la ricostruzione della *ratio* e la metamorfosi normativa

Il primo riferimento normativo della CFC *legislation* all'interno dell'ordinamento fiscale italiano risale a circa vent'anni fa²²⁸. Se da un lato è vero che il legislatore nazionale si è voluto allineare ai "partners" europei e alle iniziative internazionali proposte dall'OCSE in materia di competizione fiscale dannosa, dall'altro è interessante inquadrare l'introduzione di tale provvedimento sul piano della *ratio legis*, la cui ricostruzione risulta piuttosto faticosa²²⁹.

Senza dubbio, il legislatore aveva in mente di contrastare la riduzione di gettito derivante da fenomeni di delocalizzazione delle società controllate estere presso regimi fiscali privilegiati²³⁰. Posto che – ai sensi dell'ordinamento tributario italiano – lo svolgimento dell'attività che genera i flussi reddituali all'estero non può costituire, di per sé, una presunzione di comportamento elusivo o evasivo, si identificano prioritariamente due linee di pensiero alternative circa la condotta che l'"introducenda" disciplina CFC intendeva scongiurare²³¹.

Secondo un primo approccio²³², si ritiene sia mirata a colpire quei redditi che solo formalmente sono prodotti altrove, ma in realtà mantengono la fonte operativa nel territorio dello Stato. In tali termini avrebbe la funzione di assoggettare a tassazione i redditi prodotti internamente ma apparentemente esteroinvestiti. Un'interpretazione di

²²⁸ Più precisamente, la disciplina in oggetto è stata introdotta ad opera dell'articolo 1 della legge 21 novembre 2000, n. 342.

²²⁹ Sul proposito, come riporta F. ARDITO, *Commento all'Articolo 167* (Disposizioni in materia di imprese estere controllate), in G. TINELLI (a cura di), *Commentario al Testo Unico delle Imposte sui Redditi*, Padova, 2009, pp. 1428 ss., la dottrina fornisce diverse interpretazioni. In particolare, si rinvia a R. CORDEIRO GUERRA, "Riflessioni critiche e spunti sistematici sulla introducenda disciplina delle controlled foreign companies (articolo 127-bis del Tuir)", in *Rassegna Tributaria*, 2000, n.5, p. 1399; R. LUPI, "Principi generali in tema di C.F.C. e radicamento territoriale delle imprese", in *Rassegna Tributaria*, 2000, n. 6, p. 1730 ss.; D. STEVANATO, "Controlled Foreign Companies: concetto di controllo e imputazione del reddito", in *Rivista di diritto tributario*, 2000, fasc. 7-8, pt. 1, pp. 777 - 802

²³⁰ Come riporta R. CORDEIRO GUERRA, *op.cit.*, p. 1399, peraltro, l'iniziativa era stata dapprima avviata nei confronti delle persone fisiche, tramite l'inversione dell'onere della prova, in caso di trasferimento della residenza fiscale in paesi fiscalmente privilegiati

²³¹ Cfr. R. CORDEIRO GUERRA, *Ibid.*

²³² Cfr. R. CORDEIRO GUERRA, *Id*, p. 1399. Tale interpretazione viene abbracciata anche da R. LUPI, *op.cit.*, p. 1730 ss secondo cui la legislazione CFC intende superare lo schermo societario per ostacolare fenomeni di delocalizzazione senza un effettivo radicamento in loco.

questo genere caratterizza la norma come antievasiva, con l'intenzione di contrastare sia l'interposizione fittizia che quella reale, finalizzata a ottenere indebiti vantaggi fiscali, assumendo altresì una connotazione antielusiva²³³.

L'altro approccio²³⁴, invece, identifica la disciplina come uno strumento di contrasto al differimento dell'imposizione (cd. *tax deferral*) realizzato tramite il rinvio – potenzialmente all'infinito – della distribuzione dei dividendi al soggetto controllante che, in forza del legame di controllo, è in grado di influire sulle decisioni assembleari del soggetto estero partecipato²³⁵. In questo modo, i profitti – rimanendo localizzati *off shore* in un regime fiscale privilegiato – verrebbero poi reimpiegati in ulteriori investimenti del gruppo senza scontare mai la tassazione in Italia.

Nel dibattito dottrinale²³⁶, inoltre, si ritaglia uno spazio anche la tesi sistematica, seppur minoritaria, che inquadra la disciplina CFC italiana come strumento mirato a garantire una politica di “capital export neutrality²³⁷”.

Ciò premesso, per quanto il processo modificativo della normativa nazionale sia stato vittima di una “schizofrenia legislativa²³⁸” non indifferente, si ritiene che la *ratio legis* –

²³³ Cfr. R. CORDEIRO GUERRA, *Ibid.* A sostegno di ciò, l'autore riporta che – ai sensi dell'ex articolo 127-bis del Tuir – oggetto della tassazione non è il dividendo ma il reddito del soggetto controllato estero, imputato direttamente al socio controllante secondo la modalità prevista per contrastare l'interposizione cioè che i redditi dell'interposto sono tassati in capo all'interponente. Inoltre, siccome l'imputazione in capo alla controllante non era consentita nel caso in cui fosse fornita la prova che essa svolgeva principalmente un'attività industriale o commerciale effettiva, significa che, al contrario, la normativa intendeva colpire i redditi derivanti da attività non radicate *in loco* e fittiziamente dirottati sulla controllata, disinteressandosi dunque del differimento della distribuzione degli utili.

²³⁴ Cfr. D. STEVANATO, op.cit., pp. 777 – 802 e S. GARUFI, “La nuova disciplina delle CFC”, in *Rassegna Tributaria*, 2010, n. 3, p. 619 ss. Di questo parere è anche Assonime che, nella circolare n. 65 18 dicembre 2000, riconosce la norma come finalizzata a contrastare la “delocalizzazione” all'estero delle imprese nazionali “per conseguire il differimento della tassazione dell'utile attraverso la sua produzione tramite *subsidiaries* poste in paesi o territori aventi regimi fiscali privilegiati.”

²³⁵ A tal proposito, però – come afferma R. CORDEIRO GUERRA op. cit. – ricondurre come *ratio* del provvedimento il differimento della distribuzione degli utili vorrebbe dire individuare come elusivo il solo fatto di non distribuire gli utili; da un lato genererebbe problematiche con il principio costituzionale della capacità contributiva (per un approfondimento sul tema si rimanda a D. STEVANATO, op.cit., pp. 777 – 802 e A. BALLANCIN, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, Milano, 2016, pp. 162 ss.), dall'altro presenterebbe pericolose potenzialità argomentative per l'inquadramento in termini analoghi di simili condotte attuate nel contesto domestico.

²³⁶ A tal proposito cfr. A. BALLANCIN, “Note ricostruttive sulla ratio sottesa alla disciplina italiana in tema di controlled foreign companies”, in *Rivista di diritto tributario*, 2008, fasc.1, pt.1, pp.13-30. L'autore propone una chiave interpretativa secondo cui la norma interna – letta con l'istituto della *pex* e con la rilevanza assunta dalla “seconda esimente” volta a dimostrare la mancata localizzazione del reddito nel paradiso fiscale – si “palesa quale riscoperta di una *capital export neutrality* in chiave antielusiva (...)”

²³⁷ Per un approfondimento su tema si rimanda al primo capitolo.

²³⁸ Termine impiegato da A. DELLA CARITÀ L. BONFANTI, “Le novità in materia di CFC alla luce dei recenti chiarimenti ministeriali”, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2016, n.11, p. 17 ss. per rendere l'idea di quanto il legislatore italiano nell'intento di semplificare la normativa abbia contribuito invero a complicarla,

fino alle modifiche introdotte dalla legge di stabilità del 2016 – fosse ancora prevalentemente quella di evitare, eventualmente anche *sine die*, il differimento della tassazione²³⁹.

Al contempo, nel contesto europeo – pur sempre intendendosi la CFC uno strumento legislativo che, in deroga al regime impositivo ordinario per cassa dei dividendi, impone la tassazione per trasparenza²⁴⁰, nei confronti della controllante, degli utili prodotti dalla società partecipata estera – si assiste peraltro a una “metamorfosi” dovuta a una riprogrammazione degli obiettivi²⁴¹. Più specificamente, se da una parte viene conferita meno rilevanza alla funzione di contrasto al differimento della tassazione, dall’altra ne viene enfatizzata in maniera premiante la finalità antiabusiva²⁴², che mira a ostacolare la distrazione strumentalizzata di profitti ottenuti nel paese di residenza del contribuente verso entità estere puramente artificiose²⁴³. In questi termini, la disciplina italiana – riformata radicalmente con il recepimento della direttiva ATAD – sembra voler definitivamente accantonare la finalità originaria di contrasto puro al *tax deferral* in favore di una finalità *latu sensu* antiabuso²⁴⁴.

rendendone spesso meno certo il perimetro applicativo. In dettaglio, gli interventi legislativi salienti che hanno dato forma alla norma sono: la riforma Tremonti, la legge finanziaria del 2008, il decreto “Anticrisi” del 2009, il decreto “Internazionalizzazione” del 2015, legge di stabilità del 2016 e in ultimo la riforma del D.lgs. 142/2018 che recepisce la direttiva ATAD.

²³⁹ Come sostengono E.M BAGAROTTO, “La disciplina in materia di controlled foreign companies alla luce delle modifiche apportate dalla legge di stabilità 2016 e nell’attesa dell’attuazione della “direttiva anti-beps”, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2017, n. 3, p. 954 ss. e S. COVINO, R. LUPI, “CFC, mercato locale e rapporti intragruppo in paesi “white list”: una normativa mediatica da non sopravvalutare”, in *Dialoghi Tributari*, 2014, n. 6, p. 657 ss. riconoscendo, al contempo, anche in virtù della struttura della norma (doppio regime esteso anche alle controllate localizzate in paesi white list dopo le modifiche introdotte nel 2009), una finalità di contrasto a tutti gli insediamenti esteri espressione di fenomeni elusivi indipendentemente dal territorio di insediamento. Non è dello stesso parere G. INGRAO, “D.L. anticrisi e “stretta” sulla normativa CFC: contrasto agli abusi fiscali o miopia del legislatore?”, in *Rassegna Tributaria*, 2010, n. 1, p. 87 ss., che, invece, non ammette come *ratio* il contrasto al *tax deferral* per motivi di contrasto con principi comunitari e costituzionali, ma solo il contrasto a situazioni abusive in cui le società sono costituite esclusivamente per delocalizzare i redditi prodotti in Italia in paesi a bassa fiscalità,

²⁴⁰ Sulle questioni legate alla tassazione per trasparenza, in riferimento alle modalità previste per le società di persone di cui all’articolo 5 del Tuir, si rimanda all’approfondimento fornito da D. STEVANATO, op.cit., pp. 777 ss.

²⁴¹ Cfr. A. DELLA CARITÀ L. BONFANTI, “Paradossi e insana (in)coerenza nella CFC delineata dallo schema di Decreto di recepimento dell’ATAD”, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2018, n.12, p. 27 ss. Si ritiene che il primo cambio di impostazione significativo sia stato messo in atto dall’intervento della giurisprudenza comunitaria nel 2006, in occasione della sentenza Cadbury Schweppes. Da quel momento, come peraltro analizzato nel precedente capitolo, si direziona verso una finalità prettamente antiabusiva.

²⁴² Come specifica Assonime nella circolare n. 19 del 1° agosto 2018 “l’originaria finalità “anti-deferral” dei regimi CFC ha ormai ceduto il passo ad una loro preminente caratterizzazione “antiabuso”; caratterizzazione che viene ora invocata soprattutto per neutralizzare, nel contesto dell’unitaria impresa globale, gli incentivi a minimizzare il carico impositivo nei Paesi in cui i redditi sono realizzati.”

²⁴³ Cfr. A. DELLA CARITÀ L. BONFANTI, *Ibid.*

²⁴⁴ Cfr. A. DELLA CARITÀ L. BONFANTI, *Ibid.*

Peraltro, la stessa relazione illustrativa al decreto legislativo 29 novembre 2018 n. 142 esprime chiaramente che l'intento principale del nuovo disposto normativo è scongiurare che quanti controllano società estere mettano in atto pratiche di pianificazione fiscale, con cui trasferire importanti quantità di utili verso Paesi caratterizzati da una bassa fiscalità²⁴⁵. In tal senso si configura più che mai come strumento antielusivo utilizzato per ostacolare le pratiche poste in essere dai gruppi multinazionali con l'intento di minimizzare il pagamento del carico fiscale del gruppo. Tuttavia, come si vedrà più avanti nell'ultima parte del capitolo, l'efficacia e la coerenza del nuovo tenore legislativo hanno disatteso le aspettative e non hanno centrato pienamente gli obiettivi preposti dalla direttiva.

²⁴⁵ Cfr. Capo III – Sezione I – Disposizioni in materia di società controllate estere della relazione illustrativa D.lgs. 142/2018

3.2 Analisi della nuova formulazione dell'articolo 167 del TUIR

3.2.1 Ampliamento dell'ambito soggettivo e del requisito di controllo

Se prima delle recenti modifiche l'ambito soggettivo della disciplina CFC comprendeva le persone fisiche, le società di persone e le società di capitali, il 1° comma del rinnovato articolo 167 del TUIR ne amplia il perimetro applicativo estendendolo anche alle stabili organizzazioni, localizzate nel territorio dello Stato, di soggetti non residenti – di cui alla lettera d) del 1° comma dell'articolo 73 del TUIR – che controllano soggetti non residenti²⁴⁶. In dettaglio, come peraltro specifica la relazione illustrativa al decreto legislativo, l'estensione dell'ambito soggettivo alle stabili organizzazioni nel territorio dello Stato di soggetti non residenti è circoscritta alle partecipazioni, nella società controllata estera, che fanno parte dell'attivo patrimoniale della stabile organizzazione²⁴⁷.

Se, viceversa, si considera l'ambito soggettivo nella prospettiva dei soggetti controllati non residenti, il nuovo disposto normativo identifica come tali, discostandosi ben poco dalla normativa previgente, le imprese, le società, gli enti non residenti nel territorio dello Stato e le loro stabili organizzazioni all'estero, e include altresì le stabili organizzazioni all'estero dei contribuenti residenti che hanno optato per il regime della *branch exemption* di cui all'articolo 168-ter del TUIR²⁴⁸. Tuttavia, la presunta innovazione è da considerarsi solo di natura formale²⁴⁹, in quanto in virtù dell'articolo ivi menzionato, nonché dell'articolo 8 del relativo Provvedimento attuativo²⁵⁰, la stabile organizzazione di cui ci si avvale dell'esonero e configurabile come controllata estera, è attualmente assoggettata a regime CFC.

Tornando ai soggetti controllati non residenti, la categoria residuale di "ente", pur apparentemente prestandosi ad annoverare tutte le fattispecie giuridiche tributarie eccetto le persone fisiche, non sembrerebbe, tuttavia, poter comprendere nell'ambito soggettivo di applicazione della legislazione anche quegli enti che si configurano come

²⁴⁶ Cfr. articolo 167 comma 1 come modificato dal D.Lgs. 142/2018

²⁴⁷ Cfr. Capo III – Sezione I – Disposizioni in materia di società controllate estere della relazione illustrativa D.lgs. 142/2018

²⁴⁸ Ai sensi di tale articolo "Un'impresa residente nel territorio dello Stato può optare per l'esenzione degli utili e delle perdite attribuibili a tutte le proprie stabili organizzazioni all'estero."

²⁴⁹ Come afferma G. ROLLE, "Adattamento alla disciplina ATAD delle norme interne su CFC, dividendi esteri e plusvalenze su partecipazioni", in *Il Fisco*, 2018, n. 38, pp. 1-3637

²⁵⁰ Cfr. articolo 8 – Applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 167 del Tuir, Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate, Prot. n. 2017/165138, del 28 agosto 2017, 8.1 In caso di esercizio dell'opzione per l'esenzione, alla stabile organizzazione estera si applicano, al ricorrere dei presupposti, le disposizioni previste dall'articolo 167 del TUIR in materia di Controlled Foreign Companies ("CFC").

entità no profit, i quali tendenzialmente non hanno la facoltà di distribuire gli utili²⁵¹.

Suscita, invece, qualche dubbio interpretativo la questione concernente gli organismi di investimento collettivo del risparmio – altrimenti noti come OICR – che il nuovo disposto normativo pare includere tra gli enti esteri a cui applicare la disciplina CFC²⁵².

In vigore della precedente normativa, l’Agenzia delle Entrate si era espressa favorevolmente circa l’esclusione dei fondi comuni di investimento esteri²⁵³, a patto che questi ultimi rientrassero tra quelli “armonizzati”, o che fossero stabiliti in uno Stato membro dell’Unione Europea o Paese *white list* e comunque dovutamente sottoposti a vigilanza. Al contrario, in carenza di questi requisiti, erano considerati a tutti gli effetti enti non residenti a cui applicare la normativa CFC.

Nella prima versione dello schema di decreto legislativo della direttiva ATAD, il comma 8 dell’articolo 167 riservava invece l’imputazione per trasparenza dei redditi ai partecipanti, esclusivamente nel caso in cui tali redditi avrebbero scontato la tassazione in capo a un OICR residente²⁵⁴.

Con l’approvazione della versione definitiva del decreto, tale disposizione non è stata confermata. A tal proposito, va comunque osservato che, per quanto la norma sia stata espunta, la relazione ha ribadito sia l’inclusione generalizzata degli OICR nella legislazione CFC, con l’intento antiabusivo di inserire anche fattispecie analoghe²⁵⁵, sia l’applicazione in via selettiva per i redditi su cui un fondo residente avrebbe pagato dazio²⁵⁶.

A questo riguardo si potrebbe eccepire che in assenza di una previsione speciale per gli OICR, l’applicazione standard della normativa CFC – in vista della specifica esenzione

²⁵¹ Cfr. A. BALLANCIN, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, Milano, 2016, p. 324

²⁵² A tal proposito cfr. F. BRUNELLI, “Sugli OICR non residenti tassazione per trasparenza”, in *Il Sole 24 Ore*, 2019 e D. AVOLIO, P. RUGGIERO, “Il recepimento della Direttiva ATAD e le nuove disposizioni in materia di CFC”, in *il Fisco*, 2019, n.3, pp. 1-253

²⁵³ Ai sensi della circolare 23/E del 26 maggio 2011, “è da ritenere che la disciplina CFC non trovi applicazione con riferimento a quelle entità estere che, per le loro caratteristiche operative, derivanti dalla stessa legge che le disciplina e in base alla quale sono costituite:

- a. sono partecipate da una pluralità di investitori non collegati tra loro;
- b. seguono politiche d’investimento determinate da criteri e regolamenti sottoposti al controllo delle autorità di vigilanza;
- c. sono gestite da soggetti che svolgono professionalmente tale attività, in autonomia dai partecipanti stessi.”

²⁵⁴ Come sottolinea F. BRUNELLI, op. cit., gli OICR residenti sono esenti da IRES.

²⁵⁵ Cfr. F. BRUNELLI, *Ibid.* e D. AVOLIO, P. RUGGIERO op.cit., il quale ritiene che il timore del legislatore sembra essere stato quello che un richiamo specifico agli OICR avrebbe potuto limitare il raggio applicativo ai soli fondi europei escludendo altri.

²⁵⁶ Cfr. F. BRUNELLI, *Ibid.*

dall'IRES prevista per tali fondi – farebbe venire meno il presupposto operativo del test della tassazione effettiva e dunque implicherebbe la quasi certa impossibilità di imputare al partecipante sia il reddito complessivo che le singole voci²⁵⁷. In questi termini, la disposizione di cui al comma 10 del medesimo articolo 167²⁵⁸, parrebbe essere rimasta “appesa”, deficitaria della previsione principale eliminata dal comma 8²⁵⁹.

Sebbene ciò possa configurarsi come una problematica di coordinamento normativo, sembrerebbe auspicabile ricorrere all'approccio fornito dall'Agenzia delle Entrate – riscontrabile nella circolare 23/E – che mira a escludere gli OICR esteri nella misura in cui non garantiscano un “impiego fisiologico” e non abusivo di tali intermediari del risparmio gestito; d'altro canto, se i fondi comuni sono opportunamente vigilati svolgono, per definizione, una attività economica effettiva²⁶⁰. Oltretutto, gli OICR che detengono direttamente gli asset dovrebbero non essere inclusi dal perimetro applicativo della normativa CFC, non essendo soddisfatta la condizione di prevalenza dei *passive income*²⁶¹. Al contrario, qualora i fondi comuni esteri non abbiano i requisiti²⁶² a garanzia della genuinità, la soluzione più coerente può ritenersi quella di individuarli come generici enti esteri a cui va applicato il meccanismo di verifica inerente la tassazione effettiva previsto dalla disciplina.

Proseguendo nell'analisi normativa, una novità particolarmente rilevante che caratterizza la nuova disciplina CFC, riguarda il tema del controllo. Nello specifico, al noto requisito di controllo cosiddetto “legale” fondato sul rinvio all'articolo 2359 del codice civile²⁶³, si aggiunge, in linea con le prescrizioni della direttiva ATAD, un ulteriore requisito di natura

²⁵⁷ Cfr. F. BRUNELLI, *Ibid.*

²⁵⁸ Cfr. articolo 167 comma 10, secondo cui la detassazione degli utili distribuiti fino a concorrenza dei redditi imputati per trasparenza non è applicabile nel caso degli OICR non residenti, ma al contempo le ritenute subite in Italia si aggiungono al costo fiscale delle quote dell'OICR.

²⁵⁹ Cfr. F. BRUNELLI, *op. cit.*

²⁶⁰ Cfr. F. BRUNELLI, *Ibid.*

²⁶¹ Come sostiene D. AVOLIO, P. RUGGIERO *op.cit.*

²⁶² Tra cui pluralità di investitori, politiche di investimento, autonomia gestionale, vigilanza, residenza *white list*)

²⁶³ Per completezza si riportano i termini del 2359 c.c.: “Sono considerate società controllate:

- 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;
- 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;
- 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del 1° comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi.

strettamente “economica” che verte sulla detenzione, diretta o indiretta, di una quota di partecipazione agli utili di oltre il 50 %²⁶⁴. Inoltre, come riporta la relazione illustrativa al decreto, la modalità di determinazione della percentuale di partecipazione agli utili, in caso di partecipazione indiretta, rimane invariata, dovendo necessariamente tenere conto “della eventuale demoltiplicazione prodotta dalla catena societaria partecipativa²⁶⁵”.

Si ritiene, oltretutto, che nel caso di stabili organizzazioni italiane di soggetti non residenti che controllano soggetti non residenti – limitatamente alle partecipazioni nel patrimonio della stabile organizzazione – la nozione di controllo da applicarsi corrisponde esclusivamente a quella di controllo “economico”; peraltro, il concetto di controllo “legale” non sembra adattarsi alla stabile organizzazione in veste di soggetto controllante, se si considera che tale genere di controllo può solo essere ricondotto al soggetto giuridico che dispone in termini legali del diritto di voto²⁶⁶.

La fattispecie di controllo “economico” precedentemente delineata, quindi, presuppone l’applicabilità della legislazione CFC anche qualora non sussista effettivamente il controllo²⁶⁷.

Se da una parte il legislatore si è semplicemente adeguato al contenuto normativo imposto dalla direttiva ATAD, dall’altra sorgono dubbi e sospetti sul fatto che un tale requisito sia ragione di illegittimità costituzionale. D’altro canto non è certo la prima volta che emergono simili perplessità quando si tratta di normativa CFC²⁶⁸. In particolare, ammesso

²⁶⁴ Cfr. articolo 167 comma 2 come modificato dal D.Lgs. 142/2018, “Ai fini del presente articolo si considerano soggetti controllati non residenti le imprese, le società e gli enti non residenti nel territorio dello Stato, per i quali si verifica almeno una delle seguenti condizioni:

- a) sono controllati direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciaria o interposta persona, ai sensi dell’articolo 2359 del codice civile, da parte di un soggetto di cui al comma 1;
- b) oltre il 50 % della partecipazione ai loro utili è detenuto, direttamente o indirettamente, mediante una o più società controllate ai sensi dell’articolo 2359 del codice civile o tramite società fiduciaria o interposta persona, da un soggetto di cui al comma 1.”

A titolo di esempio, come riportato da L. TOSI, R. BAGGIO, op. cit., una fattispecie di controllo indiretto si riscontra nel seguente caso: Alfa controlla al 51 % le società Beta, Gamma e Delta che a loro volta possiedono ciascuna una partecipazione del 20% in Epsilon. Pertanto, Alfa controlla indirettamente Epsilon.

²⁶⁵ Cfr. Capo III – Sezione I – Disposizioni in materia di società controllate estere della relazione illustrativa D.lgs. 142/2018.

²⁶⁶ Come riporta D. AVOLIO, P. RUGGIERO, “Il recepimento della Direttiva ATAD e le nuove disposizioni in materia di CFC”, in *il Fisco*, 2019, n.3, pp. 1-253

²⁶⁷ Come fanno notare A. SPINZI, F. NOBILI, “Per far scattare le regole Cfc basta una quota di utili oltre il 50%”, in *Il Sole 24 Ore*, 2019

²⁶⁸ Sul tema, infatti, si era espresso D. STEVANATO, op.cit., pp. 777 – 802 che, in virtù della versione originaria che avrebbe dovuto costituire l’allora *introducenda* disciplina CFC di cui all’articolo 127-bis, metteva in forte dubbio la legittimità costituzionale della normativa in ragione del fatto che si fosse accontentata di una partecipazione pari al 25 % del capitale o dei diritti di voto, e che, quindi, non assicurasse un’influenza dominante sulla partecipata.

che tale disciplina intenda ancora ostacolare i fenomeni di *tax deferral* che il socio, tramite l'esercizio di una prevalenza determinante nelle decisioni assembleari in tema di distribuzioni dei dividendi, è in grado di ottenere, il solo fatto di possedere una partecipazione che dia diritto a ricevere oltre il 50 % degli utili non garantisce, di per sé, un'influenza dominante sulla società controllata estera²⁶⁹. Se dunque è vero che il solo requisito inerente gli utili non può configurarsi come autosufficiente, senza avere influenza sulle decisioni strategiche e operative della controllata estera, tuttavia sembra piuttosto improbabile che lo stesso possa scindersi dalla detenzione di un pacchetto azionario tale da consentire quantomeno un'influenza significativa in assemblea e di conseguenza un controllo di fatto²⁷⁰. Non solo, nel discorso legato alla costituzionalità di una simile disposizione, occorre tenere in considerazione il principio costituzionale di ragionevolezza²⁷¹. In tal senso, rispetto alle finalità antielusive che la nuova disciplina si prefigge, può dirsi coerente e di conseguenza anche ragionevole.

Per concludere il discorso riguardante la nozione di controllo, si ritiene opportuno precisare che, ai fini della verifica circa la sussistenza della detenzione del controllo da parte del soggetto residente, il momento rilevante corrisponde alla data di chiusura dell'esercizio della controllata estera²⁷². Per quanto ciò possa lasciare spazio a "prassi di stampo elusivo²⁷³", si applicano le disposizioni previste dalla clausola antiabuso²⁷⁴ – di cui all'articolo 10-bis dello Statuto dei diritti del Contribuente²⁷⁵ – per far fronte a questo genere di intenti²⁷⁶. In tal modo, logicamente, l'Amministrazione finanziaria ha modo di

²⁶⁹ Le azioni prive di voto – come quelle di risparmio o a voto limitato – che assicurano diritti patrimoniali, non danno diritto a partecipare alle assemblee ordinarie e quindi non attribuiscono il potere al socio di rimandare la distribuzione degli utili.

²⁷⁰ Come sottolinea opportunamente A. BALLANCIN, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, Milano, 2016, p. 319

²⁷¹ Principio sancito dall'articolo 3 della Costituzione

²⁷² Ai sensi dell'articolo 1 comma 3, D.M. 21 novembre 2001, n. 429, "Ai fini della verifica della sussistenza del controllo (...) rileva la situazione esistente alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato." Peraltro, lo stesso D.lgs. 142/2018, all'articolo 13 comma 7 ne conserva la valenza specificando che "Ai fini del Capo III, restano applicabili, ove compatibili, le disposizioni del decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 21 novembre 2001, n. 429 (...)"

²⁷³ Tra cui – come sosteneva D. STEVANATO, op.cit., p. 784 – "cessioni (e successivi riacquisiti) di quote di partecipazioni a cavallo d'anno, in modo da far venire meno, proprio alla chiusura del periodo di imposta, il requisito del controllo societario in capo al socio intenzionato a evitare l'applicazione sulla normativa CFC."

²⁷⁴ Come, d'altra parte, sottolinea Assonime nell'intervento del 4 ottobre 2018, essendo già prevista nel nostro ordinamento una clausola generale antiabuso, non è stato necessario dare attuazione a questo precetto – espressamente previsto dalla direttiva ATAD – perché effettivamente la disposizione interna rispecchia alla perfezione le indicazioni fornite dalla direttiva.

²⁷⁵ Cfr. articolo 10-bis legge 27 luglio 2000, n. 212

²⁷⁶ Cfr. F. DEZZANI, L. DEZZANI, "D.M. 21 novembre 2001: partecipazioni in società estere. La nuova tassazione dei redditi prodotti e degli utili distribuiti", in *Il Fisco*, 2001, n. 45 p. 14163 ss.

dimostrare lo scopo abusivo delle tecniche di frazionamento del controllo andando a riconciliare l'effettiva configurazione dei rapporti infragruppo²⁷⁷.

3.2.2 Condizioni di accesso al regime CFC: *effective tax rate* e *passive income test*

Con ogni evidenza, la modifica più rilevante consiste nel passaggio dalla bipartizione tra il regime CFC *black* e il regime CFC *white*²⁷⁸ a un modello unico, valido per tutti gli insediamenti in Europa e nel resto del mondo, che presuppone il verificarsi congiunto di due condizioni.

In dettaglio, per l'applicazione della nuova disciplina, i soggetti controllati esteri devono, in primis, essere localizzati in uno Stato con tassazione effettiva inferiore alla metà di quella a cui sarebbero stati soggetti qualora residenti in Italia; secondariamente, devono realizzare per oltre un terzo proventi rientranti nelle categorie dei cosiddetti *passive income*. Al ricorrere di entrambi i requisiti, tutto quanto il reddito realizzato dalla controllata estera viene sottoposto a tassazione in Italia, includendo indistintamente anche la quota comprendente gli *active income*.

In questi termini viene mantenuto l'approccio che da sempre ha contraddistinto la disciplina CFC italiana, vale a dire l'approccio *jurisdictional* o *entity*²⁷⁹. Peraltro, il modello generale introdotto dal decreto è molto affine, seppur non identico, al regime di CFC *white*, di cui all'ex comma 8-bis dell'articolo 167 del TUIR²⁸⁰, in vigore fino al periodo di imposta in corso al 31 dicembre 2018.

La prima condizione di accesso alla disciplina CFC verte, dunque, sull'effettivo livello di

²⁷⁷ Cfr. A. M. GAFFURI, *La disciplina delle CFC*, in DRAGONETTI A., PIACENTINI V., SFONDARINI A. (a cura di), *Manuale di fiscalità internazionale*, IPSOA, 2016

²⁷⁸ L'articolo 167 ante modifiche disciplinava:

- a) una CFC c.d. *black*, prevista in caso di controllate estere localizzate in Stati a fiscalità privilegiata (diversi da quelli appartenenti all'UE o aderenti al SEE, che garantiscono lo scambio di informazioni); Stati, cioè, con un livello di tassazione nominale inferiore al 50 % di quello applicabile in Italia, anche in ragione della presenza di eventuali regimi speciali (ex comma 4);
- b) una CFC c.d. *white*, di carattere generale, prevista in caso di controllate estere che conseguono proventi derivanti per più del 50% da c.d. *passive income* (dividendi, interessi, royalties, ecc.) e purché collocate in Stati che presentano un livello di tassazione effettiva inferiore a più della metà di quello a cui sarebbero stati soggetti ove residenti in Italia (ex comma 8-bis)

²⁷⁹ Sulle valutazioni critiche circa le scelte di recepimento della direttiva ATAD si tornerà nelle parti successive di questo capitolo.

²⁸⁰ Disposizione introdotta dal decreto-legge "anticrisi" del 1° luglio 2009 che aveva esteso la normativa CFC anche ai soggetti controllati residenti in Stati o territori non *black list*.

tassazione e non su quello nominale²⁸¹. Nello specifico, è necessario ricorrere al *tax rate test* che richiede di operare un confronto fra la tassazione effettiva della società controllata estera (*tax rate estero*) e la tassazione virtuale cui la stessa società sarebbe soggetta qualora fosse residente in Italia (*tax rate virtuale domestico*).

Per quanto riguarda le specifiche modalità di determinazione del *tax rate test*, occorre fare riferimento agli interventi dell’Agenzia delle Entrate, che più di una volta si è espressa sul tema²⁸². Prima di tutto, è opportuno precisare che per tassazione effettiva estera si intende il rapporto tra l’imposta estera calcolata sul reddito imponibile e l’utile ante-imposte risultante dal bilancio della controllata; mentre per tassazione virtuale domestica ci si riferisce al rapporto tra l’imposta che la controllata avrebbe versato in Italia, corrispondente al reddito imponibile ricalcolato secondo le previsioni fiscali italiane in materia di reddito d’impresa, e l’utile ante-imposte risultante dal bilancio della controllata²⁸³.

Più specificamente, nella determinazione della tassazione effettiva estera, le imposte che rilevano sono esclusivamente quelle dovute nello Stato di localizzazione, al lordo di eventuali crediti di imposta maturati in virtù dei redditi prodotti in altri Stati²⁸⁴. Per giunta, le imposte effettivamente dovute nello Stato di insediamento devono trovare riscontro nel bilancio d’esercizio o rendiconto finanziario²⁸⁵ della presunta CFC, nella

²⁸¹ Cfr. articolo 167 comma 4, lettera a) come modificato dal D. lgs. 142/2018, “a) sono assoggettati a tassazione effettiva inferiore alla metà di quella a cui sarebbero stati soggetti qualora residenti in Italia. Con provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle entrate sono indicati i criteri per effettuare, con modalità semplificate, la verifica della presente condizione, tra i quali quello dell’irrelevanza delle variazioni non permanenti della base imponibile;”

²⁸² Si fa principalmente riferimento alla circolare 51/E del 6 settembre 2010, alla circolare 23/E del 26 maggio 2011 e al recente provvedimento del direttore dell’Agenzia delle entrate del 16 settembre 2016, n. 143239

²⁸³ Cfr. Provvedimento del direttore dell’Agenzia delle entrate del 16 settembre 2016, n. 143239, par. 1.1

²⁸⁴ Sul punto si veda il già citato Provvedimento del direttore dell’Agenzia delle entrate ai sensi del quale “3.2 Qualora tra lo Stato di localizzazione della controllata e l’Italia sia in vigore una Convenzione contro le doppie imposizioni, le imposte sul reddito sono quelle ivi individuate nonché quelle di natura identica o analoga che siano intervenute successivamente in sostituzione di quelle individuate nella medesima Convenzione.

3.3 Nell’ipotesi di Confederazione di Stati, nel computo della tassazione effettiva estera si considerano, oltre che le imposte federali, anche le imposte sul reddito proprie di ciascuno Stato federato e delle amministrazioni locali. Tenuto conto della natura di imposte sul reddito, queste rilevano anche se non espressamente incluse nell’eventuale Convenzione contro le doppie imposizioni in vigore tra l’Italia e lo Stato di localizzazione della controllata.”

²⁸⁵ In realtà, come sottolineano G. CARUCCI, S. MARCHESE, “L’estensione della disciplina CFC ai Paesi “white list””, in *Bollettino tributario d’informazioni*, 2011, fasc. 4, p. 263, il dato che emerge dal bilancio o rendiconto può dover essere rettificato ai fini del calcolo del rapporto per il tax rate estero, in quanto le regole fiscali locali potrebbero non tenere conto di alcune regole specifiche (i.e. perdite pregresse). Questo è stato poi riconfermato dal provvedimento del 2016, par. 5.1 lettera b)

relativa dichiarazione dei redditi presentata alle autorità fiscali di dovere, nelle ricevute di versamento collegate e altresì nella documentazione relativa alle eventuali ritenute subite a opera di sostituti di imposta o altri soggetti locali²⁸⁶. Oltretutto, qualora la controllata estera sia inclusa in una forma di tassazione di gruppo prevista nello Stato di localizzazione, l'Agenzia delle Entrate ritiene corretto considerare la controllata in una prospettiva "stand alone", assumendo, dunque, rilevanza solo le imposte sul reddito della stessa e non di tutta la "fiscal unit"²⁸⁷.

Infine nell'ipotesi in cui la controllata estera abbia delle perdite precedenti all'applicazione della disciplina CFC, l'Agenzia delle Entrate ha previsto il cosiddetto meccanismo di "sterilizzazione delle perdite pregresse"²⁸⁸. In altri termini, le perdite maturate nei periodi di imposta prima che si applichi la normativa CFC devono essere azzerate, indipendentemente dalla anzianità delle perdite o dalle ragioni che le hanno procurate²⁸⁹.

Quanto al *tax rate* virtuale domestico – come peraltro ha recentemente confermato l'Agenzia delle Entrate con le risposte fornite nel corso di Telefisco 2019²⁹⁰ – sono da prendere in considerazione esclusivamente l'IRES e le sue eventuali addizionali²⁹¹, ma non l'IRAP, al lordo di eventuali crediti di imposta per redditi prodotti in uno Stato diverso da quello della controllata²⁹².

²⁸⁶ Cfr. Provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate del 16 settembre 2016, par. 5.1 lettera b). Mentre la circolare n.51/E del 2010 specifica che non sono rilevanti le ritenute d'acconto a opera di sostituti d'imposta o altri soggetti locali, la successiva circolare n. 23/E del 2011, par. 2.8, precisa che, sempre in sede di determinazione del tax rate estero, è opportuno tenere conto delle ritenute a titolo di imposta che la società estera ha subito, ai fini delle imposte sui redditi, relativamente a proventi contabilizzati nel proprio conto economico.

²⁸⁷ Questa interpretazione, inizialmente fornita nella circolare n.51/E del 2010, viene riconfermata dal già citato provvedimento del 2016.

²⁸⁸ Tale impostazione, dapprima riportata nella circolare n.51/E del 2010, viene confermata dalla circolare n. 23/E del 2011, par. 2.6.

²⁸⁹ A tal proposito si segnala che la circolare n.23/E del 2011, par. 7.2, precisa che, in caso di cessione della società estera nell'ambito dello stesso gruppo societario, se tale cessione non determina il cambiamento del socio controllante residente in Italia di ultimo livello, le perdite – sia estere che virtuali domestiche – non devono essere azzerate.

²⁹⁰ Cfr. "Telefisco 2019, Risposte dell'Agenzia delle Entrate del 2 febbraio 2019", in *Il Sole 24 Ore*, n. 51, in cui viene chiarito che in relazione alla tassazione virtuale domestica, come d'altronde la stessa relazione illustrativa al decreto ha specificato, si fa esclusivo riferimento all'IRES, escludendo, dunque, l'IRAP.

²⁹¹ Come sottolinea R. RIZZARDI, "La disciplina CFC: un punto fermo dopo la Direttiva ATAD?", in *Corriere Tributario*, 2019, n.3, p. 283 ss., questo punto aveva suscitato qualche perplessità, non essendo chiaro il motivo per cui le addizionali debbano essere prese in considerazione se si considera che sono del tutto settoriali e determinano l'applicazione CFC a parità di tassazione estera, solo per il fatto che l'aliquota italiana è gravata dall'addizionale.

²⁹² Cfr. Provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate del 16 settembre 2016, n. 143239, par. 4.1

Con riferimento al calcolo della tassazione virtuale domestica, il punto di partenza è sempre il dato inerente al bilancio o rendiconto della controllata, predisposti secondo la corretta applicazione delle norme contabili adottate dall'impresa estera. Inoltre, come specificato dall'Agenzia delle Entrate, se la società controllata estera ha redatto il bilancio in base ai principi contabili internazionali IAS/IFRS, il reddito virtualmente imponibile in Italia deve essere rideterminato in base alle disposizioni fiscali interne previste per i soggetti IAS/IFRS *adopter*; viceversa, se il bilancio della società estera è stato redatto secondo altri principi contabili, il reddito virtualmente imponibile deve essere determinato sulla base delle disposizioni fiscali interne previste per i soggetti non IAS/IFRS *adopter*²⁹³.

Proseguendo con gli aspetti più applicativi circa la verifica del *tax rate test*, il confronto tra tasso effettivo estero e tasso virtuale domestico deve essere ripetuto per ciascun periodo di imposta²⁹⁴. Nel caso in cui il bilancio della società controllata estera si chiuda in perdita, ma in virtù delle variazioni fiscali in aumento ci siano comunque da pagare imposte, sia nello Stato estero sia in Italia, l'Agenzia delle Entrate ritiene che il confronto sia da effettuarsi tra le imposte virtualmente dovute in Italia e le imposte effettivamente pagate nello Stato estero di localizzazione; il test si considera superato se le seconde sono meno della metà delle prime²⁹⁵.

Posto che, come espresso dall'Agenzia delle Entrate e condiviso dalla dottrina, i valori da confrontare ai fini del *tax rate test* devono essere "omogenei", è necessario determinare sia il tasso effettivo estero che quello domestico esclusivamente sulla base delle imposte correnti, escludendo, quindi, quelle differite e anticipate²⁹⁶. Inoltre, se ai sensi del provvedimento del direttore dell'Agenzia delle Entrate del 2016, sono irrilevanti le

²⁹³ Prima la circolare 23/E del 2011, poi il provvedimento del 2016 si esprimono in questo senso. Inoltre, la prima delle due precisa che, ai fini del calcolo del *tax rate* domestico, non assumono rilevanza la normativa sulle società di comodo (articolo 30 legge 23 dicembre 1994, n.724) e la normativa speciale richiamata dall'articolo 96 del TUIR circa l'indeducibilità degli interessi passivi.

²⁹⁴ Per un approfondimento sul punto si veda M. PIAZZA, V. MAIESE, "L'Agenzia delle Entrate spiega come verificare il «tax rate test» per le cfc «non black list»", in *Corriere tributario*, 2011, n. 26, p. 2106 ss.

²⁹⁵ Cfr. la circolare 23/E del 2011, par. 2.2. Inoltre, la stessa circolare al par. 2.3 precisa che, nell'ipotesi in cui la società estera non paga tasse nello Stato estero ma le dovrebbe assolvere in Italia per effetto delle variazioni in aumento effettuate sulla base della normativa fiscale italiana, il test si considera superato in quanto il *tax rate* italiano è positivo a fronte di un *tax rate* estero nullo; viceversa, non si considera superato.

²⁹⁶ Cfr. la circolare n. 51/E del 2010 e G. CARUCCI, S. MARCHESE, op.cit. Peraltro, la circolare 23/E del 2011, par. 2.4, conferma l'irrilevanza ai fini del *tax rate* estero delle variazioni in diminuzione derivanti dalle differenze temporanee pregresse. Come poi riportano M. PIAZZA, V. MAIESE op.cit., per garantire l'omogeneità del confronto si ritiene che anche le variazioni in aumento siano neutralizzate.

variazioni non permanenti della base imponibile²⁹⁷ – come possono essere gli ammortamenti – e i regimi fiscali opzionali di cui la controllata avrebbe potuto beneficiare qualora fosse stata residente in Italia, è da tenere invece in considerazione l'applicazione del regime ACE (cd. Aiuto alla Crescita Economica) e di regimi analoghi in base alla normativa dello stato estero di insediamento²⁹⁸.

Si segnala inoltre che, sempre secondo il provvedimento del 2016, la tassazione interna nella misura del 5 % di dividendi e plusvalenze – di cui agli articoli 87, comma 1 lettera c) e 89, comma 3, del TUIR – è considerata alla stregua di un regime di esenzione totale che preveda, nello Stato di localizzazione della controllata, l'integrale indeducibilità dei costi connessi alla partecipazione²⁹⁹.

Per il calcolo della tassazione virtuale domestica, l'Agenzia delle Entrate, nel provvedimento del 2016, precisa che non è da tenere in considerazione il limite al riporto delle perdite pregresse – di cui al 1° comma dell'articolo 84 del TUIR – e ai fini del calcolo del tax rate estero, non rilevano le limitazioni simili previste dalla normativa dello Stato di localizzazione³⁰⁰.

Oltretutto, siccome l'applicazione della disciplina CFC – come descritto in precedenza – si estende anche alle stabili organizzazioni all'estero di soggetti controllati non residenti, la relazione illustrativa al decreto ritiene necessario operare il confronto, relativo alla tassazione effettiva, a seconda che i redditi della *branch* siano tassati o meno nello Stato del soggetto controllato non residente. Nel primo caso, infatti, occorrerà effettuare un unico *tax rate test*, includendo i redditi e le imposte versate dalla stabile organizzazione e dal soggetto controllato non residente; nel secondo, invece, si dovranno effettuare due

²⁹⁷ Si segnala che il provvedimento prevede che “Tale previsione non riguarda il riversamento collegato alle predette variazioni che sono state considerate rilevanti ai fini del confronto tra tassazione effettiva estera e tassazione virtuale domestica nei periodi d'imposta precedenti a quello di entrata in vigore del decreto legislativo n. 147 del 2015”

²⁹⁸ Cfr. provvedimento del 2016, par. 5.1 lettere d), e), f)

²⁹⁹ Cfr. provvedimento del 2016, par. 5.1 lettera g)

³⁰⁰ Cfr. provvedimento del 2016, par. 5.1 lettera h). Come sottolineano A. DELLA CARITÀ, L. BONFANTI, “Le novità in materia di CFC alla luce dei recenti chiarimenti ministeriali”, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2016, n.11, p. 17 ss., Alla luce di tale disposizione, dovrebbero essere escluse dalla disciplina le controllate estere, il cui reddito è stato azzerato grazie all'integrale compensazione di perdite pregresse riportate, e a cui sarebbe stata applicata la disciplina CFC, solo per effetto della limitazione delle perdite nella misura dell'80% del reddito.

Inoltre, ai sensi della lettera i) “non sono considerati gli effetti sul calcolo del reddito imponibile o delle imposte corrispondenti di eventuali agevolazioni di carattere non strutturale riconosciute dalla legislazione dello Stato estero, per un periodo non superiore a cinque anni, alla generalità dei contribuenti. Assumono, invece, rilevanza altre forme di riduzione di imposte diverse da quelle sopra citate nonché quelle ottenute dal singolo contribuente in base ad un apposito accordo concluso con l'Amministrazione fiscale estera”.

test, uno per il soggetto controllato non residente e una per la sua stabile organizzazione³⁰¹.

La seconda condizione di ingresso al regime CFC – di cui alla lettera b) del 4° comma del novellato articolo 167 del TUIR – si sostanzia nel cosiddetto *passive income test* che, come già accennato in precedenza, presuppone l'appartenenza di più di un terzo dei proventi, del soggetto controllato estero, alle categorie dei redditi “incriminati”. Tuttavia, come specificato all'inizio del paragrafo, la produzione di proventi passivi attiene esclusivamente all'*an*, non al *quantum* della tassazione per trasparenza prevista dalla disciplina.

Il nuovo disposto normativo ricomprende tra le categorie di *passive income*³⁰² interessi, royalties, dividendi e capital gains da cessione di partecipazioni, redditi da leasing finanziario, redditi da attività bancaria, assicurativa e altre attività finanziarie, proventi derivanti da operazioni infragruppo di compravendita di beni con valore economico aggiunto scarso o nullo e proventi derivanti da prestazioni di servizi *intercompany* con valore economico aggiunto scarso o nullo³⁰³.

Se l'Agenzia delle Entrate, in relazione alla previgente elencazione di *passive income*³⁰⁴

³⁰¹ Cfr. Capo III – Sezione I – Disposizioni in materia di società controllate estere della relazione illustrativa D.lgs. 142/2018.

³⁰² Il primo riferimento ai *passive income* è contenuto nella circolare Assonime n. 65 del 18 dicembre 2000. In tale sede, il *passive income* si configura come “il reddito derivante più che dall'esercizio di una effettiva attività economica, dalla produttività insita in cespiti di facile mobilità, quale, tipicamente, il reddito di natura finanziaria (interessi, *royalties*, dividendi, *capital gains* da cessione di partecipazioni etc.)”.

³⁰³ Cfr. articolo 167 comma 4 lettera b), “b) oltre un terzo dei proventi da essi realizzati rientra in una o più delle seguenti categorie: 1) interessi o qualsiasi altro reddito generato da attivi finanziari; 2) canoni o qualsiasi altro reddito generato da proprietà intellettuale; 3) dividendi e redditi derivanti dalla cessione di partecipazioni; 4) redditi da leasing finanziario; 5) redditi da attività assicurativa, bancaria e altre attività finanziarie; 6) 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; 7) 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; ai fini dell'individuazione dei servizi con valore economico aggiunto scarso o nullo si tiene conto delle indicazioni contenute nel decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi del comma 7 dell'articolo 110.”

³⁰⁴ Ai sensi della lettera b) dell'ex comma 8-bis del previgente articolo 167 del Tuir “hanno conseguito proventi derivanti per più del 50% dalla gestione, dalla detenzione, o dall'investimento in titoli, partecipazioni, crediti, o altre attività finanziarie, dalla cessione o dalla concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria o artistica nonché dalla prestazione di servizi 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 finanziari.”

prevista per le CFC *whitelisted*, riteneva fossero da includere³⁰⁵ altresì i proventi lordi da valutazione risultanti dal conto economico della controllata estera, e inoltre, purché fiscalmente rilevanti, quelli imputati direttamente a patrimonio netto, in virtù di una corretta applicazione dei principi contabili IAS/IFRS³⁰⁶, sorgono perplessità se una tale interpretazione sia ancora attendibile³⁰⁷. Infatti, per quanto il nuovo *passive income test* ricalchi, a livello concettuale, quello del regime *white*, emergono rilevanti differenze nel testo; una su tutte il termine “realizzati”, tendenzialmente concepito, in materia tributaria, non comprensivo di proventi esclusivamente valutativi³⁰⁸.

Proseguendo, il riferimento alle operazioni infragruppo di compravendita di beni sembra destare qualche problema. Sebbene il riferimento all'attività di compravendita non costituisca una novità nella prassi dell'Agenzia delle Entrate³⁰⁹, sarebbe opportuno che la nuova disposizione normativa alluda esclusivamente alle società che svolgono operazioni infragruppo sia in sede di acquisizione che in sede di rivendita, non anche alle società che si approvvigionano prioritariamente sul mercato presso soggetti terzi e rivendono alle società dello stesso gruppo³¹⁰. In questi termini, si ritiene auspicabile un intervento da parte dell'Agenzia delle Entrate che si esprima per chiarire la questione³¹¹. Chiaro è che l'intento dovrebbe essere quello di colpire non tutte le operazioni infragruppo, ma esclusivamente le attività di mera intermediazione fra parti correlate, che non hanno

³⁰⁵ Sui dubbi interpretativi circa l'inclusione dei proventi da rivalutazione si rimanda a M, THIONE, M, BARGAGLI, “Normativa CFC: dall'attuale “concetto” di passive income ai possibili sviluppi de lege ferenda”, in *il Fisco*, 2015, n.18, pp. 1-1767. Pur essendo a favore dell'inclusione, gli autori specificano che le argomentazioni contrarie all'inclusione si baserebbero sulla sussistenza di una “penalizzazione nei confronti di quei soggetti economici che, a fronte di una precedente svalutazione della partecipazione (...) provvedono a una rivalutazione della stessa, rispetto ad altri soggetti economici che, non avendo mai provveduto a effettuare svalutazioni delle attività immateriali, non evidenzieranno nel conto economico proventi da rivalutazione potenzialmente “sensibili” ai fini dell'applicazione della CFC”

³⁰⁶ Cfr. la circolare 23/E del 2011, par. 2.5

³⁰⁷ Come sottolinea C. SILVANI, “Per le controllate estere passive income test da definire”, in *Il Sole 24 Ore*, 2019

³⁰⁸ Cfr. C. SILVANI, *Ibid.* L'autore, inoltre, sostiene che i dubbi siano ancora più evidenti prevedendo la norma solo “dividendi e redditi derivanti da cessione di partecipazioni”. Quindi, a meno di un inquadramento all'interno dei redditi da attività bancaria, assicurativa e altre attività finanziarie, risulta difficile sostenerne la rilevanza e, in questo senso, mal si conciliano con il testo normativo le eventuali esigenze di semplificazione.

³⁰⁹ A tal proposito la circolare n. 28/E del 21 giugno 2011 specifica che le operazioni di compravendita di beni con controparti appartenenti al medesimo gruppo non escludono, in sostanza, la configurabilità di una prestazione di servizi, ma è necessaria una valutazione caso per caso. Sul tema delle cessioni di beni fra i servizi infragruppo si esprimono anche S. COVINO, R. LUPI, op. cit., chiarendo che sarebbe forzato catalogare qualsiasi fornitura di beni come un “servizio”.

³¹⁰ Cfr. B. SANTACROCE, D. AVOLIO, “Nel passive income le compravendite di gruppo”, in *Il Sole 24 Ore*, 2019

³¹¹ Cfr. B. SANTACROCE, D. AVOLIO, *Ibid.*

valore aggiunto³¹². Inoltre, ciò è confermato da quanto disposto dalla direttiva che si riferisce alle società di fatturazione (cd. “*invoicing companies*”), vale a dire quelle società “passacarte” di pura intermediazione che si limitano ad “acquistare da” e “cedere a” parti del gruppo senza aggiungere alcun valore aggiunto e che realizzano redditi “non compatibili con il proprio posizionamento all’interno della catena del valore del gruppo³¹³”.

Infine, il fatto che per individuare i servizi con valore economico aggiunto scarso o nullo si debba tenere conto delle indicazioni in materia di transfer pricing – fornite dal decreto del Ministero dell’Economia e delle Finanze del 14 maggio 2018 – costituisce una novità di assoluto rilievo.

A tal riguardo, ai fini della valorizzazione di un “servizio a basso valore aggiunto” occorre procedere con l’aggregazione del totale dei costi, diretti e indiretti, inerenti alla fornitura del servizio stesso, incrementando un margine di profitto del 5 % di tali costi³¹⁴. Attesa tale premessa, si configurano come “servizi a basso valore aggiunto” i servizi che hanno natura ausiliaria; non rappresentano attività principali del gruppo multinazionale; non necessitano di beni immateriali “unici e di valore”, e non sono coinvolti nella creazione degli stessi; non implicano “l’assunzione o il controllo di un rischio significativo da parte del fornitore del servizio” e non procurano in capo a quest’ultimo il verificarsi di un simile rischio³¹⁵. In ogni caso, non vengono mai inclusi tra i “servizi a basso valore aggiunto” quelli che il “gruppo multinazionale” presta a soggetti terzi indipendenti³¹⁶.

³¹² Come sottolinea G. ROLLE, “Adattamento alla disciplina ATAD delle norme interne su CFC, dividendi esteri e plusvalenze su partecipazioni”, in *Il Fisco*, 2018, n.38, pp. 1-3637

³¹³ A. DELLA CARITÀ L. BONFANTI, op. cit.

³¹⁴ Cfr. decreto MEF del 14 maggio 2018, articolo 7, comma 1

³¹⁵ Cfr. decreto MEF del 14 maggio 2018, articolo 7, comma 2

³¹⁶ Cfr. decreto MEF del 14 maggio 2018, articolo 7, comma 3

3.2.3 Determinazione del reddito dell'impresa estera controllata e delle imposte

Una volta appurato che sono soddisfatte le condizioni di accesso al regime sopra descritte, tutto il reddito realizzato dalla società controllata estera è attribuito al contribuente residente in proporzione alle relative partecipazioni agli utili, siano esse dirette o indirette³¹⁷.

Ai fini dell'identificazione delle quote partecipative indirette è necessario tenere conto dell'effetto demoltiplicativo, a meno che il soggetto che si pone in mezzo alla catena di controllo si configuri come soggetto residente. Difatti, nella situazione così delineata il reddito della controllata estera, appositamente ricalcolato, sarà da attribuire esclusivamente al contribuente italiano che, risalendo la catena partecipativa, si colloca nella posizione più vicina alla CFC³¹⁸.

L'imputazione del reddito avviene nel periodo d'imposta in corso alla data di fine esercizio o periodo di gestione del soggetto estero partecipato, dopo averlo opportunamente ricalcolato sulla base delle regole interne vigenti in materia di determinazione del reddito di impresa. Infatti, l'attribuzione in capo al socio italiano muove da componenti di reddito che vengono "riconvertiti", alla luce delle disposizioni fiscali previste per i contribuenti residenti, in materia reddituale da assoggettare a imposizione³¹⁹. Peraltro, la tassazione in Italia non verte né sull'imponibile formatosi secondo le disposizioni vigenti nello Stato estero, né sull'utile civilistico risultante dal bilancio della controllata estera, potenzialmente oggetto di distribuzione, ma sulla base imponibile rideterminata a fronte delle regole appositamente previste dall'ordinamento fiscale italiano³²⁰.

Più specificamente, si procede a effettuare le variazioni – in virtù della normativa fiscale domestica applicabile ai soggetti IRES di cui all'articolo 73 del Testo Unico³²¹ – al risultato economico del soggetto partecipato non residente, fatta eccezione per alcune disposizioni. Se prima delle recenti modifiche introdotte dal decreto di recepimento della direttiva

³¹⁷ Come già evidenziato, anche in seguito alle recenti modifiche in recepimento della direttiva ATAD, l'*entity approach* è ancora il criterio seguito dal legislatore. Le criticità del caso saranno analizzate nelle parti successive di questo capitolo.

³¹⁸ Cfr. A. BALLANCIN, op. cit., pp. 331 ss. e L. TOSI, R. BAGGIO, op. cit., pp. 186 ss

³¹⁹ Cfr. A. BALLANCIN, op. cit., pp. 331

³²⁰ Cfr. A. BALLANCIN, Id., pp. 332 e R. MICHELUTTI, "Il regime tributario dei dividendi e la valutazione delle partecipazioni nelle imprese partecipate estere soggette alla normativa CFC", in *Rivista di diritto tributario*, 2002, fasc. 5, pt. 4, p. 84

³²¹ Come peraltro ha precisato l'Agenzia nella circolare 4 agosto 2016 n. 35/E. Infatti, indipendentemente dalla natura giuridica del socio il reddito va rideterminato secondo le sole regole applicabili ai soggetti Ires.

ATAD, il comma 6 dell'articolo 167 del TUIR prevedeva espressamente soltanto l'esclusione del 4° comma dell'articolo 86³²², in materia di rateazione delle plusvalenze³²³ (spalmabili in 5 esercizi), il nuovo disposto normativo menziona altre previsioni extra-TUIR da non considerare. In dettaglio, vengono altresì escluse le disposizioni riguardanti le società non operative (cd. "società di comodo"³²⁴) di cui all'articolo 30 della legge 724 del 23 dicembre 1994, le disposizioni circa le società in perdita sistematica di cui all'articolo 2 comma 36-decies del decreto-legge 138 del 13 agosto 2011, quelle sugli studi di settore di cui all'articolo 62-sexies del decreto-legge 331 del 30 agosto 1993 e le disposizioni di natura agevolativa concernenti l'aiuto alla crescita economica (ACE) di cui all'articolo 1 del decreto-legge 201 del 6 dicembre 2011³²⁵.

Ciò detto, il fatto che l'Amministrazione finanziaria non disponga di poteri istruttori tali da garantire la certezza della corretta applicazione delle regole normative ivi citate, nonché le difficoltà generalmente connesse alla verifica di dati attinenti a soggetti ubicati in Paesi a fiscalità privilegiata, comportano una serie di adempimenti specifici in merito alla dichiarazione e alle scritture contabili³²⁶.

Per quanto concerne i valori fiscali da cui partire ai fini del calcolo del risultato da imputare al soggetto controllante, si fa riferimento ai valori derivanti dal bilancio dell'anno precedente a quello in cui si applica la normativa CFC, purché siano congrui a quelli risultanti a fronte dell'applicazione dei criteri contabili impiegati negli esercizi precedenti o ne sia assicurata la conformità da uno o più Revisori legali dei conti; non solo, è riconosciuta la deducibilità degli ammortamenti e dei fondi per rischi e oneri ancorché

³²² Come, infatti, specifica. A. BALLANCIN, *Ibid.*, in base al testo normativo vigente dopo il decreto "internazionalizzazione", valevano anche le disposizioni estranee alla codificazione del Tuir. Sul proposito, si esprime anche E.M BAGAROTTO, op. cit. La stessa circolare dell'Agenzia dell'Entrate 35/E del 2016 optava per questa soluzione escludendo però dal novero delle disposizioni speciali extra-Tuir quelle che prevedevano l'adozione di strumenti di tipo presuntivo come gli studi di settore.

³²³ Come riporta A. M. GAFFURI, op. cit. 1820, nell'intento del legislatore, infatti, il differimento delle plusvalenze è riservato solo alle imprese che svolgono un'effettiva attività economica e non quindi le CFC.

³²⁴ Come sottolinea A. M. GAFFURI, Id., p. 1818, il riconoscimento dell'applicabilità alle imprese estere CFC del trattamento fiscale riservato alle c.d. società di comodo aveva suscitato molte perplessità.

³²⁵ Cfr. articolo 167 comma 7

³²⁶ Come riportato da L. TOSI, R. BAGGIO, op. cit., p. 191, tali adempimenti fanno parte degli adempimenti previsti dall'articolo 4 del D.M. 429 del 21 novembre 2001. In primis, il contribuente italiano che esercita il controllo è tenuto a dichiarare i redditi della società estera all'interno di un determinato prospetto – di cui il bilancio o altro documento riepilogativo ne costituisce parte integrante – da allegare alla personale dichiarazione dei redditi. In caso in cui il soggetto controllante non disponesse di quote di partecipazione agli utili, quanto appena descritto non fa testo. Inoltre, "su richiesta dell'Amministrazione finanziaria, il soggetto controllante deve fornire, entro trenta giorni, idonea documentazione dei costi di acquisizione dei beni relativi all'attività esercitata nonché delle componenti reddituali rilevanti ai fini della determinazione dei redditi o delle perdite, compresi i compensi di cui all'articolo 3, comma 6".

eccedenti i limiti previsti dalla normativa fiscale prevista dall'ordinamento interno³²⁷.

A conferma di quanto previsto fin dalla prima istituzione della disciplina CFC, dopo aver determinato e imputato i redditi secondo le modalità sopra riportate, l'8° comma del novellato articolo 167 del Testo Unico prospetta un regime di tassazione separata in base all'aliquota media applicata sul reddito complessivo del contribuente italiano e che in ogni caso non sia inferiore all'aliquota ordinaria del 24 % prevista dal regime IRES³²⁸.

Con tutta evidenza, la scelta del legislatore di optare per una tassazione separata sembra essere dettata da un'esigenza di non mescolare i redditi realizzati dal soggetto residente con quelli del soggetto controllato estero, evitando in tutti i modi il "consolidamento orizzontale tra i risultati³²⁹". In altri termini, questo non soltanto fa sì che il contribuente italiano si veda negata la possibilità di abbattere i propri redditi con le perdite della società partecipata non residente, ma pure che il soggetto controllante residente consegua delle perdite e non possa compensarle con i redditi realizzati dalla società controllata estera. Tuttavia, è fatta salva l'opzione per il soggetto partecipato non residente di riportare in avanti le perdite compensandole nei successivi periodi di imposta ai sensi dell'articolo 84 del TUIR. Peraltro quanto appena riportato, così come il fatto che non sia accordata la facoltà alla società controllata estera di compensare le perdite con i redditi del soggetto controllante, non ha avuto bisogno di essere modificato perché già pienamente in linea con quanto disposto dall'articolo 8 della direttiva ATAD³³⁰.

Occorre inoltre precisare che nel caso in cui un contribuente residente detenga partecipazioni di controllo – ai sensi del 2° comma dell'articolo 167 – in diverse CFC deve mantenere distinto il reddito di ciascuna di esse. Più precisamente, il socio controllante italiano è tenuto a compilare un quadro FC appositamente per ogni CFC su cui esercita il controllo direttamente o indirettamente, eccetto il caso in cui quest'ultimo sia esercitato per effetto di particolari vincoli contrattuali o i soggetti da esso partecipati non detengano partecipazioni agli utili.

Al riguardo, si segnala che il quadro FC viene compilato dal soggetto controllante

³²⁷ Come riporta F. ARDITO, op. cit., p. 1437 riprendendo il regolamento attuativo previsto dall'articolo 2 comma 2 del D.M. 429 del 21 novembre 2001

³²⁸ Come sottolinea A. M. GAFFURI, op. cit., p. 1822 nel caso in cui il soggetto controllante sia una persona fisica verrebbe sterilizzato l'effetto progressivo dell'Irpef.

³²⁹ Cfr. A. BALLANCIN, op. cit., pp. 335

³³⁰ Come peraltro precisa A. BALLANCIN, *Ibid.*, la norma è in linea anche con le disposizioni OCSE dell'Action 3 del progetto BEPS.

residente che si colloca in alto nella catena partecipativa. In estrema sintesi, il quadro FC³³¹ relativo ai redditi dei soggetti controllati residenti o localizzati e delle stabili organizzazioni localizzate in Stati o territori con regime fiscale privilegiato, è mirato a dichiarare la CFC e a determinarne il reddito imponibile, il cui dato di partenza è costituito dal bilancio o qualsiasi altro documento riepilogativo della contabilità della CFC a cui vengono poi apportate le variazioni in aumento o in diminuzione dettate dal Testo Unico in materia di reddito di impresa, al netto delle esclusioni descritte in precedenza³³². In aggiunta, occorre specificare che vi è un apposito prospetto, il quadro RM, che indica l'imputazione *pro quota* ai soci dei redditi dichiarati tramite il quadro FC che vengono tassati separatamente³³³.

Venendo ora alla disamina delle imposte pagate all'estero, fin dalla primordiale impostazione della normativa CFC, il legislatore ha sempre previsto dei meccanismi che scongiurassero il problema della doppia imposizione³³⁴. In primis, in virtù delle imposte ivi determinate, il 9° comma dell'attuale articolo 167 del Testo Unico³³⁵, concede un credito per le imposte versate a titolo definitivo dalla società controllata estera³³⁶. A tal proposito, l'Agenzia delle Entrate nella recente risoluzione numero 112/E dell'11 agosto 2017 ha ritenuto che la formulazione "imposte pagate all'estero a titolo definitivo" non sia soggetta ad alcuna circoscrizione territoriale che ammetta il credito limitatamente per le imposte versate nello Stato di ubicazione dell'impresa estera controllata. In verità, se da una parte è vincolante la definitività delle imposte estere, dall'altra non si fa riferimento in nessun modo al fatto che debbano essere pagate nel luogo di residenza della CFC. Peraltro, come sottolinea sempre l'Agenzia delle Entrate nel medesimo documento, la volontà di non circoscrivere la detraibilità esclusivamente alle imposte versate nella giurisdizione della controllata estera è corroborata dal decreto attuativo del 21 novembre

³³¹ Per conoscere in dettaglio le modalità di compilazione si rimanda al Modello dei Redditi per le società di capitali fornito dall'Agenzia delle Entrate

³³² Cfr. G. COMMITTERI, E. RIBACCHI, "L'applicazione del "regime CFC" e l'utilizzo del credito per le imposte estere in UNICO SC 2016", in *Corriere Tributario*, 2016, n. 19, p. 1493 ss.

³³³ Per un approfondimento sugli aspetti dichiarativi si rimanda a G. COMMITTERI, G. SCIFONI, "Riflessi dichiarativi della «cfc rule»", in *Corriere tributario*, 2011, n. 26, p. 2119 ss.

³³⁴ Per un approfondimento sul proposito si rinvia R. MICHELUTTI, op. cit., pp. 83 ss.

³³⁵ Cfr. articolo 167 comma 9, "Dall'imposta determinata ai sensi del comma 8 sono ammesse in detrazione, con le modalità dell'articolo 165, le imposte sui redditi pagate all'estero a titolo definitivo dal soggetto non residente."

³³⁶ Questo risultava in linea con quanto previsto dalla direttiva ATAD e pertanto non è stato necessario modificarlo.

2001, che menziona solo le imposte assolute all'estero dalla CFC³³⁷. In estrema sintesi, le imposte che possono beneficiare del meccanismo del credito d'imposta "indiretto"³³⁸ – in caso di applicazione del regime di tassazione per trasparenza – non riguardano solo quelle versate dalla partecipata estera alle casse del proprio Stato di residenza, ma altresì quelle pagate in altre giurisdizioni, a patto che siano "rimaste effettivamente a carico della CFC"³³⁹.

Secondariamente, a fronte dell'imputazione per trasparenza dei redditi della CFC, è inevitabile presupporre l'irrilevanza fiscale della relativa distribuzione degli utili che, se fossero altrimenti tassati anche in capo al socio residente, comporterebbero una fattispecie di doppia imposizione³⁴⁰. Il 10° comma del novellato articolo 167, infatti, prevede l'esclusione, dalle componenti di reddito del socio residente, degli utili distribuiti dalla controllata estera nella misura in cui siano già imputati per trasparenza, ancorché in periodi di imposta antecedenti quello di applicazione della disciplina CFC³⁴¹. Analogamente, sempre per non incorrere in una doppia imposizione, richiamando il 3° comma dell'articolo 5 del decreto attuativo, è previsto che il costo fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni nel soggetto non residente sia incrementato dei redditi imputati per trasparenza e, a sua volta, nel limite di questi ultimi, diminuito degli utili distribuiti³⁴². In altri termini, questo evita che, in caso di cessione della partecipazione, lo stesso soggetto subisca due volte l'imposizione³⁴³. Infatti, considerato che al momento della tassazione per trasparenza del reddito realizzato dalla CFC la stessa detiene ancora "in pancia" gli utili oggetto di tassazione, in ipotesi di cessione della CFC si verificherebbe

³³⁷ Cfr. articolo comma 3 del D.M. n. 429 del 21 novembre 2001, che recita "Dall'imposta determinata ai sensi del comma 2 sono ammesse in detrazione le imposte sui redditi pagate all'estero a titolo definitivo dall'impresa, società o ente non residente."

³³⁸ Come specificano G. ALBANO, A. VERGATI, "Rapporti tra regime di tassazione degli utili provenienti da Paesi black list e disciplina CFC", in *Corriere Tributario*, 2017, n. 36, p. 2782 ss., si tratta di un credito d'imposta indiretto in ragione del fatto che viene concesso al socio residente, a fronte delle imposte che il soggetto partecipato non residente ha pagato all'estero. Pertanto, l'anomalia sta nel fatto che ne beneficia un soggetto italiano non coincidente con il soggetto che ha scontato l'imposizione.

³³⁹ Cfr. risoluzione 112/E Agenzia delle Entrate del 11 agosto 2017, p. 6. Per un approfondimento dettagliato sul caso in questione si rimanda a A. DELLA CARITÀ, L. BONFANTI, "Il credito d'imposta per imposte pagate all'estero dalla CFC", in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2018, n.6, p. 34 ss. in cui viene presa in esame un caso pratico e R.A. PAPOTTI, G. ZORZI, "La detrazione delle imposte assolute all'estero dalle CFC", in *Corriere Tributario*, 2017, n. 39, p. 3048 ss.

³⁴⁰ Cfr. F. ARDITO, op. cit., pp. 1437-1438 e A. BALLANCIN, op. cit., pp. 335

³⁴¹ Questo come precisa A. BALLANCIN, *Ibid.*, richiamando la più volte citata circolare 23/E del 2011 dell'Entrate, indipendentemente dal fatto che, in virtù delle variazioni in diminuzione effettuate per determinare l'imponibile oppure delle discrasie dovute al tasso di cambio, il reddito attribuito per trasparenza risulti inferiore all'utile realmente distribuito.

³⁴² Cfr. articolo 3 comma 5 D. M. n. 429 21 novembre 2001

³⁴³ Cfr. F. ARDITO, op. cit., p. 1438

un fenomeno di doppia imposizione ove non fosse contestualmente aumentato il costo fiscale della partecipazione. Specularmente, per far tornare la situazione allo stato iniziale, una volta che gli utili vengono distribuiti, sembra logico che il costo fiscale debba diminuire altrettanto.

Se, come descritto in precedenza, nell'ipotesi di controllo indiretto in cui la società intermedia è anch'essa residente, la disciplina trova applicazione in capo al contribuente più vicino lungo la catena partecipativa, parimenti lo sgravio dall'imposizione dell'utile distribuito è concesso al medesimo soggetto residente³⁴⁴. Nel contempo gli utili, per la parte che eccede l'ammontare assoggettato a tassazione per trasparenza³⁴⁵, scontano le regole previste dall'ordinamento fiscale insieme al resto dei redditi imponibili del contribuente residente³⁴⁶.

Infine, ancora nell'ottica di evitare che il contribuente sia vittima di una doppia tassazione, il legislatore ha concesso un ulteriore credito di imposta. Nello specifico, ai sensi del medesimo comma 10 dell'articolo 167, è ammessa la detrazione dei tributi assolti alla fonte dal soggetto residente sugli utili in uscita che non concorrono alla formazione del reddito, a fronte di quanto più sopra riportato, nei limiti della differenza tra l'imposta calcolata sui redditi imputati per trasparenza e le imposte versate all'estero dalla CFC a titolo definitivo³⁴⁷.

³⁴⁴ Come peraltro sottolinea A. BALLANCIN, op. cit., p. 336

³⁴⁵ A. BALLANCIN, *Ibid.*, ad esempio cita una distribuzione di utili derivanti da riserve pregresse formatesi in periodi di imposta in cui non si era verificata tassazione per trasparenza.

³⁴⁶ Sul tema riguardo al coordinamento tra la disciplina CFC e il regime di tassazione dei dividendi e delle plusvalenze provenienti da paesi a fiscalità privilegiata si dirà più approfonditamente *infra*.

³⁴⁷ Come spiega anche la relazione illustrativa al decreto di recepimento della direttiva.

3.2.4 La circostanza esimente unica e la disapplicazione della norma

Per terminare l'analisi del nuovo disposto normativo, si ritiene opportuno approfondire il tema inerente le fattispecie di esclusione e gli aspetti procedurali della disciplina CFC. Rispetto al regime *black*, operante prima delle modifiche, l'attuale disapplicazione della norma può contare su una sola esimente. Nello specifico, il 5° comma del novellato articolo 167 del Testo Unico accorda l'esclusione se il contribuente prova che "il soggetto controllato non residente svolge un'attività economica effettiva, mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali"³⁴⁸.

Se da un lato viene inevitabilmente³⁴⁹ rimossa la condizione *sub b)*, in nome della quale era possibile dimostrare di non aver ottenuto un trattamento fiscale privilegiato dalla localizzazione dell'impresa in un paradiso fiscale³⁵⁰, dall'altro anche la condizione *sub a)* in vigore ante-decreto non viene mantenuta inalterata³⁵¹. Infatti, la sostituzione della locuzione "attività economica effettiva" in luogo di "effettiva attività industriale o commerciale" comporta evidentemente maggiore flessibilità³⁵². Si ritiene in particolare che un tale approccio, secondo cui l'azienda – intesa in ottica tributaria come insieme di beni, attivi, locali e personale – deve risultare conformemente adeguata alle attività svolte, fa sì che i requisiti *de quibus*, nell'ipotetico caso di una holding³⁵³, possano risultare sufficienti, ancorché limitati³⁵⁴. Peraltro, sembra che anche una partecipata estera che

³⁴⁸ Cfr. articolo 167 comma 5

³⁴⁹ Come riporta Assonime nell'intervento del 4 ottobre 2018, "Si tratta, infatti, di un'esimente divenuta inutile, in quanto il confronto per verificare i presupposti del regime di CFC viene svolto sulla base delle imposte effettive subite in loco, direttamente o indirettamente, dalla controllata estera." Dello stesso parere è anche L. MIELE, G. PICCININI, "Nuovo regime CFC: eliminata la distinzione tra modelli *black* e *white*", in *Corriere Tributario*, 2018, n.42, p. 3199 ss. che, invero, afferma che sarebbe stato impossibile disapplicare il regime con una simile esimente dal momento che la condizione per la sua applicazione è appunto l'esito contrario a quello a cui dovrebbe essere dimostrato con essa. Tale causa di esclusione era, infatti, stata pensata per un regime basato sul livello di tassazione nominale e sarebbe stato, dunque, totalmente fuori luogo nel nuovo modello incentrato sull'*effective tax rate*.

³⁵⁰ Cfr. lettera b) dell'ex articolo 167 comma 5, "dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori a regime fiscale privilegiato di cui al comma 4."

³⁵¹ Cfr. lettera a) dell'ex articolo 167 comma 5, "la società o un altro ente svolga un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività, nel territorio dello Stato o territorio di insediamento (...)"

³⁵² Come sostengono Assonime nell'intervento del 4 ottobre 2018 e D. AVOLIO, P. RUGGIERO op.cit.

³⁵³ Peraltro, come riporta la circolare di Assonime n. 10 del 2 maggio 2017, la questione delle *subholding passive* – "holding, cioè, che gestiscono partecipazioni di controllo e di collegamento senza particolari funzioni di direzione e coordinamento e che, piuttosto, assumono nel gruppo altri ruoli organizzativi piuttosto delicata e controversa alla luce delle contestazioni circa la loro presunta natura abusiva o comunque sulla loro non idoneità a identificarsi come beneficiari dei proventi percepiti.

Inoltre, si rimanda a uno spunto interessante sulle holding fornito da A. PRAMPOLINI, "Note a margine di una recente risoluzione dell'Agenzia delle Entrate in merito alla disapplicazione della normativa CFC con riferimento alle holding estere", in *Rivista di diritto tributario*, 2007 fasc. 7-8, pt. 5, pp. 131 - 150

³⁵⁴ Sul punto si rimanda a L. MIELE, G. PICCININI, op. cit.

prioritariamente realizza *passive income*, potrebbe provare la sua effettività economica qualora i suoi elementi patrimoniali siano in linea con la propria attività³⁵⁵. Tuttavia è al contempo indispensabile non sottovalutare la sostanza della struttura organizzativa. Infatti, come emerge da una recente circolare dell’Agenzia delle Entrate in materia di acquisizione con indebitamento (cd. *leveraged buy-out*), una struttura “leggera” che *prima face* sembra configurarsi come adeguata in relazione all’attività economica svolta, in realtà potrebbe risultare una “conduit” puramente artificiosa e priva di effettiva consistenza (come nel caso in cui il personale, le attrezzature, le strutture siano messi a disposizioni da società di “management service³⁵⁶”). Pertanto sarebbe auspicabile un chiarimento dell’Agenzia delle Entrate chiamata a fornire istruzioni più precise circa le società, come le holding, che non necessariamente hanno bisogno di un certo livello di attrezzature e personale per essere operanti sul mercato³⁵⁷.

Non solo, a rendere più permissiva l’esimente contribuisce senza dubbio anche il venire meno del presupposto legato al “radicamento nello Stato di insediamento”. Sulla base della lettera della previgente normativa, infatti, ci si interrogava su come intendere tale dimostrazione senza che ciò potesse configurarsi come una “*probatio diabolica*”³⁵⁸. Nel merito, sono ricorrenti le prese di posizione e i contributi forniti dall’Amministrazione finanziaria³⁵⁹. In questo senso, la nuova fattispecie esimente sembra ricomprendere al suo

³⁵⁵ Come afferma Assonime nell’intervento del 4 ottobre 2018

³⁵⁶ Cfr. circolare n. 6/E 30 marzo 2016, come suggerito da D. AVOLIO, P. RUGGIERO op. cit.

³⁵⁷ Come sostengono D. AVOLIO, P. RUGGIERO op. cit.

³⁵⁸ Sul punto si veda G. MARINO, “La nozione del mercato nella disciplina cfc: verso una *probatio diabolica*?”, in *Rivista di diritto tributario*, 2011, fasc. 12, p. 1113 - 1125

³⁵⁹ In particolare, si fa riferimento a una prima risoluzione dell’Agenzia delle Entrate, n. 427/E del 10 novembre 2008, in cui si evidenzia che “Il radicamento della controllata estera nel territorio ospitante è in ogni caso determinante ai fini della disapplicazione della disciplina CFC” e “ai fini del radicamento della controllata estera nel territorio ospitante sia di per sé sufficiente la mera disponibilità in loco di una struttura organizzativa.” Pertanto, a dire dell’Agenzia, siccome la società elvetica in questione operava “estero su estero” intervenendo prioritariamente su mercati diversi da quello svizzero, non poteva ritenersi radicata nel territorio dello Stato svizzero. Peraltro, mancava il “nesso economico politico geografico o strategico” per poter essere giustificata la sussistenza di motivazioni di carattere economico-imprenditoriale. A dispetto, dunque, della struttura organizzativa in loco l’Agenzia non ha ritenuto poter accogliere la disapplicazione della disciplina CFC. In questo senso, il legame con il territorio doveva intendersi, come era stato precedentemente riportato nella sentenza Cadbury Schweppes, con l’intenzione di partecipare in maniera stabile e continuativa alla vita economica dello Stato. A conferma di quanto ivi descritto, la circolare 51/E del 2010 afferma che “In concreto, il riferimento al “mercato” è normalmente da intendersi come collegamento al mercato di sbocco o al mercato di approvvigionamento. Pertanto, la circostanza che la CFC non si rivolge al mercato locale né in fase di approvvigionamento, né in fase di distribuzione, costituisce un indizio del mancato esercizio da parte della stessa di un’effettiva attività commerciale nel territorio di insediamento.” Tuttavia, specifica anche che non si impedisce al contribuente in sede di richiesta disapplicativa di valorizzare anche altri elementi a supporto delle ragioni economiche imprenditoriali che hanno spinto l’impresa a insediarsi nello Stato a fiscalità privilegiata.

interno anche quella ivi descritta, risultando quindi meno stringente.

Con riferimento, invece, alla causa di esclusione prevista per il regime CFC *white* ante-decreto³⁶⁰ si ritiene che per quanto divergente sul piano letterale faccia sostanzialmente richiamo allo stesso concetto di attività economica effettiva, peraltro coniato dalla giurisprudenza comunitaria³⁶¹. Infatti, se un soggetto non residente svolge un'attività economica effettiva che vanta una struttura appropriata in termini di personale, locali, attrezzature e attivi, si presume necessariamente che il medesimo insediamento non rappresenti una costruzione di mero artificio finalizzata a realizzare un indebito vantaggio fiscale³⁶².

Oltretutto, la valutazione circa l'artificiosità del soggetto controllato estero ha condotto spesso nella prassi ad affrontare, ancora una volta, il caso delle holding di partecipazioni. Come descritto in precedenza, l'analisi della sostanza economica di una attività, che per sua natura si contraddistingue come "immateriale", risulta piuttosto controversa. Nello specifico, si ritiene opportuno tenere distinti i casi in cui le holding, qualificabili come "dinamiche", esercitano un'effettiva attività di direzione e coordinamento nei confronti delle società di cui posseggono le partecipazioni, e il caso in cui viceversa si identificano

³⁶⁰ Cfr. ex comma 8-ter dell'articolo 167 ante-decreto, che recitava così: "Le disposizioni del comma 8-bis non si applicano se il soggetto residente dimostra che l'insediamento all'estero non rappresenta una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale." Per un approfondimento sul regime CFC *white* si rinvia a F. FACCHINI, A. PORRO, *Considerazioni sulla residenza fiscale delle holding di partecipazioni e sull'applicazione della normativa cfc alle controllate estere stabilite in paesi "white-list"*, in A.A.V.V., *Temi di fiscalità nazionale e internazionale*, 2014

³⁶¹ Sul punto l'Agenzia delle Entrate nella già citata circolare 51/E del 2010, par. 5.2, specificava che la CFC *rule* non si estende alle controllate localizzate in Paesi o territori a fiscalità ordinaria nell'ipotesi in cui queste siano rappresentative di insediamenti effettivi; tradotto, non costituiscono costruzioni artificiali non mirate a ottenere un vantaggio fiscale indebito. Pertanto, veniva sottolineato come la formulazione adottata dal legislatore fosse in linea con l'espressione terminologica impiegata dalla Corte nella nota sentenza Cadbury Schweppes.

³⁶² Sempre la stessa circolare 51/E del 2010 affermava che nel contesto europeo l'espressione "volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale" non è altro che una precisazione del concetto di costruzione puramente artificiosa. La valutazione dell'artificiosità condotta dall'Amministrazione finanziaria, caso per caso, non avviene in maniera discrezionale ma aderisce a una disamina di indici predefiniti a cui viene tendenzialmente conferita natura oggettiva. Dalla circolare emerge che si debba fare fede all'elenco, seppur non esaustivo, predisposto dal Consiglio dell'UE nella risoluzione del 2010, peraltro già menzionato a p. 21 del secondo capitolo di questo elaborato. Tra questi vi è un riferimento espresso "alla correlazione proporzionale tra le attività apparentemente svolte dalla CFC e la misura in cui tale società esiste fiscalmente in termini di locali personale e attrezzature". Ciò a conferma del fatto che la nuova formulazione coincide perfettamente con quella del precedente regime CFC *white*. Inoltre, anche in relazione alla documentazione da fornire ai fini della disapplicazione della norma, la circolare prevedeva che, come nel caso della condizione sub a), di cui al regime black, erano necessari i documenti che fossero in grado di dimostrare l'adeguatezza della struttura estera all'esercizio dell'attività dichiarata, la sua effettività e l'autonomia gestionale della controllata estera.

come “statiche” non facendo altro che detenere passivamente le partecipazioni³⁶³. Decisiva a riguardo, come espresso in passato dall’Agenzia delle Entrate, si rivela l’analisi “*case by case*” in cui si prendono in esame da un lato le funzioni svolte dalla holding e dall’altro il “legame economico-funzionale” tra soggetto controllante residente, holding e partecipate estere oltre che gli obiettivi generali della struttura di gruppo³⁶⁴. In estrema sintesi, la novellata esimente può dirsi, con ogni evidenza, totalmente in linea con quanto previsto dalla direttiva ATAD mettendo dunque da parte qualsiasi dubbio circa la compatibilità con il diritto comunitario³⁶⁵.

Passando agli aspetti procedurali, la nuova normativa non subisce particolari modifiche rispetto a quanto previsto dalla previgente. In particolare, il socio di controllo residente in Italia può ottenere la disapplicazione della disciplina CFC dimostrando l’esimente, di cui al 5° comma del novellato articolo 167 del TUIR, in via preventiva tramite interpello, oppure alternativamente a posteriori in fase di controllo, nonché eventualmente in sede di contenzioso³⁶⁶. Dopo il decreto “Internazionalizzazione”, infatti, il contribuente non è più gravato dall’obbligo di presentare istanza di interpello³⁶⁷, ma può avvalersene facoltativamente per richiedere un parere non vincolante all’Amministrazione finanziaria³⁶⁸.

L’istanza di interpello CFC³⁶⁹ è presentata secondo le modalità dell’interpello “probatorio”

³⁶³ Sul punto si vedano F. FACCHINI, A. PORRO, op. cit., p. 202

³⁶⁴ Cfr. circolare 23/E del 2011

³⁶⁵ Ciò premesso, si segnala che la disciplina CFC italiana era stata sottoposta a un esame di compatibilità con il diritto primario dalla Suprema Corte di Cassazione, che ne ha decretato la totale congruenza con gli orientamenti comunitari nella sentenza che vede coinvolta la società Italcementi Spa che controllava una società residente in Cipro e rivendicava la disapplicazione della norma CFC. A tal proposito, la Suprema Corte, ha sostenuto che le esimenti previste dalla norma interna risultavano “speculari” a quanto disposto dalla Corte Europea nel *leading case* Cadbury Schweppes e quindi non incompatibili con la libertà di stabilimento. Per un approfondimento circa i termini decisionali della Suprema Corte si rimanda, su tutti, a E. DELLA VALLE, “La normativa CFC è compatibile con il diritto UE e con i Trattati contro le doppie imposizioni - Fiscalità internazionale - La normativa CFC al “test” della Suprema Corte”, in *GT - Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, 2016, n.4, p. 297 ss.

³⁶⁶ Cfr. A. BALLANCIN, op. cit., p. 347

³⁶⁷ Tuttavia, sebbene ante-modifiche D.lgs. n. 147 del 2015 l’istanza di interpello fosse imposta dalla norma, si riteneva che in caso di mancata presentazione fosse logico supporre, anche in virtù del principio di ragionevolezza, che il contribuente mantenesse comunque il diritto di dimostrare una delle esimenti davanti al Giudice tributario. In questi termini si era, peraltro, espressa l’Agenzia nella circolare n. 32/E del 14 giugno 2010. Le modifiche introdotte hanno perciò tolto ogni dubbio a riguardo. Sul punto cfr. L. TOSI, R. BAGGIO, op. cit., p. 196.

³⁶⁸ Come, infatti, precisa la circolare 51/E del 2010 il contribuente non è in alcun modo vincolato al parere fornito dall’Amministrazione finanziaria, rimanendo totalmente libero di adeguarsi o meno a quanto ricevuto in risposta, senza comportare la preclusione della possibilità di “scagionarsi” in sede di contenzioso.

³⁶⁹ Per un approfondimento sul tema dell’interpello si rimanda a A. BALDASSARRE, “L’interpello per le CFC”, in “L’interpello tributario”, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2008, n.5, p. 21027 ss., G. ALBANO G., M. MARANI,

previsto dalla lettera b) del 1° comma dell'articolo 11 dello Statuto dei diritti del contribuente e non oltre il termine ordinario di presentazione della dichiarazione inerente il periodo d'imposta relativo alla stessa istanza³⁷⁰. Occorre tenere presente che le risposte alle istanze di interpello³⁷¹ non sono impugnabili autonomamente³⁷², dovendo il contribuente attendere l'emanazione dell'atto impositivo che contestualmente irroga le sanzioni e rende perciò la situazione peggiore di quella che si verificherebbe se l'impugnazione dell'interpello fosse direttamente esperibile, destando perplessità circa la compatibilità con il diritto comunitario³⁷³.

Tuttavia, ai sensi del comma 11 dell'articolo 167 del Testo Unico, nel caso in cui il socio controllante residente non si attivi per presentare istanza di interpello è comunque tutelato dalla garanzia procedurale grazie alla quale l'avviso di accertamento deve essere preceduto dalla notificazione di un apposito avviso con cui si concede al contribuente la facoltà di fornire, entro il termine perentorio di 90 giorni, le prove per la disapplicazione della disciplina *de qua*. In questo senso l'onere di attivare il procedimento amministrativo pare transitare dal contribuente all'Autorità fiscale³⁷⁴. Infatti, l'avviso di accertamento deve essere anteceduto, pena la nullità, da un avviso che permetta al contribuente di

"Nuove CFC senza obbligo di interpello preventivo", in *Corriere Tributario*, 2015, n.23, p. 1773 ss., D. AVOLIO, B. SANTACROCE, "L'interpello in materia di cfc", in *Corriere tributario*, 2010, n.42, p. 3461 ss.

³⁷⁰ In vigore della previgente disciplina, la circolare n. 29/E del 23 maggio 2003 aveva previsto che la documentazione da allegare all'istanza di interpello, riguarda:

1. bilancio;
2. certificazione del bilancio;
3. prospetto descrittivo dell'attività esercitata;
4. contratti di locazione degli immobili adibiti a sede degli uffici e dell'attività;
5. copia delle fatture delle utenze elettriche e telefoniche relative agli uffici e agli altri immobili utilizzati;
6. contratti di lavoro dei dipendenti che indicano il luogo di prestazione dell'attività lavorativa e le mansioni svolte;
7. conti correnti bancari aperti presso istituti locali;
8. estratti conto bancari che diano evidenza delle movimentazioni finanziarie relative alle attività esercitate;
9. copia dei contratti di assicurazione relativi ai dipendenti e agli uffici;
10. autorizzazioni sanitarie e amministrative relative all'attività e all'uso dei locali."

³⁷¹ Ai sensi dell'articolo 5 comma 2 D.M. n. 429 21 novembre 2001 le risposte sono rese entro 120 giorni e trascorso quel termine il silenzio si considera assenso.

³⁷² Sul proposito, l'articolo 6, comma 1, del D.L. n. 156/2015 prevede che le risposte alle istanze di interpello di cui all'articolo 11 dello Statuto non sono impugnabili, salvo le risposte alle istanze di interpello disapplicativo, «avverso le quali può essere proposto ricorso unitamente all'atto impositivo».

³⁷³ Cfr. A. BALLANCIN, op. cit., pp. 348-349. Si segnala altresì che l'AIDC nell'integrazione di una precedente denuncia del 16 marzo 2016 rivolta alla Commissione europea per la presunta illegittimità comunitaria del regime fiscale sulle CFC, sottolinea che l'impossibilità di impugnare una risposta di interpello negativo oltre a esporre quest'ultimo a un "onere finanziario anticipato connesso alla liquidazione dell'imposta anche se non dovuta", appare lesiva del diritto a un ricorso effettivo ex. articolo 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione. Per un approfondimento si rimanda a AIDC - Sezione di Milano, 26 settembre 2018, Integrazione Denuncia n.12

³⁷⁴ Sul punto Cfr. Cfr. A. BALLANCIN, op. cit., pp. 350-351

dimostrare l'esimente e nel caso in cui le prove siano carenti, l'Amministrazione finanziaria deve addurre i motivi dell'inconsistenza nell'atto impositivo emanato in un secondo momento.

Se da un lato l'interpello è facoltativo, dall'altro non viene meno l'obbligo di segnalare in sede di dichiarazione le partecipazioni detenute in società controllate estere nel quadro FC, come peraltro spiegato in precedenza. Tale obbligo, che decorre dal periodo di imposta in corso alla data di ottobre 2015, ricade sul socio che sia rimasto inerte o che, pur avendo presentato istanza di interpello, abbia ricevuto un parere negativo dall'Amministrazione finanziaria³⁷⁵; sono esclusi coloro che hanno scontato la tassazione per trasparenza e quanti hanno ricevuto una risposta favorevole³⁷⁶.

Nell'ipotesi in cui il soggetto controllante abbia compilato la sezione del quadro FC che sottende il ricorrere della circostanza esimente (per intenderci ha barrato l'apposito riquadro), il reddito non sarà assoggettato a tassazione separata nel quadro RM e, pertanto, il contribuente dovrà compilare esclusivamente i righi FC2 e FC3 (contenenti l'utile o la perdita) nonché il rigo FC1 (contenente i dati della CFC), non indicando alcun dato ulteriore nei restanti righi del quadro³⁷⁷.

³⁷⁵ Cfr. circolare n. 35/E 4 agosto 2016, par. 5.1

³⁷⁶ Cfr. articolo 167 comma 5

³⁷⁷ Cfr. circolare n. 35/E 4 agosto 2016, par. 5.1

3.3 Coordinamento tra CFC e norme in materia di dividendi e plusvalenze “black”

Il punto di contatto che collega la disciplina CFC con le disposizioni intese a far sì che i contribuenti non possano beneficiare dei regimi di esclusione da tassazione, ammesso per i dividendi, nonché di esenzione previsto per le plusvalenze, è rinvenibile con tutta evidenza nei paradisi fiscali. Si ritiene pertanto doveroso approfondire le questioni legate al coordinamento tra le previsioni normative ivi menzionate, prediligendo condurre l'analisi con un approccio più pratico e applicativo³⁷⁸.

Anzitutto occorre precisare che, così come la disciplina CFC, anche la normativa in materia di dividendi e plusvalenze provenienti da soggetti residenti in Stati a fiscalità privilegiata (Paesi “black”) è stata modificata dal decreto di recepimento della direttiva ATAD.

Nello specifico, la novità maggiormente significativa riguarda l'introduzione nel TUIR dell'articolo 47-bis. Sulla base delle disposizioni in esso contenute, laddove non ricorrano i presupposti per l'applicazione della normativa CFC, vengono determinati parametri specifici per identificare i regimi fiscali privilegiati³⁷⁹. In dettaglio³⁸⁰, se il soggetto non

³⁷⁸ Sul tema si è fatto riferimento agli spunti forniti da G. FERRANTI, “Regime Pex per le partecipazioni in società non residenti: le novità in arrivo”, in *Corriere Tributario*, 2018, n.39, p. 2955 ss., G. ALBANO, A. VERGATI, “Rapporti tra regime di tassazione degli utili provenienti da Paesi black list e disciplina CFC”, in *Corriere Tributario*, 2017, n.36, p. 2782 ss., M. PIAZZA, “Dividendi e plusvalenze di fonte estera: nuovo regime a decorrere dal 2019”, in *il Fisco*, 2019, n.2 pp. 1-157, G. ROLLE, “Adattamento alla disciplina ATAD delle norme interne su CFC, dividendi esteri e plusvalenze su partecipazioni”, in *Il Fisco*, 2018, n.38, pp. 1-3637, A. FURLAN, L. SORMANI, “Interrelazioni tra disciplina e dividendi da società estere alla luce delle modifiche introdotte dal Decreto ATAD: casi pratici”, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2019, n. 4, p. 15 ss., G. ROLLE, “Dividendi provenienti da regimi fiscali privilegiati, regime CFC e credito d'imposta indiretto”, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2017, n.6, p. 14 ss., P. ARGINELLI, “Riflessioni “a caldo” sulla nuova disciplina degli utili provenienti da paesi a fiscalità privilegiata”, in *Rivista di diritto tributario* (supplemento online), 2018, A. DI VITA, “Rilevazione dei dividendi per soggetti IRES e recepimento della Direttiva ATAD”, in *Guida alla Contabilità e Bilancio, Il Sole 24 Ore*, 2019, n.3, pp. 19-22, F. NICOLOSI, “Brevi osservazioni sulla nuova disciplina CFC recata dallo schema di decreto ATAD”, in *Rivista di diritto tributario* (supplemento online), 2018, M. PIAZZA, “Il rimpatrio dei dividendi provenienti da soggetti residenti in Stati o territori a fiscalità privilegiata”, in *Corriere Tributario*, 2018, n.34, p. 2583 ss., L. TOSI, R. BAGGIO, op. cit, pp. 201-205

³⁷⁹ Come, peraltro, riporta G. FERRANTI, op. cit., nel corso degli anni i criteri identificativi dei Paesi a regime fiscale privilegiato sono mutati più di una volta. Brevemente: fino al 10 maggio 2015 si è fatto riferimento alla black list contenuta nel decreto del 21 novembre 2001; dall'11 maggio 2015 al 31 dicembre 2015 hanno rilevato sia la black list di cui al medesimo decreto (*post* modifiche apportate dal D.M. del 30 marzo 2015), sia il livello impositivo (laddove inferiore di più del 50 % rispetto a quello applicato in Italia) “riconosciuto al soggetto partecipato in virtù di regimi speciali applicabili nello Stato o nel territorio di residenza della stessa, con esclusione degli Stati membri UE e dei Paesi SEE collaborativi”; dal 1° gennaio 2016 fino al 31 dicembre 2018 ci si è basati sul livello nominale di imposizione inferiore di oltre il 50 % di quello italiano, comprendendo anche i regimi speciali, ma a esclusione degli Stati membri UE e dei Paesi aderenti allo SEE.

³⁸⁰ Cfr. articolo 47-bis comma 1, “1. I regimi fiscali di Stati o territori, diversi da quelli appartenenti all'Unione europea ovvero da quelli aderenti allo Spazio economico europeo con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni, si considerano privilegiati:

a) nel caso in cui l'impresa o l'ente non residente o non localizzato in Italia sia sottoposto a controllo ai sensi dell'articolo 167, comma 2, da parte di un partecipante residente o localizzato in Italia, laddove si verifichi la condizione di cui al comma 4, lettera a), del medesimo articolo 167; b) in mancanza del requisito del

residente è sottoposto alle fattispecie di controllo, ai sensi del 2° comma dell'articolo 167 del TUIR, vale il criterio della tassazione effettiva, se viceversa, non sussiste tale requisito si continua a fare riferimento al livello di tassazione nominale³⁸¹.

Ciò premesso, se da un lato le regole di tassazione ordinaria attraverso le imprese prevedono specificatamente che i dividendi percepiti da soggetti passivi IRES³⁸² – ai sensi dell'articolo 89 del TUIR – siano esclusi dal reddito imponibile, nella misura del 95 %, dall'altro l'esclusione viene meno nell'ipotesi in cui gli utili provengano da soggetti residenti in Stati "black"³⁸³.

Tuttavia, il contribuente ha la possibilità di evitare la tassazione integrale fornendo l'esimente prevista dalla lettera b) del 2° comma dell'articolo 47-bis; tradotto può dimostrare che "dalle partecipazioni non consegua l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori a regime fiscale privilegiato³⁸⁴", fin dal primo periodo di possesso della

controllo di cui alla lettera a), laddove il livello nominale di tassazione risulti inferiore al 50 % di quello applicabile in Italia. A tali fini, tuttavia, si tiene conto anche di regimi speciali che non siano applicabili strutturalmente alla generalità dei soggetti svolgenti analoga attività dell'impresa o dell'ente partecipato, che risultino fruibili soltanto in funzione delle specifiche caratteristiche soggettive o temporali del beneficiario e che, pur non incidendo direttamente sull'aliquota, prevedano esenzioni o altre riduzioni della base imponibile idonee a ridurre il prelievo nominale al di sotto del predetto limite e *sempré*, nel caso in cui il regime speciale riguardi solo particolari aspetti dell'attività economica complessivamente svolta dal soggetto estero, l'attività ricompresa nell'ambito di applicazione del regime speciale risulti prevalente, in termini di ricavi ordinari, rispetto alle altre attività svolte dal citato soggetto.

³⁸¹ La relazione illustrativa al decreto specifica che la scelta di prevedere la rilevanza per il *nominal tax rate* in assenza di controllo è dettata da ragioni di semplificazione in quanto risulterebbe più complesso per il soggetto partecipante ottenere le informazioni utili per definire il livello di tassazione effettivo.

Per un approfondimento sul *nominal tax rate* si rimanda alla circolare n. 35/E del 4 agosto 2016, secondo cui, per il confronto tra livelli di tassazione nominale, rilevano nella prospettiva italiana l'aliquota IRES e l'IRAP ordinaria (3.9%), mentre nella prospettiva estera l'aliquota delle imposte sui redditi applicate dalla relativa giurisdizione fiscale. Tuttavia, occorre tenere conto altresì dei regimi fiscali cosiddetti speciali, vale a dire "regimi che concedono un trattamento agevolato strutturale, risolvendosi in un'imposizione inferiore alla metà di quella italiana." L'inclusione di tali regimi, come riporta M. PIAZZA, op. cit. in *Il Fisco*, 2019, funge da "correttivo" in quanto se non espressamente previsti potrebbero non essere annoverati regimi che, ancorché dotati di un livello di tassazione nominale, concedono comunque un livello di imposizione particolarmente vantaggioso.

³⁸² Lo stesso vale per le persone fisiche che, ai sensi del comma 4 dell'articolo 47 del TUIR, se percepiscono i redditi da soggetti localizzati in territori a fiscalità privilegiata, scontano la tassazione integrale.

³⁸³ Peraltro, si segnala che si considerano provenienti da Paesi a regime fiscale privilegiato non solo gli utili relativi a partecipazioni dirette in soggetti residenti in quei territori, ma anche quelli relativi al possesso di partecipazioni indirette tramite imprese estere "intermedie", che a loro volta percepiscono utili da partecipazioni in imprese localizzate presso paradisi fiscali. A tal proposito, l'Agenzia delle Entrate, nella risoluzione n. 144/E del 22 novembre 2017, ha sottolineato che nell'ipotesi in cui gli utili siano distribuiti tramite un soggetto non residente in paradisi fiscali che detiene partecipazioni in più Stati (fiscalmente privilegiati e non), sorge il problema di individuare la fonte dei dividendi distribuiti. La circolare 51/E del 2010 aveva già enunciato l'obbligo di documentare la provenienza degli utili, la risoluzione ha altresì specificato che occorre una separata destinazione delle riserve e l'utilizzo deve essere provato dall'adozione di apposite delibere assembleari da parte della società intermedia erogante.

³⁸⁴ Il D.M. 429 del 2001 prevedeva originariamente che, per dare prova dell'esimente, i redditi della controllata estera dovessero essere prodotti in misura non inferiore al 75% in Stati o territori non paradisi

partecipazione. Altrimenti, qualora fosse in grado di dimostrare l'esimente di cui alla lettera a) del medesimo comma dell'articolo 47-bis, inerente l'esercizio di un'attività economica effettiva, potrebbe beneficiare di una parziale esclusione dall'imponibile dei dividendi, nei limiti del 50 % del loro ammontare³⁸⁵. Se così fosse, al soggetto controllante residente sarebbe altresì riconosciuto un credito di imposta indiretto³⁸⁶ per le imposte assolute dal soggetto partecipato sugli utili maturati durante il periodo di possesso della partecipazione, in proporzione alla quota imponibile (50 %) degli utili realizzati e limitatamente all'imposta italiana concernente tali utili³⁸⁷.

In termini pratici³⁸⁸, ipotizzando il reddito della società estera pari a 10.000 e un'imposta societaria in capo all'impresa estera di 1.395 (aliquota del 13,95 %), si presuppone un dividendo di 8.605 che sconta una ritenuta alla fonte estera di 430 (aliquota del 5 %), imponibile in capo alla holding italiana per 4.303 (nei limiti del 50 %) che vanta altresì di un credito d'imposta indiretto sulla metà delle imposte assolute dalla società estera e quindi pari a 698; in tal modo, l'imponibile IRES risulta pari a 5.000 (quota di dividendo imponibile aumentata del credito d'imposta indiretto) la cui relativa imposta è di 1.200 (24 % di 5.000) che al netto del credito risulta pari a 503. Inoltre, va considerato anche il *foreign tax credit* di 215 relativo al 50 % della ritenuta sui dividendi (403), nei limiti dell'imposta italiana ai sensi del comma 10 dell'articolo 165 del TUIR. Pertanto, le imposte complessive gravanti sulla holding ammontano a 718 e l'utile netto a 7.887.

Per riassumere, in caso di mancata applicazione della disciplina CFC, i dividendi provenienti da regimi a fiscalità privilegiata percepiti da soggetti passivi IRES possono essere alternativamente soggetti all'ordinaria esclusione, nella misura del 95 %, se dimostrata la condizione sub b) dell'articolo 47-bis del TUIR, oppure possono essere esclusi nella misura del 50 % a fronte della condizione sub a) del medesimo articolo, o

fiscali e sottoposti integralmente a tassazione integrale ordinaria. Tale soglia è stata ridotta al 50% in via interpretativa dalla Circolare 35/E del 2016.

³⁸⁵ Ai sensi delle recenti modifiche apportate dalla legge di Bilancio 2018

³⁸⁶ Per un approfondimento sulle modalità di determinazione di tale credito di imposta si rimanda alla circolare 35/E del 2016, par. 3.5 e 3.6

³⁸⁷ Cfr. articolo 89 comma 3, come modificato dal decreto ATAD

Prima delle modifiche introdotte dal D. lgs. 147 del 2015 non era concesso tale credito di imposta al soggetto controllante, a differenza di quanto previsto dalla disciplina CFC. Paradossalmente, dunque, per quanto potesse essere disapplicata la norma CFC in virtù della prima esimente, non essendo riconosciuto il credito di imposta indiretto, si verificava un aggravio di tassazione non indifferente. Sarebbe stato meglio vedersi applicata la disciplina CFC a fronte del godimento del credito d'imposta in questione. Sul punto cfr. A. CONTRINO, "La recente riforma del credito per le imposte estere: prime considerazioni sistematiche", in *Rassegna Tributaria*, n.2, 2017, p.323 ss.

³⁸⁸ L'esempio è ritratto da M. PIAZZA, op. cit., *Il Corriere tributario*, 2018

essere integralmente imponibili nell'ipotesi in cui non sia provata nessuna delle due esimenti.

Una questione che ha generato qualche dubbio interpretativo riguarda il momento rilevante per determinare quando l'utile distribuito sia da considerarsi proveniente da società residenti in Paesi "black".

Se infatti da una parte la legge di bilancio 2018 – ai sensi del comma 1007 dell'articolo 1 – ha stabilito che non si intendono provenienti da soggetti localizzati in Paesi a fiscalità privilegiata gli utili formati in periodi di imposta in cui la società partecipata risiedeva in giurisdizioni non fiscalmente privilegiate, ancorché divenute paradisi fiscali al momento della percezione, dall'altra non ha regolato il caso inverso. In questo senso, sembra quasi che la nuova disposizione vada ad "aggiustare" il meccanismo previsto dalla circolare 35/E del 2016, in particolare nell'ipotesi in cui la società non si configurava come "privilegiata" al momento della maturazione degli utili, ma lo sia diventata al momento della loro distribuzione³⁸⁹.

A tal proposito, nel corso di Telefisco 2019, l'Agenzia delle Entrate ha chiarito che quanto stabilito dalla L. 205/2017 riguarda solo l'ipotesi in cui l'impresa estera non sia considerata privilegiata all'epoca di formazione dell'utile e lo sia divenuta al momento della distribuzione di tale utile. Successivamente la stessa Agenzia delle Entrate ha pubblicato, alla fine di maggio 2019, il principio di diritto n. 17 confermando quanto appena riportato³⁹⁰. Nello specifico, la disposizione di cui sopra "si applica esclusivamente ai casi in cui, in presenza di distribuzione di utili pregressi, muti la qualificazione dello Stato di residenza della società partecipata, da Paese considerato a tassazione ordinaria a Paese a fiscalità privilegiata³⁹¹". Diversamente, valgono i chiarimenti forniti dalla circolare dell'Agenzia delle Entrate 4 agosto 2016, ovvero sia i dividendi erogati da una società che beneficiava di un regime "black" in base alle norme vigenti durante la formazione degli utili, ma non al momento della distribuzione (secondo la norma attuale), evitano la tassazione integrale soltanto se tale società, nel periodo di maturazione degli stessi, possa

³⁸⁹ Sul punto, infatti, L. TOSI, R. BAGGIO, op. cit. p. 204 e P. ARGINELLI, op. cit. ritengono che il comma 1007 abbia valenza di sistema e sia proiettata in favore della soluzione che contempla il criterio del periodo di formazione degli utili distribuiti. M. PIAZZA, op. cit. in *Il Fisco*, 2019, invece, illustra la posizione di Assonime che nella circolare n. 15/2018 ritiene che la nuova norma sia finalizzata a "correggere" quanto previsto in precedenza dalla circolare.

³⁹⁰ Sul punto cfr. S. SANNA, "Più certezze sui dividendi di fonte estera", in *Eutenke.info*, 2019

³⁹¹ Cfr. Agenzia delle Entrate, 29 maggio 2019, Principio di diritto n. 17

essere qualificata come “white” in virtù del nuovo disposto normativo³⁹². In questo senso, lo scopo che il legislatore si è prefissato è proprio quello di preservare la buona fede di coloro che hanno fatto l’investimento presumendo la natura non “paradisiaca” a fronte dei criteri previsti dal 4° comma del novellato articolo 167 del TUIR³⁹³.

Passando ora alla trattazione del regime di esenzione, nella misura del 95%, delle plusvalenze di cui all’art. 87 del TUIR (cd. regime “Pex”) la condizione di cui alla lettera c) prevede analogamente a quanto previsto per i dividendi, che si applichi il regime di esenzione quando l’impresa partecipata è residente in un Paese diverso da quelli a fiscalità privilegiata in virtù dei criteri prefissati dall’articolo 47-bis del Testo Unico³⁹⁴. In aggiunta, tale requisito deve sussistere senza interruzioni dal primo periodo di possesso, a meno che, alla luce delle modifiche apportate dal decreto ATAD, si tratti di una partecipazione detenuta da oltre cinque periodi di imposta e realizzata con controparti non appartenenti al medesimo gruppo; in tal caso, è sufficiente che la condizione sia soddisfatta per i cinque periodi di imposta anteriori a quello della cessione³⁹⁵. È altresì dimostrabile anche in questa sede, per giovare ugualmente della “Pex”, che ai sensi della lettera b) del 2° comma dell’articolo 47-bis del TUIR, dalle partecipazioni non si ottiene l’effetto di localizzare i redditi in Paesi “black” con gli stessi criteri temporali ivi menzionati. Inoltre, se il contribuente è in grado di dimostrare la prima esimente concernente l’attività economica effettiva gli viene riconosciuto un credito di imposta indiretto per le imposte pagate dalla partecipata estera, con le stesse modalità descritte, in precedenza, per i dividendi. Tuttavia in questo caso, ancorché dimostrata l’esimente di cui sopra, la tassazione della plusvalenza avviene comunque in misura integrale.

Dopo aver tracciato un breve quadro teorico di riferimento, si procede all’analisi di alcuni

³⁹² Come spiegano FURLAN, L. SORMANI, op. cit.

³⁹³ Cfr. “Telefisco 2019, Risposte dell’Agenzia delle Entrate del 2 febbraio 2019”, in *Il Sole 24 Ore*, n. 52

³⁹⁴ Va detto che anche la parziale esenzione prevista per le persone fisiche, ai sensi dell’articolo 68 comma 4 del TUIR, viene meno in caso di plusvalenze realizzate da partecipazioni in soggetti residenti in Paesi a fiscalità privilegiata. A tal proposito, come sottolinea M. PIAZZA, op. cit. in *Il Fisco*, 2019 si segnala una novità importante che presuppone la disapplicazione della tassazione integrale in tutti i casi in cui partecipazione sia emessa da società le cui azioni siano negoziate in mercati regolamentati, venendo meno la distinzione tra partecipazioni qualificate e non. Peraltro, si puntualizza che dal 1° gennaio 2019 le plusvalenze da cessioni vengono tassate in capo alle persone fisiche, a prescindere che siano qualificate o meno, con un’imposta sostitutiva del 26%.

³⁹⁵ Cfr. articolo 87 comma 2, secondo cui “si considerano appartenenti allo stesso gruppo i soggetti residenti o meno nel territorio dello Stato tra i quali sussiste un rapporto di controllo ai sensi del comma 2 dell’articolo 167 ovvero che, ai sensi del medesimo comma 2, sono sottoposti al comune controllo da parte di altro soggetto residente o non residente nel territorio dello Stato.”

interessanti casi pratici³⁹⁶.

Si ipotizzi un primo caso in cui la società Alfa residente in Italia controlla al 100 % la società Beta localizzata alle British Virginian Island (BVI), dove è soggetta a una tassazione effettiva inferiore a quella che avrebbe virtualmente subito in Italia e realizza per più di un terzo proventi rientranti nelle categorie dei *passive income*; si applica, dunque, il regime CFC. Alfa sconta la tassazione per trasparenza del 24 % su un reddito di 120 prodotto da Beta che a sua volta paga 12 di imposte su quel reddito (10 %), e i dividendi distribuiti, pari a 108, sono esclusi da imposizione. Alfa gode inoltre di un credito di imposta indiretto di 12 per le imposte pagate da Beta a titolo definitivo e dispone anche del credito per le ritenute subite sui dividendi in uscita applicato dalle BVI pari a 5 (5 % di ritenuta alla fonte su 108 di utili distribuiti). In definitiva, Alfa, che ha pagato 29 di imposte sul reddito imputato per trasparenza, usufruendo dei due crediti di imposta rispettivamente pari a 12 e 5, versa un totale di 12 di imposte.

Ipotizzando che Alfa riesca a provare che Beta svolge un'attività economica effettiva, la stessa riesce a evitare l'applicazione della normativa CFC. In tale ipotesi, quando vengono distribuiti i dividendi, gli stessi sono imponibili nella misura del 50 % del loro ammontare; di conseguenza, Alfa paga 13 di imposte (il 24 % di 54). Inoltre, Alfa beneficia di un credito di imposta indiretto, sempre nella misura del 50 %, vedendosi detratte le imposte per 6 e del credito per la ritenuta alla fonte sui dividendi scontata alle BVI, fino a concorrenza delle imposte pagate in Italia. Pertanto in questa circostanza, Alfa pagherebbe imposte per 4 (13-6-3). Infine, se Alfa fosse in grado di ottenere la disapplicazione della norma CFC e, per assurdo, anche l'esimente di cui alla lettera b) del 2° comma dell'articolo 47-bis del TUIR subirebbe una tassazione del 24 % sul 5 % degli utili distribuiti, quindi sui 108 distribuiti sconterebbe una tassazione di 1 (24 % di 5).

Si immagini un'altra situazione in cui la stessa società Alfa controlli al 100 % la società Gamma residente in Olanda, dov'è soggetta a un livello di tassazione effettivo inferiore a quello che virtualmente avrebbe subito in Italia, e percepisca per oltre un terzo dei suoi proventi *passive income*. Se Alfa non riesce a dimostrare che Gamma svolge un'attività economica effettiva, si verifica la tassazione per trasparenza in virtù della disciplina CFC, per cui i dividendi distribuiti saranno esclusi da imposizione fino a concorrenza dell'ammontare del reddito già assoggettato a tassazione e la stessa fruirà di un credito di

³⁹⁶ Si prendono come riferimento gli spunti forniti da A. FURLAN, L. SORMANI, op. cit.

imposta indiretto per le imposte assolute da Gamma. Nel caso in cui invece Alfa riesca a dimostrare l'esimente i dividendi distribuiti sono comunque esclusi al 95 % dall'imponibile in quanto, a norma del novellato articolo 47-bis, non si considerano mai fiscalmente privilegiati gli Stati appartenenti all'Unione Europea e, di conseguenza, vengono meno i presupposti per la disciplina dei dividendi "black" (anche nell'ipotesi in cui il livello di tassazione effettivo fosse stato inferiore al 50 % di quello applicabile in Italia).

Si ipotizzi ora il caso in cui la società Alfa controlli al 100 % la società Beta residente alle BVI, dove è sottoposta a tassazione effettiva inferiore al 50 % di quella a cui sarebbe soggetta se residente in Italia, ma non realizza *passive income* per oltre un terzo dei suoi proventi. Se da una parte è vero che non soddisfa entrambe le condizioni per essere identificata come CFC, dall'altra è assoggettabile alla disciplina dei dividendi "black" in funzione delle esimenti che è in grado di dimostrare. In particolare, se dimostra la prima esimente riguardante l'attività economica effettiva i dividendi distribuiti concorrono a formare il reddito imponibile di Alfa nella misura del 50 % con un relativo credito di imposta indiretto per le imposte assolute da Beta; dimostrando, invece, la condizione sub b), di cui al 2° comma dell'articolo 47-bis, i dividendi concorrono alla formazione dell'imponibile di Alfa solo per il 5 %. Nell'ipotesi in cui nessuna delle due esimenti sia dimostrata, i dividendi distribuiti sono tassati integralmente in capo ad Alfa.

Si consideri inoltre il caso in cui la società Alfa residente in Italia detenga una partecipazione del 30 % nella società Delta residente alle Barbados in cui vige un livello di tassazione nominale inferiore al 50 % rispetto a quello che sarebbe stato applicato in Italia (tenendo conto anche dei regimi speciali). Pertanto, se è vero che in assenza del requisito del controllo la disciplina CFC non è applicabile, è altrettanto vero che i dividendi distribuiti possono essere soggetti alla disciplina dei dividendi "black" in funzione delle esimenti che Alfa è in grado di dimostrare. Ovviamente, nell'ipotesi in cui non venga fornita nessuna delle due esimenti gli utili distribuiti da Delta sono integralmente imponibili. Se Alfa fornisce prova dell'esimente concernente l'attività economica effettiva, i dividendi sono imponibili nella misura del 50 % del loro ammontare, mancando però la fattispecie di controllo non viene riconosciuto il credito d'imposta indiretto per le imposte pagate dalla partecipata residente alle Barbados. Se invece Alfa riesce a dimostrare che dalle partecipazioni in Delta non consegue l'effetto di localizzare i redditi in territori a

fiscalità privilegiata, allora i dividendi concorreranno alla formazione del reddito di Alfa solo per il 5 % e ovviamente senza giovare del credito di imposta indiretto.

Si ipotizzi il caso in cui la società Alfa residente in Italia controlli al 100 % la società Gamma residente in Olanda che a sua volta controlli al 30 % la società Lambda residente in Antigua, dove il livello di tassazione, sia effettivo che nominale, è inferiore al 50 % di quello applicabile in Italia. Posto che la disciplina CFC non sia applicabile in ragione del fatto che non sia soddisfatto il requisito di controllo indiretto, è invece applicabile la disciplina sui dividendi “black”. Infatti, se non viene fornita alcuna esimente da Alfa, i dividendi che le arriveranno passando per Lambda saranno imponibili in misura integrale e senza beneficiare del credito di imposta indiretto. Al ricorrere della prima esimente gli stessi saranno imponibili nel limite del 50 % senza il riconoscimento del credito di imposta vista la mancanza del controllo, viceversa al ricorrere della seconda esimente gli utili distribuiti concorreranno in via ordinaria per il 5 % del loro ammontare. Inoltre, nel caso in cui Alfa controlli Gamma al 30 % e quest’ultima partecipi Lambda al 100 %, oltre a non essere applicabile la normativa CFC non è applicabile nemmeno la disciplina dei dividendi “black” in quanto l’utile distribuito da Lambda (società intermedia nella catena) non è configurabile come utile proveniente da un Paese a fiscalità privilegiata in quanto è assente il controllo sulla società intermedia.

Infine, passando in rassegna altri due casi che meritano di essere trattati, si immagini una catena partecipativa così composta: la società Alfa controlli al 100 % la società Gamma residente in Olanda che a sua volta detiene una partecipazione dell’80 % nella società Sigma residente in Belgio, la quale possiede una partecipazione del 10 % nella società Zeta residente alle Isole Cayman. Sul punto è intervenuta l’Agenzia delle Entrate, con la circolare 35/E del 2016³⁹⁷ già più volte menzionata, precisando che, nel caso di specie, gli utili provenienti da Zeta sono considerati “black” e pertanto la società Alfa dovrà cercare di dimostrare una delle due esimenti per evitare la tassazione integrale dei dividendi distribuiti da Zeta e da essa percepiti. L’Agenzia delle Entrate, nella medesima circolare³⁹⁸, è intervenuta anche sul caso speculare in cui Gamma anziché detenere l’80 % di Lambda, ne detiene solo il 20. Se prima i dividendi si consideravano a tutti gli effetti soggetti a tassazione integrale, in questa circostanza, non detenendo Alfa una partecipazione di

³⁹⁷ Cfr. circolare 35/E del 2016, par. 3.1.1 (Esempio 3a)

³⁹⁸ Cfr. circolare 35/E del 2016, par. 3.1.1 (Esempio 3b)

controllo in una delle società intermedie, non sono considerati ai fini fiscali provenienti da Paesi “black”.

Con tutta evidenza, le nuove disposizioni introdotte dal decreto di recepimento della direttiva ATAD contribuiscono a rendere più articolato il coordinamento tra la disciplina in materia di dividendi “black” e la normativa CFC. Peraltro, come si riscontra in uno dei casi ivi descritti, possono verificarsi situazioni particolari in cui una società localizzata in un Paese extra europeo, potrebbe non qualificarsi come CFC (per il fatto che i *passive income* non superano un terzo dei proventi) ma al contempo configurarsi come un soggetto i cui dividendi si considerano “black” (a fronte della tassazione effettiva inferiore al 50 % di quello che avrebbe scontato in Italia) e come tali essere sottoposti alla relativa disciplina. Si ritiene che, sul piano teorico, il doppio riferimento al livello di tassazione effettiva (se sussiste il controllo) e al livello di tassazione nominale (se la partecipazione è minoritaria), segua non solo una logica di una miglior interazione reciproca con la disciplina CFC, ma come sottolinea la relazione illustrativa anche una logica di semplificazione, in considerazione del fatto che i soci non qualificati potrebbero avere non poche difficoltà a reperire le informazioni per calcolare il *tax rate* effettivo.

3.4 Valutazione critica circa la coerenza della normativa italiana rispetto alla direttiva

Giunti a questo punto non rimane che soffermarsi sulle valutazioni di stampo critico concernenti la coerenza delle scelte compiute dal legislatore fiscale italiano nel recepimento della direttiva ATAD.

Prima di tutto sorgono perplessità sul piano della coerenza interna, in quanto il disposto letterale introdotto dal decreto non sembra coincidere con quanto dichiarato nella relazione illustrativa³⁹⁹. Se infatti si considera che l'intento espresso in tale relazione è quello di contrastare la pianificazione fiscale aggressiva per mezzo della quale sono dirottate importanti quantità di utili dalla controllante alla controllata, risulta piuttosto paradossale che la norma, così come recepita dal decreto, non ne riconosca l'esclusione legata al mancato superamento di soglie quantitative, nonostante sia specificatamente previsto dalla ATAD⁴⁰⁰.

Ciò premesso, si ritiene che nel risultato scaturito dal processo di recepimento realizzato dal legislatore italiano siano riscontrabili, rispetto alla direttiva, divergenze che riflettono punti di criticità più o meno rilevanti. Più precisamente, la prima differenza rinvenibile, che invero sembra non destare particolari perplessità, riguarda l'ambito soggettivo di applicazione. Infatti, diversamente da quanto stabilito nella direttiva, l'ambito soggettivo della norma domestica non si limita alle sole società ma, in continuità con le disposizioni ante decreto, si rivolge anche alle persone fisiche. Un'altra divergenza, che però non si ritiene frutto di un "cattivo" recepimento, concerne il presupposto del controllo. In questi termini, se la direttiva parla di imprese "associate"⁴⁰¹, il legislatore ha ritenuto inopportuno stravolgere il concetto di controllo ai sensi del 2359 del codice civile, ragionevolmente consapevole che, introducendo nell'ordinamento fiscale italiano una nozione apparentemente così difficile da gestire, avrebbe creato problematiche non indifferenti sia agli operatori economici che all'Amministrazione finanziaria⁴⁰². In un

³⁹⁹ Sul si veda A. DELLA CARITÀ L. BONFANTI, "Paradossi e insana (in)coerenza nella CFC delineata dallo schema di Decreto di recepimento dell'ATAD", in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2018, n. 12, p. 27 ss.

⁴⁰⁰ Cfr. A. DELLA CARITÀ L. BONFANTI *Ibid.* e E.M. BAGAROTTO, op. cit. Si ricorda, infatti, che la direttiva ATAD all'articolo 7 comma 4 prevede la possibilità per gli Stati di escludere dall'applicazione del regime CFC le entità o le stabili organizzazioni: "a) con utili contabili non superiori a 750 000 EUR e redditi non derivanti da scambi non superiori a 75 000 EUR; o b) i cui utili contabili non ammontano a più del 10 % dei suoi costi di esercizio nel periodo d'imposta."

⁴⁰¹ Come precisato già nel secondo capitolo la direttiva ATAD all'articolo 7 comma 1 lettera a) fa riferimento alle imprese associate nella nozione di controllo, la cui definizione si ritrova al par. 4 dell'articolo 2

⁴⁰² Come ragionevolmente sottolinea Assonime nella audizione informale alla 6° Commissione Finanze e tesoro del Senato del 4 ottobre 2018.

certo senso l'assenza del riferimento alle imprese associate, si compensa con la contestuale presenza del controllo di fatto anche indiretto.

Con tutta evidenza, però, le eventuali criticità riguardano essenzialmente il modello introdotto dal decreto. Nello specifico, il legislatore potendo scegliere tra i due modelli offerti dalla ATAD⁴⁰³, sembra aver optato per un terzo riconducibile a un approccio categorico su base *entity*⁴⁰⁴. Tradotto, una volta appurato che le due condizioni di accesso al regime – rispettivamente concernenti la tassazione effettiva e i *passive income* – sono soddisfatte, tutti i redditi prodotti dalla CFC sono imputati per trasparenza in capo alla controllante, a prescindere che siano *active* o *passive*. A tal proposito, la stessa relazione illustrativa giustifica ciò in virtù dell'intento di far convivere interessi diversi: da un lato esigenze di semplificazione delle modalità applicative della disciplina CFC; dall'altro il bisogno di preservare la coerenza dell'ordinamento tributario interno preesistente. Per mettere in luce gli aspetti paradossali insiti in questo nuovo modello (che in realtà è ancora legato al passato), occorre premettere che prioritariamente la direttiva si pone l'obiettivo di assicurare che l'imposizione avvenga nel luogo in cui gli utili e il valore sono creati, salvaguardando non tanto le basi imponibili dei singoli Stati membri, ma piuttosto impedendo che strutture non genuine erodano quella complessiva del mercato comunitario interno⁴⁰⁵. In questo senso, la soluzione adottata desta più di una perplessità⁴⁰⁶. Come già anticipato, i due modelli previsti dalla direttiva non contemplano quello attualmente in vigore ai sensi dell'articolo 167 del TUIR⁴⁰⁷. In aggiunta, con riferimento agli obiettivi ivi descritti, si ritiene che la novellata disciplina CFC domestica potrebbe portare a esiti poco allineati alle finalità per cui dovrebbe esistere. In termini pratici⁴⁰⁸, ipotizzando il caso in cui la società Alfa fiscalmente residente in Italia controlli al 100 % la società Beta residente in Olanda dove svolge un'attività commerciale da cui realizza un utile di 3.500 (ricavi da vendite 5.000 – costi 1.500). La stessa percepisce altresì dividendi per 3.000 (non derivanti da paesi "black"), esenti da imposta in Olanda, a fronte dei quali viene soddisfatto il requisito dei *passive income* ($3.000/5.000 > 1/3$).

⁴⁰³ Per un approfondimento sui due modelli si rimanda al par. 2.1.2 del secondo capitolo di questo lavoro

⁴⁰⁴ Cfr. A. DELLA CARITÀ L. BONFANTI, op. cit.

⁴⁰⁵ Per un approfondimento sugli schemi di pianificazione fiscale aggressiva comunitaria si rimanda A. DELLA CARITÀ L. BONFANTI, *Ibid.*

⁴⁰⁶ Cfr. A. DELLA CARITÀ L. BONFANTI, *Ibid.*

⁴⁰⁷ Come peraltro sottolinea anche G. ROLLE, "Adattamento alla disciplina ATAD delle norme interne su CFC, dividendi esteri e plusvalenze su partecipazioni", in *Il Fisco*, 2018, n. 38, pp. 1-3637

⁴⁰⁸ L'esempio è preso da A. DELLA CARITÀ L. BONFANTI, *Ibid.*

Inoltre, ponendo che venga soddisfatta anche la condizione della tassazione effettiva, Beta è considerata una CFC e di conseguenza il suo reddito viene interamente imputato per trasparenza ad Alfa. Tuttavia, sulla base delle regole previste dalla normativa interna, il reddito sui cui si andrà ad applicare l'aliquota media ordinaria del contribuente non tiene conto dei dividendi esclusi dalla formazione dell'imponibile. Pertanto, è evidente la paradossalità della situazione se si considera che l'unico reddito effettivamente tassato è quello realizzato tramite un'attività economica effettiva, che viceversa negli intenti della direttiva non dovrebbe essere in alcun modo penalizzato in quanto non considerato pericoloso⁴⁰⁹.

Al contrario Assonime nel recente intervento risalente al 4 ottobre 2018, pur ammettendo che il decreto contempri un modello che non era previsto dalla ATAD, difende espressamente la scelta compiuta dal legislatore essenzialmente per tre ragioni⁴¹⁰. Anzitutto, fa riferimento a quanto statuito dal considerando 12 contenuto nel preambolo della direttiva⁴¹¹; secondariamente, la tassazione dei soli *passive income* si verificherebbe anche qualora il soggetto controllato fosse in perdita; in ultimo, dà valore a quanto disposto dall'articolo 3 della ATAD. In particolare, sebbene nel disposto normativo finale non sia specificamente illustrato un modello basato su un *entity approach*, al considerando 12 è espressamente prevista la possibilità di assoggettare al regime CFC un'intera società controllata estera, in nome delle "priorità politiche" che uno Stato decide di perseguire. Inoltre, sulla base dell'articolo 3 il contenuto della direttiva rappresenta solo uno standard di carattere minimale, ma questo non vieta di alzare il livello di protezione in favore di misure più stringenti.

Per quanto riguarda la seconda argomentazione, non si ritiene invece sia particolarmente convincente dal momento che una perdita fiscale potrebbe configurarsi come meccanismo appositamente escogitato per evitare, in maniera elusiva, la tassazione per trasparenza; viceversa, con un approccio di tipo *transactional* anche in caso di risultato negativo i redditi "tainted" sarebbero comunque assoggettati a regime CFC⁴¹².

⁴⁰⁹ Cfr. A. DELLA CARITÀ L. BONFANTI, *Ibid.* Gli autori sollevano anche un dubbio di incompatibilità con la libertà di stabilimento.

⁴¹⁰ Cfr. Assonime nella audizione informale alla 6^o Commissione Finanze e tesoro del Senato del 4 ottobre 2018

⁴¹¹ Cfr. par. 12 direttiva ATAD, "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."

⁴¹² Cfr. A. DELLA CARITÀ L. BONFANTI op.cit.

Un altro tema che genera perplessità concerne un aspetto testuale del nuovo disposto normativo che potenzialmente potrebbe ribaltare gli effetti desiderati. Più precisamente, si tratta dell'utilizzo del termine "proventi" al posto di "redditi" previsto dalla direttiva⁴¹³. Per quanto possa sembrare solo una sottigliezza, in realtà fare riferimento ai profitti lordi invece che ai redditi netti provoca un effetto che comporta arbitrarietà nell'annoverare una controllata estera come CFC. Per rendere l'idea con un semplice esempio pratico, si consideri una società controllata estera che soddisfi il requisito della tassazione effettiva e che realizzi ricavi da attività commerciali per 5.000, *passive income* per 2.000 e costi commerciali per 5.500. Stando a quanto dispone l'attuale normativa interna la controllata estera non sarebbe assoggettata a regime CFC risultando il rapporto tra *passive income* e proventi lordi pari al 28,75 % (2.000/7.000) e, quindi, inferiore a un terzo, mentre se si prendesse come riferimento quanto predisposto dalla direttiva il rapporto tra *passive income* e redditi netti (-500) risulterebbe ampiamente maggiore di un terzo e si applicherebbe, dunque, la norma CFC⁴¹⁴. Tuttavia Assonime, nell'intervento del 4 ottobre 2018, non condivide le critiche giustificando la scelta sulla base di una logica di semplificazione e di certezza, in linea con la relazione illustrativa al decreto. Effettivamente, se i proventi sono facilmente individuabili, identificarne le relative spese può risultare piuttosto complicato⁴¹⁵.

In ultima istanza, assume un certo rilievo il profilo di incompatibilità inerente l'onere della prova ribadito dall'AIDC (sezione di Milano) nella denuncia presentata alla Commissione europea lo scorso 26 settembre 2018. In particolare, ciò che l'Associazione ha rimarcato è che la nuova normativa "si risolve in una presunzione legale predeterminata di evasione/elusione fiscale di portata generale che impone al contribuente l'inversione dell'onere della prova⁴¹⁶".

La presunta incompatibilità consiste nel fatto che la direttiva non sembra presupporre

⁴¹³ Questa valutazione critica è sostenuta da A. DELLA CARITÀ L. BONFANTI, *Ibid.*, e A. SAVORANA, "Sulle Cfc norme italiane ancora lontane dal regime UE", in *Il Sole 24 Ore*, 2018. Inoltre, anche l'AIDC nell'integrazione alla denuncia alla Commissione del 26 settembre 2018 segnala l'incompatibilità del recepimento per questo motivo (pp. 11-12).

⁴¹⁴ Cfr. A. DELLA CARITÀ L. BONFANTI op.cit., per l'esempio.

⁴¹⁵ Si rimanda all'intervento di Assonime, p.13 "basti pensare alla ripartizione delle spese generali di produzione, dei costi amministrativi, ecc. Oltretutto, i proventi lordi vanno comparati logicamente con i ricavi complessivi dell'impresa e, cioè, il raffronto deve essere fatto con grandezze omogenee, sicché non si determinano necessariamente conseguenze negative per l'impresa: dipende dalla situazione specifica, caso per caso."

⁴¹⁶ Cfr. AIDC – Sezione di Milano, 26 settembre 2018, Integrazione Denuncia n. 12, p. 4

espressamente nessun obbligo di dimostrazione in capo al contribuente per la disapplicazione del regime CFC, condizione ulteriormente rinforzata da quanto asserito nel considerando 12, da cui emerge come contribuente e Amministrazione fiscale debbano collaborare nel reperire fatti e circostanze per stabilire se il regime sia o meno da applicare. Se da una parte è vero che la norma CFC, come più volte sottolineato, è una norma antielusiva, che si prefigge di contrastare situazioni abusive poste in essere tramite costruzioni di puro artificio, dall'altra non dovrebbe, tuttavia, sfociare in un aggravio ingiustificato di quelle che sono le materiali applicazioni tecnico-procedurali, eccedendo quanto necessario per intercettare le circostanze abusive⁴¹⁷. Piuttosto, il suggerimento dell'AIDC si sostanzierebbe in una maggiore attività da parte dell'Amministrazione finanziaria finalizzata alla stretta cooperazione con il contribuente. Infatti, solo una volta assunte le prove che indichino l'abusività della fattispecie, l'Amministrazione andrebbe a notificare al contribuente quanto raccolto, concedendogli al contempo la possibilità di fornire chiarimenti prima di procedere con l'emissione dell'avviso di accertamento⁴¹⁸. Nonostante l'onere di attivare il processo amministrativo spetti, come già spiegato in precedenza, all'Autorità fiscale sembra tuttavia non ritenersi sufficiente. In estrema sintesi, il recepimento della direttiva avrebbe dovuto altresì prevedere l'obbligo in capo all'Amministrazione finanziaria di provvedere a un'indagine preventiva che dimostri la natura elusiva dell'operazione, sulla cui base aprire successivamente il contraddittorio anticipato.

Per concludere, la disciplina CFC in certi frangenti non convince ancora del tutto. A tal proposito, il fatto di voler contemperare l'intento di conservare l'impostazione previgente e altresì di carpire i contenuti imposti dalla direttiva ATAD non sembra aver portato risultati pienamente soddisfacenti. Se nello scenario attuale dell'era BEPS lo scopo della disciplina è intercettare necessariamente i redditi "geograficamente mobili" che possano dare luogo ad anomalie artificiose, il novellato articolo 167 del Testo Unico non pare cogliere interamente l'obiettivo.

⁴¹⁷ L'AIDC richiama alcune sentenze della Corte di Giustizia per avvalorare la propria tesi sostenendo che è lo Stato a dover considerare nel complesso la situazione e motivare al contribuente il *fumus boni iuris* o le prove della presunta elusione.

⁴¹⁸ La soluzione proposta dall'AIDC sarebbe quella di togliere la parola "dimostra" dal 5° comma dell'articolo 167 e introdurre nel comma 11 un riferimento al comma 6 dello Statuto dei diritti del contribuente in cui si specifica che prima dell'avviso di accertamento, l'Amministrazione finanziaria deve notificare al contribuente i motivi per cui si ritiene configurabile un abuso del diritto, e a cui il contribuente ha il diritto, nel termine di 60 giorni, di rispondere per fornire chiarimenti.

Tuttavia, al netto delle considerazioni fin qui svolte, è evidente come la disciplina CFC abbia mutato aspetto dopo le modifiche introdotte dal decreto. D'altronde il fatto che la disciplina sia confluita in unico modello, peraltro molto affine a quello precedentemente definito *white*, non è un tema da sottovalutare, soprattutto in termini di semplificazione sia dal lato del contribuente che dal lato dell'Amministrazione finanziaria. Inoltre, il riferimento esclusivo alla tassazione effettiva, così come il concetto di controllo economico e l'esimente dell'attività economica sostanziale sono aspetti che si adeguano perfettamente ai contenuti della direttiva e compensano alcune "occasioni mancate"⁴¹⁹ del legislatore che ha preferito, ancora una volta, rimanere legato alla tradizione.

⁴¹⁹ Citando E.M BAGAROTTO, op. cit.

4. La normativa CFC in UK

4.1 Le CFC rules contenute nell'ICTA del 1988 e i casi *Cadbury Schweppes* e *Vodafone 2*

4.1.1 Breve analisi delle prime CFC rules

Le prime CFC rules inglesi – introdotte nel 1984 essenzialmente per impedire che i contribuenti residenti nel Regno Unito riducessero sensibilmente i loro oneri fiscali dirottando i profitti verso controllate localizzate in regimi a imposizione ridotta – confluirono insieme ad altre disposizioni fiscali nell'*Income and Corporation Taxes Act* (ICTA) del 1988⁴²⁰.

Rimaste in vigore fino al periodo d'imposta antecedente il 1° gennaio 2013, tali norme prevedevano la diretta imputazione dei redditi prodotti da specifiche controllate estere in capo alle società fiscalmente residenti in UK aventi un interesse in tali società⁴²¹. Si intuisce che la previsione legislativa ivi delineata, che seguiva peraltro un approccio "entity" (come quello italiano), rappresentava una deroga alle regole ordinarie di tassazione, secondo cui una società inglese non era soggetta di norma a imposte al momento della realizzazione degli utili della controllata⁴²². In particolare era considerata CFC una società "overseas"⁴²³ (residente fuori dal Regno Unito) controllata da contribuenti inglesi assoggettata a una tassazione effettiva nella propria giurisdizione inferiore al 75% di quella subita qualora fosse stata residente nel Regno Unito.

Tuttavia, la tassazione per trasparenza non si sarebbe applicata laddove la controllata estera avesse soddisfatto durante il periodo di imposta una delle esclusioni (cd. *statutory exclusions*) previste dalla normativa⁴²⁴, a meno che il Treasury non avesse catalogato il

⁴²⁰ Cfr. *Income and Corporations Taxes Act, 1988 - Chapter IV Part XVII*. Le informazioni sono prevalentemente prese da Gov.uk, *International Manual*, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm254100>

⁴²¹ In estrema sintesi i soggetti che hanno un interesse in una società controllata estera sono quanti che possiedono o hanno la facoltà di acquisire capitale azionario o diritti di voto nella società; quanti che possiedono o hanno la facoltà di acquisire un diritto di partecipare alla distribuzione di utili; quanti che hanno la disponibilità di redditi e attivi (presenti o futuri) della società e qualsiasi altro soggetto che sia da solo che con altri ha il controllo della compagnia. A tal proposito cfr. *Income and Corporations Taxes Act, 1988 - Chapter IV Part XVII*, article 749, par. 5,

⁴²² Come sottolinea M. TANCREDI, "La Corte di giustizia censura l'applicazione della legislazione inglese sulle «CFC» per violazione della libertà di stabilimento, in *GT - Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2007, n.1, p. 21 ss.

⁴²³ Cfr. Gov.uk, *International Manual*, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm254170>

⁴²⁴ Cfr. *Income and Corporations Taxes Act, 1988 - Chapter IV Part XVII*, article 748.

Paese in cui era localizzata la società estera come automaticamente coinvolto nella disciplina CFC. Ciò premesso, la prima esclusione riguardava le controllate residenti in Paesi espressamente identificati in una lista specifica (cd. *white list*), che altresì soddisfacessero determinati requisiti di reddito⁴²⁵. Lo scopo di questo criterio di esclusione era quello di esentare le società che, in virtù del luogo di residenza e della natura dei profitti realizzati, potevano sensatamente non essere ritenute motivo di elusione fiscale.

Un'altra condizione che escludeva una controllata dal novero del regime in esame è relativa alla politica di distribuzione degli utili (cd. *Acceptable Distribution Policy* – ADP). Più specificamente, il test di cui sopra presupponeva che una società controllata estera non incorresse nel regime CFC qualora avesse provveduto alla distribuzione dei dividendi entro i 18 mesi successivi alla fine del periodo di imposta nella misura di almeno il 90% dei suoi proventi netti imputabili (cd. *Net chargeable profits*) direttamente o indirettamente a soggetti residenti in UK⁴²⁶. Il fatto di prevedere un simile esonero induce a ritenere che una delle finalità delle vecchie CFC *rules* fosse estremamente legata al contrasto ai fenomeni di *tax deferral*.

Proseguendo con le “*exemptions*”, venivano esonerate dal perimetro di applicazione le imprese esercenti determinate attività (cd. *Exempt Activities Test* – EAT) da cui non ci si attendeva l'intento di ridurre l'imposizione. L'esclusione riguardava un'ampia gamma di attività di “trading” e certe tipologie di holding. Per soddisfare tale requisito la controllata estera doveva rispettare congiuntamente una serie di condizioni. In primis doveva possedere un “*business establishment*⁴²⁷” effettivamente gestito nel territorio di

⁴²⁵ Cfr. Gov.uk, International Manual, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm254220#IDAWS41B>

Per quanto riguarda la lista di giurisdizioni escluse si rimanda alle Parti I e II dell'*Excluded Countries Regulations*, mentre per i requisiti di reddito fanno riferimento i termini espressi dalle Regulation 4 e 5 n. 3081 del 1998. Nello specifico: “The requirement with respect to the income and gains of a controlled foreign company as respects an accounting period is that the amount of its non-local source income arising in that accounting period does not exceed whichever is the greater of–

(a) £50,000 or, where that accounting period is less than twelve months in duration, that amount proportionately reduced, and

(b) an amount equal to ten per cent. of its commercially quantified income arising in that accounting period.

⁴²⁶ Una distribuzione che si protragga oltre i 18 mesi è ammessa solo in determinati casi particolari. Cfr. Gov.uk, International Manual, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm254630>

⁴²⁷ Per “*business establishment*” si intendono strutture utilizzate con un ragionevole grado di permanenza a da cui il business della società nel suo territorio di residenza è prevalentemente condotto. Lo scopo del requisito del “*business establishment*” è assicurare che una controllata estera abbia una presenza fisica permanente nel luogo in cui risiede. Per un approfondimento sul tema si rimanda a Cfr. Gov.uk, International

residenza durante il periodo di imposta. Secondariamente, per fruire dell'esenzione occorre che l'attività principale della controllata estera non fosse costituita da attività di investimento (cd. *investment business*) o fosse inerente a operazioni di consegna di beni dal o verso il Regno Unito, oppure da o verso soggetti connessi o associati; nel caso invece di un'impresa coinvolta in attività finanziaria, di vendita all'ingrosso, di distribuzione o di servizi, gli incassi lordi di vendita relativi all'attività della controllata non dovevano derivare direttamente o indirettamente per più del 50% da certe società o individui aventi un interesse nella controllata estera⁴²⁸.

Ancora nell'ambito delle esclusioni, la disciplina CFC non si sarebbe applicata laddove la società controllata estera avesse soddisfatto la condizione della "public quotation"; tradotto significa che almeno il 35% dei diritti di voto doveva appartenere al pubblico, la controllata era quotata in borsa e le azioni erano scambiate in un mercato azionario riconosciuto⁴²⁹.

Inoltre, non sarebbe avvenuta la diretta imputazione per trasparenza dei redditi in capo alla società controllante residente in UK qualora l'impresa controllata estera non avesse prodotto utili in misura superiore a un ammontare di £ 50.000 nel corso del periodo di imposta (cd. *de minimis exemption*⁴³⁰).

Infine, anche in assenza di tutte le condizioni di esenzione ivi descritte, era comunque ancora possibile ottenere l'esclusione dal regime CFC in virtù del "motive test". Il "motive test" si riteneva soddisfatto laddove fossero sussistiti congiuntamente i seguenti requisiti: da una parte la riduzione d'imposta ottenuta dalla società controllata estera nelle transazioni durante l'esercizio è stata minima oppure non ne ha rappresentato il motivo principale; dall'altra la stessa società non è stata costituita prioritariamente per conseguire un vantaggio fiscale derivante dal trasferimento dei redditi fuori dal Regno

Manual, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm254840>

⁴²⁸ Un discorso a parte va fatto per le "holding companies": nell'ipotesi in cui abbiano un "business establishment" e le attività siano effettivamente gestite nel territorio di residenza se soddisfano altri requisiti (tra cui la fonte dei loro redditi) possono comunque beneficiare dell'esclusione. Per un approfondimento si rimanda a Gov.uk, International Manual, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm254850>

⁴²⁹ Cfr. Income and Corporations Taxes Act, 1988 - Chapter IV Part XVII, article 748, par. 1, (c)

⁴³⁰ Peraltro questo genere di esclusione è previsto sia dall'Action 3 del progetto BEPS che dalla direttiva ATAD.

Unito⁴³¹. La valutazione di tali condizioni non era oggettiva ma doveva essere condotta separatamente per ogni singolo caso. In tali termini, il test sembrava evitare il riferimento al concetto di elusione per focalizzarsi su quello apparentemente più innocuo di riduzione delle imposte.

Prima di passare al tema concernente il calcolo dei redditi imputabili per trasparenza e alla loro relativa attribuzione, si ritiene opportuno precisare che antecedentemente all'introduzione della dichiarazione dei redditi (cd. *Self assessment*) relativa all'imposta sulle società (cd. *Corporation tax*), era necessaria un'indicazione da parte della commissione dell'*Inland Revenue* (successivamente HMRC) – l'Agenzia delle Entrate per intenderci – che determinasse il reddito di una CFC da imputare alla società fiscalmente residente in UK⁴³².

In linea di massima, il meccanismo previsto dal legislatore britannico per determinare il reddito da attribuire al soggetto residente presupponeva un calcolo basato essenzialmente sulle regole della *Corporation tax*, senza tenere conto però delle plusvalenze della CFC⁴³³. In estrema sintesi, il reddito era computato come se l'impresa estera fosse fiscalmente residente in UK, questo sia nel momento in cui il calcolo avveniva per stabilire se la controllata estera potesse beneficiare dell'esenzione in nome del *de minimis test*, che quando la stessa era considerata una CFC. Ciò premesso, per quanto le regole per il calcolo della base imponibile fossero sostanzialmente le stesse di quelle previste per l'imposta sulle società applicata ai soggetti residenti, erano necessarie alcune variazioni rispetto alle previsioni ordinarie in ragione del fatto che le CFC non fossero realmente ivi residenti⁴³⁴.

Appurato che una società controllata estera fosse assoggettabile al regime CFC, i redditi imputabili venivano attribuiti a quanti avevano un interesse nella società⁴³⁵. L'aliquota appropriata da applicare alla base imponibile era la "full Corporation tax" in vigore per il

⁴³¹ Cfr. Gov.uk, International Manual, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm255170>

⁴³² Cfr. Gov.uk, International Manual, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm254170>

⁴³³ Cfr. Gov.uk, International Manual, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm254230>

⁴³⁴ Per un approfondimento sulle regole appositamente previste si rimanda a Cfr. Gov.uk, International Manual, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm255600>

⁴³⁵ Per un approfondimento circa il calcolo degli interessi si rinvia a Gov.uk, International Manual, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm255940>

contribuente durante il periodo di imposta in corso⁴³⁶. Quando venivano attribuiti i redditi della CFC, la dichiarazione era compilata dalle società residenti a cui era stato imputato almeno il 25% degli utili⁴³⁷. Nella determinazione dei redditi attribuibili (cd. *apportionment*) era necessario tenere in considerazione le imposte detraibili (cd. *creditable tax*⁴³⁸) della CFC, anch'esse da ripartire tra i soggetti aventi un interesse nella controllata estera. Essenzialmente veniva riconosciuto un credito per le imposte assolte dalla CFC nel luogo in cui era stabilita. In aggiunta, era detraibile l'*Income tax* inglese applicata alla fonte su pagamenti (ad esempio di interessi passivi) percepiti dalla CFC, nonché la *Corporation tax* applicata sugli utili prodotti dalla CFC (ad esempio le imposte sui redditi di una stabile organizzazione attraverso la quale la controllata estera svolgeva un'attività in UK). Oltretutto, si poneva un problema di doppia imposizione nel caso in cui i dividendi, appartenenti all'ammontare di reddito già imputato per trasparenza, fossero tassati in capo al contribuente inglese al momento della percezione. Per evitare ciò l'imposta versata a fronte del regime CFC era configurabile come imposta addizionale pagata dalla controllata all'estero⁴³⁹: si concedeva dunque un credito d'imposta (cd. *relief*) scomputabile dalla ritenuta sui dividendi subita dalla società inglese⁴⁴⁰.

⁴³⁶ Cfr. Gov.uk, International Manual, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm255860>

⁴³⁷ Cfr. Gov.uk, International Manual, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm255880>

⁴³⁸ Per un approfondimento sul tema cfr. Gov.uk, International Manual, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm255830>

⁴³⁹ Come specifica M. TANCREDI, op.cit.

⁴⁴⁰ Per un approfondimento sul tema cfr. Gov.uk, International Manual, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm256230>

4.1.2 La compatibilità delle norme inglesi tra i casi Cadbury Schweppes e Vodafone 2

Le CFC rules precedentemente delineate, come peraltro già accennato nelle parti precedenti della trattazione, sono state vagliate dalla Corte di Giustizia europea in occasione del “seminal case” Cadbury Schweppes⁴⁴¹. Protagonista dei fatti era la Cadbury Schweppes plc, società fiscalmente residente nel Regno Unito e madre dell’omonimo gruppo. Quest’ultima tramite la società Cadbury Schweppes Overseas Ltd (CSO) controllava indirettamente al 100% due società irlandesi – rispettivamente Cadbury Schweppes Treasury Services (CSTS) e Cadbury Schweppes Treasury International (CSTI) – localizzate presso l’*International Financial Services Centre* (IFSC) di Dublino e ivi soggette a un regime di imposizione del 10%. Tali società erano state costituite prioritariamente per ottenere finanziamenti e svolgere funzioni di tesoreria per conto delle altre società del gruppo sparse in Europa e nel resto del mondo.

L’Amministrazione finanziaria britannica reputava che non sussistesse nessuna delle esclusioni precedentemente descritte e la tassazione scontata da CSTS e CSTI era inferiore al 75% di quella a cui sarebbero state assoggettate se residenti in UK; pertanto si rendeva applicabile la disciplina CFC.

Nel corso del periodo di imposta del 1996 veniva quindi notificato un avviso di accertamento a CSO con cui si pretendeva il pagamento dell’imposta per gli utili realizzati da CSTI (non nel caso di CSTS perché aveva chiuso l’esercizio in perdita).

L’atto veniva tuttavia impugnato davanti alla commissione tributaria di Londra in nome dell’incompatibilità delle CFC rules con le libertà fondamentali sancite dal TFUE.

Per quanto lo *Special Commissioners of Income Tax* (il giudice tributario britannico) avesse ritenuto che le due controllate sopra menzionate fossero state stabilite in Irlanda

⁴⁴¹ Per l’analisi del caso Cadbury Schweppes nella prospettiva della norma CFC britannica si fa riferimento a M. TANCREDI, op.cit., P. GARIBOLDI, I. LA CANDIA, I. MARRAFFA, “Sulla compatibilità della normativa cfc con le convenzioni internazionali ed il diritto comunitario”, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2007, n. 3, p. 929 ss.S. CIPOLLINA, “Cfc legislation e abuso della libertà di stabilimento: il caso Cadbury Schweppes”, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2007 fasc. 1, pt. 2, pp. 13 – 28, C. HJI PANAYI, *The ATAD’s CFC Rule and its impact on the Existing Regimes of EU Member States*, in P. PISTONE (a cura di), *The implementation of anti-BEPS rule in the EU: a comprehensive study*, Amsterdam, 2018, P. ELLIOT, “United Kingdom”, in *16 EC Tax Review*, 2007, Issue 1, pp. 52–55, T. O’SHEA, “The UK’s F rules and the freedom of establishment: Cadbury Schweppes plc and its IFSC subsidiaries - tax avoidance or tax mitigation?”, in *16 EC Tax Review*, 2007, Issue 1, pp. 13–33, M. PERSOFF, “HMRC revised draft guidance on controlled foreign companies rules”, in *17 EC Tax Review*, 2008, Issue 2, pp. 96–96, E. TOMSETT, “EC Tax Scene: ECJ Rules UK CFC Legislation Contrary to EC Law”, in *34 Intertax*, 2006, Issue 11, pp. 575–575

esclusivamente per fruire dell'aliquota d'imposta di favore⁴⁴², per valutare la questione principale circa la compatibilità della norma CFC inglese con il diritto comunitario era necessario valutarne altre secondarie, legate all'abuso delle libertà fondamentali, alle giustificazioni di una loro restrizione a fronte di una tale disciplina, nonché al principio di proporzionalità⁴⁴³.

In questi termini, una volta sospeso il processo davanti alla commissione tributaria di cui sopra, veniva sottoposta la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia europea⁴⁴⁴. Si rammenta che tale norma è ammessa solo nella misura in cui sia rivolta a intercettare le costruzioni puramente artificiali (“wholly artificial arrangements”) e che la scelta di costituire una società in un determinato Stato membro per beneficiare di un regime fiscale più vantaggioso di per sé non costituisce un abuso della libertà di stabilimento.

Le vecchie CFC *rules* inglesi erano disapplicabili al verificarsi di alcune “exemptions”, in quanto si presagiva l'assenza di strutture artificiali volte a eludere l'imposta nazionale (si pensi all'*Acceptable Distribution Policy* e all'*Exempt Activities Test*). Al contempo, era esperibile il “motive test” tramite cui ottenere ugualmente la disapplicazione della norma. A tal riguardo si riteneva però che i requisiti richiesti, affinché tale test fosse soddisfatto, fossero, sotto il profilo letterale, non allineati alle interpretazioni dell'Avvocato Generale e della Corte di Giustizia. Entrambe le condizioni del test erano legate alla variabile fiscale: tradotto, la riduzione del carico fiscale non doveva rappresentare l'intento primo né delle operazioni poste in essere durante un esercizio né della costituzione della società. In questi termini è evidente la totale mancanza di un riferimento esplicito alle costruzioni di puro artificio e alla genuinità della struttura.

Ciò dunque – potendo essere la motivazione principale quella di localizzare l'attività nell'IFSC di Dublino per godere del beneficio fiscale e nel contempo essere l'attività frutto di una reale sostanza economica – non sembrava *prima face* sufficiente.

Tuttavia, la Corte di Giustizia nel caso di specie rinviava la questione al giudice nazionale

⁴⁴² Come riporta M. TANCREDI, op. cit. “secondo il giudice remittente CSTI era stata ivi stabilita al precipuo scopo di evitare l'applicazione di certe disposizioni fiscali britanniche in materia di cambio; inoltre CSTS sarebbe stata stabilita in Irlanda al fine di raggiungere un triplice obiettivo: aggirare un problema tributario gravante sui contribuenti cadesi titolari di azioni preferenziali di CS, evitare la necessaria autorizzazione delle Autorità del Regno Unito in materia di prestiti per l'estero e ridurre le ritenute alla fonte sui dividendi pagati nell'abito del gruppo, avvalendosi della direttiva “madre-figlia.”

Sul punto cfr. anche T. O'SHEA, op. cit.

⁴⁴³ Cfr. M. TANCREDI, *Ibid.*

⁴⁴⁴ Cfr. M. TANCREDI, *Ibid.* e P. GARIBOLDI, I. LA CANDIA, I. MARRAFFA, op. cit. Per un approfondimento sul tema concernente la compatibilità della CFC *legislation* con il diritto comunitario si rimanda al capitolo 2.

concludendo che sarebbe toccato a lui riscontrare se il “motive test”, come determinato dalle CFC *rules*, si prestasse a un’interpretazione in grado di circoscrivere l’applicazione della tassazione per trasparenza alle “costruzioni puramente fittizie”, oppure se – nell’ipotesi in cui nessuna delle “exemptions” fosse verificata e la componente fiscale fosse preponderante nella scelta del contribuente di costituire la controllata estera – si sarebbe applicato il regime CFC, ancorché non presentasse elementi di artificiosità⁴⁴⁵. Se nella prima ipotesi le CFC *rules* inglesi risultavano compatibili con il diritto comunitario, lo stesso non poteva sostenersi con riguardo alla seconda ipotesi⁴⁴⁶.

In risposta alla sentenza del 12 settembre 2006 targata “Cadbury Schweppes”, il Governo britannico introduceva una modifica a partire dal 6 dicembre dello stesso anno. Nello specifico, la finalità della rettifica era fornire una procedura chiara e certa alle società residenti che consentisse di provare la genuinità dell’attività svolta dalla controllata e altresì stabilire l’ammontare di profitti che in tal senso dovrebbe essere escluso dall’imputazione per trasparenza⁴⁴⁷. La nuova disposizione si applicava nell’ipotesi in cui una controllata estera avesse dei propri lavoratori presso un “business establishment” in un altro Stato appartenente allo SEE. Anche qualora i redditi della CFC fossero assoggettati a tassazione per trasparenza, la società residente in UK avrebbe potuto comunque ricorrere all’HMRC per ottenere la riduzione dei redditi imputabili di uno “specified amount” corrispondente al valore economico netto (cd. *net economic value*) derivante direttamente dal lavoro creato per il gruppo dagli operatori⁴⁴⁸. L’HMRC era tenuta ad accogliere il ricorso a condizione che la società residente avesse dimostrato che l’ammontare specifico soddisfacesse determinati criteri, e avesse quindi diritto alla riduzione dei redditi imputabili per trasparenza per la porzione configurabile come “net economic value⁴⁴⁹”.

Malgrado ciò, la compatibilità delle CFC *rules* inglesi veniva rimessa in discussione nel

⁴⁴⁵ Cfr. Corte di Giustizia Europea, 12 settembre 2006, n. C-196/04, par. 72 e T. O’SHEA, op. cit.

⁴⁴⁶ Cfr. Corte di Giustizia Europea, 12 settembre 2006, n. C-196/04, par. 73 e 74

⁴⁴⁷ Cfr. Gov.uk, International Manual, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm256010>

⁴⁴⁸ Cfr. Gov.uk, International Manual, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm256020>

⁴⁴⁹ Cfr. Gov.uk, International Manual, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm256030>

Il valore economico netto è il reale profitto economico generato per il gruppo nel suo insieme dall’operare degli individui che lavorano per la controllata estera nello Stato SEE.

caso “Vodafone 2⁴⁵⁰”. Esponendo brevemente l’antefatto, nel marzo del 2000 Vodafone acquisiva il gruppo Mannesmann AG e costituiva altresì la società lussemburghese Vodafone Investments Luxembourg Sarl (VIL) controllata al 100%. VIL sostanzialmente fungeva da holding intermedia e si occupava di reperire finanziamenti per il gruppo. A tal proposito, l’Amministrazione finanziaria britannica (HMRC) riteneva che i redditi derivanti dagli interessi percepiti da VIL relativi alle obbligazioni dovevano essere imputati per trasparenza in nome della normativa CFC. Nel 2008 la High Court, alla luce di quanto emerso nella sentenza Cadbury Schweppes, era giunta alla conclusione che le CFC *rules* inglesi fossero incompatibili con la libertà di stabilimento e non fosse compito della Corte decidere come renderla compatibile, piuttosto fosse una problematica che avrebbe dovuto risolvere il Parlamento modificando la legislazione. Dal momento che il legislatore non aveva provveduto in tal senso, l’allora disciplina CFC era stata dunque considerata inefficace rispetto a quante società residenti in UK controllavano società localizzate in Stati membri o appartenenti allo SEE. Tuttavia la Corte di Appello – chiamata in causa dall’HMRC un anno dopo – ribaltò la decisione presa dalla High Court. Più precisamente, giudicò che le CFC *rules* inglesi erano da intendersi come se includessero una nuova esenzione addizionale con valenza retroattiva. Tale “new exception” si sarebbe applicata alle controllate stabilite in Stati membri UE o aderenti allo SEE qualora ivi avessero svolto un’attività economica genuina, rimanendo però in vigore la CFC ordinaria per quelle controllate extra-UE. Il punto era definire se questa decisione della Corte rimanesse nella sfera dell’interpretazione (ad essa appartenente), oppure si spingesse oltre il confine sfociando nel campo della legislazione (non di sua competenza); in questi termini, non allontanandosi dagli elementi essenziali della disciplina CFC inglese rientrava nell’ambito interpretativo⁴⁵¹.

Tale sviluppo sembra dare un saggio delle attuali CFC *rules* – di cui si dirà approfonditamente nelle parti seguenti – rivoluzionate dal Finance Bill del 2012 e

⁴⁵⁰ Per un approfondimento sul tema si rimanda a Deloitte, *Vodafone 2: Court of Appeal reverses High Court decision*, 2009, ritratto da [https://www.taxpublications.deloitte.co.uk/tis/dtp.nsf/0/A33019B98DA2B50C802575BE00551686/\\$file/Vodafone%202%20Final%20SGB%20WJID.pdf](https://www.taxpublications.deloitte.co.uk/tis/dtp.nsf/0/A33019B98DA2B50C802575BE00551686/$file/Vodafone%202%20Final%20SGB%20WJID.pdf)

Deloitte, *Controlled foreign companies: Vodafone wins in the High Court*, 2008, ritratto da [https://www.taxpublications.deloitte.co.uk/tis/dtp.nsf/0/c4fa9c77354926728025747f00470c07/\\$FILE/BTB_Vodafone_Final.pdf](https://www.taxpublications.deloitte.co.uk/tis/dtp.nsf/0/c4fa9c77354926728025747f00470c07/$FILE/BTB_Vodafone_Final.pdf)

⁴⁵¹ Sul punto cfr. Deloitte, *Vodafone 2: Court of Appeal reverses High Court decision*, 2009, ritratto da [https://www.taxpublications.deloitte.co.uk/tis/dtp.nsf/0/A33019B98DA2B50C802575BE00551686/\\$file/Vodafone%202%20Final%20SGB%20WJID.pdf](https://www.taxpublications.deloitte.co.uk/tis/dtp.nsf/0/A33019B98DA2B50C802575BE00551686/$file/Vodafone%202%20Final%20SGB%20WJID.pdf)

ritoccate in un secondo momento dal Finance Bill del 2018 con cui è stata recepita la direttiva ATAD.

4.2 Le nuove CFC rules riformate dal *Finance Bill* 2012 e l'indagine della Commissione Europea

4.2.1 Caratteri distintivi delle nuove CFC rules introdotte dalla riforma

Per quanto il Governo e la Corte di Appello inglesi avessero provato ad aggiustare le CFC rules nei termini precedentemente descritti, la Commissione Europea – non ritenendo sufficienti tali correzioni – aveva richiesto formalmente tramite un parere motivato (cd. *reasoned opinion*) che le stesse fossero ulteriormente emendate⁴⁵². Infatti, nonostante il giudizio espresso dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Cadbury Schweppes*, la normativa CFC inglese non poteva dirsi ancora compatibile con il diritto comunitario: continuava a mancare l'espressa esclusione per le controllate stabilite in uno stato UE non “purely artificial⁴⁵³”.

Peraltro, le prime proposte di modifica delle CFC rules provenivano dal Ministero Economia e Finanza (HM Treasury) che insieme all'Amministrazione finanziaria (HMRC) aveva pubblicato il 26 gennaio 2010 un documento di consultazione⁴⁵⁴. In tale contesto si andava delineando il *target* della riforma, vale a dire la deviazione artificiosa dei redditi prodotti in UK. Tuttavia tale riforma non si limitava alle norme CFC, ma rientrava in un piano strategico di politica fiscale ben più ampio: mandare il segnale che il Regno Unito era “open for business⁴⁵⁵”. In dettaglio, la riforma delle CFC rules oltre ad avere l'obiettivo di difendere la base imponibile nazionale dai fenomeni di dirottamento dei profitti verso l'estero, era altresì mirata a ripristinare la competitività del sistema fiscale britannico quale “asset” e “business destination⁴⁵⁶”. L'intento era quello di delineare un regime CFC più improntato a un approccio di stampo “territoriale” in cui escludere quelle transazioni *intercompany* “estero su estero” non pericolose per la base imponibile nazionale⁴⁵⁷. In tal

⁴⁵² Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Commission requests UK further amend its treatment of controlled foreign corporations (CFCs)*, IP/11/606, May 2011

⁴⁵³ Cfr. *Ibid.*

⁴⁵⁴ Sul punto cfr. M. PERSOFF, “UK”, in *19 EC Tax Review*, 2010, Issue 3, pp. 142–143

⁴⁵⁵ Come riporta S. CIPOLLINA, “Profili evolutivi della “CFC Legislation” dalle origini all'economia digitale”, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2015 fasc. 3, pt. 1, p. 372

⁴⁵⁶ Sul punto cfr. M. PERSOFF, *op.cit.* S. CIPOLLINA, *Ibid.*

⁴⁵⁷ Cfr. S. CIPOLLINA, *Id.*, p. 374

senso, un altro tema toccato dal documento di consultazione riguardava le società finanziarie che comportavano un rischio di “artificial diversion” nel momento in cui erano finanziate con capitale inglese⁴⁵⁸. La proposta dunque era di fare riferimento al rapporto tra debito ed equity: nel caso di uno sbilanciamento verso quest’ultimo, la controllata sarebbe stata assoggettata alla disciplina CFC⁴⁵⁹. Inoltre, l’attenzione era rivolta ai redditi derivanti da proprietà intellettuale (IP) – potenziale “vettore di profitti all’estero” – e più specificamente era necessario differenziare gli uni derivanti da progetti di “ingegneria fiscale” dagli altri viceversa genuini⁴⁶⁰. In estrema sintesi, la formulazione delle esenzioni doveva essere legata all’aspetto territoriale dei redditi, escludendo – anche in vista di una ricercata competitività del sistema tributario – i casi di legame debole con lo UK associati altresì a quantità irrilevanti di redditi⁴⁶¹.

Pertanto, alla luce dei lavori preparatori alla riforma e della richiesta formale della Commissione Europea, il Regno Unito con il *Finance Act* 2012 introduce – a partire dal periodo d’imposta successivo al 1° gennaio 2013 – delle nuove CFC *rules* radicalmente modificate⁴⁶². Se da una parte il nuovo regime è più mirato rispetto al precedente, dall’altra si presenta ancora estremamente spinoso e articolato, malgrado l’intento di semplificazione costituisca uno dei principi a cui la riforma si è ispirata⁴⁶³. Per ovviare all’evidente complessità si cerca di concentrare l’analisi sugli aspetti più rilevanti delle norme, procedendo in maniera chiara, sintetica ed efficace⁴⁶⁴.

Le nuove CFC *rules* si applicano alle società localizzate all’estero che sono controllate da soggetti residenti nel Regno Unito, nonché alle stabili organizzazioni estere esenti da imposta in UK. Anzitutto occorre definire il concetto di controllo. La prima fattispecie di controllo prevista riguarda il controllo legale (cd. *legal control*), ovvero la detenzione

⁴⁵⁸ Cfr. M. PERSOFF, op.cit.

⁴⁵⁹ Cfr. S. CIPOLLINA, op. cit., p. 374

⁴⁶⁰ Cfr. S. CIPOLLINA, *Ibid.* che identifica come situazioni “ad altro rischio, in cui prevale la difesa della base imponibile nazionale, sono quelle in cui la proprietà intellettuale: i) creata nel Regno Unito, viene trasferita in un Paese a bassa fiscalità; ii) pur essendo detenuta all’estero, è effettivamente gestita nel Regno Unito; iii) rappresenta un investimento fatto all’estero, ma finalizzato con fondi britannici.”

⁴⁶¹ Cfr. S. CIPOLLINA, *Ibid.*

⁴⁶² Tali norme sono contenute in Taxation and Other Provisions Act (TIOPA) 2010, part 9A

⁴⁶³ Cfr. HM Treasury, Business Tax Roadmap, March 2016, par. 1.1

⁴⁶⁴ Gli spunti per l’analisi sono presi da Gov.uk, International Manual, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm190000>, A. BAL, *United Kingdom, Corporate Taxation*, IBFD, 2019, Blickrothenberg, New Uk CFC Rules ritratto da <http://www.blickrothenberg.com/getmedia/7051b915-1db7-40d1-8d12-fb1199ad3220/New-UK-CFC-rules.pdf.aspx>, S. EDEN, *The meaning of tax avoidance and tax planning in the United Kingdom*, in A. DOURADO (a cura di), *Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context*, Amsterdam, 2017

(diretta o indiretta) di azioni, possesso del potere di voto o poteri simili attraverso cui il contribuente è in grado di esercitare un'influenza significativa sugli affari della società. Tuttavia, occorre specificare che i soggetti non devono essere connessi reciprocamente perché la società estera si consideri controllata da soggetti residenti nel Regno Unito, è sufficiente che ad esempio due soggetti indipendenti detengano ciascuno il 30% dei diritti di voto. Secondariamente è contemplata la nozione di controllo economico (cd. *economic control*), secondo cui si presuppone che i soggetti ricevano (direttamente o indirettamente) la maggioranza dei proventi da cessione della totalità del capitale sociale, l'utile di una distribuzione se è stato interamente distribuito oppure i beni della società in caso di liquidazione⁴⁶⁵. Inoltre, si determina il controllo anche in virtù di un test basato sui principi contabili internazionali ("FRS 102") che configura come CFC quante controllate sono consolidate nel bilancio dell'impresa residente⁴⁶⁶.

Una volta assodato che una società estera ha le prerogative per essere una CFC, è necessario verificare alcuni step per determinare l'applicabilità del "CFC charge"⁴⁶⁷. In altri termini, si applica la tassazione per trasparenza degli utili in capo al soggetto controllante se e soltanto se la CFC ha "chargeable profits", se non si verifica nessuna delle esenzioni ("entity-level" o "specific") e se il soggetto residente in UK "interest holder" detiene (insieme alle società collegate) un interesse quantomeno pari al 25%.

Prima di soffermarsi sul tema dei "chargeable profits" e in particolare del "charge gateway", si descrivono brevemente le "exemptions". In sostanza, le cinque "full exemptions" – note anche come "entity-level exemptions" – comportano l'esclusione di tutto il reddito dal meccanismo di imputazione per trasparenza; hanno quindi l'obiettivo di evitare il "charge" laddove la CFC sia una normale *trading company* che non dovrebbe risultare pericolosa per la base imponibile britannica⁴⁶⁸.

In dettaglio, la prima esenzione concerne un criterio temporale: non avviene l'imputazione per trasparenza durante i primi 12 mesi della nuova proprietà (cd.

⁴⁶⁵ Cfr. Gov.uk, International Manual, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm236275>. Nel caso particolare in cui la società estera è controllata da un soggetto residente e uno non, la società estera viene trattata come CFC se sono soddisfatti i requisiti della "regola del 40%", ovvero quando i due soggetti controllino la società estera e mentre il soggetto residente deve possedere almeno il 40% delle partecipazioni (diritti e poteri), il non residente deve avere più del 40% e meno del 55%.

⁴⁶⁶ Per un approfondimento si rimanda a Gov.uk, International Manual, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm236400>

⁴⁶⁷ Cfr. Chapter 2 of Part 9A TIOPA

⁴⁶⁸ Cfr. S. EDEN, op. cit., p. 758

ownership) acquisita da un residente; la seconda esclude dal “charge” le CFC localizzate in determinati territori (prevalentemente quelli con un’aliquota nominale maggiore al 75% di quella UK) purché i loro profitti derivanti da talune categorie non eccedano il 10% dell’EBIT⁴⁶⁹; la terza prevede l’esonero per le CFC che in un esercizio realizzano utili non superiori a £ 50.000, oppure che non eccedono £ 500.000 e i profitti “non-trading” non superano £ 50.000; la quarta determina l’esclusione per le CFC i cui utili non oltrepassano il 10% dei costi operativi rilevanti; l’ultima riguarda la tassazione effettiva (già prevista nelle *rules* precedenti), secondo cui si esentano le CFC che hanno pagato imposte pari almeno al 75% di quelle che avrebbero scontato se residenti in UK. In aggiunta, nel caso in cui nessuna delle “full exemptions” ivi menzionate trovi riscontro, le nuove norme forniscono una serie di “specific exemptions” in nome delle quali certi tipi di redditi prodotti dalla CFC sono esclusi⁴⁷⁰.

Se finora le norme sembrano tutto sommato seguire la falsariga delle previgenti, l’elemento che contraddistingue la riforma e al contempo ne mette in luce la complessità è indubbiamente il “charge gateway”. In particolare, nell’ipotesi in cui nessuna delle esenzioni precedentemente descritte si applichi, per determinare i “chargeable profits” di una CFC è necessario verificare se e in che misura i presunti redditi totali di quest’ultima rientrano nel “charge gateway”, in altri termini passano attraverso il “portale” dell’imputazione.

Il “portale” – traduzione letterale di “gateway” – impone al 3° capitolo del disposto normativo (Part 9A TIOPA) una sorta di “filtro” iniziale. Le previsioni di tale capitolo indicano le condizioni che le categorie di reddito devono rispettare affinché possano applicarsi i capitoli dal 4° all’8°. Nello specifico:

⁴⁶⁹ Tuttavia, questa esenzione non si applica qualora una quantità significativa di IP è stata trasferita dal Regno Unito alla CFC nel periodo di imposta o nei 6 anni precedenti. Sul punto cfr. Blickrothenberg, *New UK CFC Rules* ritratto da <http://www.blickrothenberg.com/getmedia/7051b915-1db7-40d1-8d12-fb1199ad3220/New-UK-CFC-rules.pdf.aspx>

⁴⁷⁰ Cfr. Id., “The following categories of profit will be exempt:

- Capital gains;
- Property business profits;
- Business profits - except those passing through the CFC charge Gateway;
- Trading finance profits - except those passing through the CFC charge Gateway;
- Non-trading finance profits – ¾ exempt if tax election / claim made;
- Incidental (< 5%) non-trading finance income;
- Group treasury company finance profits – ¾ exempt if elect to treat as non-trading and elect for partial exemption.”

- il 4° capitolo concerne essenzialmente i “business profits”, ovvero ogni reddito che non sia “non-trading finance” e derivante da redditi immobiliari;
- il 5° riguarda i “non-trading finance profits”;
- il 6° i “trading finance profits”;
- il 7° tratta i profitti delle “captive insurance companies”;
- l’8° quelli di certe controllate di società finanziarie regolamentate.

Se le condizioni per l’applicazione di un particolare capitolo non sono soddisfatte, la CFC non avrà dunque “chargeable profits” derivanti da quel capitolo. Al contrario se ricorrono le condizioni per accedere a un determinato capitolo, occorrerà applicarne le disposizioni per stabilire la misura in cui i presunti profitti della CFC, rientranti nel medesimo capitolo, passano attraverso il “portale” nel periodo d’imposta corrente⁴⁷¹. In estrema sintesi, il primo passaggio logico per determinare se una CFC detiene “chargeable profits” è, con riferimento a quanto disposto nel 3° capitolo, stabilire quale – ammesso e non concesso che ve ne sia uno – dei capitoli (dal 4° all’8°) si applica in quel determinato periodo d’imposta; secondariamente, si procede ad applicare l’apposito capitolo per individuare se e quanto dei presunti profitti complessivi della CFC passano attraverso il “charge gateway” e sono quindi imputabili per trasparenza⁴⁷².

Sulla base del “filtro” iniziale il 4° capitolo si applica a meno che non ricorra almeno una delle quattro condizioni di cui al capitolo 3 (A, B, C, D). Mentre le prime tre si focalizzano sugli asset e i rischi assunti dalla CFC, da cui può derivare un trasferimento artificioso fuori dal Regno Unito, la condizione D è soddisfatta quando i presunti profitti complessivi della CFC riguardano soltanto “non-trading finance profits” oppure redditi immobiliari.

L’effetto combinato di queste condizioni riduce l’applicazione del 4° capitolo e del “CFC charge” a poche circostanze: essenzialmente quando la CFC sta dirottando redditi dallo UK tramite la separazione forzata degli asset e dei rischi dall’attività sottostante⁴⁷³.

La condizione A è soddisfatta se, durante tutto il periodo d’imposta, la CFC detiene asset e assume rischi in virtù di una costruzione (cd. *arrangement*) che non abbia

⁴⁷¹ Cfr. Gov.uk, International Manual, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm194300>

⁴⁷² Cfr. TIOPA, Part 9A, Chapter 2, S371BB (1)

⁴⁷³ In tal senso, il 4° capitolo sopperisce ai casi di inefficacia delle regole sul transfer pricing, primo rimedio all’inappropriata divisione dei profitti all’interno di un gruppo societario. Cfr. Gov.uk, International Manual, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm197200>

prevalentemente l'intento e l'aspettativa di ridurre o eliminare il carico fiscale per i soggetti residenti in UK ed è logico supporre che l'"arrangement" non sarebbe esistito senza una tale aspettativa⁴⁷⁴.

La condizione B richiede che la CFC non abbia "UK managed assets" e non assuma "UK managed risks" durante tutto il periodo d'imposta. In dettaglio, un asset o un rischio si considerano "UK managed" laddove l'acquisizione, creazione, sviluppo o sfruttamento di asset o l'assunzione di rischio sono gestiti o controllati in misura significativa tramite "relevant UK activities"; tradotto: attività svolte nel Regno Unito dalla stessa CFC (tranne quando svolte attraverso una stabile organizzazione inglese) oppure da società collegate alla CFC in base ad accordi che non sarebbe ragionevole presumere essere stipulati da società non collegate tra loro⁴⁷⁵. Inoltre, se la CFC dispone di rischi o asset "UK managed", la condizione C può dirsi soddisfatta se la stessa CFC è in grado di garantire che la propria attività rimarrebbe economicamente effettiva – in ottica stand-alone o con il supporto di terze parti – qualora i rischi e gli asset cessassero di essere "UK managed"; tale test si configura dunque come un esame del grado di dipendenza che la CFC ripone nel controllo o nel management UK⁴⁷⁶.

Appurato che nessuna delle condizioni ivi esposte sia verificata, il 4° capitolo delle nuove *rules* illustra il meccanismo per determinare in che misura i presunti profitti della CFC passino attraverso il "gateway" e siano di conseguenza potenzialmente soggetti all'imputazione per trasparenza. Non rimane quindi che indicarne gli step necessari, precisando che fanno riferimento ai principi riportati nel Report OCSE sull'attribuzione dei profitti alle stabili organizzazioni⁴⁷⁷.

Anzitutto, occorre identificare gli asset e i rischi rilevanti della CFC, vale a dire quelli che hanno contribuito alla formazione dei presunti profitti complessivi di quest'ultima, alla stregua di una *functional analysis* in materia di transfer pricing.

Secondariamente viene esclusa la parte di asset e rischi irrilevanti, ovvero quelli la cui assenza renderebbe i profitti complessivi della CFC solo trascurabilmente inferiori.

⁴⁷⁴ Cfr. TIOPA, Part 9A, Chapter 3, S371CA (2,3,4)

⁴⁷⁵ Cfr. TIOPA, Part 9A, Chapter 3, S371CA (10)

⁴⁷⁶ Per un approfondimento si rimanda a Gov.uk, International Manual, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm197330>

⁴⁷⁷ Cfr. TIOPA, Part 9A, Chapter 4, S371DB

Per un approfondimento sul tema cfr. Gov.uk, International Manual, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm200500>

Individuati gli asset e i rischi rilevanti, si identificano altresì le funzioni significative del personale (cd. *significant people functions* o SPF⁴⁷⁸) determinanti per la detenzione degli asset e l'assunzione dei rischi.

Il passo successivo è capire in che misura le funzioni siano svolte in UK o viceversa altrove: se nessuna delle funzioni appartiene a quelle svolte in UK non c'è applicazione del 4° capitolo e non si verifica il "charge" dei profitti. Per quanto si faccia riferimento alle funzioni che richiedono un processo decisionale attivo, il focus non attiene al luogo in cui il soggetto si trova al momento della decisione, ma si tratta di valutare il processo decisionale nel suo complesso e il management.

Lo step seguente, sulla base delle "UK SPF" individuate, prevede la misura in cui debba avvenire l'attribuzione dei rischi e degli asset appartenenti a un'ipotetica stabile organizzazione nel Regno Unito della CFC.

Proseguendo sono esclusi dagli asset e dai rischi rilevanti della CFC eventuali asset e rischi nella misura in cui l'attribuzione determinata nello step precedente comportasse una perdita di non più della metà del reddito della CFC relativo agli stessi asset e rischi, tenendo in considerazione ogni eventuale spesa addizionale che la CFC avrebbe dovuto pagare sulla base dell'attribuzione *de qua*⁴⁷⁹.

Gli ultimi due step riguardano la determinazione dei profitti rientranti nel 4° capitolo. Pertanto, è necessario operare la rideterminazione dei profitti presunti della CFC come se la stessa non possieda e non abbia sostenuto rispettivamente gli asset e i rischi attribuibili all'ipotetica stabile organizzazione in UK, come descritto in precedenza. I profitti provvisori di cui al 4° capitolo si configurano come l'ammontare dei profitti presunti complessivi della CFC al netto di quelli rideterminati. In estrema sintesi, costituiscono la differenza tra i profitti presunti attuali e quelli rideterminati: tradotto quelli relativi agli asset e ai rischi attribuibili alle funzioni significative del personale UK.

⁴⁷⁸ Per quanto lo stesso Report OCSE non fornisca una definizione generale, specifica che tipicamente si fa riferimento a quelle che richiedono un "active-decision making", cfr. Gov.uk, International Manual, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm200300>

⁴⁷⁹ In termini pratici – posto che l'ammontare A rappresenta l'attribuzione dello step precedente in base a cui si viene a modificare la proprietà degli asset o la misura in cui la CFC assume i rischi e B riflette la situazione in cui la CFC non avrebbe posseduto l'asset o non avrebbe assunto il rischio – un asset o un rischio è escluso dagli asset e dai rischi rilevanti, individuati al secondo step e attribuiti nella misura eventuale al quinto step, laddove A non vada oltre il 50% di B. Per un approfondimento si rimanda a Gov.uk, International Manual, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm200500>

Infine, si verifica il “charge” se ai profitti così ottenuti non siano applicabili ulteriori esclusioni⁴⁸⁰.

Per quanto riguarda i “non-trading finance profits⁴⁸¹”, si fa essenzialmente riferimento a prestiti non commerciali e distribuzioni non esenti⁴⁸². In assenza delle esclusioni di cui si dirà *infra*, passano attraverso il “charge gateway” del 5° capitolo i profitti nella misura in cui sono attribuibili a “UK activities” sulla base delle “significant people functions” svolte in UK (cd. *UK activities test*); dove derivano da finanziamenti inglesi o altri asset rilevanti provenienti da capitale del Regno Unito (cd. *connected capital test*); dove attengono a specifici accordi con società collegate del Regno Unito al posto del pagamento dei dividendi (tendenzialmente prestiti); o dove scaturiscono da leasing finanziari di un asset garantito dalla CFC a una società collegata inglese⁴⁸³. Tuttavia, esistono possibilità importanti per ridurre l'imputazione dei profitti. Anzitutto, si applica una *de minimis exemption* laddove i profitti finanziari non commerciali di una CFC non eccedono il 5% dei profitti commerciali e immobiliari. Secondariamente, è prevista un'esenzione parziale o totale per profitti derivanti da rapporti di prestito qualificati (cd. *qualifying loan relationship*⁴⁸⁴).

Passando ai “trading finance profits⁴⁸⁵”, si fa riferimento ai profitti derivanti da accordi di prestito e da contratti qualificabili come tali. Le regole si applicano anche a distribuzioni

⁴⁸⁰ Più specificamente, vi è la “safe harbour rule” secondo cui tutti i “trading profits” sono esclusi dai profitti previsionali laddove siano soddisfatte congiuntamente le seguenti condizioni: la “business premises condition” secondo cui durante l'esercizio la CFC deve avere sul suo territorio strutture impiegate con un grado ragionevole di permanenza e in cui le attività della CFC sono in prevalenza svolte; la “income condition” secondo cui non più del 20% delle attività commerciali rilevanti devono derivare direttamente o indirettamente da persone residenti in UK o da stabili organizzazioni inglesi di compagnie non residenti; la “management expenditure condition” secondo cui la spesa relativa al management UK dovrebbe non essere più del 20% della spesa totale effettuata dalla CFC; la “IP condition” secondo cui la i profitti presunti della CFC includono l'ammontare derivante dallo sfruttamento dell'IP; la “export of goods condition” secondo cui non più del 20% dei redditi di trading dovrebbe provenire da beni esportati dal Regno Unito. Cfr. A. BAL, op. cit., pp. 135-136

⁴⁸¹ Non-trading finance profits therefore include but are not limited to: Interest income on loans not made for a trade purpose; Related transactions i.e. disposals or acquisition (in whole or in part) of rights or liabilities under a loan relationship; Exchange gains and losses arising on loan relationships; Repos and stock lending; Relevant non-lending relationships; Disguised interest; Derivative contracts and related transactions; Non-trading finance profits arising on relevant finance leases and Any amounts that would be chargeable to corporation tax under Part 9A of CTA 2009 (company distributions). Cfr. Gov.uk, International Manual, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm197700>

⁴⁸² Cfr. A. BAL, op. cit., p. 136

⁴⁸³ Cfr. Id., p. 137

⁴⁸⁴ Di queste esenzioni – disciplinate dal TIOPA, Part 9A, Chapter 9 – si approfondirà nella parte successiva del paragrafo.

⁴⁸⁵ Sul punto cfr. A. BAL, op. cit., p. 138

di dividendi trattati come redditi di trading, nonché quelli derivanti da certi leasing finanziari.

I profitti *de quibus* sono imputabili ai sensi del 6° capitolo nella misura in cui provengono da un eccesso di capitale o, con riferimento all'attività assicurativa, da un eccesso di beni disponibili. Nello specifico, la "short rule" prevede che il 6° capitolo sia applicabile se la CFC possiede "trading finance profits" e ha finanziamenti o asset derivanti, direttamente o indirettamente, da conferimenti di capitale connessi al Regno Unito. Invece, non rientrano nelle disposizioni di tale capitolo i "trading finance profits" se la CFC è una società di finanziamento e ha notificato all'HMRC che gli stessi profitti dovrebbero essere trattati come se fossero "non-trading finance profits".

Gli step per determinare l'ammontare di profitti compresi nel 6° sesto capitolo sono essenzialmente due; in primis è necessario determinare se il "free capital" della CFC eccede quello che sarebbe ragionevole qualora la CFC non fosse controllata al 51% da un'altra società. Per "free capital" si intendono le risorse finanziarie di cui la CFC dispone, nella misura in cui tali risorse non diano luogo a debiti nella determinazione dei profitti "trading" o "non-trading finance". Si rende necessario dunque individuare l'eccesso di "free capital" o, se minore, il "free capital" nel limite in cui derivi da finanziamenti di capitale collegato allo UK. Analogamente, se la CFC svolge attività assicurativa, è necessario individuare se i suoi "free assets" eccedono quanto ragionevolmente necessario se la CFC non fosse controllata al 51% da un'altra società. I "free assets" della CFC rappresentano l'ammontare per cui il valore degli asset eccede il capitale preso a prestito. Quindi, si definisce la quota in eccesso dei "free assets" o, se inferiore, l'ammontare dei "free assets" della CFC nella misura in cui derivi da finanziamenti di capitale connesso al Regno Unito. Qualora nessuno dei due casi ivi descritti produca risultati, nessuno dei profitti sarà imputabile ai sensi del 6° capitolo⁴⁸⁶. Al contrario, se dagli step precedenti sorge un ammontare saranno applicabili le modalità previste del 6° capitolo.

Premesso quindi che i profitti imputabili per trasparenza sono la parte dei presunti profitti complessivi che rientrano nel "charge gateway", è opportuno precisare che i

⁴⁸⁶ Tuttavia, alla luce della complessità dei passaggi di cui sopra sono previste delle disposizioni speciali che forniscono un approccio alternativo basato su un paragone tra il livello di capitale del gruppo e quello della "trading finance CFC". Per un approfondimento si rimanda a A. BAL, Id., p. 139.

presunti profitti totali della CFC sono calcolati sostanzialmente secondo le stesse regole in base alle quali sarebbero calcolati se la CFC fosse residente in UK, al netto dei capital gains. Una volta identificati i profitti che passano attraverso il “portale” e sono dunque tassabili per trasparenza si procede a determinarne l’imputazione.

Prima di tutto occorre individuare i soggetti che vantano un interesse rilevante nella CFC⁴⁸⁷. Il “CFC charge” sarà imputato a un soggetto rilevante se tale soggetto è una società residente nel Regno Unito. In particolare, l’interesse che una società residente in UK ha nei confronti di una CFC è sempre configurabile come rilevante, a meno che non sia detenuto indirettamente tramite un’altra società inglese; in tal caso si considera rilevante l’interesse della società più vicina alla CFC lungo la catena partecipativa⁴⁸⁸.

In secondo luogo, come peraltro previsto dalle norme previgenti, è necessario calcolare le imposte rispettivamente detraibili dalle società che detengono un interesse rilevante nella CFC. In questi termini, sono scomputabili dal “CFC charge” le imposte pagate all’estero dalla stessa CFC evitando quindi un’eventuale doppia imposizione, così come concesso ai soggetti residenti in UK⁴⁸⁹.

Dopodiché, si procede ad attribuire i “chargeable profits” e le “creditable tax” per il relativo periodo d’imposta tra i soggetti rilevanti. Si ritiene opportuno però precisare che per quanto la ripartizione (cd. *apportionment*) dei profitti imputabili e delle imposte detraibili sia in grado di estendersi sia alle persone fisiche che alle società residenti in UK e non, l’addebito CFC (cd. *CFC charge*) è inflitto esclusivamente alle società residenti nel Regno Unito.

In linea con quanto previsto dalle disposizioni normative previgenti, la società inglese sarà assoggettata a imputazione per trasparenza laddove il proprio interesse rilevante insieme con quelli dei soggetti collegati o associati rappresenta almeno il 25% dei profitti imputabili.

In estrema sintesi, il “CFC charge” è la somma risultante dall’applicazione dell’aliquota appropriata della *Corporation tax* su P% (percentuale di attribuzione) di “chargeable

⁴⁸⁷ Per un approfondimento sui soggetti che si ritiene abbiano un interesse in una società si rimanda a TIOPA, Part 9A, Chapter 22, S371VH

⁴⁸⁸ Cfr. Gov.uk, International Manual, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm227300>

⁴⁸⁹ Per un approfondimento sul tema cfr. Gov.uk, International Manual, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm230100>

profits” al netto di Q% (percentuale di attribuzione) delle “creditable tax⁴⁹⁰”. Più specificamente, l’aliquota appropriata corrisponde all’aliquota principale applicabile alla “chargeable company” nel periodo di imposta corrente oppure a una media tra più aliquote di questo genere⁴⁹¹.

Infine, è opportuno precisare che di norma sono esenti da imposizione i dividendi distribuiti da “medium or large companies” a prescindere dalla fonte, per cui anche i dividendi provenienti da CFC sono tendenzialmente esenti da tassazione⁴⁹².

4.2.2 Le esenzioni per i profitti finanziari non commerciali e l’indagine della Commissione

Come accennato in precedenza, è possibile avvalersi di un’esenzione parziale o addirittura totale dall’imputazione per trasparenza dei “non-trading finance profits”. Peraltro tale regola rappresenta una novità significativa rispetto alle norme previgenti e al contempo un’opportunità non indifferente per i gruppi britannici. Si tratta infatti di una forma di esenzione per le società finanziarie, al fine di incentivare i prestiti infragrupo nei confronti delle società collegate non residenti. In dettaglio, l’esenzione si applica se i profitti derivano da “qualifying loan relationships” ed è altresì soddisfatta la condizione delle strutture commerciali (cd. *business premises condition*) secondo cui la CFC deve disporre nel proprio luogo di residenza di locali che siano effettivamente utilizzati per svolgere l’attività con un ragionevole grado di permanenza⁴⁹³. Per “qualifying loan relationship” si intende un rapporto in cui la CFC è il creditore e il debitore finale è una società qualificata (cd. *qualifying company*); tradotto una società collegata con la CFC e controllata dagli stessi soggetti residenti in UK che controllano la CFC⁴⁹⁴.

Tuttavia, le norme⁴⁹⁵ prevedono una serie di casi in cui la “loan relationship” non si considera come qualificata⁴⁹⁶. Primo: il prestito a una stabile organizzazione britannica di una società, o a una società immobiliare, o a una stabile organizzazione all’estero di una

⁴⁹⁰ Cfr. Gov.uk, International Manual, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm194400>

⁴⁹¹ Per un approfondimento si rimanda a TIOPA, Part 9A, Chapter 2, S371BA(3)

⁴⁹² Sul punto cfr. A. BAL, op. cit., p. 5

⁴⁹³ La prima condizione della “safe harbour rule”, cfr. TIOPA, Part 9A, Chapter 9, S371DG

⁴⁹⁴ Cfr. A. BAL, op. cit., p. 142

⁴⁹⁵ Cfr. TIOPA, Part 9A, Chapter 9, S371IH

⁴⁹⁶ Per i casi si è fatto riferimento a A. BAL, op. cit., p. 142 e Blickrothenberg, New Uk CFC Rules ritratto da <http://www.blickrothenberg.com/getmedia/7051b915-1db7-40d1-8d12-fb1199ad3220/New-UK-CFC-rules.pdf.aspx>

società residente in UK a meno che non si sia optato per il regime di “branch exemption” in virtù del quale sono esclusi gli utili e le perdite della stabile organizzazione dalle imposte britanniche. Secondo: un prestito a un'altra CFC se il suo reddito è tassato per trasparenza in UK. Terzo: un prestito per finanziare l'erogazione di un finanziamento a un soggetto non collegato. Quarto: un prestito dove il debitore finale è una banca o una compagnia di assicurazione eccetto il caso in cui avvenga nell'ordinario svolgimento dell'attività. Quinto: un prestito finanziato da una “relevant UK connected company”, in altri termini una banca o compagnia di assicurazione connessa con la CFC. Ultimo: un prestito finanziato da un soggetto non residente in UK o da un soggetto britannico non connesso dove il prestito è usato per ripagare un altro prestito del debitore finale da un soggetto non connesso e l'intento primario è ottenere un beneficio fiscale per una società residente in UK.

Ciascun contribuente assoggettabile al “charge” può dunque richiedere – all'interno della dichiarazione dei redditi per la *Corporation tax* – un'esenzione parziale o totale per gli utili finanziari non commerciali della CFC derivanti da prestiti qualificati. In particolare, la “full exemption” è legata alle regole delle “qualifying resources”. In tal senso si esenta la percentuale (che può arrivare fino al 100%) di utili di prestiti qualificati per cui è dimostrabile che sono finanziati con risorse qualificate durante il periodo d'imposta. Per risorse qualificate si intendono sostanzialmente finanziamenti derivanti dagli utili del gruppo provenienti dalla giurisdizione del debitore e fondi raccolti tramite l'emissione di azioni da parte della principale società del gruppo⁴⁹⁷. Per quanto riguarda invece l'esenzione parziale – più precisamente il 75% degli utili derivanti da prestiti qualificati – non si tiene in considerazione la regola relativa alle risorse qualificate. Tuttavia la parte di utili derivante da prestiti qualificati rimasta fuori dopo aver applicato le esenzioni di cui sopra, può risultare comunque esclusa in virtù delle “matched interest rules”. In particolare, si verifica tale esenzione nella misura in cui il gruppo inglese è assoggettato a tassazione su un'eccedenza di redditi netti da finanziamento rispetto ai costi netti. Questo meccanismo è inteso a garantire che il gruppo britannico non richieda prestiti per investire in una CFC che ha un importo imputabile per trasparenza ridotto con riferimento

⁴⁹⁷ Cfr. Gov.uk, International Manual, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm218700>

all'eccedenza di interessi attivi tassabili in UK⁴⁹⁸.

Se da un lato le esenzioni ivi descritte hanno rappresentato un beneficio importante per i gruppi societari inglesi, dall'altro la Commissione Europea – alla luce dell'esame-inchiesta promosso nel 2017 – ha constatato che le stesse abbiano esentato indebitamente alcuni gruppi multinazionali dall'applicazione delle CFC *rules* mirate a contrastare l'elusione fiscale ⁴⁹⁹. Più specificamente, Margrethe Vestager – Commissaria incaricata per le politiche comunitarie di concorrenza – ha ritenuto che un tale meccanismo di esonero non fosse equamente applicabile e in parte comportasse un potenziale vantaggio selettivo legalmente contrario ai sensi della normativa europea sugli aiuti di Stato⁵⁰⁰. Data la valenza retroattiva della conclusione investigativa della Commissione, il Regno Unito sarà tenuto a riscuotere le imposte dalle società che hanno impropriamente fruito delle esenzioni in questione.

Come peraltro descritto in precedenza, le “Group Financing Exemption” (GFE) costituiscono una deroga al meccanismo ordinario di CFC *rules* inglesi poiché esentano da tassazione in UK, parzialmente o totalmente, gli interessi attivi percepiti da una controllata estera pagati da un'altra società estera del gruppo, ancorché derivanti da “UK activities” o da capitale “UK connected”. In questo modo una multinazionale operante in UK avvalendosi di una tale esenzione era in grado di erogare finanziamenti a una società estera del gruppo tramite una controllata *offshore* pagando imposte ridotte o non pagandole affatto sugli utili derivanti da tali transazioni.

Il tema su cui ha indagato la Commissione non riguarda il diritto insindacabile del Regno Unito di introdurre norme CFC o di determinarne l'appropriato livello di tassazione, piuttosto si prefigge di assicurare che gli Stati membri non concedano a talune imprese un trattamento più favorevole rispetto ad altre. Il punto è dunque stabilire se le GFE sono compatibili con le regole comunitarie riguardanti gli aiuti di Stato.

Nello specifico, la Commissione è giunta alla conclusione che per quanto gli interessi attivi

⁴⁹⁸ Cfr. Blickrothenberg, New Uk CFC Rules ritratto da <http://www.blickrothenberg.com/getmedia/7051b915-1db7-40d1-8d12-fb1199ad3220/New-UK-CFC-rules.pdf.aspx>

⁴⁹⁹ Si fa riferimento agli spunti forniti da D. HARKNESS, D. NEIDLE D., R. SHARPE, “Can the UK CFC rules survive the EC's state aid investigation?”, in *Tax Journal*, 2017, S. LATINI, “CFC, Regno Unito a rischio bocciatura: con quali conseguenze?”, in *IPSOA Quotidiano*, 2018, COMMISSIONE EUROPEA, *State aid: Commission concludes part of UK tax scheme gave illegal tax advantages to certain multinational companies; remaining part does not constitute aid*, IP/19/1948, April 2019

⁵⁰⁰ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, Id.

sui prestiti siano stati finanziati con capitale connesso al Regno Unito, ma non sono tuttavia coinvolte “UK activities” nella produzione di tali profitti, le GFE sono giustificate nell’intento di garantire il corretto funzionamento delle CFC *rules* e non costituiscono aiuti di Stato secondo il diritto comunitario⁵⁰¹. Al contrario, la stessa Commissione le giudica ingiustificate e le considera con ogni evidenza aiuti di Stato laddove gli interessi attivi sui prestiti derivino da “UK activities⁵⁰²”. In estrema sintesi, le multinazionali inglesi che hanno rivendicato le GFE nell’ipotesi in cui era soddisfatta la condizione delle “UK activities”, hanno indebitamente ricevuto un trattamento fiscale privilegiato che è illegale ai sensi dell’articolo 107 del TFUE in materia di aiuti di Stato⁵⁰³. Pertanto, le autorità fiscali britanniche sulla base di una dettagliata analisi *case-by-case* dovranno rivalutare gli oneri fiscali delle società inglesi che hanno illegalmente beneficiato dell’esenzione sui prestiti infragruppo qualificati, nella misura in cui siano derivati da “UK activities”.

Ciò premesso, come si avrà modo di vedere nel prossimo paragrafo, la GFE è stata recentemente modificata in occasione del recepimento della direttiva ATAD, eliminando quindi i problemi di compatibilità con il diritto comunitario sopra descritti.

⁵⁰¹ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, Id.

⁵⁰² Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, Id.

⁵⁰³ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, Id.

4.3 Le modifiche introdotte dal *Finance Bill* 2018 in recepimento della direttiva ATAD

Così come l'Italia anche il Regno Unito – essendo la scadenza per il recepimento della ATAD in materia di controllate estere antecedente la data di fuoriuscita dello UK dall'Unione Europea (cd. *Brexit*) – ha introdotto alcune modifiche alle CFC *rules* preesistenti. Tuttavia diversamente dal caso italiano che ha apportato un cambiamento alquanto rilevante, il Governo britannico ha ritenuto che le norme contenute nella parte 9A del TIOPA 2010 soddisfacessero già ampiamente o addirittura eccedessero la maggior parte degli standard minimi imposti dalla direttiva.

Nello specifico, le novità – in vigore dal periodo d'imposta in corso al 1° gennaio 2019 – sono state introdotte dal *Finance Bill* (n. 3) del 2018⁵⁰⁴ e riguardano la nozione di controllo e il trattamento dei “non-trading finance profits⁵⁰⁵”. Per quanto riguarda il primo ne viene estesa la portata, con riferimento ai secondi invece viene ristretto l'ambito di applicazione delle regole previste per l'esenzione, parziale o totale, dei finanziamenti infragruppo. L'intento di questi interventi è assicurare che le CFC *rules* inglesi continuino da un lato a scoraggiare potenziali pratiche di pianificazione fiscale dei gruppi multinazionali, dall'altro che siano compatibili con la direttiva ATAD e più in generale con il diritto comunitario.

La modifica concernente il concetto di controllo, di cui al 18° capitolo della parte 9A del TIOPA 2010, prevede che ai fini della valutazione del controllo siano inclusi anche eventuali interessi detenuti da imprese associate, ovunque esse siano residenti. È stata infatti inserita una nuova sezione (371RG) all'interno del 18° capitolo precedentemente menzionato. Tale sezione stabilisce che una società non residente si considera una CFC nel caso in cui una società inglese, da sola o insieme alle sue imprese associate, detiene una quota maggiore del 50% degli investimenti in una compagnia non residente. Oltretutto, la stessa sezione contiene anche una definizione di “associated enterprise”, nonché le definizioni rilevanti di “50% investment” e “25% investment”. Al contrario, le norme previgenti prendevano in considerazione solo i diritti dei soggetti residenti in UK

⁵⁰⁴ In dettaglio, sono contenute nella Part 1, par. 20, “Controlled foreign companies: finance company exemption and control”

⁵⁰⁵ Si fa riferimento a Ernest Young, *UK takes steps to implement EU Anti-Tax Avoidance Directive*, 2018 ritratto da <https://www.ey.com/gl/en/services/tax/international-tax/alert--uk-takes-steps-to-implement-eu-anti-tax-avoidance-directive> Gov.uk, International Manual, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/government/publications/controlled-foreign-companies-and-eu-anti-tax-avoidance-directive/controlled-foreign-companies-and-eu-anti-tax-avoidance-directive>

collegati (sulla base del controllo) al contribuente, implicando una soglia maggiore.

Con riferimento alle imprese associate, in linea con quanto previsto dalla direttiva ATAD, un soggetto “P” si considera un’impresa associata relativamente a una società residente inglese se “P” possiede, direttamente o indirettamente, un investimento del 25% nella società (o viceversa se la società residente possiede un investimento del 25% in “P”), oppure se un soggetto terzo detiene, direttamente o indirettamente, un investimento del 25% in “P” e nella società residente in UK⁵⁰⁶. Per definire il concetto di “investment” le nuove *rules* rimandano alla sezione 259ND del TIOPA 2010 secondo cui l’investimento è inteso come il diritto di ricevere, direttamente o indirettamente, al momento della distribuzione dei redditi (o successivamente) una percentuale del 25% o 50% dell’importo distribuito o in caso di liquidazione il 25% o 50% delle attività⁵⁰⁷.

La seconda modifica invece riguarda l’esenzione prevista per i “non-trading finance profits” derivanti da prestiti qualificati infragruppo. Se prima del recepimento della direttiva le *rules* prevedevano l’esenzione per tutti i “qualifying loan relationship”, ora è concessa esclusivamente per i profitti finanziari non commerciali che, pur derivando da investimenti di capitale nel Regno Unito, non sono generati da “UK activities⁵⁰⁸”. Pertanto, in risposta alla direttiva ATAD, ma anche in linea con quanto decretato dalla Commissione Europea nell’indagine sugli “State aid” precedentemente descritta, la “Group Financing Exemption” è esperibile soltanto dove il “CFC charge” sugli interessi attivi percepiti da società estere del gruppo sarebbe applicabile in virtù del “UK connected capital test” e non anche o esclusivamente in base al “UK activities test”. In estrema sintesi, dove i “non-trading finance profits” sono legati a funzioni significative del personale (SPF) svolte nel Regno Unito sono imputabili per trasparenza e non risultano più esenti (neanche parzialmente), rimanendo però sempre valida l’esenzione in caso in cui il capitale sia “UK connected”.

⁵⁰⁶ Cfr. Finance Bill 2018, Part 1, par. 20, “A person (“P”) is an “associated enterprise” in relation to a UK resident company if (a) P directly or indirectly has a 25% investment in the company (or vice versa), or b) another person directly or indirectly has a 25% investment in each of P and the company.”

⁵⁰⁷ Cfr. TIOPA, Part 6, Chapter 14, S259ND (4)

⁵⁰⁸ Cfr. Finance Bill 2018, Part 1, par. 20, “In section 371A (exemptions for profits from qualifying loan relationships), in subsection (4), for the words from “the profits” to the end substitute “so much of the profits of all its qualifying loan relationships taken together as are nontrading finance profits which— (a) fall within section 371EC (capital investment from the UK), and (b) do not fall within section 371EB (UK activities).”

4.4 Brevi considerazioni sul confronto con la disciplina CFC italiana

Rispetto ai due modelli proposti dalla direttiva, quello inglese sembra propendere per una rivisitazione del secondo. Infatti, si ritiene che il legislatore britannico muova da un approccio “transactional” basato sulla sostanza per tracciarne uno fortemente orientato verso la territorialità. In altri termini, si considerano artificiosamente dirottati verso l'estero quei redditi che in realtà dipendono da funzioni significative svolte dal personale in UK. Tuttavia, il meccanismo previsto dalle CFC *rules* inglesi per determinare l'eventuale “CFC charge” è estremamente articolato: include l'analisi funzionale ma non si risolve in essa. Ciò che quindi caratterizza il modello inglese è assicurare che siano puniti esclusivamente quei profitti che, seppur dislocati all'estero, sono di derivazione anglosassone; pertanto, la loro determinazione è soggetta a una scrupolosa verifica proporzionale. In altri termini, i soggetti residenti in UK sono sottoposti al regime di tassazione per trasparenza solo nella misura in cui i profitti sono stati fittiziamente trasferiti all'estero.

In tal senso è evidente la totale divergenza con la disciplina CFC italiana che anche dopo il recepimento della direttiva è rimasta legata a un approccio “entity” con una sfaccettatura “categorical”; nello specifico, tutti i redditi della CFC, compresi quelli prodotti effettivamente all'estero e non rientranti nelle categorie “tainted”, sono assoggettati per trasparenza. In particolare, la peculiarità che più di tutte rende la disciplina UK complessa e nel contempo la contraddistingue sia dalla direttiva che dalle CFC *rules* italiane, è indubbiamente il meccanismo del portale o “gateway” che prevede numerose regole antielusive specificamente mirate.

Inoltre, le norme inglesi vantano un'importante serie di esenzioni sia generali che per singole categorie di reddito, cercando di limitare i casi di applicazione del regime alle situazioni pericolose per la base imponibile nazionale; viceversa, la legislazione italiana, soddisfatte le due condizioni di accesso al regime, non prevede nessuna esenzione se non l'unica esimente per disapplicare la norma in caso di effettiva attività economica. Nella fattispecie, per quanto le CFC *rules* in UK siano volte a intercettare le costruzioni artificiose, esse non prevedono una specifica condizione di esclusione che faccia espressamente riferimento all'attività economica effettiva o sostanziale, come invece accade nella normativa italiana.

Le “full exemptions” riguardano essenzialmente casi in cui gli utili sono di dimensioni

irrilevanti, in Italia queste esenzioni sono totalmente assenti. Per quanto riguarda il livello di tassazione invece, anche in virtù di un'aliquota societaria inferiore⁵⁰⁹, le CFC inglesi – più focalizzate sulle transazioni che sulla giurisdizione estera – prevedono un'esenzione se il *tax rate* effettivo è superiore al 75 % di quello applicabile in UK, mentre la norma italiana da questo punto di vista è più lasca e si attiene alla direttiva ovvero al 50%. Se da una parte il legislatore britannico ha preferito mantenere una struttura dettagliata e complessa, dall'altra il nostro legislatore – come riportato nella relazione illustrativa al decreto – ha optato per un'ulteriore semplificazione.

Un'altra differenza rilevante tra la norma inglese e quella italiana concerne la percentuale di controllo che deve essere detenuta dal socio affinché avvenga la tassazione per trasparenza. Mentre la disciplina CFC italiana, stante il contenuto della direttiva, si attiene a una soglia del 50%, la legislazione CFC inglese è più stringente e prevede un livello del 25%. Purtuttavia, la stessa direttiva nel preambolo al considerando 12 concede esplicitamente la possibilità di ricorrere a una soglia di controllo inferiore finalizzata a un livello di protezione più alto.

Il Regno Unito in nome dell'approccio fortemente territoriale si prefigge di assicurare che l'imposta sia versata nel luogo in cui gli utili e il valore sono generati, risultando pienamente in linea con le priorità politiche di fiscalità internazionale espresse dal più volte menzionato considerando 1 della direttiva. Non solo, così facendo lo UK punta anche a mantenere un'importante competitività del sistema fiscale, cosa che invece la disciplina CFC italiana, a fronte dell'approccio "entity" apparentemente penalizzante, non è in grado di ottenere. Viceversa, sortisce l'effetto contrario: i gruppi multinazionali trasferiscono la residenza fiscale all'estero, "lasciando l'Italia più paese di controllate che di controllanti", e il regime CFC risulta di conseguenza poco applicabile⁵¹⁰. Qui poi si innescherebbe tutta una serie di considerazioni sui fenomeni di esterovestizione, che però non sono oggetto di questa trattazione.

Per quanto riguarda la disapplicazione della norma, le CFC *rules* inglesi, ancorché più

⁵⁰⁹ Per il 2019 si attesta al 19% ma dal 2020 è previsto scendere al 17%. Per un approfondimento cfr. A. BAL, op. cit., p. 34

⁵¹⁰ Come riportano G. MARINO, R. LUPI, "Ripartizione dei flussi reddituali tra stati e gruppi multinazionali: simmetrie fiscali, ipocrisie e BEPS", in *Dialoghi Tributarî*, 2015, n. 4, p. 474 ss., "L'Italia in questo conteso ha poco da dire, solo 4 imprese tra le prime 200 (Eni al 121, Generali al 129, Unicredit al 138 e Intesa al 142) hanno quartier generale tricolore; il gruppo Fiat FCA è al 289° posto e dopo il tax pop, cioè l'inversione fiscale del 2014, ha sede legale in Olanda e sede dell'amministrazione in Inghilterra, lasciando l'Italia più paese di controllate che di controllanti."

spinose, sono più “meccanicamente” disapplicabili, alla luce delle esenzioni previste nonché delle disposizioni del “charge gateway”. Di contro, nel regime CFC italiano la dimostrazione dell’attività economica effettiva e gli aspetti procedurali risultano più gravosi per il contribuente.

Al netto delle valutazioni precedentemente svolte, l’iniziativa comunitaria di proteggere il mercato interno dalle pratiche di pianificazione fiscale aggressiva, tramite l’imposizione di uno standard di carattere minimale, non pare aver centrato l’obiettivo di creare un terreno di gioco uniforme. In termini pratici, dopo aver analizzato sia la disciplina CFC italiana che quella inglese questo appare ancora più evidente.

Conclusioni

Dopo aver ordinatamente inquadrato la disciplina CFC sotto diverse prospettive e analizzato l'impatto che il recepimento della direttiva ATAD ha avuto nei confronti del regime italiano e di quello inglese, si traggono le dovute conclusioni.

Sulla base di quanto esposto nel corso della trattazione, le CFC *legislations* non sono state pensate fin dalla loro prima introduzione negli ordinamenti tributari dei singoli Stati per un unico scopo, viceversa rispondevano a diverse finalità: da una parte il contrasto al *tax deferral*, dall'altra una finalità più genericamente antielusiva nei confronti delle società localizzate in paradisi fiscali, senza dimenticare poi la *capital export neutrality*.

Pur tuttavia, a fronte dei fenomeni di *tax planning* aggressivo intensificatisi negli ultimi anni, la normativa CFC è stata inglobata all'interno di un più ampio progetto dell'OCSE (progetto BEPS) finalizzato a ostacolare l'erosione della base imponibile nonché la strumentalizzata delocalizzazione degli utili. Pertanto, il ruolo che da quel momento si presume debba ricoprire il regime CFC è indirizzato prioritariamente verso una logica antiabusiva mirata a intercettare le transazioni identificate come pericolose. Nel caso europeo, la direttiva ATAD ha cercato di imporre uno standard di carattere minimale che proteggesse non tanto le basi imponibili dei singoli Stati membri, ma soprattutto quella comune, preservando il funzionamento del mercato interno e prefiggendosi di assicurare che l'imposta sia versata nel luogo in cui gli utili e il valore sono generati. In questi termini, la norma CFC si configura e si giustifica sempre di più come strumento di contrasto alle costruzioni puramente abusive poste in essere per ottenere indebiti vantaggi fiscali.

Per quanto concerne il recepimento della direttiva nell'ordinamento tributario italiano, il bilancio di valutazione finale presenta sia aspetti positivi che aspetti negativi. Premesso che la disciplina interna nel corso degli anni è stata oggetto di un iter evolutivo non indifferente subendo numerose modifiche, l'impostazione è ancora oggi quella legata all'approccio "entity", come nella sua prima versione dell'allora articolo 127-bis del TUIR. Invero il legislatore, pur semplificando notevolmente il regime con l'eliminazione della previgente bipartizione e adeguandosi a buona parte delle disposizioni della direttiva, non ha optato – avvalendosi del considerando 12 del preambolo della stessa – per uno dei due modelli mirati a colpire i singoli flussi di reddito specificamente artificiosi, ma ha appunto mantenuto un approccio totalizzante. Quanto all'adeguamento, le novità che meritano di essere sottolineate sono: l'inserimento del concetto di controllo economico, il

livello di tassazione effettivo come una delle condizioni di accesso al regime e la circostanza esimente unica fedele al contributo della giurisprudenza comunitaria.

Appare evidente, dunque, come la logica di semplificazione nel nuovo schema legislativo sia stata prevalente, anche in relazione al coordinamento tra la normativa CFC e quella inerente i dividendi e le plusvalenze provenienti da Paesi “black”. In particolare, il doppio riferimento al livello di tassazione effettiva (in caso di controllo) e al livello di tassazione nominale (in caso di partecipazione minoritaria) non punta solo a un’integrazione reciproca più funzionale, ma rende più semplice per il socio non qualificato il confronto pratico, avendo meno disponibilità informativa.

Diversamente, non convince sino in fondo il fatto che il legislatore si sia fatto guidare da uno spirito conservativo mantenendo fissa l’impostazione previgente e nel contempo recepisca i contenuti imposti dalla direttiva, cercando un equilibrio che a tratti risulta paradossale. Del resto, se nell’ambito del progetto BEPS il focus è intercettare sistematicamente i redditi “tainted”, il nuovo disposto normativo non sembra cogliere del tutto l’intento.

Inoltre, per quanto riguarda l’efficacia della disciplina, tralasciando le valutazioni circa l’approccio adottato, l’impostazione normativa vigente potrebbe non rivelarsi effettivamente in grado di contrastare le realtà abusive come si prefigge. In tal senso, se si considera che il dato di partenza da cui si calcola il reddito da imputare al contribuente italiano è il bilancio della CFC, sorgono non poche perplessità. Nella fattispecie di società ubicate in Paesi dominati da una totale assenza di trasparenza informativa e di collaborazione in materia fiscale, l’Amministrazione finanziaria può essere seriamente ostacolata nel verificare l’attendibilità dei dati e della documentazione ottenuta.

Con riferimento al recepimento della direttiva dal punto di vista UK si rammenta che il legislatore inglese non ha dovuto operare modifiche significative al regime previgente, limitandosi a estendere il concetto di controllo alle imprese associate e a proibire l’esenzione prevista per i profitti finanziari non commerciali qualificati nel caso in cui ci sia un legame con funzioni significative svolte dal personale nel Regno Unito. Per il resto le CFC *rules* si conformavano già allo standard di carattere minimale prima ancora che fosse imposto dalla direttiva, prevedendo anzi un livello di protezione più severo.

Nelle considerazioni comparative tra la norma italiana e quella inglese si nota la totale divergenza tra i due modelli: la prima basata su un “entity approach” con una sfaccettatura

categorica, la seconda imperniata su un modello “transactional” proporzionale fortemente legato alla territorialità. D'altronde, il meccanismo del “charge gateway” prevede che siano imputabili per trasparenza solo quei redditi che non sono collegati ad attività svolte in UK e artificialmente dirottate all'estero. In aggiunta, il modello britannico di CFC – alla luce di quanto disposto dalla direttiva e al contrario di quello italiano – si caratterizza per numerose esenzioni mirate a escludere quelle situazioni non ritenute come pericolose per la base imponibile. Peraltro il regime inglese, rispetto a quello italiano, vanta una maggiore competitività fiscale rendendosi più appetibile per gli investitori. D'altro canto in Italia, Paese in cui risiedono prevalentemente società controllate anziché società controllanti, si verifica sovente l'effetto opposto per cui i gruppi multinazionali trasferiscono la loro residenza fiscale all'estero.

Da ultimo, come peraltro dimostra anche il confronto tra le due normative, si ritiene che l'imposizione di un contenuto minimo non sembra aver dato vita a un'omogeneità di condizioni, alimentando potenzialmente le pratiche di pianificazione fiscale aggressiva. Del resto, le divergenze in materia CFC sembrano il risultato fisiologico del recepimento di una direttiva il cui obiettivo è il riavvicinamento di una norma e non l'introduzione di una disciplina comunitaria univoca. La direttiva ATAD di per sé è piuttosto chiara e precisa, ma nel contempo prevede espressamente la possibilità di adottare misure più restrittive che possono dare luogo a impostazioni differenti dai modelli forniti, come nel caso italiano. Se da un lato è vero che i singoli ordinamenti devono attenersi al contenuto della direttiva per non incorrere in eventuali procedure di infrazione, dall'altro gli stessi non sono vincolati tassativamente a seguire un'unica modalità di recepimento. Con ogni evidenza lo sforzo in ambito europeo è apprezzabile e costituisce un enorme passo avanti nella lotta all'elusione fiscale e ai fenomeni di BEPS, ma si rende auspicabile – per non dire necessario – un intervento di maggiore cooperazione e coordinamento tra gli Stati in grado di mitigare ulteriormente le incongruenze fiscali presenti nel contesto internazionale, fonte di incentivazione alle pratiche di *tax planning*.

Bibliografia

Dottrina

- A.A., *Esimenti disallineate con le Cfc*, in *Il Sole 24 Ore*, 2018
- A.A.V.V., *Diritto tributario internazionale Manuale*, in UCKMAR A., UCKMAR V. (coordinato da), CEDAM, 2012
- ALBANO G., *Cfc a basso valore aggiunto in base al Transfer Price*, in *Il Sole 24 Ore*, 2018
- ALBANO G., *Cfc, per il tax rate effettivo non si considera l'IRAP*, in *Il Sole 24 Ore*, 2019
- ALBANO G., *Il basso valore aggiunto si adegua al Transfer Pricing*, in *Il Sole 24 Ore*, 2019
- ALBANO G., MARANI M., *Nuove CFC senza obbligo di interpello preventivo*, in *Corriere Tributario*, 2015, n.23, p. 1773 ss.
- ALBANO G., SPAZIANI R., *Aspetti procedurali e obblighi di segnalazione in materia di CFC*, in *Corriere Tributario*, 2016, n.47, p. 3607 ss.
- ALBANO G., VERGATI A., *Rapporti tra regime di tassazione degli utili provenienti da Paesi black list e disciplina CFC*, in *Corriere Tributario*, 2017, n.36, p. 2782 ss.
- ANGELINI A., ERARIO A., *CFC: profili interpretativi e applicativi alla luce delle recenti modifiche normative, compatibilità rispetto al diritto comunitario ed internazionale*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2018, n.6, p. 5 ss.
- ANTONACCHIO F., *Le criticità connesse all'estensione del regime Cfc alle controllate fuori dalla black list*, in *il Fisco*, 2010, n.46, pp. 1-7478
- ANTONACCHIO F., *La rete italiana delle CFC sulle controllate europee*, in *il Fisco*, 2012, n.22, pp. 1-3438
- ARDITO F., *Commento all'Art.167 (Disposizioni in materia di imprese estere controllate)*, in TINELLI G. (a cura di), *Commentario al Testo Unico delle Imposte sui Redditi*, Padova, CEDAM, 2009
- ARGINELLI P., *Riflessioni "a caldo" sulla nuova disciplina degli utili provenienti da paesi a fiscalità privilegiata*, in *Rivista di diritto tributario (supplemento online)*, 2018
- ARGINELLI P., SILVANI C., *L'individuazione dei regimi fiscali privilegiati ai fini dell'applicazione della disciplina cfc*, in *Rivista di diritto tributario (supplemento online)*, 2016

- AVOLIO D., RUGGIERO P., *Il recepimento della Direttiva ATAD e le nuove disposizioni in materia di CFC*, in *il Fisco*, 2019, n.3, pp. 1-253
- AVOLIO D., SANTACROCE B., *L'interpello in materia di cfc*, in *Corriere tributario*, 2010, n.42, p. 3461 ss.
- BAGAROTTO E.M., *La disciplina in materia di controlled foreign companies alla luce delle modifiche apportate dalla legge di stabilità 2016 e nell'attesa dell'attuazione della "direttiva anti-beps"*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2017, n. 3, p. 954 ss.
- BAGNOLI N., *Stati a regime fiscale privilegiato: dalle black list al nominal tax rate*, in *Rivista di diritto tributario (supplemento online)*, 2016
- BAL A., *United Kingdom, Corporate Taxation*, IBFD, 2019
- BALDASSARRE A., *L'interpello per le CFC*, in *L'interpello tributario*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2008, n.5, p. 21027 ss.
- BALLANCIN A., *Note ricostruttive sulla ratio sottesa alla disciplina italiana in tema di controlled foreign companies*, in *Rivista di diritto tributario*, 2008, fasc.1, pt.1, pp.13-30
- 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 ed il diritto comunitario*, in *Rivista di diritto tributario*, 2010, fasc.3, p.161-179
- BALLANCIN A., *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate*, Milano, CEDAM, 2016
- BALLANCIN A., *Il regime di imputazione per trasparenza del reddito delle imprese estere controllate*, in SACCHETTO C. (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, Giappichelli Editore, 2016
- BARGAGLI M., *Cambia la disciplina CFC e la tassazione dei dividendi black list*, in *Amministrazione e finanza*, 2015, n.9, p. 13 ss.
- BARGAGLI M., *CFC e costi black list: le novità introdotte dalla Legge di stabilità*, in *Amministrazione e Finanza*, 2016, n.2, p. 37 ss.
- BARGAGLI M., *La CFC rule si adegua alla Direttiva anti-elusione*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2018, n.12, p. 15 ss.
- BEGHIN M., *La sentenza Cadbury-Schweppes e il "malleabile" principio della libertà di stabilimento*, in *Rassegna tributaria*, 2007, n. 3, pp. 983 – 993

- BELLINI M., DE GIOVANNI S., Società, distributori di gruppo fuori dalle norme Cfc, in *Il Sole 24 Ore*, 2019
- BELLUZZO L., SERBINI S., *L'evoluzione della normativa fiscale nei confronti dei Paesi a fiscalità privilegiata*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2016, n.12, p. 22 ss.
- BELOTTI R., QUARANTINI S., *Disciplina CFC a "geometria variabile"*, in *il Fisco*, 2016, n.25, pp. 1-2462
- BERTORELLO G., *La disciplina CFC: principi generali e nuove prospettive di applicazione*, in *Rassegna Tributaria*, 2004, n.3, p. 804 ss.
- BIZIOLI G., *Taking EU Fundamental Freedoms Seriously: Does the Anti-Tax Avoidance Directive Take Precedence over the Single Market?*, in *26 EC Tax Review*, 2017, Issue 3, pp. 167-175
- BJERKESTUEN H.M., WILLE H.G., *Tax Holidays in a BEPS-Perspective*, in *43 Intertax*, 2015, Issue 1, pp. 106-120
- BLUM D.W., *Controlled Foreign Companies: Selected Policy Issues – or the Missing Elements of BEPS Action 3 and the Anti-Tax Avoidance Directive*, in *46 Intertax*, 2018, Issue 4, pp. 296-312
- BOLIS S., *L'interpello Cfc alla prova del diritto comunitario*, in *il Fisco*, 2011, n.47, pp. 1-7667
- BONARELLI P., *ATAD: le novità per di dividendi e plusvalenze relativi a partecipazioni in soggetti non residenti*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2018, n.12, p. 41 ss.
- BONARELLI P., GARBARINO C., *L'Unione Europea pubblica la black list dei Paesi non cooperativi*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2018, n.4, p. 15 ss.
- BONARELLI P., GARBARINO C., *La nuova "black list" e recenti modifiche normative in materia di CFC*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2015, n.8, p. 5 ss.
- BONARELLI P., *La disciplina in materia di CFC: misure più restrittive*, in *Fiscalità internazionale*, 2009, n.5
- BONN J. S., *CFC Rules and Anti-Tax Avoidance Directive*, in *26 EC Tax Review*, 2017, Issue 3, pp. 145-152
- BRACCO P., *CFC legislation e trattati internazionali: le recenti integrazioni al Commentario Ocse e il loro valore ermeneutico*, in *Rivista di diritto tributario*, 2004, fasc. 2, pt. 1, pp. 179 - 216

- BRUNELLI F., *Sugli OICR non residenti tassazione per trasparenza*, in *Il Sole 24 Ore*, 2019
- BRUSATERRA M., *Cfc: il controllo passa anche per gli utili*, in *Il Sole 24 Ore*, 2019
- CACHIA F., *Aggressive Tax Planning: An Analysis from an EU Perspective*, in *26 EC Tax Review*, 2017, Issue 5, pp. 257–273
- CARUCCI G., MARCHESE S., *L'estensione della disciplina CFC ai Paesi "white list"*, in *Bollettino tributario d'informazioni*, 2011, fasc. 4, pp. 259 – 268
- CERIANA E., TOMASSINI A., *Nuovi ingressi nella UE e legislazione CFC*, in *Rassegna Tributaria*, 2007, n. 3, p. 794 ss.
- CERIANI V., *Problemi attuali dell'imposizione sulle società*, in *Rassegna tributaria*, 2006, n. 5, pp. 1605 ss.
- CIPOLLINA S., *Cfc legislation e abuso della libertà di stabilimento: il caso Cadbury Schweppes*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2007 fasc. 1, pt. 2, pp. 13 – 28
- CIPOLLINA S., *Elusione Fiscale*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2007 fasc. 4, pt. 1, pp. 555 - 586
- CIPOLLINA S., *Profili evolutivi della "CFC Legislation" dalle origini all'economia digitale*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2015 fasc. 3, pt. 1, pp. 356 – 393
- CIRILLO A., ATZENI C., *L'impatto della Brexit sulle multinazionali ai fini delle imposte dirette e dell'IVA*, in *Amministrazione e Finanza*, 2019, n.2, p. 7 ss.
- COMMISSIONE EUROPEA, *Commission requests UK further amend its treatment of controlled foreign corporations (CFCs)*, IP/11/606, May 2011
- COMMISSIONE EUROPEA, *State aid: Commission concludes part of UK tax scheme gave illegal tax advantages to certain multinational companies; remaining part does not constitute aid*, IP/19/1948, April 2019
- COMMITTERI G., RIBACCHI E., *L'applicazione del "regime CFC" e l'utilizzo del credito per le imposte estere in UNICO SC 2016*, in *Corriere Tributario*, 2016, n.19, p. 1493 ss.
- COMMITTERI G., SCIFONI G., *Riflessi dichiarativi della «cfc rule»*, in *Corriere tributario*, 2011, n.26, p. 2119 ss.
- COMMITTERI G., SCIFONI G., *Regime CFC e società estere: risolta la penalizzazione per quelle che non producono reddito d'impresa?*, in *il Fisco*, 2015, n.38, pp. 1-3639

- CONTRINO A., *La recente riforma del credito per le imposte estere: prime considerazioni sistematiche*, in *Rassegna Tributaria*, n.2, 2017, p.323 ss.
- CORDEIRO GUERRA R., *La nuova definizione di "regime fiscale privilegiato" nell'ambito della disciplina in tema di controlled foreign companies e di componenti negative derivanti da operazioni con imprese estere*, in *Rassegna Tributaria*, 2000, n. 6, p. 1788 ss.
- CORDEIRO GUERRA R., *Riflessioni critiche e spunti sistematici sulla introducenda disciplina delle controlled foreign companies (art. 127-bis del Tuir)*, in *Rassegna Tributaria*, 2000, n.5, p. 1399
- CORDEIRO GUERRA R., *Diritto tributario internazionale istituzioni*, CEDAM, 2016
- CORDEWENER A., *Anti-Abuse Measures in the Area of Direct Taxation: Towards Converging Standards under Treaty Freedoms and EU Directives?*, in *26 EC Tax Review*, 2017, Issue 2, pp. 60–66
- COSTA G., *La corte di giustizia CE si pronuncia sulla compatibilità con il diritto comunitario della normativa inglese in materia di cfc*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2006, n.3, p.1215 ss.
- COSTA G., *Note sulla compatibilità della normativa italiana in materia di cfc con il diritto comunitario e con il diritto delle convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2006, n.1, p.335 ss.
- COVINO S., *CFC, mercato locale e rapporti intragruppo in paesi "white list": una normativa mediatica da non sopravvalutare*, in *Dialoghi Tributari*, 2014, n.6, p. 657 ss.
- CROATTO M., ARIEMME V., *Identificazione dei Paesi a fiscalità privilegiata, CFC rule e obblighi dichiarativi*, in *il Fisco*, 2016, n.34, pp. 1-3263
- D'ABRUZZO G., *Le nuove regole in materia di imprese controllate estere al crocevia tra libertà di stabilimento e abuso delle forme giuridiche*, in *Bollettino tributario d'informazioni*, 2011, fasc. 14, pp. 1070 – 1075
- D'ALFONSO G., *Caratteristiche principali dei sistemi di tassazione inglese e irlandese*, in *il Fisco*, 2002, n.39, pp. 1-6188
- DANON J. R., *EU Fiscal Protectionism versus Free Movement of Capital: The Case of the ATAD CFC Categorical Model*, in PISTONE P. (a cura di), *European Tax Integration: Law Policy and Politics*, Amsterdam, IBFD, 2018

- DANON J. R., *Some Observations on the Carve-Out Clause of Article 7(2)(a) of the ATAD with Regard to Third Countries*, in PISTONE P. (a cura di), *The implementation of anti-BEPS rule in the EU: a comprehensive study*, Amsterdam, IBFD, 2018
- DE CAPITANI G., DAL COL M., *Le nuove CFC: questioni aperte alla luce della recente evoluzione normativa e amministrativa*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2017, n.2, p. 18 ss.
- DE LUCA P., *Ancora sul rapporto tra convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni e normative nazionali in materia di imputazione dei redditi dei soggetti esteri controllati*, *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2003, n.2, p.641 ss.
- DE LUCA P., *Riflessioni sul rapporto tra normative in tema di imputazione dei redditi dei soggetti esteri controllati e diritto comunitario*, *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2003, n.3, p.990 ss.
- DE GRAAF A., VISSER K., *ATA Directive: Some Observations Regarding Formal Aspects*, in *25 EC Tax Review*, 2016, Issue 4, pp. 199–210
- DE GRAAF A., VISSER K., *BEPS: Will the Current Commitments and Peer Review Model Prove Effective?*, in *27 EC Tax Review*, 2018, Issue 1, pp. 36–47
- DELLA CARITÀ A., BONFANTI L., *Le novità in materia di CFC alla luce dei recenti chiarimenti ministeriali*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2016, n.11, p. 17 ss.
- DELLA CARITÀ A., BONFANTI L., *Il credito d'imposta per imposte pagate all'estero dalla CFC*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2018, n.6, p. 34 ss.
- 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, p. 27 ss.
- DELLA ROVERE A., PECORARI F., *Contrasto ai paradisi fiscali: nuove modifiche alla black list europea*, in *il Fisco*, 2018, n.15, pp. 1-1456
- DELLA VALLE E., *La normativa CFC è compatibile con il diritto UE e con i Trattati contro le doppie imposizioni - Fiscalità internazionale - La normativa CFC al "test" della Suprema Corte*, in *GT - Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, 2016, n.4, p. 297 ss.
- DEZZANI F., DEZZANI L., *D.M. 21 novembre 2001: partecipazioni in società estere. La nuova tassazione dei redditi prodotti e degli utili distribuiti*, in *Il Fisco*, 2001, n. 45 p. 14163 ss.

- DI VITA A., Rilevazione dei dividendi per soggetti IRES e recepimento della Direttiva ATAD, in Guida alla Contabilità e Bilancio, Il Sole 24 Ore, 2019, n.3, pp. 19-22
- DOMINICI R., *Le innovazioni al regime delle CFC*, in GARBARINO C. (a cura di), Aspetti internazionali della riforma fiscale, Milano, Egea, 2004
- DOURADO A.P., *Free Movement of Capital: The European Union Anti-Tax Avoidance Package and Brexit*, in 44 Intertax, 2016, Issue 12, pp. 870–877
- EDEN S., *The meaning of tax avoidance and tax planning in the United Kingdom*, in DOURADO A. (a cura di), *Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context*, Amsterdam, IBFD, 2017
- ELLIOT P., *United Kingdom*, in 16 EC Tax Review, 2007, Issue 1, pp. 52–55
- FACCHINI F., PORRO A., *Considerazioni sulla residenza fiscale delle holding di partecipazioni e sull'applicazione della normativa cfc alle controllate estere stabilite in paesi "white-list"*, in A.A.V.V., *Temi di fiscalità nazionale e internazionale*, CEDAM, 2014
- FERRANTI G., *Regime Pex per le partecipazioni in società non residenti: le novità in arrivo*, in Corriere Tributario, 2018, n.39, p. 2955 ss.
- FRANZÈ R., *Il regime di imputazione dei soggetti partecipati residenti o localizzati in "paradisi fiscali"*, in V. UCKMAR (coordinato da), *Diritto Tributario Internazionale*, Padova 2005, p.927 ss.
- FURLAN A., SORMANI L., *Interrelazioni tra disciplina e dividendi da società estere alla luce delle modifiche introdotte dal Decreto ATAD: casi pratici*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2019, n. 4, p. 15 ss.
- GAFFURI A. M., *La disciplina delle CFC*, in DRAGONETTI A., PIAGENTINI V., SFONDARINI A. (a cura di), *Manuale di fiscalità internazionale*, IPSOA, 2016
- GALLETTI G., *La disciplina Cfc ex art. 167 del Tuir*, in *il Fisco*, 2013, n.35, pp. 1-5431
- GARBARINO C., BONARELLI P., *Misure di contrasto ai "regimi fiscali privilegiati": la nuova normativa CFC*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2016, n.7, p. 17 ss.
- GARBARINO C., *Harmonization and Coordination of Corporate Taxes in the European Union*, in 25 EC Tax Review, 2016, Issue 5/6, pp. 277–295
- GARIBOLDI P., LA CANDIA I., MARRAFFA I., *Sulla compatibilità della normativa cfc con le convenzioni internazionali ed il diritto comunitario*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2007, n.3, p.929 ss.
- GARUFI S., *La nuova disciplina delle CFC*, in *Rassegna Tributaria*, 2010, n.3, p. 619 ss.

- GHISELLI F., *Circolare n. 23/E del 26 maggio 2011 - Applicazione del regime Cfc agli Stati o territori diversi dai paradisi fiscali*, in *il Fisco*, 2011, n.30, pp. 1-4848
- GIACONIA M., PREGAGLIA A., *Calcolo del reddito imponibile ai fini CFC: impatto dei principi contabili adottati dall'impresa controllata estera*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2017, n.4, p. 10 ss.
- GINEVRA G., *The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU level*, in *45 Intertax*, 2017, Issue 2, pp. 120-137
- HARKNESS D., NEIDLE D., SHARPE R., *Can the UK CFC rules survive the EC's state aid investigation?*, in *Tax Journal*, 2017
- HJI PANAYI C., *The ATAD's CFC Rule and its impact on the Existing Regimes of EU Member States*, in PISTONE P. (a cura di), *The implementation of anti-BEPS rule in the EU: a comprehensive study*, Amsterdam, IBFD, 2018
- IANNACCONI A., *La dimostrazione della "prima circostanza esimente" per disapplicare la normativa cfc e l'art. 110, comma 10 del tur: è giustificata una assimilazione delle due norme e quale importanza hanno le interrelazioni dei soggetti non residenti con il "mercato locale" del paese estero?*, in *Rivista di diritto tributario*, fasc.7-8, 2009, p.112-134
- IMBESI G., *CFC: compatibilità tra la norma convenzionale, la norma comunitaria e quella interna*, in *"il Fisco"*, 2003, n.11, pp. 1-1644
- INGRAO G., *D.L. anticrisi e "stretta" sulla normativa CFC: contrasto agli abusi fiscali o miopia del legislatore?*, in *Rassegna Tributaria*, 2010, n.1, p. 87 ss.
- JUÀREZ OGAZÒN L. G., HAMZAOUI R., *Common Strategies against Tax Avoidance: A Global Overview*, in COTRUT M. (a cura di), *International Tax Structures in the BEPS ERA: an analysis of anti-abuse measures*, Amsterdam, IBFD, 2015
- KAVELAARS P., *EU and OECD: Fighting against Tax Avoidance*, in *41 Intertax*, Issue 10, pp. 507-515
- KUŹNIACKI B., *The Need to Avoid Double Economic Taxation Triggered by CFC Rules under Tax Treaties, and the Way to Achieve It*, in *43 Intertax*, 2015, Issue 12, pp. 758-772
- LA CANDIA I., TRONCONI S., *Modifiche alla disciplina cfc*, in *Corriere tributario*, 2010, n.5, p. 391 ss.

- LANCEOLOTTI N., *La disciplina sulle imprese partecipate estere fra compatibilità con il diritto comunitario, con le norme convenzionali e costituzionalità*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2014, n.1, p.109 ss.
- LATINI S., *CFC, Regno Unito a rischio bocciatura: con quali conseguenze?*, in *IPSOA Quotidiano*, 2018
- LOCCO R., *L'esimente della mancata localizzazione dei redditi in "paradisi fiscali"*, in *Bollettino tributario d'informazioni*, 2007, fasc. 14, pp. 1189 – 1193
- LOGOZZO M., *Prime riflessioni sulla direttiva europea antiabuso (2016/1164/UE)*, in *Bollettino tributario d'informazioni*, 2017, fasc. 21, pp. 1555 – 1559
- LUPI R., *Principi generali in tema di C.F.C. e radicamento territoriale delle imprese*, in *Rassegna Tributaria*, 2000, n.6, p. 1730 ss.
- MAISTO G., *Modello europeo per le legislazioni degli Stati membri in materia di imposizione fiscale delle società controllate estere (CFC)*, in *Rivista di diritto tributario*, 2008, fasc. 11, pt. 5, pp. 191 – 228
- MAISTO G., *La corte di cassazione si pronuncia sulla compatibilità della disciplina italiana sulle cfc con il diritto dell'unione europea e le convenzioni per evitare le doppie imposizioni*, in *Rivista di diritto tributario (supplemento online)*, 2016
- MARINO G., *La considerazione dei "paradisi fiscali" e la sua evoluzione in V. UCKMAR (coordinato da)*, *Diritto Tributario Internazionale*, Padova 2005, p. 973 ss.
- MARINO G., *Paradisi e paradossi fiscali*, Milano, Egea, 2009
- MARINO G., *La nozione del mercato nella disciplina cfc: verso una probatio diabolica?*, in *Rivista di diritto tributario*, 2011, fasc. 12, p. 1113 – 1125
- MARINO G., LUPI R., *Ripartizione dei flussi reddituali tra stati e gruppi multinazionali: simmetrie fiscali, ipocrisie e BEPS*, in *Dialoghi Tributari*, 2015, n. 4, p. 474 ss.
- MARONGIU G., *Imprese estere partecipate: prime riflessioni sulle circostanze escludenti l'imputazione dei redditi ai soggetti controllanti*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2001, n.1 p. 10137 ss.
- MARRAFFA L., *Imposte sui redditi imputati dalle cfc: il corretto esercizio di competenza economica*, in *Corriere tributario*, 2013, n.10, p. 818 ss.
- MASSIMIANO A., ARGINELLI P., *L'intero reddito della Cfc imputato ai residenti in proporzione agli utili*, in *Il Sole 24 Ore*, 2018

- MASTROBERTI A., *Manovra anti-crisi (D.L. 1° luglio 2009, n. 78) - Tassati per trasparenza anche i redditi della Cfc localizzata in un Paese a fiscalità di vantaggio*, in *il Fisco*, 2009, n.30, pp. 1-4897
- MASTROBERTI A., *Circolare n. 51/E del 6 ottobre 2010 - Tassazione dei dividendi distribuiti da Cfc*, in *il Fisco*, 2010, n.39, pp. 2-6381
- MICHELUTTI R., *Il regime tributario dei dividendi e la valutazione delle partecipazioni nelle imprese partecipate estere soggette alla normativa CFC*, in *Rivista di diritto tributario*, 2002, fasc. 5, pt. 4, pp. 83 – 115
- MIELE L., *Estensione del regime di trasparenza anche alle Cfc non localizzate in paesi «black list»*, in *Corriere tributario*, 2009, n.30, p. 2435 ss.
- MIELE L., *Le esimenti per il regime cfc*, in *Corriere tributario*, 2010, n.42, p. 3449 ss.
- MIELE L., *Per i servizi infragruppo la disapplicazione del regime cfc dipende dall'interpello*, in *Corriere tributario*, 2011, n.8, p. 607 ss.
- MIELE L., *Società estere: regime delle cfc ed esteroinvestizione*, in MIELE L., ROLLE G., RUSSO V., IPSOA, 2011
- MIELE L., PICCININI G., *Nuovo regime CFC: eliminata la distinzione tra modelli black e white*, in *Corriere Tributario*, 2018, n.42, p. 3199 ss.
- MIELE L., RAMAGLIONI V., *“CFC rules” più aderenti alle “best practices” internazionali*, in *Corriere Tributario*, 2015, n.38, p. 3873 ss.
- MORETTI M., *Controlled foreign companies: alcune riflessioni di carattere sistematico alla luce delle modifiche introdotte dal decreto internazionalizzazione e dalla legge di stabilità 2016*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2017, n.3, p.750 ss.
- MORRI S., GUARINO S., *CFC e libertà di stabilimento tra normativa italiana e garanzie europee*, in *Corriere Tributario*, 2016, n.32, p. 2539 ss.
- NANETTI F., *Profili internazionalistici della CFC italiana*, in *Rivista di diritto tributario*, 2001, fasc. 6, pt. 1, pp. 641 – 668
- NICOLOSI F., *Brevi osservazioni sulla nuova disciplina CFC recata dallo schema di decreto ATAD*, in *Rivista di diritto tributario (supplemento online)*, 2018
- NOBILI F., SPINZI A., *Cambia il quadro delle esimenti dalla disciplina Cfc*, in *Il Sole 24 Ore*, 2019
- O'SHEA T., *The UK's F rules and the freedom of establishment: Cadbury Schweppes plc and its IFSC subsidiaries - tax avoidance or tax mitigation?*, in *16 EC Tax Review*, 2007, Issue 1, pp. 13–33

- OECD, *Harmful Tax Competitions - An Emerging Global Issue*, Parigi, 1998
- OECD (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris
- OECD (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: condensed Version 2017*, OECD Publishing
- PALMITESSA E., *La disciplina CFC cerca chiarezza nel nuovo Modello Convenzionale OCSE*, in *Il Sole 24 Ore*, 2018
- PAPOTTI R. A., MOLINARI F., *L'evoluzione della normativa sulle CFC alla luce delle modifiche della Legge di stabilità 2016*, in *Corriere Tributario*, 2016, n.6, p. 417 ss.
- PAPOTTI R., SACCARDO N., *L'estensione della disciplina CFC alle società controllate localizzate in Stati o territori non black-list - notazioni anche in tema di compatibilità con il diritto comunitario*, in *Bollettino tributario d'informazioni*, 2010, fasc. 6, pp. 427 – 432
- PAPOTTI R. A., MOLINARI F., *La disciplina CFC alla prova della Direttiva anti-elusione dell'Unione Europea*, in *Corriere Tributario*, 2016, n.34, p. 2609 ss.
- PAPOTTI R.A., ZORZI G., *La detrazione delle imposte assolte all'estero dalle CFC*, in *Corriere Tributario*, 2017, n.39, p. 3048 ss.
- PERSOFF M., *HMRC revised draft guidance on controlled foreign companies rules*, in *17 EC Tax Review*, 2008, Issue 2, pp. 96–96
- PERSOFF M., *UK*, in *19 EC Tax Review*, 2010, Issue 3, pp. 142–143
- PIAZZA M., *Il rimpatrio dei dividendi provenienti da soggetti residenti in Stati o territori a fiscalità privilegiata*, in *Corriere Tributario*, 2018, n.34, p. 2583 ss.
- PIAZZA M., *Dividendi e plusvalenze di fonte estera: nuovo regime a decorrere dal 2019*, in *il Fisco*, 2019, n.2 pp. 1-157
- PIAZZA M., MAIESE V., *L'agenzia delle entrate spiega come verificare il «tax rate test» per le cfc «non black list»*, in *Corriere tributario*, 2011, n.26, p. 2106 ss.
- PIAZZA M., TRAINOTTI A., *Paradisi fiscali: più chiarezza con lo schema di decreto sulla direttiva Atad*, in *Il Sole 24 Ore*, 2018
- PISTONE P., *Diritto tributario internazionale*, Torino, Giappichelli Editore, 2017
- PISTONE P., *The meaning of Tax Avoidance and Aggressive Tax Planning in European Union Tax Law: Some Thoughts in Connection with the Reaction to Such Practices by*

- the European Union*, in DOURADO A. (a cura di), *Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context*, Amsterdam, IBFD, 2017
- PISTONE P., *Diritto tributario europeo*, Torino, Giappichelli Editore, 2018
 - PISTONE P., *European Tax Integration: Law Policy and Politics*, Amsterdam, IBFD, 2018
 - PRAMPOLINI A., *Note a margine di una recente Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate in merito alla disapplicazione della normativa CFC con riferimento alle holding estere*, in *Rivista di diritto tributario*, 2007 fasc. 7-8, pt. 5, pp. 131 – 150
 - RIZZARDI R., *La disciplina CFC: un punto fermo dopo la Direttiva ATAD?*, in *Corriere Tributario*, 2019, n.3, p.283 ss.
 - ROLLE G., *CFC legislation e abuso della libertà di stabilimento*, in *Fiscalità internazionale*, 2006, n.6, p. 534 ss.
 - ROLLE G., *Modifiche alla «cfc legislation» dopo la conversione del decreto «anticrisi»*, in *Corriere tributario*, 2009, n.34, p. 2803 ss.
 - ROLLE G., *La disapplicazione della disciplina Cfc nella circ. n. 51/E*, in *il Fisco*, 2010, n.43, pp. 1-6995
 - ROLLE G., *La disciplina delle CFC fra nuovi oneri e semplificazioni*, in *il Fisco*, 2015, n.23, pp. 1-2239
 - ROLLE G., *Legge di stabilità: quali prospettive per CFC e costi “black list”?*, in *Corriere Tributario*, 2015, n.5, p. 341 ss.
 - ROLLE G., *Effetti su CFC, dividendi esteri e plusvalenze della nuova nozione di “Regimi Fiscali Privilegiati”*, in *il Fisco*, 2016, n.9, pp. 1-861
 - ROLLE G., *Dividendi provenienti da regimi fiscali privilegiati, regime CFC e credito d'imposta indiretto*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2017, n.6, p. 14 ss.
 - ROLLE G., *Adattamento alla disciplina ATAD delle norme interne su CFC, dividendi esteri e plusvalenze su partecipazioni*, in *Il Fisco*, 2018, n.38, pp. 1-3637
 - ROLLE G., *ATAD e CFC. La necessità di una riforma fra armonizzazione minima e libertà del mercato interno*, in *il Fisco*, 2018, n.32, pp. 1-3150
 - ROSSI P., *Aperta la via della concorrenza fiscale in ambito UE. Per la Corte UE, le regole CFC confliggono con la libertà di stabilimento*, in *il Fisco*, 2006, n.36, pp. 1-5580
 - ROTONDARO C., *Note minime in tema di compatibilità dei regimi CFC con il diritto comunitario. Alcune riflessioni sul caso italiano*, in *Rivista di diritto tributario*, 2000, fasc. 5, pt. 1, pp. 517 - 555

- SACCHETTO C., PLEBANI S., *Compatibilità della legislazione cfc italiana con le norme convenzionali e con l'ordinamento comunitario*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2002, n.1, p.13 ss.
- SANNA S., *Più certezze sui dividendi di fonte estera*, in *Eutenke.info*, 2019
- SANTACROCE B., AVOLIO D., *Nel passive income le compravendite di gruppo*, in *Il Sole 24 Ore*, 2019
- SAVORANA A., *Sulle Cfc norme italiane ancora lontane dal regime UE*, in *Il Sole 24 Ore*, 2018
- SCHIAVONE G., *Aspetti di fiscalità internazionale nell'ordinamento tributario britannico*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2017, n.3, p. 49 ss.
- SCHOUERI L. E., *The BEPS Project: Still a Military Approach*, in PISTONE P. (a cura di), *The implementation of anti-BEPS rule in the EU: a comprehensive study*, Amsterdam, IBFD, 2018
- SCIFONI G., *Modifiche alla disciplina CFC: lo sforzo di semplificazione procede tra luci ed ombre*, in *Corriere Tributario*, 2015, n.30, p. 2305 ss.
- SCIFONI G., *Modifiche alla disciplina CFC: un tentativo di semplificazione rimasto a metà del guado*, in *Corriere Tributario*, 2015, n.29, p. 2248 ss.
- SELLA P., *Compatibilità del regime CFC con il diritto comunitario e con le Convenzioni contro la doppia imposizione*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2016, n.8, p. 23 ss.
- SELLA P., *Il punto di Assonime sulle novità del regime CFC*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2017, n.10, p. 15 ss.
- SIEGFIREN M., FORT G., *Compatibilità delle norme «CFC» con le Convenzioni internazionali*, in *Corriere tributario*, 2001, n.9, p. 643 ss.
- SIEGFRIED M., *Dividendi esteri percepiti attraverso una controlled foreign companies*, in *Bollettino tributario d'informazioni*, 2005, fasc. 7, pp. 519 - 521
- SIEGFRIED M., *La nuova disciplina CFC: tassazione effettiva della partnership estera*, in *Bollettino tributario d'informazioni*, 2011, fasc. 6, pp. 405 - 409
- SILVANI C., *Per le controllate estere passive income test da definire*, in *Il Sole 24 Ore*, 2019
- SPINZI A., NOBILI F., *Per far scattare le regole Cfc basta una quota di utili oltre il 50%*, in *Il Sole 24 Ore*, 2019

- STEVANATO D., *Controlled Foreign Companies: concetto di controllo e imputazione del reddito*, in *Rivista di diritto tributario*, 2000, fasc. 7-8, pt. 1, pp. 777 – 802
- STEVANATO D., *Lo strumento tributario contro la delocalizzazione produttiva: decreto anticrisi e modifiche alle cfc*, in *Dialoghi Tributari*, 2009, n.4
- TANCREDI M., *La Corte di giustizia censura l'applicazione della legislazione inglese sulle «CFC» per violazione della libertà di stabilimento*, in *GT - Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2007, n.1, p. 21 ss.
- TELEFISCO, *Risposte dell'Agenzia delle Entrate del 2 febbraio 2019*, in *Il Sole 24 Ore*, 2019, n. 51-52
- TENORE M., *Il regime cfc nella proposta di direttiva anti-beps alla luce delle recenti modifiche legislative*, in *Rivista di diritto tributario (supplemento online)*, 2016
- THIONE M., BARGAGLI M., *Normativa CFC: dall'attuale "concetto" di passive income ai possibili sviluppi de lege ferenda*, in *il Fisco*, 2015, n.18, pp. 1-1767
- TOMASSINI A., *Relazioni tra le discipline sulle cfc e sugli utili da paradisi fiscali*, in *Corriere tributario*, 2007, n.39, p. 3189 ss.
- TOMSETT E., *EC Tax Scene: ECJ Rules UK CFC Legislation Contrary to EC Law*, in *34 Intertax*, 2006, Issue 11, pp. 575–575
- TOSI L., *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, in TOSI L., BAGGIO R., Milano, CEDAM, 2018
- TRETTEL S., *Cfc e società non operative: impossibile convivenza fra discipline*, in *Corriere tributario*, 2012, n.39, p. 3010 ss.
- TRETTEL S., *La disciplina CFC al test continentale*, in *il Fisco*, 2018, n.21, pp. 1-2065
- VALENTE P., *Costruzione "genuina" e "sostanza economica" nei principi comunitari*, in *il Fisco*, 2017, n.7, pp. 1-657
- VALENTE P., *Contrasto all'elusione fiscale internazionale: il recepimento della Direttiva ATAD I e successive modifiche*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2018, n.12, p. 5 ss.
- VALENTE P., SALVATORE M., *«Cfc rule» per le costruzioni di puro artificio*, in *Corriere tributario*, 2010, n.42, p. 3454 ss.
- VASAPOLLI G. e A., *La prova contraria delle «CFC rules»*, in *Corriere tributario*, 2003, n.32, p. 2625 ss.

- VITALE F., *Disapplicazione della normativa CFC e localizzazione del reddito in Paesi a fiscalità privilegiata in una recente Risoluzione della Agenzia delle Entrate*, in *Rivista di diritto tributario*, 2007, fasc. 5, pt. 2, pp. 320 – 335
- WHITEHEAD S., *Practical implications arising from the European Court's recent decisions concerning CFC legislation and dividend taxation*, in *16 EC Tax Review*, 2007, Issue 4, pp. 176–183
- ZIELKE R., *Anti-avoidance Legislation of Major EC Member Countries with Reference to the 2014 Corporate Income Tax Burden in the Thirty-Four OECD Member Countries: Germany, France, United Kingdom, and Italy Compared*, in *23 EC Tax Review*, 2014, Issue 2, pp. 102–115
- ZOCCALIA., *Cfc: quando ricorrono le “costruzioni di puro artificio” in paesi white-list*, in *Fiscalità e commercio internazionale*, 2011, n.2

Giurisprudenza

- Corte di Cassazione, 16 dicembre 2015, n. 25281, in *Civile Sent. Sez. 5*, 2015
- Corte di Giustizia Europea, sez. III, 21 gennaio 2010, causa C-311/08, *Sentenza Société de Gestion Industrielle (“SGI”)*, 2010
- Court of Appeal, 22 May 2009, Case A3/2008/2235, *Vodafone 2 v. Commissioners of HMRC*
- Royal Court of Justice, July 4, 2008, n. CH/2007/APP/0603, *High Court of Justice Chancery Division*, 2008
- Corte di Giustizia Europea, 12 settembre 2006, n. C-196/04, *Sentenza della Corte (Grande Sezione)*, 2006
- Corte di Giustizia Europea, *Sentenza* 14 dicembre 2000, C-110/99, *Emsland-Stärke*, *Sentenza della Corte*, 2000

Fonti Normative

- D. lgs. 29 novembre 2018, n. 142
- Finance (No.3) Bill, 2018-19, n. 20 Part 1
- Art. 7 del D. M. 14 maggio 2018
- L. 27 dicembre 2017, n. 205
- Direttiva (UE) 2016/1164, 12 luglio 2016

- L. 28 dicembre 2015, n. 208
- D. l. 24 settembre 2015, n. 156
- D. l. 14 settembre 2015, n. 147
- Risoluzione del Consiglio 2010/C 156/01, 8 giugno 2010
- Taxation (International and Other Provisions) Act, 2010 - Part 9A
- D. l. 29 novembre 2008, n. 185
- L. 24 dicembre 2007, n. 244
- Comunicazione della Commissione COM (2007) n. 785, 10 dicembre 2007
- L. 7 aprile 2003, n. 8
- D. M. 21 novembre 2001
- Income and Corporations Taxes Act, 1988 - Chapter IV Part XVII
- D. P. R. 22 dicembre 1986, n. 917
- Art. 2359 Codice Civile

Prassi

- Agenzia delle Entrate, 29 maggio 2019, Principio di diritto n. 17
- Agenzia delle Entrate, 10 ottobre 2018, Audizione
- AIDC- Sezione di Milano, 26 settembre 2018, Integrazione Denuncia n. 12
- Assonime, 1° agosto 2018, Circolare n. 19
- Agenzia delle Entrate, 22 novembre 2017, Risoluzione n. 144/E
- Agenzia delle Entrate, 28 agosto 2017, Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate, Prot. n. 2017/165138
- Assonime, 4 ottobre 2018, Audizione informale
- Agenzia delle Entrate, 11 agosto 2017, Risoluzione n. 112/E
- Agenzia delle Entrate, 16 settembre 2016, Provvedimento n. 143239
- Agenzia delle Entrate, 30 marzo 2016, Circolare n. 6/E
- AIDC - Sezione di Milano, 16 marzo 2016, Denuncia n. 12
- Agenzia delle Entrate, 4 agosto 2016, Circolare n. 35/E
- Agenzia delle Entrate, 21 giugno 2011, Circolare n. 28/E
- Agenzia delle Entrate, 14 giugno 2010, Circolare n. 32/E
- Agenzia delle Entrate, 26 maggio 2011, Circolare n. 23/E
- Agenzia delle Entrate, 6 ottobre 2010, Circolare n. 51 E
- Agenzia delle Entrate, 10 novembre 2008, Risoluzione n. 427/E

- Agenzia delle Entrate, 12 dicembre 2005, Risoluzione n.170/E
- Agenzia delle Entrate, 23 maggio 2003, Circolare n. 29/E
- Assonime, 18 dicembre 2000, Circolare n. 65

Documenti online

- Blickrothenberg, *New Uk CFC Rules* ritratto da <http://www.blickrothenberg.com/getmedia/7051b915-1db7-40d1-8d12-fb1199ad3220/New-UK-CFC-rules.pdf.aspx>
- Deloitte, *Vodafone 2: Court of Appeal reverses High Court decision*, 2009, ritratto da [https://www.taxpublications.deloitte.co.uk/tis/dtp.nsf/0/A33019B98DA2B50C802575BE00551686/\\$file/Vodafone%20%20Final%20SGB%20WJID.pdf](https://www.taxpublications.deloitte.co.uk/tis/dtp.nsf/0/A33019B98DA2B50C802575BE00551686/$file/Vodafone%20%20Final%20SGB%20WJID.pdf)
- Deloitte, *Controlled foreign companies: Vodafone wins in the High Court*, 2008, ritratto da [https://www.taxpublications.deloitte.co.uk/tis/dtp.nsf/0/c4fa9c77354926728025747f00470c07/\\$FILE/BTB_Vodafone_Final.pdf](https://www.taxpublications.deloitte.co.uk/tis/dtp.nsf/0/c4fa9c77354926728025747f00470c07/$FILE/BTB_Vodafone_Final.pdf)
- Ernest Young, *UK takes steps to implement EU Anti-Tax Avoidance Directive*, 2018 ritratto da <https://www.ey.com/gl/en/services/tax/international-tax/alert--uk-takes-steps-to-implement-eu-anti-tax-avoidance-directive>
- Gov.uk, *Anti-Avoidance Directive about controlled foreign companies*, July 2018, ritratto da <https://www.gov.uk/government/publications/anti-avoidance-directive-about-controlled-foreign-companies-and-eu-exit/anti-avoidance-directive-about-controlled-foreign-companies-and-eu-exit>
- Gov.uk, *Controlled Foreign Companies and EU Anti-Tax Avoidance Directive*, November 2018, ritratto da <https://www.gov.uk/government/publications/controlled-foreign-companies-and-eu-anti-tax-avoidance-directive/controlled-foreign-companies-and-eu-anti-tax-avoidance-directive>
- Gov.uk, *International Manual*, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm254100>
- Gov.uk, *International Manual*, April 2016, ritratto da <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm190000>

- Commissione Europea, *Tipi di atti giuridici dell'UE*, ritratto da https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/types-eu-law_it#atti-legislativi-e-atti-non-legislativi
- HM Treasury, *Business Tax Roadmap*, March 2016, ritratto da https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/509249/business_tax_road_map_final2.pdf