



Università
Ca' Foscari
Venezia

Corso di laurea magistrale

in Amministrazione
Finanza e Controllo

Tesi di Laurea

**Il regime delle
CFC**

Relatore

Prof. Antonio Viotto

Correlatore

Dott. Filippo Lorcet

Laureando

Alessandro Bettio

868653

Anno Accademico

2021/2022

Indice

Introduzione.....	1
Capitolo I Descrizione regime CFC.....	3
1.1 Il regime CFC, in Italia e in UE.....	3
1.1.1 <i>Evoluzione storica regime CFC nazionale.....</i>	3
1.1.2 <i>L'introduzione della direttiva ATAD e il suo adattamento nella normativa italiana.....</i>	11
1.1.3 <i>Le azioni BEPS dell'OCSE in materia di controllate estere.....</i>	17
Capitolo II Regime CFC e le normative comunitarie e internazionali.....	23
2.1 La compatibilità con i principi comunitari UE.....	23
2.1.1 <i>Le restrizioni alle libertà fondamentali a scopo anti abuso.....</i>	23
2.1.2 <i>Le costruzioni di puro artificio.....</i>	28
2.2 La compatibilità con i trattati internazionali contro le doppie imposizioni.....	38
Capitolo III Regime CFC italiano.....	49
3.1 Il nuovo articolo 167 TUIR.....	49
3.1.1 <i>Soggetti a cui si applica la normativa.....</i>	49
3.1.2 <i>Il concetto di controllo.....</i>	55
3.1.3 <i>La tassazione effettiva.....</i>	64
3.1.4 <i>Definizione di passive income e soglie per l'applicazione.....</i>	75
3.1.5 <i>La determinazione del reddito del soggetto estero e dell'imposta.....</i>	80
3.1.6 <i>La tassazione della CFC in presenza di perdite della</i>	

<i>controllante</i>	85
3.1.7 <i>Il credito d'imposta</i>	86
3.1.8 <i>L'esimente</i>	93
3.2 La distribuzione degli utili	97
3.2.1 <i>Premessa sulla tassazione degli utili da partecipazioni</i>	97
3.2.2 <i>La tassazione degli utili in concomitanza con il regime CFC</i>	100
3.3 L'interpello	106
3.4 La procedura	109
3.4.1 <i>L'accertamento</i>	109
3.4.2 <i>Obblighi del contribuente</i>	111
3.5 La compatibilità del regime CFC con l'ordinamento nazionale	112
3.6 Approfondimenti sulla norma nazionale e i collegamenti con discipline specifiche	115
3.6.1 <i>Collegamento con l'esterovestizione (cenni)</i>	115
3.6.2 <i>Collegamento con entry/exit tax</i>	119
Conclusione	125
Bibliografia	129

Introduzione

Nel contesto di un mondo sempre più globalizzato e interconnesso in cui ci ritroviamo e in cui le stesse imprese operano, è facile imbattersi in problematiche di diritto tributario internazionale; una di queste riguarda il tema delle CFC, *Controlled Foreign Companies*, ovvero quelle società aventi sede in un paese dove usufruiscono di un regime fiscale agevolato o quasi del tutto assente, che sono controllate da società o persone fisiche che invece risiedono in paesi come l'Italia, a fiscalità ordinaria.

La domanda che ci si pone con riguardo a queste entità è la seguente: devono essere tassate secondo le regole dello stato di residenza o è preferibile che vengano tassate in base alle regole dello stato dove risiede la controllante? La normativa CFC prende piede dapprima negli Stati Uniti intorno al 1962. Successivamente, a cavallo tra gli anni '70 e '80 diversi paesi europei iniziarono ad allinearsi a questo modello, come Germania, Francia e Regno Unito; in seguito anche l'Italia ha adottato le sue disposizioni in materia (art. 167-168 Tuir e successive modifiche, il secondo poi verrà abrogato).

La disciplina delle controllate estere si è diffusa capillarmente nel mondo, e si è basata sull'imitazione tra i modelli di *CFC legislation* che già esistevano in altri paesi, a partire proprio dagli Stati Uniti, precursori in materia; dunque almeno inizialmente non vi è un insieme di norme comuni, frutto dell'accordo tra più stati, bensì si assiste alla migrazione di fonti normative da uno stato all'altro, poi adattate ad ogni singolo contesto.

Nel corso degli anni si è ritenuto, in particolare a livello comunitario di uniformare la disciplina; in virtù di ciò nel 2016 l'UE è intervenuta con una direttiva, che si analizzerà nel corso dell'elaborato; di grande aiuto alla redazione di questa direttiva sono stati i lavori dell'OCSE, anche questi oggetto di discussione nel prosieguo del lavoro.

In questo scritto si presenterà dapprima l'argomento e l'evoluzione del contesto normativo CFC sia a livello nazionale che a livello comunitario; poi si analizzeranno i profili di compatibilità del regime CFC con i principi UE e con i trattati internazionali contro le doppie imposizioni. Saranno oggetto di

studio anche le linee guida fornite dall'OCSE in tema di controllate estere. Poi verrà trattata nel dettaglio la normativa nazionale vigente dal periodo di imposta 2019, in tutte le sue sfaccettature e si discuterà della coerenza della norma italiana con la direttiva ATAD, anche alla luce della nuova Circolare dell'Agenzia delle Entrate risalente al 27 dicembre 2021. In conclusione verranno trattate anche due discipline coesistenti con quella CFC e che oltre a presentare dei tratti comuni con la norma, si incrociano con quest'ultima nella loro applicazione. Si tratta del fenomeno dell'esterovestizione e dell'*entry* e dell'*exit tax*. Il tutto verrà accompagnato dalla giurisprudenza più rilevante sull'argomento.

L'intento dell'elaborato vuole essere quello di studiare e approfondire, con sguardo critico, l'impatto che la direttiva ATAD ha avuto nei confronti dei Paesi europei. Particolare attenzione verrà posta sulle modifiche che la direttiva ATAD ha causato all'interno del nostro ordinamento, ma verrà dato ampio spazio anche all'analisi degli aspetti della norma nazionale che non sono stati cambiati dal legislatore, in particolare a quelli non in linea con quanto consigliato a livello comunitario e internazionale.

Capitolo I Descrizione regime CFC

1.1 Il regime CFC, in Italia e in UE

1.1.1 Evoluzione storica regime CFC nazionale

L'Italia è stato uno dei tanti paesi ad aver seguito gli Stati Uniti nella predisposizione di una normativa che andasse a contrastare i tentativi di elusione di soggetti residenti attraverso la detenzione di partecipazioni di controllo in società aventi la residenza in paesi a fiscalità privilegiata. Certamente rispetto all'iniziativa americana datata anni '60 il ritardo italiano è notevole; il legislatore nazionale ha iniziato a occuparsi di CFC nel 2000¹, motivato in *primis* dalla consapevolezza di non essere al passo con gli altri paesi fiscalmente avanzati, quelli europei sopra tutti²; ma non è stata l'unica motivazione, in quanto nel 1998 l'OCSE aveva redatto un documento in tema di competizione fiscale dannosa e di come contrastarla, anche attraverso l'adozione della *CFC legislation*.³

All'interno del documento dell'OCSE poc'anzi citato viene analizzato per prima cosa come identificare un paese a fiscalità privilegiata, detto anche paradiso fiscale; all'interno del documento vengono sviluppati essenzialmente quattro punti chiave: la totale assenza di tassazione sul reddito della società o la presenza di una tassazione molto bassa, la scarsità di informazioni che si hanno a disposizione su quel paese e quindi la non collaborazione da parte di quest'ultimo in ottica di scambio di informazioni ai fini fiscali, mancanza di trasparenza e l'assenza di alcun requisito per le imprese di svolgere un'attività sostanziale; tutti punti che fanno subito immaginare a uno Stato che vuole attrarre investimenti o transazioni puramente passive, al solo scopo di

¹ Con la legge 342/2000, in particolare il suo art. 1, che introduceva nel Testo Unico delle Imposte sui Redditi l'art. 127-*bis* in materia di imputazione dei redditi delle partecipate estere, aventi sede in paesi a fiscalità privilegiata, a tassazione italiana.

² In particolare si segnalano tra i primi ad aver adottato una norma CFC nazionale la Germania nel 1972, la Francia nel 1980 e la Gran Bretagna nel 1984.

³ OECD, *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, Parigi, 1998. Possiamo forse definire questo documento un precursore del percorso che ha poi portato al documento contenente le azioni BEPS, che saranno oggetto di analisi nel paragrafo 1.1.3.

agevolare fiscalmente chi porta i capitali all'interno del paese. Oltre ad elencare le fattispecie di competizione fiscale dannosa, l'OCSE suggerisce anche delle mosse per contrastarla, e già allora evidenziava come i singoli regimi di contrasto al meccanismo delle controllate estere ci fossero nella gran parte dei Paesi, ma che questi metodi avevano i loro limiti. Infatti detti metodi consistevano per lo più in azioni unilaterali o bilaterali delle singole Nazioni, che andavano incontro a frequenti difficoltà, perché in primo luogo i singoli Paesi potevano agire fino a un certo punto in contrasto alle norme di un altro Paese, in secondo luogo perché se anche gli altri Paesi non seguivano questa politica di contrasto diventava difficile perseguirla, si rischiava solo di danneggiare i propri contribuenti a vantaggio di quelli delle altre Nazioni; in ultima battuta l'esercizio di queste azioni di controllo comportava ingenti costi amministrativi, difficili da sostenere. La raccomandazione da parte dell'OCSE era quella di adottare un regime CFC per i Paesi che al tempo non lo avevano ancora e per chi lo aveva adottato di rafforzarlo attraverso la cooperazione con gli altri Paesi in ambito OCSE; questo era l'unico modo secondo l'avviso dell'OCSE per contrastare in maniera concreta ed efficace questo tipo di elusione fiscale.

La norma italiana CFC del 2000 aveva il chiaro intento di limitare gli effetti distorsivi derivanti dal ricorso, da parte di soggetti italiani, alla costituzione di imprese, localizzate in Stati o territori aventi un regime fiscale privilegiato, per ottenere indebiti risparmi d'imposta.⁴ La prima norma a contrasto delle CFC italiana era molto diversa da quella che oggi conosciamo; l'ambito soggettivo comprendeva non solo le imprese, ma anche persone fisiche e enti non commerciali residenti. Veniva posto poi dall'Amministrazione Finanziaria l'esame del controllo, ovvero si verificava se la società estera fosse controllata o meno dal soggetto residente, condizione essenziale per assoggettare a regime CFC un reddito.⁵ Il controllo è quella interconnessione

⁴ Cfr. Relazione accompagnatoria al D.L. n.4336/15-11-1999.

⁵ Per l'esame del controllo si faceva riferimento a quanto disposto dal Codice Civile all'art. 2359; quindi è ritenuta controllata una società nella quale un'altra dispone della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea, oppure la società nella quale un'altra dispone di voti sufficienti per influenzare l'assemblea o ancora la società nella quale un'altra esercita il controllo in virtù di determinati vincoli contrattuali. Si computano ai fini dei primi due casi

tra soggetto residente ed ente estero che consentiva di individuare la/le persone residenti che effettivamente incassavano i risultati dell'attività della controllata, potendo essere considerate a quel punto come gestori dell'attività a tutti gli effetti.^{6 7} Per quanto riguarda il soggetto estero controllato, si prendevano in considerazione tutti gli enti o società aventi una stabile organizzazione nel territorio dello Stato a fiscalità privilegiata. Per il riconoscimento di un Paese come stato a fiscalità privilegiata intervenne il D.M. 21 novembre 2001, il quale riportava una *black list* di Paesi. Questi Paesi venivano selezionati all'interno della *black list* secondo dei criteri riguardanti il livello di tassazione e lo scambio di informazioni ai fini fiscali tra l'Italia e il Paese oggetto di valutazione. Più precisamente il primo criterio rapportava il livello di tassazione presente nel Paese in questione con quello italiano e se risultava sensibilmente inferiore ad esso detto Paese era da considerare uno Stato a fiscalità privilegiata. In base al secondo criterio era a fiscalità privilegiata un Paese che non assicurasse un adeguato scambio di informazioni con l'Italia ai fini dei controlli fiscali, garantiti attraverso accordi, Convenzioni o Trattati stipulati tra i Paesi.⁸ Dunque una volta che ricorrevano i requisiti per l'applicazione delle norme CFC l'utile prodotto dalla controllata estera veniva tassato per trasparenza in capo al controllante italiano, a prescindere dalla sua composizione.

Negli anni successivi si assistette a più di un cambiamento, a partire dalla Riforma Ires⁹, la quale più che nella sostanza della norma, andò a modificare il numero dell'articolo nel quale era scritta la regolamentazione CFC, che infatti passò dal 127-*bis* al 167 del TUIR. Successivamente venne introdotto un nuovo articolo all'interno del Testo Unico, il 168, che voleva estendere il regime di imputazione applicato alle società controllate anche a quelle

anche i voti spettanti a società controllate, fiduciarie e a persona interposta mentre non si computano quelli spettanti per conto di terzi.

⁶ Sul tema BALLANCIN A., *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate, Profili ricostruttivi nella crisi dei paradigmi impositivi tradizionali*, Milano, 2016.

⁷ Per un approfondimento del concetto di controllo si rimanda al capitolo III, paragrafo 3.1.2.

⁸ BONFANTI L., DELLA CARITA A., *Paradossi e insana (in)coerenza nella CFC delineata dallo schema di Decreto di recepimento dell'ATAD*, in *Fisc. Comm. Int.*, 2018, n.12, p. 27.

⁹ D.lgs. n. 344/ 2003.

collegate; in sostanza per essere assoggettati al regime CFC era sufficiente possedere una quota di utili non inferiore al 20% in una società residente in un paese a fiscalità privilegiata, non essendo più necessario il controllo come unica condizione.¹⁰ Oltre a ciò detto articolo, al secondo comma, sanciva che i redditi imputati per trasparenza in base al suo primo comma dovevano essere determinati per una somma pari al maggiore tra l'utile prima delle imposte derivante dal bilancio della partecipata estera e un reddito calcolato sulla base dei coefficienti di rendimento riferiti alle categorie di beni che compongono l'attivo patrimoniale. Intanto a livello comunitario nasce il dibattito sulla compatibilità delle disposizioni antiabuso con la tutela della competitività delle imprese nei mercati internazionali e vengono emanate le prime sentenze¹¹ e i primi documenti ufficiali¹²; ne deriva una necessità di modificare le norme antielusione da parte dei vari Stati membri, in quanto la struttura dell'impianto normativo dei Paesi (Italia inclusa) è troppo incentrata, a parere della Commissione Europea¹³, nel perseguire una battaglia contro i Paesi a fiscalità privilegiata piuttosto che un contrasto all'elusione. Viene avvertita dal legislatore comunitario l'esigenza di evitare che, tramite l'artificioso trasferimento di attività meramente ausiliarie e soprattutto di cespiti mobili, si spostino profitti attribuibili allo Stato del soggetto controllante, esigenza che secondo la Commissione deve essere trasformata concretamente in normativa.¹⁴ A seguito delle raccomandazioni della Commissione Europea, il legislatore italiano modificò l'impianto normativo CFC, con il D.L. 78/2009¹⁵. All'interno del Decreto si assiste a un pesante inasprimento della disciplina CFC, con l'intento di contrastare al massimo livello possibile le localizzazioni fittizie di redditi ad ampio raggio, estendendo l'applicazione della norma CFC anche a Paesi che non erano riportati all'interno della *black list*. Sostanzialmente l'Italia si stava adattando a ciò che l'Europa aveva caldamente suggerito di fare, concentrarsi sul contrasto all'elusione in sé evitando di perdere gettito piuttosto che tenere gli

¹⁰ Per approfondire si rimanda a BALLANCIN A., *op.cit.*

¹¹ Cadbury Schweppes, oggetto di esame al capitolo II.

¹² Documento COM/784/2007, verrà analizzato al paragrafo 1.1.2.

¹³ COM 785/2007.

¹⁴ Come riportato da BONFANTI L., DELLA CARITA A., *op.cit.*

¹⁵ Art. 13 D.L. 78/2009.

occhi puntati esclusivamente sui paesi a fiscalità privilegiata. Così il regime delle CFC viene esteso a tutte le stabili organizzazioni che dimostrino di avere carattere elusivo, indipendentemente dallo Stato in cui si trovano; questa è una differenza enorme rispetto a prima, dove oltre al requisito del carattere elusivo era richiesto anche l'aver sede in un territorio inserito nella *black list*. Quindi poteva essere assoggettata al regime CFC anche una stabile organizzazione situata in un Paese a fiscalità ordinaria, quindi anche un Paese UE. Di seguito si specificano le condizioni per l'assoggettamento al regime CFC di un soggetto estero residente in un Paese non inserito in *black list*, che sono comunque diverse dalla prima lista di Paesi¹⁶, e sono: l'aver conseguito da parte del soggetto estero proventi derivanti per più del 50% da *passive income*¹⁷ e da servizi infra-gruppo; la tassazione nel paese estero a carico del soggetto risulti inferiore a più della metà di quella cui sarebbe stato soggetto se residente in Italia.¹⁸ Questa importante evoluzione nel percorso di crescita del nostro sistema normativo in materia di controllate estere ha portato il modello italiano da un sistema esclusivamente *jurisdictional approach*¹⁹, a uno che guardi anche alla natura del reddito prodotto e non più solo alla

¹⁶ Le condizioni per essere assoggettati per soggetti residenti in Paesi inseriti nella lista rimangono le stesse di prima, così come le esimenti, ovvero la dimostrazione di svolgere un'attività industriale o commerciale nel mercato o territorio di insediamento e la dimostrazione di non localizzare i redditi prodotti tramite il soggetto controllato in paradisi fiscali.

¹⁷ Definiamo il termine *passive income*: si considerano tali tutti i proventi derivanti da attività economica non effettiva, senza quindi l'impiego di attrezzature, di una sede per lo svolgimento di un'attività economica effettiva che produca ricchezza; sono considerabili tali a titolo di esempio dividendi, *royalties*, canoni di locazione.

¹⁸ Questa novità normativa è stata inserita all'interno dell'art. 167 TUIR, al comma 8-*bis*.

¹⁹ Col termine *jurisdictional approach* si intende un metodo di identificazione di società estere CFC basato esclusivamente sul Paese nel quale la CFC risiede fiscalmente. Il Paese che adotta questo tipo di approccio stila una lista aggiornata di Paesi che considera a fiscalità privilegiata. Una volta che viene accertata la residenza della CFC nella lista predisposta dal Paese di residenza del controllante, il reddito della CFC sarà imputato per trasparenza a quest'ultimo per la sua interezza, nei limiti della quota di partecipazione agli utili del controllante, senza operare alcun distinguo tra i redditi conseguiti dalla CFC nell'ambito di operazioni genuine e non artificiose e operazioni prive di significato economico, volte all'elusione.

collocazione del soggetto estero.²⁰

Era prevista la possibilità per il contribuente controllante di un soggetto estero residente in un paese diverso da quelli inseriti in *black list* che rispettava i due requisiti visti sopra, di dimostrare due esimenti²¹, come viene ricordato anche dalla prassi dell'Agenzia delle Entrate dell'epoca²²: «*il soggetto residente deve dimostrare di esercitare attività economica effettiva nell'esercizio del soggetto controllato, oppure deve dimostrare che dalle partecipazioni non consegue l'effetto di collocare i redditi in stati o territori diversi da quelli di cui al Decreto emanato ai sensi dell'art. 168-bis TUIR.*»²³

Nel 2015 il legislatore cambiò ulteriormente la norma in materia di CFC, col Decreto Internazionalizzazione²⁴ e con la Legge di Stabilità²⁵; col primo sono stati eliminati degli aspetti controversi e spesso dibattuti dagli esperti in materia²⁶, mentre col secondo sono stati rivisti i criteri di identificazione dei paesi a fiscalità privilegiata. Sicuramente quest'ultima a parere di chi scrive è la novità più importante, infatti con questa legge viene eliminato il sistema della *black list* ex D.M. 2001, per l'individuazione di regimi fiscali speciali; l'unico criterio nella loro individuazione diventa che il livello nominale di tassazione risulti inferiore al 50% di quello applicabile in Italia. L'intento del legislatore era quello di semplificare la procedura di identificazione dei paesi

²⁰ Così detto *transactional approach*. Detto metodo, a differenza dell'ultimo citato nella nota precedente, non va a considerare liste di Paesi, piuttosto nella decisione sull'applicazione della norma CFC a una controllata estera, analizza la natura dei redditi prodotti dalla CFC. Dunque attraverso tale metodo risultano imputabili per trasparenza in capo al controllante residente, sempre nei limiti della sua quota partecipativa agli utili, solamente i redditi *passive*, mentre i redditi derivanti da operazioni non artificiose non saranno soggetti alla norma CFC.

²¹ Tramite interpello obbligatorio da presentare all'Amministrazione Finanziaria.

²² Circolare AdE, n. 51/E/2010.

²³ All'art. 168-bis erano state redatte due *white list* di paesi con i quali persiste un adeguato scambio di informazioni, una nella quale erano presenti i Paesi con livello di tassazione simile a quello italiano, e una nella quale erano presenti i Paesi aventi un livello di tassazione inferiore, ma non sensibilmente inferiore.

²⁴ D. Lgs. 147/2015.

²⁵ L. n. 208/2015.

²⁶ La novità più importante fu quella dell'abrogazione dell'art. 168 TUIR, il quale in precedenza andava ad estendere l'applicabilità del regime CFC anche alle collegate estere, e del 168-bis con le due *white list*.

a bassa fiscalità, ma la nuova norma sembrava più che altro semplificare le cose solo a livello ministeriale, infatti mentre prima di questo nuovo Decreto il Ministero doveva ogni anno aggiornare la lista ex D.M. 2001²⁷, dopo l'entrata in vigore di quest'ultimo tale adempimento non era più necessario ai fini della determinazione di un reddito come proveniente da una CFC o meno. Il legislatore nazionale non ha semplificato tuttavia la situazione dei contribuenti, che dopo tale modifica alla disciplina delle CFC dovevano ogni volta verificare il livello di tassazione nominale del Paese estero in cui controllavano un soggetto.²⁸ Dunque c'erano tre possibilità per essere sottoposti al regime delle controllate estere: se il Paese in questione faceva parte dell'UE o dello Spazio Economico Europeo doveva presentare un livello di tassazione effettiva²⁹ minore di almeno il 50% rispetto a quella italiana e per di più era necessario che il contribuente italiano percepisse più della metà del reddito proveniente dal soggetto controllato sotto forma di *passive income*.³⁰ La stessa cosa valeva per quei paesi che non facevano parte dell'UE o del SEE, i quali non presentavano un livello nominale³¹ di tassazione inferiore al 50%, perché se invece rispondevano al requisito appena citato allora subivano la tassazione CFC in base al disposto dell'art.167 comma 1. In tutti gli altri casi, si applicava il comma appena citato.³²

²⁷ Precedentemente alla Legge di Stabilità l'Amministrazione nel decidere se sottoporre o meno un reddito di una controllata estera al regime CFC italiano doveva essenzialmente basarsi sulla lista nera, che veniva aggiornata ogni anno in base al livello di tassazione presente all'interno del Paese estero in questione e doveva risultare sensibilmente inferiore rispetto al livello italiano; per precisione era considerato sensibilmente inferiore un livello di tassazione che si discostasse di almeno il 30% rispetto al livello medio di tassazione italiano. La lista si aggiornava anche in base a quanti Stati garantivano con l'Italia uno scambio di informazioni adeguato ai fini fiscali, attraverso la stipula di accordi, convenzioni e trattati.

²⁸ Come sostengono BONFANTI L., DELLA CARITA A., in *Le novità in materia CFC alla luce dei recenti chiarimenti ministeriali*, in *Fisc. Comm. Int.*, 2016, n.11, p.17.

²⁹ Per livello di tassazione effettiva si intende il livello che il soggetto effettivamente sconta all'estero, rapportato al livello di tassazione alla quale sarebbe stato sottoposto in Italia.

³⁰ Rispetto all'impostazione precedente, c'è un'esclusione totale dei paesi UE e SEE dall'applicazione dell'art.167 comma 1 TUIR, restando ferma la possibilità dell'applicazione del comma 8-*bis*.

³¹ Per livello nominale si intende l'aliquota percentuale di tassazione.

³² Si rimanda al chiarimento dell'AdE in merito alle nuove modalità di individuazione dei

Questa novità andava controcorrente rispetto alle indicazioni date a livello internazionale dall'OCSE, che in quel periodo pubblicava le azioni BEPS³³, la quale esprime una chiara preferenza per la tassazione effettiva come criterio per valutare l'imputazione di un reddito a regime CFC rispetto alla tassazione nominale. Come abbiamo visto in Italia la tassazione effettiva si usava solo nei casi previsti dal comma 8-*bis* dell'art.167 TUIR,³⁴ ovvero per le CFC situate in Paesi facenti parte dell'UE o del SEE. Altro punto di contrasto con la linea OCSE era il fatto dell'eliminazione delle liste di Paesi, che nei documenti BEPS vengono considerate degli strumenti importantissimi per aiutare sia gli Stati a determinare con più facilità quando applicare e non applicare il regime CFC, ma anche per aiutare il contribuente a capire subito se sarà soggetto a tassazione per trasparenza o meno sui suoi redditi esteri.³⁵

Un'ultima novità apportata con le modifiche del 2015 è stata quella dell'abolizione dell'obbligatorietà dell'interpello per chiedere la disapplicazione della disciplina. In precedenza il contribuente che intendesse

regimi fiscali privilegiati, all'interno della Circolare 35/E/2016.

³³ Paragrafo 1.1.3

³⁴ Interessante il dubbio posto da BAGAROTTO E. M., in *La disciplina in materia di Controlled Foreign Companies alla luce delle modifiche apportate dalla Legge di Stabilità 2016 e nell'attesa della direttiva anti-BEPS*, in Dir. Prat. Trib., 2017, n.3, p. 965 ss. L'autore dell'articolo pone delle perplessità in merito alla scelta del legislatore italiano di mantenere due modalità di individuazione delle partecipazioni oggetto della normativa, con requisiti diversi per la loro attuazione e anche con esimenti diversi per la disapplicazione della norma. In effetti questa critica è condivisibile, in quanto si potrebbe presentare il caso di una società non UE e SEE che presenti un livello di tassazione nominale molto basso e che quindi sarebbe assoggettata alla normativa, e allo stesso tempo un'altra società extra UE e SEE che invece presenti una tassazione nominale alta, ma una tassazione effettiva molto bassa, che non sarebbe assoggettata senza l'ulteriore requisito dell'attività svolta. Inoltre, i contribuenti che sono soggetti al regime CFC in base al comma 1 dell'art. 167 TUIR per disapplicare la norma dovrebbero dimostrare lo svolgimento di un'attività industriale o commerciale e la non localizzazione del reddito conseguito in un paese a fiscalità privilegiata; mentre i contribuenti soggetti a regime CFC in base al comma 8-*bis* art.167 TUIR per ottenere la disapplicazione dovevano solo dimostrare lo svolgimento di un'attività economica effettiva. Dunque si evince una disparità di trattamento che non trova motivazioni fondate, ma sembra derivare più da una confusionaria sovrapposizione di modifiche alla legislazione CFC nel tempo.

³⁵ A tal proposito si rimanda a BONFANTI L., DELLA CARITA A., *Le novità in materia di CFC alla luce dei recenti chiarimenti ministeriali*, in Fisc. Comm. Int., n. 11/2016, p. 17 ss.

dimostrare di non rientrare nelle casistiche previste e quindi richiedere una delle esimenti a disposizione, doveva presentare interpello all'Amministrazione Finanziaria. Se tale interpello non veniva presentato nei tempi previsti, il contribuente non poteva più in alcun modo ottenere la disapplicazione della norma CFC. Con la modifica del 2015 il contribuente non è più obbligato a questo passaggio, che diventa facoltativo; in sostanza esso può agire in via preventiva presentando interpello all'AdE e dimostrare le esimenti previste o può rinviare la dimostrazione a un momento successivo, fornendo le prove necessarie durante l'eventuale controllo dell'Amministrazione.^{36 37}

L'assetto normativo che si presentava fino alle modifiche apportate dal D. lgs. 29/11/2018 in applicazione della direttiva CEE 2016/1164 è dunque quello appena descritto; tali ultimi cambiamenti, entrati in vigore dal periodo di imposta 2019 costituiscono tutt'ora la regola vigente che esamineremo con cura nel corso del terzo capitolo.

1.1.2 *L'introduzione della direttiva ATAD e il suo adattamento nella normativa italiana*

Nei primi anni in cui le CFC *legislation* iniziarono ad essere adottate dai vari stati dell'Unione Europea non vi era una norma condivisa a livello comunitario sul tema e ogni Paese membro aveva la sua specifica disciplina, ognuna caratterizzata da sfumature differenti. Queste differenze potevano portare ad avere contribuenti più agevolati e altri meno, dando vita a una discriminazione tra gli stessi di Paesi diversi, i quali subivano norme CFC più o meno stringenti in base al loro Stato di residenza. La necessità di uniformare le discipline, alla luce della sempre più crescente globalizzazione, ha portato l'UE a esprimere dei pareri formali, come con la comunicazione 2007/785³⁸; la Commissione Europea in questo frangente voleva allo stesso tempo

³⁶ DRAGONETTI A., PIACENTINI V., SFONDRINI A., *Manuale di fiscalità internazionale*, Milano, 2016.

³⁷ Dell'interpello si approfondiranno gli aspetti nel corso del terzo capitolo, paragrafo 3.4.

³⁸ Da notare che non si tratta di documenti vincolanti per gli stati membri; le comunicazioni sono solo dei pareri, dei consigli, delle informazioni, con le quali l'UE cerca di incentivare la collaborazione tra i vari Stati.

stimolare una maggiore cooperazione tra i Paesi membri e analizzare due discipline antielusive, tra le quali la disciplina CFC che è quella di nostro interesse. La Commissione Europea sosteneva che le disposizioni in materia CFC dovessero essere applicate solo nel caso di accertate costruzioni di puro artificio, oltre a dover assicurare la certezza del diritto per il contribuente e la praticità di applicazione per l'Amministrazione Finanziaria.³⁹ Inoltre la Commissione ricalcava il principio della proporzionalità, in base al quale doveva essere garantito che le normative in questione non eccedessero con i loro effetti oltre l'ambito nel quale erano state inserite.⁴⁰ L'invito generale a tutti i membri appare quello di collaborare e condividere le cosiddette *best practices* della materia con gli altri.

Quasi dieci anni dopo, nel 2016, il legislatore comunitario arriva alla direttiva 2016/1164 del Consiglio dell'Unione Europea, la cosiddetta Direttiva ATAD.⁴¹ La direttiva in oggetto è merito non solo dei membri del Consiglio Europeo, ma in buona parte anche dell'OCSE, che aveva portato avanti degli impegni negli anni precedenti, giunti al loro compimento con la pubblicazione delle relazioni finali sulle 15 azioni BEPS.⁴² La Direttiva prevede la raccomandazione a ciascuno Stato Membro di applicare la disciplina CFC con l'obiettivo di evitare l'erosione indebita della loro base imponibile, ma allo stesso tempo evitando di creare ostacoli alle libertà dei cittadini comunitari.⁴³

⁴⁴ Gli interventi diversificati da parte dei singoli legislatori nazionali

³⁹ CORBEDDU G., *Un framework di regole che definiscono una CFC legislation conforme al diritto dell'Unione Europea*, in *Il Tributario*, 11 settembre 2017, consultabile al sito <https://iltributario.it/articoli/focus/un-framework-di-regole-che-definiscono-una-cfc-legislation-conforme-al-diritto>.

⁴⁰ Si veda paragrafo 1.1.1, p. 7.

⁴¹ Sta per *Anti Tax Avoidance Directive*.

⁴² Queste azioni erano volte in linea generale a contrastare le più diffuse pratiche di elusione fiscale adottate a livello internazionale; tra queste ovviamente si elencavano una serie di comportamenti da adottare da parte degli Stati nei confronti delle CFC. Si rimanda al paragrafo 1.1.3.

⁴³ Quelle libertà garantite dall'art. 63 TFUE.

⁴⁴ CAZIERO M., LAZAROV I., *The substantive scope of the Anti Tax Avoidance Directive: the remaining leeway for national tax sovereignty*, in *Common Market Law Review*, 2021, n.6, p. 1789-1818.

avrebbero portato solo ostacoli al funzionamento del mercato interno europeo.⁴⁵ Per evitare ciò, è stato indicato a tutti i membri di adottare delle regole minime comuni in materia CFC, con la possibilità poi per ogni singolo Stato di aggiungere eventuali restrizioni ulteriori, sempre nel rispetto delle libertà fondamentali.^{46 47}

All'art. 7 della Direttiva ATAD è data la possibilità a ciascun membro di optare per due differenti approcci nell'applicazione della propria normativa in materia di controllate estere; un primo approccio è l'*entity approach*⁴⁸, che comporta la tassazione per trasparenza dei redditi di qualsiasi natura derivanti da costruzioni di puro artificio^{49 50}, il secondo approccio è quello del *transactional approach*⁵¹, che al contrario del primo assoggetta a tassazione nel Paese di residenza del soggetto controllante solamente determinate categorie di reddito⁵² derivanti dalla costruzione di puro artificio posta in

⁴⁵ DOURADO A. P., *The EU Anti Tax Avoidance Package: moving ahead of BEPS?*, in Intertax, 2016, n. 6-7, p. 440-446.

⁴⁶ Si veda il Considerando n.12 della Direttiva, nel quale si consigliano gli strumenti più adatti a disposizione degli Stati per proteggersi dagli abusi fiscali senza andare contro il TFUE; il testo del Considerando dice che gli Stati nel recepimento della Direttiva all'interno del loro ordinamento potrebbero raffrontare l'imposta sulle società realmente versata con l'imposta sulle società che sarebbe stata applicata nello Stato membro del contribuente e potrebbero ricorrere a una soglia frazionaria sufficientemente elevata dell'aliquota d'imposta.

⁴⁷ Si rimanda al secondo capitolo per un'analisi approfondita della norma comunitaria.

⁴⁸ Si rimanda alla nota 19.

⁴⁹ Quando la Direttiva fa riferimento alle costruzioni di puro artificio bisogna verificare cosa intende con tale termine: in sostanza identifica costruzioni di puro artificio o non genuine tutte quelle entità che non possiederebbero gli attivi o non avrebbero assunto i rischi che generano la gran parte o la totalità dei loro redditi se non fossero controllate da un'altra società in cui le funzioni significative pertinenti a tali attività o rischi sono svolte e sono funzionali a generare reddito nella controllata.

⁵⁰ Direttiva ATAD, Art. 7, comma 2, lett. b).

⁵¹ Si rimanda alla nota 20.

⁵² Le categorie di reddito previste dalla normativa comunitaria sono: interessi generati da attività finanziarie, canoni o altri redditi generati da proprietà intellettuale, dividendi e redditi da cessione di azioni, redditi da *leasing* finanziari, redditi da attività assicurativa, bancaria e altre attività finanziarie e redditi da società di fatturazione percepenti redditi da vendite e servizi derivanti da beni e servizi acquistati da e venduti a imprese associate che aggiungono un valore economico scarso o nullo.

essere dal contribuente residente.⁵³ ⁵⁴ Per quanto concerne il secondo modello, la Direttiva poi concede al contribuente la possibilità di esimere i *passive income* da tassazione per trasparenza, quando questi ultimi siano inferiori a un terzo del reddito totale della società; non è l'unica esimente prevista come possibilità di disapplicazione della norma in oggetto, infatti il contribuente può provare l'esistenza di un'attività economica sostanziale, coordinata attraverso l'utilizzo di personale, attrezzature, locali.⁵⁵ Infine, la Direttiva pone un'ultima esimente più specifica, per le imprese finanziarie e sempre nell'ambito di Paesi che adottino il *transactional approach*, quando i redditi di tali imprese non derivino da operazioni col contribuente o sue imprese associate per più di un terzo.

La Direttiva ATAD interviene anche per quanto riguarda la nozione di controllo⁵⁶ e stabilisce che per controllata si intende una società che subisce un controllo esclusivamente di diritto⁵⁷ ⁵⁸; ovviamente le indicazioni ATAD come abbiamo già affermato sono le regole minime che ogni membro deve applicare, quindi in questo caso il legislatore nazionale dovrà far ricadere nella nozione di controllo quello di diritto, ma non andrebbe incontro a nessun tipo di incompatibilità con la norma comunitaria se facesse ricadere nella nozione di controllo anche il controllo di fatto esercitato attraverso particolari vincoli contrattuali.⁵⁹ Va aggiunto che nel testo della Direttiva si considerano ai fini del calcolo delle quote partecipative della controllante anche le imprese associate con essa, che sono tutte quelle nelle quali la controllante detiene una quota di partecipazione ai voti in assemblea o agli utili almeno pari al

⁵³ MIELE L., PICCININI G., *Nuovo regime CFC: eliminata la distinzione tra modelli black e white*, Corr. Trib., 2018, n. 42, p. 3199-3200.

⁵⁴ Direttiva ATAD, Art. 7, comma 2, lett. a).

⁵⁵ MIELE L., PICCININI G., *op. cit.*

⁵⁶ Per un approfondimento sul concetto di controllo recepito dal legislatore italiano si veda il paragrafo 3.1.2.

⁵⁷ La controllante deve detenere almeno il 50% del capitale, dei diritti di voto o di diritto agli utili, come spiegato da PAPOTTI R., MOLINARI A. F., in *La disciplina CFC alla prova della Direttiva anti-elusione dell'Unione Europea*, Corr. Trib., 2016, n.34, p. 2609-2615.

⁵⁸ Art. 2 Direttiva ATAD

⁵⁹ MIELE L., *La nozione di controllo del soggetto non residente ai fini della disciplina CFC*, Corr. Trib., 2019, n. 5, p. 444-449.

25%.⁶⁰ Ulteriore condizione minima da adottare per essere assoggettati al regime CFC consiste nel pagamento da parte della controllata estera di un'imposta effettivamente inferiore di almeno il 50% rispetto a quella calcolata sul reddito della controllata secondo le norme in vigore nello Stato della controllante, che sarebbe stata versata al fisco del Paese di residenza di chi controlla l'entità estera.⁶¹

La Direttiva ATAD è stata recepita nel nostro ordinamento dal D.lgs. n.142/2018, ed è successivamente entrato in vigore dal 1 gennaio 2019. Il Decreto in esame, all'art. 4 è andato a cambiare le disposizioni dell'art. 167 TUIR in materia di controllate estere. Dal testo emerge come il legislatore italiano, tra i due approcci resi disponibili dal legislatore comunitario⁶², non ne abbia scelto uno, ma abbia optato per uno misto; infatti l'entità estera controllata dal contribuente italiano sarà assoggettata al regime CFC italiano attraverso l'imputazione di tutti i suoi redditi al contribuente residente, ma solo nel caso i *passive income*⁶³ superino di un terzo i redditi totali del

⁶⁰ Chiaro intento del legislatore europeo è quello di evitare aggiramenti della normativa sulle CFC attraverso l'utilizzo di più società per esercitare il controllo sulla partecipata estera. Facendo un breve esempio si ipotizzi una società A che detiene delle partecipazioni ai voti all'interno di un'altra società B, la quale a sua volta controlla una CFC. Le partecipazioni della società A in quella intermedia ammontano al 25% dei voti esercitabili in assemblea, quindi in base alla disposizione della Direttiva si potrà considerare la società A controllante indiretta della CFC e la parte di reddito corrispondente alla quota di utili che indirettamente A percepisce dalla CFC sarà imputata ad essa per trasparenza.

⁶¹ Così DI FELICE P., MASSAROTTO S., PRIVITERA A., *La nuova disciplina CFC alla luce del recepimento della direttiva ATAD*, Strumenti finanziari e fiscalità, 2019, n.41, p.37-65.

⁶² *Entity approach* e *transactional approach*, che il legislatore nazionale illustra all'interno della Relazione illustrativa al Decreto.

⁶³ A proposito di *passive income* il Decreto specifica che si considerano tali non solo i ricavi, ma anche i costi e le prestazioni di servizi rese e ricevute con valore economico aggiunto scarso o nullo, ai sensi dell'art. 4 par. 4 dello stesso Decreto. Si tratta di tutte quelle operazioni che hanno come unico scopo quello di diminuire la base imponibile attraverso l'aumento di costi che vadano ad abbattere i ricavi registrati. Caratteristica comune di tali costi e prestazioni di servizi rese o ricevute è la loro inutilità dal punto di vista economico per la CFC, in quanto non consistono in acquisti o prestazioni di servizi volti a migliorare degli aspetti della società. Come potrebbe essere ad esempio l'acquisto di un macchinario più efficiente che possa migliorare la produzione. Sono tutte operazioni che sotto questo aspetto

soggetto estero.⁶⁴ Il legislatore nazionale ha poi scelto di non adottare determinate opzioni offerte dalla Direttiva ATAD, come ad esempio una delle esimenti citate in precedenza, più nello specifico quella riguardante società finanziarie i cui redditi provengano per meno di un terzo da operazioni col contribuente o sue imprese associate.⁶⁵ O ancora un'altra opzione che esclude dal regime CFC un'entità o una stabile organizzazione che non abbia utili contabili superiori a 750000 euro e redditi non derivanti da scambi non superiori a 75000 euro; oppure utili contabili non superiori al 10% dei costi di esercizio del periodo di imposta.⁶⁶

L'impostazione generale della normativa nazionale suscita qualche perplessità, soprattutto per quanto riguarda l'approccio misto adottato nell'imputazione del reddito dell'entità controllata; le maggiori preoccupazioni si riferiscono alle libertà fondamentali del mercato interno, perché l'impostazione adottata parrebbe in contrasto col principio di proporzionalità della misura antiabuso.⁶⁷ Oltre a ciò si presenta il rischio di perseguire una finalità diversa da quella sancita dalla Direttiva, dato che si rischia di andare a colpire non solo i redditi passivi ma lo svolgimento di un'attività economica effettiva all'estero.⁶⁸

In favore del Decreto invece, si può affermare con certezza che quelle della Direttiva ATAD sono delle indicazioni minimali, ma non viene in alcun modo censurato un livello di protezione più elevato da parte dei singoli Stati

portano zero vantaggi e hanno l'unico obiettivo di attuare una pianificazione fiscale aggressiva.

⁶⁴ Come spiega l'Agenzia delle Entrate nella Circolare del 27/12/2021 n.18/E, il conseguimento di redditi passivi in maniera superiore alla soglia prevista diventa una condizione di ingresso nella disciplina, dunque per valutare l'ingresso di una qualsiasi fattispecie nel regime CFC si utilizza l'approccio *transactional*, in quanto si vanno a quantificare solamente i redditi *passive*. Nel momento in cui si appura l'assoggettabilità di una fattispecie al regime CFC, il reddito della controllata sarà interamente imputato al contribuente italiano, senza distinzione tra redditi attivi o passivi, seguendo dunque l'approccio *entity*.

⁶⁵ Art. 7 par. 3 Direttiva

⁶⁶ Art. 7 par. 4 Direttiva

⁶⁷ Sulla proporzionalità si veda il paragrafo 2.1.2.

⁶⁸ Così DELLA CARITA A., BONFANTI L., op.cit.

membri.⁶⁹ Non di meno una misura restrittiva deve essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo prestabilito senza eccedere con i suoi effetti, e parlando nello specifico di misure antielusive si dovrebbe limitare a correggere l'eccedenza, riassetando la tassazione al suo livello corretto, rispettando il principio della proporzionalità.⁷⁰ Dunque permane il dubbio, non essendoci un orientamento chiaro e unanime sull'argomento, se l'art. 3 ATAD autorizzi qualsiasi norma nazionale volta a garantire un livello di protezione superiore della base imponibile. A parere di chi scrive, non sempre l'imputazione della totalità dei redditi della controllata potrebbe risultare più efficace rispetto all'imputazione dei soli redditi passivi, anzi in alcuni casi potrebbe essere controproducente; si pensi al caso di un'impresa controllata estera in perdita, che attraverso l'imputazione della totalità dei redditi al soggetto controllante riuscirebbe a coprire i *passive income* con le perdite riportate, cosa che non potrebbe fare con l'approccio *transactional* dove le perdite non sarebbero valutate ai fini CFC.^{71 72}

1.1.3 Le azioni BEPS dell'OCSE in materia di controllate estere

Le 15 azioni BEPS dell'OCSE hanno ispirato il legislatore europeo nell'adozione della Direttiva ATAD, e hanno influenzato di conseguenza anche l'ordinamento italiano in materia di CFC; sono state pubblicate in maniera definitiva nel 2015 e di nostro interesse in particolare è l'*Action 3* denominata proprio *Controlled Foreign Companies*.⁷³ Questo capitolo iniziava definendo quello che secondo l'OCSE è e deve essere l'obiettivo di un'adeguata CFC rule, ovvero il perseguimento della protezione del gettito erariale dello Stato della controllante, evitando che lo stesso vada disperso

⁶⁹ Cfr. Relazione del Condirettore Generale dell'Assonime nell'audizione informale alla 6 Commissione Finanze e tesoro del Senato del 4 ottobre 2018.

⁷⁰ Questa l'opinione trapelata da innumerevoli sentenze, tra le quali si rimanda alla CGUE, 26/06/2003, C-422/01 e alla CGUE, 31/05/2018, C-382/16.

⁷¹ Come fa intendere anche il *Final Report Action 3* delle azioni BEPS.

⁷² Per comprendere quale dei due metodi di imputazione del reddito sia potenzialmente più efficace è necessario avere ben chiaro il funzionamento dei due approcci; si rimanda alle note 19-20.

⁷³ Le 15 azioni venivano brevemente riassunte in DRAGONETTI A., PIACENTINI V., SFONDRINI A., *Manuale di fiscalità internazionale*, Milano, 2016.

mediante costruzioni artificiose in Paesi terzi. Sempre secondo l'OCSE un impianto normativo anti-CFC efficiente non deve perseguire il solo fine di prelevare tasse da una controllata estera indistintamente, bensì deve costituire un deterrente per chi volesse mettere in pratica misure elusive.⁷⁴ L'Action 3 cominciava definendo una CFC, delineando l'ambito applicativo delle regole sulle controllate estere; si consideravano assoggettabili alle regole CFC non solo le società, ma anche entità trasparenti o stabili organizzazioni residenti nello Stato a fiscalità privilegiata e fin qui la normativa italiana non si è discostata dai consigli OCSE. La terza azione BEPS dell'OCSE forniva anche le indicazioni riguardanti la definizione di controllo⁷⁵, che veniva suddivisa in tipo di controllo e livello di controllo; per tipo di controllo si intendevano i già analizzati controllo legale o di diritto, controllo economico, controllo di fatto e il controllo basato sul consolidamento, che alla fine è pur sempre un controllo legale o economico esercitato attraverso altre società controllate dalla controllante principale.⁷⁶ Per quanto riguarda il livello di controllo le indicazioni OCSE raccomandavano di considerare un controllo superiore al 50%, che fosse di fatto o di diritto, come condizione per l'applicazione del regime CFC; raccomandava inoltre particolare cautela con le controllanti che gestiscono il potere sulla controllata estera finale attraverso più partecipazioni in altre società, fenomeno sempre più frequentemente messo in atto per eludere questi tipi di controlli da parte delle Amministrazioni Finanziarie.

Per quanto riguarda la limitazione dell'utilizzo da parte dei Paesi della normativa CFC, l'OCSE raccomandava l'adozione di soglie minime ed esenzioni⁷⁷, al fine di evitare l'imposizione per trasparenza a danno di entità

⁷⁴ Questa affermazione si pone in parte in contrasto con la normativa italiana attuale, dato che il legislatore ha previsto un'imputazione integrale del reddito della controllata estera che abbia almeno un terzo dei redditi costituiti da *passive income*; la norma nazionale sembrerebbe essere utilizzata come mezzo di prelievo indistinto dal reddito della controllata piuttosto che come mezzo deterrente e di prevenzione di tali fenomeni.

⁷⁵ Action 3, Chapter 2 BEPS.

⁷⁶ La nuova normativa italiana va nella stessa direzione delle raccomandazioni OCSE, a differenza della Direttiva ATAD che invece non prevede al suo interno l'ipotesi del controllo di fatto. A proposito si rimanda a MIELE L., PICCININI G., *Nuovo regime CFC: eliminata la distinzione tra modelli black e white*, Corr. Trib., 2018, n.42, p. 3199-3206.

⁷⁷ Action 3, Chapter 3, BEPS.

controllate che presentino un basso rischio di elusione e di trasferimento di utili, e concentrare l'attenzione su quelle società delineanti un elevato rischio di abuso delle normative fiscali. L'Action 3 suggeriva di porre in essere nella legislazione CFC di ogni Paese un livello di tassazione effettiva minimo per l'assoggettamento delle potenziali CFC alla normativa, con la conseguente esclusione dall'imputazione del reddito per trasparenza di quelle controllate la cui tassazione effettiva sia sufficientemente in linea con quella a cui è sottoposto il soggetto controllante. Veniva anche enfatizzata l'importanza di adottare un sistema di liste di Paesi: in particolare l'OCSE auspicava per l'adozione di una *white list* di Paesi virtuosi sotto il punto di vista del livello di tassazione effettiva. Da notare è come la nuova normativa nazionale si discosti da questo specifico punto del documento OCSE, se pensiamo che non è stata prevista nessuna lista di Paesi, a conferma del percorso intrapreso ancora prima dell'adattamento delle norme nazionali alla Direttiva ATAD⁷⁸, con l'eliminazione della *black list* ex D.M. 2001 e delle due *white list* ex art. 168-bis TUIR.^{79 80}

In merito alle modalità di determinazione del reddito imponibile per trasparenza da riportare sotto la tassazione della casa madre, anche l'OCSE prevede due tipi di approcci, ossia quelli già visti nel paragrafo precedente, il *transactional* dove si vanno ad imputare solamente i redditi di tipo passivo o l'*entity approach* dove si va invece ad imputare l'intero reddito della controllata ai fini CFC.⁸¹ L'approccio *entity* può forse abbattere i costi amministrativi, in quanto una volta confermato che un'entità controllata estera deve essere sottoposta al regime CFC, risulta semplice l'individuazione del reddito da imputare per trasparenza, dal momento che andrà riportato per la sua interezza⁸²; se questo può apparire il vantaggio più evidente, è bene sottolineare anche lo svantaggio principe per il contribuente di tale metodo di

⁷⁸ Paragrafo 1.1.2.

⁷⁹ MIELE L., PICCININI G., *Nuovo regime CFC: eliminata la distinzione tra modelli black e white, op.cit.*

⁸⁰ Paragrafo 1.1.1.

⁸¹ Action 3, Chapter 4 BEPS.

⁸² Si rimanda all'esempio numerico riportato nelle note 19-20 per spiegare il *jurisdictional approach* e il *transactional approach*.

individuazione del reddito imputabile. Esso consiste nel fatto che questo approccio rischia di penalizzare eccessivamente il contribuente, andando ad impattare anche sui suoi redditi attivi; ma potrebbe anche impattare troppo poco, favorendo dei comportamenti volti ad eludere la normativa, ad esempio coprendo i redditi passivi con le perdite dell'entità. Al contrario l'approccio *transactional* comporta maggiori costi amministrativi per le verifiche del caso, ma allo stesso tempo offre maggiori garanzie di perseguire l'esatto obiettivo preposto dall'OCSE, ossia quello di contrastare comportamenti elusivi, attraverso l'imputazione dei soli *passive income* invece della totalità del reddito della controllata. La stessa OCSE ritiene questo metodo il migliore tra i due, oltre che quello più vicino agli obiettivi posti dall'Action 3.

Successivamente l'OCSE esponeva quattro metodi possibili di tassazione del reddito imputato per trasparenza⁸³, che sono: tassare il reddito della controllata secondo le norme fiscali del Paese di residenza della controllante⁸⁴, tassarlo secondo le norme fiscali del Paese di residenza della controllata⁸⁵, lasciare libera scelta al contribuente sulla normativa da applicare⁸⁶, o ancora applicare degli standard internazionali riconosciuti come ad esempio gli *International Financial Reporting Standards*.⁸⁷

Le opzioni della libera scelta del contribuente e della tassazione del reddito

⁸³ Action 3, Chapter 5 BEPS.

⁸⁴ In sostanza la CFC subirà la tassazione sul proprio reddito in base alla norma fiscale del Paese dove risiede fiscalmente il soggetto che la controlla. Questo è il metodo usato per le CFC partecipate da soggetti residenti in Italia. Lo vedremo meglio nel corso del terzo capitolo.

⁸⁵ Questo metodo comporterebbe ingenti costi per il Paese della controllante anche in termini di tempo, il quale si troverebbe a dover applicare una normativa non sua e quindi non ben conosciuta.

⁸⁶ Ovvero il contribuente controllante può decidere se sulla sua quota di utili provenienti dalla CFC pagherà scontando il livello di tassazione del suo Paese di residenza o quello del Paese di residenza della CFC. L'opzione della libera scelta del contribuente non appare molto percorribile, in quanto offrirebbe a esso la possibilità di pianificare la tassazione e di scegliere sempre la normativa che gli consente di spendere meno.

⁸⁷ Potrebbe essere conveniente se la maggior parte dei Paesi adottasse lo stesso standard comune, renderebbe le procedure molto più semplici, ridurrebbe i costi amministrativi, ma per il momento non molte Nazioni hanno adottato questo metodo di tassazione.

CFC secondo le norme del Paese di residenza di quest'ultima venivano sostanzialmente bocciate dall'OCSE, essendo apertamente in contrasto con i suoi obiettivi che si è prefissata in termini di CFC; l'opzione dello standard internazionale è stata non bocciata ma accantonata per difficoltà applicative; mentre risulta la più adatta agli scopi antielusivi ed è quella caldamente suggerita l'opzione della tassazione del reddito secondo la norma fiscale del Paese che applica il regime CFC.⁸⁸

Il documento dell'OCSE in esame affrontava un altro tema importante, il venirsi a creare di situazioni di doppia tassazione a danno del contribuente che subisce il regime CFC.⁸⁹ Queste fattispecie possono crearsi per svariati motivi, quali l'assoggettamento del reddito dell'entità estera a tassazione anche presso il Paese di residenza⁹⁰, l'assoggettamento del reddito dell'entità estera a doppio regime CFC passando di Paese in Paese⁹¹, l'assoggettamento di dividendi distribuiti dall'entità al contribuente controllante nonostante gli stessi fossero già stati tassati in precedenza sotto forma di reddito della controllata. Per evitare queste distorsioni fiscali, i vari paesi dovrebbero adottare delle ulteriori misure preventive, in particolare viene consigliato sempre dall'OCSE nei primi due casi di prevedere un credito d'imposta a

⁸⁸ Come riportato brevemente anche all'interno della Circolare dell'AdE n.18/E del 27/12/2021.

⁸⁹ *Action 3, Chapter 7 BEPS.*

⁹⁰ Una CFC subisce prima l'imposta sul reddito da parte del suo Paese di residenza e successivamente la parte di reddito che fa capo al soggetto controllante, residente in un Paese che applica la norma CFC nei confronti di detto reddito, viene tassata in base all'aliquota prevista dalla norma CFC del Paese in oggetto. Dunque una parte di reddito della CFC subirà una doppia tassazione, prima dal Paese dove la CFC risiede e dopo da parte del Paese di residenza del soggetto controllante.

⁹¹ Questo può essere il caso di un controllo esercitato in maniera indiretta da parte di un soggetto A residente in un Paese nei confronti di una CFC, che subisce il controllo diretto di un'altra società intermedia B, a sua volta controllata da A. In questi casi potrebbe accadere che per entrambe le normative dei Paesi di residenza di A e B il reddito della CFC venga imputato per trasparenza sia ad A che a B. In questo modo la quota di reddito percepita indirettamente da A attraverso B subirebbe una doppia tassazione, prima in capo a B e dopo in capo ad A. Quando in realtà l'unico vero percettore del reddito della CFC è A, che controlla in maniera diretta B e indiretta la CFC.

favore del contribuente⁹² per la parte di reddito tassata due volte; nell'ultima fattispecie è preferibile un'esenzione della tassazione dei dividendi, dal momento che si tassa il reddito dichiarato dalla controllata nella sua totalità senza aspettare distribuzioni di utili.⁹³

⁹² A tal proposito si rimanda a un esempio di calcolo del credito d'imposta sugli utili esclusi da tassazione, tenendo conto delle raccomandazioni OCSE, in MUNI S., SCARIONI P., *La distribuzione degli utili da parte delle società soggette alla disciplina CFC (comma 10 dell'art.167 TUIR)*, Boll. Trib. Inf., 2019, n.20, p. 1450-1458.

⁹³ Su questo aspetto, come vedremo nel terzo capitolo, par. 3.2.2, la norma italiana va d'accordo con i suggerimenti OCSE, attraverso l'adozione di provvedimenti di esenzione e di crediti d'imposta. Così PAPOTTI R., ZORZI A. G., *La detrazione delle imposte assolte all'estero dalle CFC*, Corr. Trib., 2017, n.39, p. 3048-3051.

Capitolo II Regime CFC e normative comunitarie e internazionali

2.1 La compatibilità con i principi comunitari UE

2.1.1 *Le restrizioni alle libertà fondamentali a scopo antiabuso*

Partiamo dal diritto comunitario e alcuni suoi principi cardine contenuti all'interno del Trattato di Funzionamento dell'UE; i principi che portano maggiormente al dibattito sulla loro convivenza con le norme sulle controllate estere sono quello sulla libertà di stabilimento⁹⁴, e la libera circolazione dei capitali.⁹⁵

Partiamo dalla libertà di circolazione dei capitali. Questo principio garantisce che tra i paesi che fanno parte dell'UE o dello Spazio Economico Europeo (SEE) vi sia una circolazione di capitali che avvenga senza restrizioni imposte localmente dai vari paesi membri. Sono ammesse solamente quelle restrizioni che non siano discriminatorie nei confronti di capitali provenienti dall'estero rispetto a quelli nazionali o viceversa. Inoltre le restrizioni alla circolazione dei capitali, secondo quanto previsto dal legislatore comunitario, devono avere un motivo e uno scopo ben definito ed essere circoscritte nella loro applicazione allo scopo perseguito, senza oltrepassarlo. Ovviamente la norma CFC si pone per sua natura in contrasto con la libera circolazione dei capitali, essendo una restrizione. Il dubbio sta nel fatto che una legislazione CFC possa essere considerata una restrizione non discriminatoria, con un motivo e uno scopo oltre che fondati e necessari per il paese che l'adotta, anche limitati all'obbiettivo che si vuole perseguire. A riguardo, fino a qualche anno fa, vi era molta incertezza e non era mai intervenuta la Corte di Giustizia dell'Unione Europea a fare chiarezza, fino al 2019, con la sentenza n. C135/17⁹⁶. La questione presenta dei caratteri di novità dal punto di vista delle

⁹⁴ Art. 49 TFUE

⁹⁵ Art. 63 TFUE

⁹⁶ Chiamata a dirimere una questione riguardante una società tedesca avente partecipazioni non di controllo in una società svizzera, tramite la quale la suddetta società controllava indirettamente i dritti sportivi di un'altra società tedesca, attraverso un contratto finanziario

decisioni che il giudice ha preso negli anni, infatti a differenza delle precedenti sentenze in materia ⁹⁷ l'oggetto principale del giudizio di compatibilità non è stato tanto il rispetto del principio della libertà di stabilimento, bensì quello della libera circolazione dei capitali. Vediamo il perché: abbiamo un motivo generale, che può valere in qualsiasi sentenza futura e sta nel fatto che essendo il paese di residenza della controllata oggetto del giudizio la Svizzera, che come sappiamo è un paese terzo e non un paese UE o SEE, il giudice europeo non ha potuto come nelle sentenze precedenti verificare la compatibilità della normativa con il principio del libero stabilimento, in quanto è possibile verificare la violazione di tale principio solo se la misura antielusiva va a danneggiare il mercato interno europeo, e quindi nel caso di una società residente in uno Stato membro che partecipa un'altra società sempre residente in un paese membro. Essendo la controllata estera in questione fuori dall'Unione, anche ci fossero delle limitazioni alla libertà di stabilimento, queste non potrebbero essere imputate davanti al giudice comunitario. Dunque l'unico principio che non si limita al mercato interno è proprio quello della libera circolazione dei capitali.⁹⁸ L'ambito territoriale di applicazione è la principale differenza tra libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali. Per il principio della libertà di stabilimento l'ambito territoriale si basa sulla cittadinanza dell'entità estera partecipata, la quale deve essere europea, per la circolazione di capitali va oltre ad essa e va a cercare un qualsiasi tipo di trasferimento di capitali artificioso fuori dal paese di origine. Poi c'è una particolarità della legislazione CFC tedesca, che porta inevitabilmente all'esame della libera circolazione di capitali.⁹⁹

vigente tra le ultime due.

⁹⁷ Una su tutte la sentenza Cadbury Schweppes, 12 settembre 2006, n.C196/04. La si analizzerà nel prossimo sottoparagrafo.

⁹⁸ FAZIO A., *Sulle condizioni di applicabilità della disciplina CFC nel caso di controllate residenti in Paesi terzi: il peculiare caso X GmbH*, in Dir. Prat. Trib. Int., 2021, n.1, p.242-268.

⁹⁹ La legislazione CFC tedesca prevede che possano essere assoggettate alle norme CFC tutti i soggetti che detengano una partecipazione dall'1% in su in società che producano per la maggior parte *passive income*, residenti in Paesi terzi e soggette a una tassazione inferiore in misura pari ad almeno il 25% rispetto alla tassazione tedesca; se ricorrono tali requisiti il reddito della controllata sarà, per la quota del controllante residente, tassato interamente per trasparenza in Germania, senza possibilità alcuna per il contribuente tedesco di difendersi e

Precisamente è ormai consolidata in giurisprudenza¹⁰⁰ la tesi secondo la quale la compatibilità della normativa CFC va valutata con riguardo alla libertà di stabilimento solamente nel caso il legislatore del paese membro abbia previsto l'assoggettabilità alle regole CFC per i soggetti che esercitino un controllo effettivo sull'entità estera, mentre per quanto riguarda i paesi nei quali non sono previste soglie di controllo minime per l'applicabilità delle normative, dove è sufficiente verificare il possesso di partecipazioni nell'entità estera anche a solo scopo di mero investimento finanziario, si applicherà la comparazione della norma nazionale con il principio di libera circolazione dei capitali.¹⁰¹ Quindi è sempre necessario per scegliere il tipo di valutazione da fare analizzare l'obbiettivo e l'oggetto della norma nazionale. In una ipotesi di compresenza di entrambi i principi all'interno di una fattispecie, è ormai consolidato optare per la verifica della libertà di stabilimento per prevalenza, nel caso la società oltre a possedere partecipazioni in un'altra residente in un Paese UE o SEE, possieda una quantità tale di partecipazioni da esercitare un controllo sicuro e decisivo. Se invece si presentasse il caso di una società partecipata estera residente in UE o SEE, ma non controllata in maniera influente e sicura dalla controllante allora si dovranno valutare le compatibilità con entrambi i principi.¹⁰²

Passando ora all'esito del giudizio in questione, si evidenzia come lo stesso fosse stato promosso dal giudice tedesco, che nel corso della causa tra la società residente e l'Amministrazione finanziaria nazionale ha sollevato il dubbio sulla legittimità della norma tedesca rispetto all'ordinamento europeo e in particolare rispetto a due principi, quello della libertà di stabilimento e quello della libera circolazione di capitali. Come sappiamo la valutazione del primo principio è stata respinta per i motivi già esposti. Per quanto riguarda il secondo principio, la Corte ha affermato che non è ostativa all'art. 63 TFUE la norma nazionale che preveda l'imputazione alla società residente, anche

portare alla luce prove che dimostrino il suo svolgimento di attività economica effettiva all'estero.

¹⁰⁰ Sentenza C135/17/2019, Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

¹⁰¹ CGUE 13 novembre 2012, causa C-35/11.

¹⁰² BALLANCIN A., *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate, Profili ricostruttivi nella crisi dei paradigmi impositivi tradizionali*, Milano, 2016.

non controllante, del reddito che deriva dalla partecipazione nell'entità estera, se si tratta di *passive income*. Si presentava poi un'ulteriore questione, infatti la legge tedesca non prevede la possibilità per il contribuente di dimostrare l'esercizio di un'attività economica effettiva attraverso la partecipazione nel soggetto estero residente in un paese terzo quando ricorrono i requisiti per essere assoggettati alla norma CFC. Ora se si trattasse di un Paese dell'UE o dello spazio economico europeo non ci sarebbero dubbi sul fatto che l'impossibilità di fornire la prova per la disapplicazione della norma nazionale da parte del contribuente sarebbe incompatibile con il principio della libera circolazione dei capitali, dato che tra questi Paesi persiste un costante scambio di informazioni ai fini fiscali. La Svizzera, dove la società tedesca partecipa un'altra società, non fa parte di nessuna delle due istituzioni, quindi come sostiene la Corte nel testo della sentenza è necessario che in queste fattispecie siano i singoli giudici nazionali nel corso del giudizio a dover verificare che con il paese terzo in oggetto vi sia uno scambio di informazioni adeguato, garantito da una convenzione stipulata tra i paesi, che garantisca al paese europeo di poter verificare la veridicità delle informazioni fornite a sua discolpa dal contribuente.¹⁰³ Se vi è un adeguato sistema di scambio di informazioni ai fini fiscali tra i paesi, una norma come quella tedesca è sicuramente censurabile per la parte in cui non prevede la possibilità di difesa del contribuente, in caso contrario di totale assenza o scarsità di informazioni e collaborazione con l'altro Paese terzo, la norma tedesca sarebbe compatibile con i principi dell'Unione e non ostativa rispetto all'art.63 TFUE.

La Corte, nella sentenza in esame, ha inoltre analizzato una ulteriore questione sollevata dal giudice tedesco, riguardante l'art. 64 TFUE ovvero la

¹⁰³ Come ha fatto l'Amministrazione Finanziaria tedesca successivamente, la quale non ha riscontrato la presenza di uno scambio adeguato di informazioni con la Svizzera; cosa che lascia perplessi se si pensa che la Svizzera ha sottoscritto diversi accordi sullo scambio di informazioni come il FACTA, IL MCAA e nel 2015 ha firmato un accordo con l'UE sullo scambio di informazioni fiscali, oltre al fatto che è stato eliminato il segreto bancario. Il fisco tedesco però si fa forza nella sua decisione spiegando che a suo parere non vi è adeguato scambio di informazioni per la mancanza nel Trattato Germania-Svizzera di una disposizione con la quale la Svizzera si impegna a fornire tutte le informazioni necessarie ai fini CFC al fisco tedesco. Si rimanda a FAZIO A., *op.cit.*

clausola di *standstill*, la quale prevede che i Paesi membri possano applicare a investimenti diretti in Paesi terzi restrizioni più stringenti anche se contrarie all'art. 63 TFUE, a patto che dette leggi siano antecedenti al 1993.¹⁰⁴ Qui non vi è contrasto con detta clausola, per due ordini di ragioni; la prima consiste nell'anteriorità della norma tedesca rispetto al 1993¹⁰⁵, la seconda è spiegata dallo stesso testo dell'art.64 TFUE , il quale parla di investimenti diretti, che per il legislatore europeo sono da considerarsi quelli in virtù dei quali il soggetto residente acquisisce la possibilità di controllare, gestire nel concreto la società estera e non è il caso della società oggetto di sentenza, che detiene delle partecipazioni nella società svizzera non di controllo.

La sentenza appena esaminata ha presentato delle novità sul piano della compatibilità del regime CFC con i principi comunitari.

- Essendo stato il principio della libera circolazione dei capitali trattato per la prima volta dalla Corte, esso ha portato a una conclusione innovativa rispetto alle precedenti sentenze in merito che vertevano sulla libertà di stabilimento e farà giurisprudenza per i casi futuri aventi ad oggetto le norme CFC e la circolazione dei capitali, come la sentenza Cadbury Schweppes fa tutt'oggi giurisprudenza per quanto riguarda la libertà di stabilimento.

¹⁰⁴ In sostanza, per via di questa clausola è consentito ai paesi membri di applicare sugli investimenti diretti effettuati dai propri contribuenti in paesi terzi delle restrizioni che vadano a oltrepassare i limiti posti dall'art. 63 TFUE. Affinché tali restrizioni possano essere applicate sono necessarie due condizioni. La prima è che l'investimento del contribuente nazionale nel paese terzo sia di tipo diretto. Per il legislatore comunitario diretto significa un investimento che comporti un'influenza dominante sull'entità estera, che dia la possibilità di controllarla. La seconda condizione è che la norma nazionale che prevede questo tipo di restrizioni sia entrata in vigore anteriormente al 1993. Dunque una norma nazionale che preveda restrizioni a danno dei propri contribuenti per qualsiasi tipo di apporto di capitali trasferiti in Paesi terzi, anche non determinante ai fini di assumere il controllo di un'entità estera, sarà incompatibile con i principi comunitari e censurabile. Allo stesso modo la norma nazionale che rispetti la condizione dell'applicazione delle restrizioni ai soli investimenti diretti, ma che sia entrata in vigore dopo il 1993, risulterà incompatibile con le norme comunitarie.

¹⁰⁵ Dopo il 1993 la norma CFC era stata modificata, ma queste modifiche non sono mai entrate in vigore e successivamente sono state abrogate.

- Si desume che la Corte ritenga necessario, per la verifica dei presupposti per l'applicazione delle regole CFC nei confronti della libera circolazione di capitali, la valutazione di elementi ulteriori rispetto alla dimostrazione dello svolgimento o meno di un'attività economica effettiva, in quanto con riferimento alla circolazione dei capitali potrebbe costituire un'operazione elusiva qualsiasi tipo di trasferimento artificioso di utili verso un Paese a bassa fiscalità.

- Nel caso specifico di questa sentenza arriviamo alla conclusione che per i vari Paesi rimane possibile applicare misure più restrittive rispetto a quelle indicate dalla Direttiva ATAD, la quale infatti vieta solamente misure più blande rispetto alle sue indicazioni generali, mentre per quanto concerne la disapplicazione della normativa, se si tratta di partecipazioni in Paesi terzi, sarà dovere del giudice nazionale del Paese membro coinvolto nella causa andare a verificare che con quel Paese terzo ci sia un adeguato flusso informativo ai fini fiscali garantito da un Trattato stipulato tra i Paesi.

2.1.2 La libertà di stabilimento e le costruzioni di puro artificio

Tema molto discusso e affrontato negli anni dalla giurisprudenza comunitaria riguarda la compatibilità del regime CFC con il principio della libertà di stabilimento, art.49 TFUE. La sentenza più rilevante sul tema è la “Cadbury Schweppes”¹⁰⁶, riguardante una società inglese, controllante due società irlandesi; l'attività principalmente svolta dalle controllate era quella di raccogliere fondi da mettere a disposizione delle altre società del gruppo.¹⁰⁷ La norma nazionale inglese prevedeva l'imputazione per trasparenza in capo alla controllante degli utili realizzati dalle controllate, anche se non percepiti dalla società madre. Secondo l'Amministrazione Finanziaria inglese le due controllate estere della società madre britannica erano state costituite con il solo scopo di ottenere dei risparmi d'imposta. Dalla sentenza della Corte si evince come sia necessario valutare come prima cosa nel giudizio di

¹⁰⁶ Corte di Giustizia Europea, 12 settembre 2006, n. 196C-104.

¹⁰⁷ ANGELINI A., ERARIO A., *CFC: profili interpretativi e applicativi alla luce delle recenti modifiche normative, compatibilità rispetto al diritto comunitario ed internazionale*, in *Fisc. Comm. Int.*, 2018, n.6, p.5-22.

compatibilità l'impatto della norma nazionale, cioè le garanzie che il legislatore fornisce al contribuente per difendersi e dimostrare le condizioni per la disapplicazione del regime CFC.¹⁰⁸ Secondo il giudice comunitario sono due i criteri per valutare la compatibilità di una norma nazionale con il principio di libero stabilimento, e quindi verificare quando le singole norme nazionali vadano effettivamente ad estirpare le sole costruzioni di puro artificio o quando eccedono oltre quella che dovrebbe essere la loro competenza. Il primo riguarda proprio le caratteristiche che deve presentare il soggetto controllato estero per costituire una stabile organizzazione non assoggettabile alla CFC *legislation*; l'entità deve essere fisicamente presente in maniera consistente nel territorio del Paese estero¹⁰⁹. L'entità estera oltre a dover essere fisicamente presente, deve esercitare un'attività economica effettiva, quindi oltre a presentare una sede e le attrezzature necessarie, deve svolgere la sua attività continuativamente. Inoltre questa attività deve portare un ritorno economico che apporti concretamente valore aggiunto alla controllante.¹¹⁰

Un'altra situazione da verificare consiste nel fatto che al contribuente sia concesso di provare l'effettività economica dell'attività svolta all'estero al fine di superare le presunzioni di elusione attraverso costruzioni di puro artificio; se la norma nazionale non prevede alcun tipo di possibilità di ricorso da parte del contribuente, al fine di dimostrare l'effettiva attività economica esercitata attraverso la CFC, si deve considerare quest'ultima ostativa del principio della libertà di stabilimento. Dunque la linea generale della giurisprudenza comunitaria tende a considerare compatibile con le libertà fondamentali qualsiasi normativa CFC che non presenti caratteri discriminatori, che sia giustificata da motivi di interesse pubblico e che non vada oltre il

¹⁰⁸ CIPOLLINA S., *CFC legislation e abuso della libertà di stabilimento: il caso Cadbury Schweppes*, in Riv. Dir. Fin., 2007, n. 2, p. 3.

¹⁰⁹ In sostanza il soggetto controllato deve essere presente in concreto, attraverso l'utilizzo di uffici, fabbricati, macchinari, attrezzature, e via dicendo a seconda del tipo di attività svolta; ad esempio una società controllata che si dice edile, dovrà essere presente nel territorio del paese estero attraverso la presenza di cantieri, attrezzature, macchinari, una sede, per non essere considerata una costruzione di puro artificio.

¹¹⁰ TANCREDI M., *La Corte di giustizia censura l'applicazione della legislazione inglese sulla CFC per violazione della libertà di stabilimento*, in Riv. Giur. Trib., 2007, n.1, p. 21.

perseguimento dei suoi obiettivi con i suoi effetti. Tali libertà possono essere ristrette per perseguire obiettivi come il contrasto all'elusione fiscale, considerato un interesse pubblico da tutelare, sempre nei limiti dell'obiettivo. La Corte si è espressa per un'eccessiva repressione dei diritti dei cittadini inglesi che volessero investire all'estero, dato che la norma prevedeva che bastasse semplicemente porre in essere una stabile organizzazione all'estero con la conseguenza di un risparmio fiscale per essere soggetti al regime CFC, senza poter addurre a nessun tipo di esimente per la disapplicazione della norma.

Una normativa CFC applicata secondo i criteri sopra esposti in sentenza è in conclusione pienamente compatibile con i principi fondamentali UE.¹¹¹ Nel 2016 era stata proposta anche l'idea da diversi membri della Commissione Europea di trasferire l'onere della prova dell'effettività economica dell'attività svolta all'estero tramite la controllata dal contribuente all'Amministrazione Finanziaria; una proposta mai attuata, e forse non facilmente attuabile, dato che le Amministrazioni Finanziarie sarebbero gravate da un oneroso e dispendioso controllo caso per caso.¹¹² La normativa CFC italiana, sia quella precedente che quella in vigore, presenta la caratteristica della presunzione di costruzione di puro artificio da parte del fisco nei confronti del soggetto controllante, con l'onere di dimostrare l'effettività dell'attività economica svolta mediante la società che partecipa gravante sul contribuente.¹¹³ Su questo tema, nonostante molti Paesi, tra cui l'Italia, non si siano adattati a ciò, si è espresso anche il giudice comunitario¹¹⁴, precisando che questa

¹¹¹ 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 *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2017, n. 3, p. 750.

¹¹² Come viene riportato dalla Commissione Europea, COM (2016) 26 del 28 gennaio 2016.

¹¹³ Per approfondire le condizioni e le modalità per ottenere la disapplicazione della norma CFC italiana in vigore si rimanda al paragrafo 3.1.8, sull'esimente unica. Per rivedere le condizioni esimenti previste all'interno della legislazione CFC previgente si rimanda al paragrafo 1.1.1.

¹¹⁴ Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, C330/07. Il caso è quello della SIAT, una società belga che aveva costituito tramite la collaborazione con un gruppo di società nigeriano, una controllata in Nigeria volta alla produzione di olio di palma. Gli utili della controllata venivano in parte trasferiti a una società con sede in Lussemburgo, la quale faceva da

presunzione adottata dai paesi membri non è ritenuta in linea col principio del libero stabilimento, bensì tende ad essere discriminatoria dal momento che il solo fatto di essere soggetti in un altro paese a una tassazione inferiore oltre a una certa soglia rispetto a quella nazionale comporta automaticamente l'imputazione del reddito della controllata al fisco nazionale per trasparenza. Nell'ordinamento italiano l'art. 167 comma 5 TUIR prevede espressamente che il contribuente, per ottenere la disapplicazione della normativa in oggetto, debba dimostrare una serie di circostanze esimenti, che esamineremo nel terzo capitolo.¹¹⁵ Questa è la dimostrazione di ciò che si scriveva in linea generale poc'anzi, ovvero abbiamo da una parte il contribuente che deve provare l'effettività e la sostanza economica delle operazioni svolte mediante la controllata estera, e dall'altra il fisco che non ha alcun obbligo di fornire prove circa la presunzione di elusione che ha maturato mediante il semplice controllo di requisiti formali, ma non sostanziali, che potrebbero portare a decisioni fuorvianti e ingiuste, quindi discriminatorie e non compatibili con i principi comunitari uno su tutti quello del libero stabilimento, venendosi a creare una grave incertezza del diritto, rendendo il nostro Paese meno attraente rispetto ad altri.¹¹⁶

capogruppo al gruppo nigeriano, a titolo di commissioni per l'assistenza nell'attività svolta in Nigeria. Per la legge belga, non erano deducibili i pagamenti a qualsiasi titolo effettuati nei confronti di una società residente in un Paese a fiscalità privilegiata, definito tale a discrezione del fisco belga. L'unica scappatoia era la possibilità per il contribuente di dimostrare l'effettività delle operazioni poste in essere grazie a quei pagamenti e che tali pagamenti rientrassero nei normali *standard* di mercato. Nel ricorso alla Corte di Giustizia da parte della società belga, viene evidenziato dal giudice come detta normativa nazionale vada contro il principio del libero stabilimento, oltre a creare una forte disparità negli obblighi a carico delle due parti; se da una parte l'Amministrazione Finanziaria doveva semplicemente verificare la sussistenza di determinati requisiti per avere la presunzione di un atto elusivo, senza essere obbligata in alcun modo a provare e confermare i sospetti mediante l'acquisizione di indizi di frode, dall'altro lato il contribuente si vedeva costretto a dover portare dalla sua parte delle esimenti ben precise e di non sempre facile dimostrazione. Tale sentenza è stata ritenuta applicabile anche in materia di CFC, per quei Paesi che prevedano una presunzione e un onere probatorio esclusivo a carica del contribuente, come l'Italia.

¹¹⁵ Par. 3.1.8.

¹¹⁶ GUARINO S., MORRI S., *CFC e libertà di stabilimento tra normativa italiana e garanzie europee*, in *Corriere Tributario*, n. 32-33, p. 2539.

Non dello stesso avviso la Corte di Cassazione¹¹⁷, valutando il caso di una società residente in Italia, controllante una società con sede a Cipro; all'epoca del primo ricorso presso la Commissione Tributaria Provinciale la legge italiana in materia CFC era diversa da quella attuale, ma uno dei motivi del ricorso può essere considerato tutt'oggi attuale alla luce del nuovo testo normativo previsto dall'art. 167 TUIR. Il ricorrente chiede ai giudici se la norma CFC dell'epoca non andasse contro la libertà di stabilimento, in particolare non eccedesse il principio della proporzionalità. Infatti il vecchio art.167 comma 5 TUIR prevedeva l'onere a carico del contribuente di dimostrare l'effettiva attività commerciale o industriale svolta dall'entità controllata all'interno del Paese estero e la non allocazione dei redditi prodotti tramite tale attività in Paesi a fiscalità privilegiata. Oltre all'onere probatorio ritenuto gravoso da parte del contribuente di fronte a due semplici presunzioni, non prove di elusione da parte del fisco, si lamentava anche l'impossibilità per il ricorrente di dimostrare la non artificiosità della propria controllata estera in altri modi.¹¹⁸ Questo tipo di osservazione si può fare anche con riguardo alla normativa attuale, la quale presenta una quantità ridotta di prove da fornire, dato che è stata eliminata la seconda disposizione riguardante la dimostrazione della non allocazione degli utili prodotti dalla controllata in Paesi a fiscalità privilegiata, e che presenta l'unico obbligo di dimostrare l'effettiva attività economica svolta dalla controllante attraverso strutture,

¹¹⁷ Cassazione, 16 dicembre 2015, n.25281.

¹¹⁸ Si rimanda a tale proposito a BIZIOLI G., *Taking EU Fundamental Freedoms Seriously: Does the Anti-Tax Avoidance Directive Take Precedence over the Single Market?*, in *EC Tax Rev.*, 2017, n.3, p. 167 ss.

Nel testo in oggetto si fa riferimento in materia di CFC proprio alla questione del principio di proporzionalità, ed esprimendo perplessità nei confronti della normativa CFC applicata per presunzione nei confronti di quei soggetti esteri controllati che di base non svolgono attività attraverso strutture, attrezzi, i quali si ritrovano ingabbiati in una situazione scomoda. Si riporta brevemente la parte più saliente del testo citato. «*As to the 'economic substance' requirement, its destiny will depend on the implementation and the interpretation of the clause. If it is applied to the 'traditional' economic activities, there is no doubt about its compliance with the ECJ anti-abuse doctrine. The problems arise when this clause is extended to the financial or insurance activities or, again, to the modern dematerialized activities. In these cases, it is rather difficult to envisage staff, equipment and premises, as well as the ownership of assets.*»

attrezzature, locali, personale adeguati al tipo di attività svolta¹¹⁹; vi è stata una semplificazione dell'onere probatorio, però permane la critica fatta a suo tempo dal ricorrente in questione, ovvero la mancanza di alternative per il contribuente di dimostrare la non applicabilità del regime CFC al suo caso, oltre che comunque il divario tra onere probatorio del contribuente e del fisco.¹²⁰

L'AdE sosteneva la piena compatibilità con la libertà di stabilimento della norma CFC dell'epoca, stabilendo che le due condizioni in base alle quali il contribuente può ottenere la disapplicazione della norma CFC sono pienamente in sintonia con la già affermata giurisprudenza comunitaria nel caso Cadbury Schweppes; lo stesso si può dire per la norma attuale. Di più difficile condivisione è la posizione dell'Agenzia delle Entrate per quanto concerne il rispetto del principio di proporzionalità. Essa afferma a sua difesa, nel ricorso proposto dal contribuente all'interno della sentenza 25281/2015 della Corte di Cassazione, che non viene posto limite al tipo di prove utilizzabili dal contribuente per dimostrare l'esimente disapplicativa. Tale ultima affermazione, non convince del tutto, perché una società estera controllata potrebbe non svolgere un'attività economica effettiva nel paese estero, ma allo stesso tempo non essere una costruzione di puro artificio atta esclusivamente all'elusione; questa questione è perfettamente rinnovabile anche nei confronti della normativa in vigore oggi, e rimane tema di dibattito.¹²¹ La Corte di Cassazione a tale proposito, ha confermato il respingimento dei ricorsi del contribuente espressi dalle Commissioni nei giudizi precedenti¹²², negando il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea, e confermando una linea nazionale che sul tema della proporzionalità presenta delle discordanze¹²³ rispetto al pensiero a livello

¹¹⁹ Par. 3.1.8.

¹²⁰ LANCELOTTI N., *La disciplina sulle imprese partecipate estere fra compatibilità con il diritto comunitario, con le norme convenzionali e costituzionalità*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2014, n.1, p. 209.

¹²¹ DELLA VALLE E., *La normativa CFC è compatibile con il diritto UE e con i Trattati contro le doppie imposizioni*, in *Riv. Giur. Trib.*, 2016, n.4, p.297 ss.

¹²² Per un approfondimento sul giudizio in sede di Commissione tributaria provinciale e regionale si rimanda a DELLA VALLE E., *op. cit.*

¹²³ Si rimanda al caso SIAT descritto *supra*.

comunitario.¹²⁴

Dunque per riassumere, sia a livello comunitario che a livello nazionale ci sono dei punti ormai consolidati ed altri invece ancora fonte di incertezza. Da una parte è ormai assodato che la normativa CFC dei singoli Paesi non deve eccedere lo scopo per cui essa vige, ovvero nello specifico il contrasto a pratiche elusive attuate mediante l'utilizzo di costruzioni di puro artificio senza alcuna effettività economica; il sistema di fronte a una disparità dovuta all'ingiusto risparmio d'imposta derivante esclusivamente da una costruzione artificiosa all'estero, equilibra il tutto attraverso l'imposizione per trasparenza a danno del contribuente. D'altro canto invece permangono dubbi circa la legittimità nei confronti del diritto primario europeo di certi aspetti delle normative CFC, in particolare quella italiana che è oggetto di studio di questo elaborato, la quale non sembra rispettare del tutto il principio di proporzionalità, che prevede secondo il legislatore comunitario un rapporto ottimale tra i mezzi utilizzati e i fini perseguiti.¹²⁵ Il giudice europeo per cercare di prendere le decisioni più corrette possibile, utilizza la *rule of reason test*, che prevede un'analisi degli interessi pubblici che il paese membro vuole tutelare e della sua compatibilità rispetto al diritto comunitario; questo test ha origini nella legislazione tedesca, e nella sua formulazione originaria prevedeva in maniera rigorosa la verifica di tre caratteristiche della norma affinché potesse essere considerata compatibile ai principi del diritto primario tedesco; l'idoneità della norma a contrastare un determinato comportamento, la necessità della stessa in ordine al problema e la proporzionalità della

¹²⁴ Come dimostra tra gli altri la Raccomandazione della Commissione Europea del 6 dicembre 2012 sulla pianificazione fiscale aggressiva, nella quale si definisce come costruzione artificiosa un ente estero controllato sulla base del criterio principale della sua finalità che deve essere volta esclusivamente all'elusione e deve essere completamente priva di sostanza economica. La sentenza della Corte di Cassazione pare discostarsi da questo punto, dato che la società cipriota in oggetto non presentava come unica finalità l'elusione, pur non svolgendo un'attività economica effettiva.

¹²⁵ Si pensi ad esempio alla sproporzione che vi è tra gli oneri a carico del contribuente per ottenere la disapplicazione della norma CFC e le semplici presunzioni formali che portano l'Amministrazione a considerare una controllata estera una CFC. O ancora alla gravosità e alla specificità degli oneri probatori a carico del contribuente ai fini della disapplicazione della norma CFC.

legge rispetto al fine perseguito. Il giudice europeo fa le sue valutazioni ispirandosi a questo metodo, ma sia chiaro che non è vincolato in alcuna maniera a seguirlo o a effettuare le analisi del caso seguendo nell'ordine elencato dalla norma tedesca i criteri.¹²⁶ L'esame svolto dal giudice europeo è dunque libero da vincoli, però in linea generale segue uno schema affermatosi nel tempo nella giurisprudenza comunitaria, e consiste nella verifica di una presunta violazione del diritto primario, la successiva analisi dell'interesse pubblico protetto dal legislatore nazionale, e per concludere una valutazione sulla proporzionalità della restrizione alle libertà fondamentali di stabilimento e di circolazione dei capitali rispetto allo scopo che si persegue.¹²⁷

Una proporzionalità che come abbiamo visto viene intesa anche nel senso della gravosità degli oneri a carico del contribuente; un punto che non viene messo in discussione, in quanto condiviso pienamente e consolidato dalla sentenza *Cadbury Schweppes* è quello riguardante la presenza obbligatoria all'interno di una norma antielusiva della possibilità per il soggetto sospettato di abuso fiscale di portare a sua discolpa delle prove al fine di dimostrare la genuinità delle operazioni poste in essere, e questo è un onere a carico del contribuente che oltre a non dover essere eccessivamente gravoso gli va riconosciuto a pena di incompatibilità della norma nazionale rispetto al diritto comunitario. Altra questione invece riguarda tutte quelle leggi nazionali che impongono degli oneri probatori eccessivamente onerosi sia in termini economici che di tempo nei confronti del contribuente, o che ne limitano fortemente il modo o il tipo di prove da poter fornire; qui ci troviamo di fronte a una questione come visto sopra aperta e dibattuta, e che porta a riflessioni anche con riguardo alla legge italiana in materia.¹²⁸ Secondo il giudice comunitario per decidere sull'ammissibilità di una norma da questo punto di vista è necessario rapportare la quantità e il tipo di oneri a carico del contribuente per ottenere la disapplicazione della norma allo scopo che si

¹²⁶ BALLANCIN A., *op.cit.*, p.250.

¹²⁷ PETRILLO G., *L'osservanza del principio di proporzionalità UE nell'individuazione di criteri presuntivi ragionevoli*, in Riv. Trim. Dir. Trib., 2013, p.381 ss.

¹²⁸ Si rimanda alla sentenza della Corte di Cassazione, 16 dicembre 2015, n.25281 analizzata *supra*.

vuole perseguire con essa, censurando obblighi eccessivamente onerosi rispetto all'abuso di diritto che si vuole tutelare. Oltre a ciò la misura restrittiva andrebbe rapportata anche rispetto agli oneri di prova a carico dell'Amministrazione Finanziaria.¹²⁹

Per quanto riguarda il concetto di costruzione di puro artificio in ottica europea è affermato l'orientamento dottrinale secondo il quale per costruzione artificiosa si intende un'entità vuota, priva di contenuto economico, sottratta al rischio di impresa e all'esercizio effettivo di una vera attività.¹³⁰ A tal proposito si è espressa anche l'OCSE nell'Action 3 BEPS nel 2015, che oltre a confermare la visione europea del concetto di costruzione artificiosa, ha proposto l'adozione delle regole CFC anche nei confronti di singole operazioni che non presentano caratteri genuini; quindi andare ad attuare l'imposizione non solo a danno di intere entità controllate non pure, ma anche di singole parti o singole operazioni di tali attività che non si rivelino tali.¹³¹ Anche la successiva Direttiva ATAD nel 2016 ha riportato la raccomandazione nei confronti dei paesi membri di intendere come costruzioni di puro artificio le singole parti delle entità controllate e le singole operazioni svolte da esse, in particolare tramite l'art.6¹³² della Direttiva e l'art.7 comma 2 lett. b)¹³³. La posizione del legislatore europeo e quella dell'OCSE risultano chiare nel tentare di far rientrare nella normativa CFC anche singole operazioni artificiali svolte dall'ente controllato estero; d'altra parte questa teoria presenta dei difetti che potenzialmente possono andare a collidere contro il principio di proporzionalità¹³⁴, ma anche contro altre norme

¹²⁹ BALLANCIN A., *op. cit.*, p. 253.

¹³⁰ GARIBOLDI P., LA CANDIA I., MARRAFFA V., *Sulla compatibilità della normativa CFC con le Convenzioni internazionali ed il diritto comunitario*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2007, n. 3, p. 929.

¹³¹ OECD BEPS Action 3: 2015 Final Report, p.17-18.

¹³² Qui il legislatore europeo ricomprende nella definizione di costruzione di puro artificio una costruzione o una serie di costruzioni laddove una costruzione può comprendere più di una fase o parte.

¹³³ In questo articolo si parla di imputazione di redditi di un'entità o stabile organizzazione derivanti da costruzioni non genuine, quindi anche singole operazioni poste in essere dall'ente stesso.

¹³⁴ Nel senso che l'assoggettamento del contribuente al regime CFC per una singola

comunitarie in materia di abusi del diritto. Il problema riguardante il principio della proporzionalità è risolvibile adottando misure atte a eliminare criticità come una precisa casistica di applicazione della norma e la predisposizione di fattispecie esimenti non eccessivamente complicate da dimostrare per evitare l'applicazione della norma CFC su una singola operazione. Trattandosi di singole operazioni effettuate dal contribuente sarà necessario che le casistiche di applicazione della norma siano oltre che precise, caratterizzate da soglie di ingresso nella normativa CFC più elevate rispetto ai *test* sulla tassazione effettiva o sui *passive income* effettuati per le imprese estere. Oltre a ciò serviranno anche esimenti più semplici da dimostrare. Questa semplificazione è necessaria dal momento che si parla di singole operazioni e non di interi complessi di imprese, altrimenti gli oneri in capo ai contribuenti diventerebbero insostenibili e frenerebbero oltretutto la circolazione di capitali tra i paesi. Il vero ostacolo a un'applicazione così mirata della norma CFC rimane il contrasto con altre norme comunitarie, che possono già occuparsi di questo tipo di abusi riferiti a singole operazioni; stiamo parlando ad esempio della norma sul *transfer pricing*, atta proprio ad individuare singole operazioni abusive. Nel nostro ordinamento nazionale la norma in materia non prevede l'assoggettamento al regime CFC di singole operazioni o di singoli rami delle entità controllate; come ci sarà modo di approfondire ¹³⁵, il legislatore nazionale ha inteso un approccio *transactional* per verificare i requisiti di ammissione alla normativa, andando a quantificare i redditi esclusivamente *passive*, per poi in caso andare a imputare per trasparenza tutti i redditi della controllata indistintamente che siano passivi o attivi, secondo l'approccio *entity*. Il legislatore italiano non menziona la valutazione secondo i criteri CFC di parti delle entità controllate dal contribuente italiano o di singole operazioni artificiose poste in essere dalla controllata; o viene imputato nella sua interezza il reddito del soggetto estero o la norma italiana non si applica.

operazione potrebbe essere ritenuto un provvedimento eccessivamente gravoso e che vada oltre lo scopo antielusivo della norma CFC.

¹³⁵ Par. 3.1.5.

2.2 La compatibilità con i trattati contro le doppie imposizioni

Per analizzare il tema della compatibilità tra la normativa CFC italiana e il diritto internazionale è necessario collocare le norme internazionali, quali i trattati contro le doppie imposizioni, nell'ordinamento nazionale italiano. Nella scala gerarchica delle fonti, i Trattati o le Convenzioni internazionali stanno tra la Costituzione e le leggi ordinarie, alla pari delle direttive e dei regolamenti comunitari. Dunque una disposizione presente in un Trattato internazionale contrastante con una qualsiasi legge nazionale prevarrà nei suoi confronti; l'unica norma nazionale nei confronti della quale le disposizioni di un Trattato possono soccombere sono quelle costituzionali.¹³⁶

In ordine alla compatibilità del regime CFC italiano con i Trattati contro le doppie imposizioni si pongono principalmente due questioni, riguardanti il rapporto tra le disposizioni dei Trattati e la tassazione prevista dalla norma CFC e la finalità antielusione dei trattati in materia tributaria. A proposito del primo dubbio, il contrasto potenziale tra norma CFC e convenzioni internazionali è evidente se si analizza il disposto dell'art.7 del Modello OCSE di convenzione contro le doppie imposizioni. Esso dispone che uno Stato può tassare i redditi di un'impresa che ha la residenza nel proprio territorio, anche quando detta impresa consegua parte di tali redditi all'estero; con l'eccezione di quando l'impresa consegue redditi all'estero presso lo Stato contraente tramite una stabile organizzazione, in detto caso avrà diritto a tassare quella parte di reddito il paese contraente che ospita tale stabile organizzazione. Qui il contrasto risiederebbe nel fatto che mentre la disposizione del Modello OCSE utilizza nell'imposizione tra Stati il criterio della residenza dell'impresa anche se operante all'estero fatti salvi i casi della presenza di stabili organizzazioni nell'altro Paese contraente, la disposizione nazionale CFC prevede invece un criterio di imposizione che va a colpire i redditi conseguiti all'estero da un soggetto residente quando questo non operi attraverso un'attività economica effettiva e sostanziale anche quando dietro ci sia una stabile organizzazione, seppur artificiosa. In pratica lo Stato della controllante, in base alla disposizione dell'art.7 Modello OCSE sarebbe autorizzato a

¹³⁶ Ai sensi dell'art. 117 Cost., la potestà legislativa è affidata allo Stato e alle Regioni, che nel legiferare devono però avere cura di non calpestare norme internazionali o costituzionali.

esercitare il suo potere impositivo ai danni della controllata residente all'estero solo nel caso quest'ultima produca redditi all'interno del paese della controllante mediante una stabile organizzazione; è evidente lo scontro con la norma CFC, in quanto secondo il Modello OCSE il controllo su una società estera non è sufficiente ai fini del poter imporre la propria potestà impositiva in un altro Paese. Questo contrasto tra le due disposizioni dovrebbe portare, per logica, a una censura o un adattamento della norma nazionale CFC, soccombente rispetto a una disposizione derivante da una Convenzione.¹³⁷

Altro punto di contrasto tra norma italiana sulle CFC e Modello OCSE è l'art. 10 del Modello, il quale sostiene che a uno Stato contraente è vietato tassare gli utili, a prescindere dalla loro distribuzione, prodotti in un altro Stato contraente da una società residente in altro Stato estero contraente, anche nel caso tali utili siano prodotti dalla società estera all'interno dello Stato a cui è vietato imporre la propria potestà impositiva; la tassazione dello Stato viene concessa solamente in caso di percezione di detti dividendi da soggetti residenti o se vengono conseguiti mediante una stabile organizzazione presente nel territorio dello Stato contraente. Quindi sostanzialmente lo Stato italiano in base al disposto dell'art. 10 Modello OCSE non potrebbe tassare gli utili non distribuiti di una CFC residente in un Paese contraente e controllata da un soggetto italiano, a differenza di quanto prevede la norma nazionale CFC, secondo la quale il reddito va tassato anche se non distribuito.

138

L'orientamento dottrinale che sostiene l'incompatibilità tra norma CFC italiana e Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni fa fede all'interpretazione letterale dei due articoli del Modello OCSE appena citati; ci si focalizza non tanto sull'imposizione del contribuente, ma sull'imposizione degli utili stessi. Così interpretando i due articoli sopra citati, si arriverebbe alla conclusione che l'OCSE con il suo Modello non si occupa più solo di evitare situazioni di doppia imposizione giuridica, che dovrebbe

¹³⁷ LANCELOTTI N., *La disciplina sulle imprese partecipate estere fra compatibilità con il diritto comunitario, con le norme convenzionali e costituzionalità*, Dir. Prat. Trib. Int., 2014, n.1, p. 110-135.

¹³⁸ BALLANCIN A., *op. cit.*, p.220 ss.

essere il suo obiettivo, ma anche di evitare la doppia imposizione economica, che in sostanza è la situazione che le stesse normative CFC vanno a creare.¹³⁹ A sostegno dell'incompatibilità di cui trattasi vi è anche una sentenza della Corte francese, nella quale a seguito di un accertamento da parte dell'Amministrazione Finanziaria, il reddito di una società residente in Svizzera facente capo a una società residente in Francia è stato assoggettato a imposizione per trasparenza in base alla regola CFC francese vigente.¹⁴⁰ La società nel ricorrere contro questo atto del fisco d'Oltralpe ha portato in suo favore tra le varie tesi per ottenere la disapplicazione della norma anche quella della incompatibilità della norma nazionale rispetto all'art. 7 par. 1 della Convenzione Francia-Svizzera. In primo grado il giudice non riconobbe i motivi dedotti dal contribuente francese, rigettando il ricorso e confermando la decisione dell'Amministrazione Finanziaria di applicare la norma CFC, adottando come motivo di non esistenza di incompatibilità con la Convenzione le tesi consolidate a favore della compatibilità che vedremo in seguito. In appello invece il giudice diede ragione alla società francese, allineandosi alla tesi già illustrata nel seguente paragrafo, secondo la quale le Convenzioni stipulate tra gli Stati contro le doppie imposizioni promosse dall'OCSE e stilate secondo i criteri dettati da esso seguono non solo l'obiettivo principale di eliminare la doppia imposizione giuridica, ma anche quello di eliminare forme di doppia imposizione economica, così portando all'impossibilità della coesistenza di una norma CFC nazionale con una Convenzione tra due o più paesi, dato che una normativa CFC porta a una doppia imposizione di tipo economico. Tale linea di pensiero è stata

¹³⁹ Per doppia imposizione giuridica si intende la situazione nella quale un soggetto si ritrova a subire l'imposizione di due Stati differenti, mentre quella economica avviene quando un soggetto subisce una doppia tassazione sul proprio utile; un esempio di doppia tassazione giuridica può essere banalmente un reddito che subisce tassazione sia in Italia che in un altro paese, e queste problematiche generalmente sono affidate e risolte dai Trattati. Un esempio di doppia imposizione economica invece può essere un reddito di una società controllata estera da parte di una società italiana residente, che prima sconta la tassazione per trasparenza insieme agli altri redditi del controllante italiano, e poi sconta la tassazione sulla distribuzione dello stesso; per ovviare a ciò come vedremo nel seguito dell'elaborato gli Stati adottano determinate tecniche al fine di evitare che tali redditi vengano tassati doppiamente.

¹⁴⁰ Caso *Schneider Electric*, si veda RIZZARDI R., *Significativa vittoria del contribuente francese sulla normativa CFC*, in *Il Fisco*, 2001, n.25, p.8749.

confermata anche da altri stati comunitari, come quello svedese in particolare, infatti la Svezia ha considerato la sua normativa CFC incompatibile e quindi inapplicabile con la maggior parte delle Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate con gli altri Paesi.¹⁴¹

L'orientamento a favore della compatibilità tra le due fonti normative, è però quello largamente più diffuso. La tesi cardine su cui si regge la compatibilità delle normative CFC con le Convenzioni sta nel fatto che i discussi art. 7 e 10 del Modello OCSE fanno riferimento a società non residenti. La dottrina favorevole all'incompatibilità considera al pari di società non residenti anche le CFC, colpite da tassazione da parte dello stato di residenza della sua controllante. Tale norma può però essere interpretata in modo differente, perché la norma CFC non va tanto a colpire la CFC stessa, che è effettivamente residente all'estero, piuttosto va a colpire la controllante residente assoggettando gli utili che la controllante consegue tramite le proprie partecipazioni nella CFC alla legge fiscale del Paese dove la controllante risiede. Dunque, seguendo tale interpretazione degli art.7 e 10 Modello OCSE verrebbe meno il confronto tra le norme dettate dalle Convenzioni e le norme nazionali CFC, essendo diverse le fattispecie che esse vanno a colpire. La normativa CFC va a colpire solamente soggetti residenti, andando ad allargare la loro base imponibile per trasparenza anche al reddito della CFC; le disposizioni contenute nelle convenzioni invece sono disposizioni pattuite tra i paesi che mirano a limitare la potestà impositiva dei paesi nel tassare soggetti non residenti, guardando solamente all'evitare situazioni di doppia imposizione giuridica, senza in alcun modo calcolare la doppia imposizione economica.¹⁴² A ulteriore, e probabilmente definitivo sostegno della compatibilità della norma CFC con le convenzioni è intervenuta la stessa OCSE nel 2003¹⁴³, modificando il Commentario al Modello OCSE, specificando che non vi possono essere contrasti tra le Convenzioni e normative antielusive interne, oltre al fatto che Trattati e

¹⁴¹ GARIBOLDI P., LA CANDIA I., MARRAFFA V., Sulla compatibilità della normativa CFC con le convenzioni internazionali ed il diritto comunitario, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2007, n.3, p.929.

¹⁴² GARIBOLDI P., LA CANDIA I., MARRAFFA V., *op.cit.*

¹⁴³ Modificati art. 1, 7, 10 del Commentario.

Convenzioni contro la doppia imposizione devono essere utilizzati dai Paesi contraenti soltanto quando il loro utilizzo non va ad ottemperare a uno scopo di utilizzo abusivo degli stessi. Nello stesso Commentario poi si afferma che le normative CFC non vanno a violare nessun tipo di disposizione convenzionale, e le disposizioni dei Trattati non possono in alcun modo impedire ai Paesi contraenti di sottoporre a tassazione un proprio soggetto residente, anche se la norma nazionale CFC va ad ampliare il reddito del soggetto estendendolo a quello della CFC.¹⁴⁴ C'è anche da aggiungere che a conferma definitiva dell'appoggio dell'OCSE in favore della compatibilità oltre alle modifiche del Commentario al Modello abbiamo l'*Harmful Tax Competition* del 1998, e in maniera indiretta, in un'ottica generale antiabuso si espone in questo senso anche la Convenzione multilaterale per l'attuazione di misure relative alle convenzioni fiscali finalizzate a prevenire l'erosione della base imponibile e lo spostamento dei profitti del 2018¹⁴⁵, pubblicata in

¹⁴⁴ BRACCO P., *CFC Legislation e trattati internazionali: le recenti integrazioni al Commentario OCSE e il loro valore ermeneutico*, in Riv. Dir. Trib., 2004, n. 2, p.184-185.

¹⁴⁵ All'interno di questa Convenzione, nella sua parte terza, articolo 6, il tema è proprio quello dell'abuso dei Trattati da parte del contribuente al solo scopo di perseguire un indebito risparmio d'imposta. Al comma 1 dell'art. 6, la Convenzione prevede che all'interno di un qualsiasi accordo fiscale coperto stipulato tra uno o più paesi con l'intento di eliminare la doppia imposizione, sia prevista una clausola che specifichi l'intento di evitare che attraverso l'uso dell'accordo stesso si creino opportunità di non imposizione totale o parziale sfruttabili dal contribuente. Sempre la Convenzione multilaterale prevede che tale clausola possa essere omessa dai paesi contraenti, quando all'interno dell'accordo fiscale coperto in questione venga già evidenziata l'intenzione di non creare potenziali situazioni di non imposizione attraverso le disposizioni dell'accordo.

Oltre alla previsione della clausola appena discussa, all'art. 7 della Convenzione, nel suo primo comma, viene disposto che nonostante quanto possa essere previsto da un accordo fiscale coperto tra due o più paesi, un beneficio fiscale previsto in virtù dell'accordo deve essere negato quando da un'approfondita e attenta analisi della fattispecie in questione risulta che lo stesso obiettivo principale della transazione o dell'intesa che ha portato al beneficio sia l'ottenimento del beneficio stesso.

Le disposizioni antiabuso previste all'interno della Convenzione multilaterale OCSE sono state oggetto di critica per la portata eccessivamente generica che le stesse presentano. Così DORIGO S., *L'impatto della Convenzione multilaterale BEPS sul sistema dei trattati contro le doppie imposizioni: verso un diritto tributario internazionale dell'incertezza*, in Riv. Trim. Dir. Trib., 2018, n. 3-4, p. 559. Infatti la clausola antiabuso prevista dalla Convenzione al suo art. 7 risulta di portata generale e lascia di conseguenza ampi margini discrezionali di

interpretazione della norma in base alle singole fattispecie e all'orientamento dell'interprete nazionale. I termini utilizzati nella clausola del par. 1, art. 7 della Convenzione, come ad esempio quello della *«ragionevolezza, alla luce di tutte le circostanze rilevanti, che lo scopo principale dell'accordo fiscale coperto sia stato l'ottenimento di un beneficio fiscale»*, sono molto vaghi e scarsamente precisi. Dunque l'Amministrazione Finanziaria avrà grande spazio interpretativo con riguardo alle disposizioni antiabuso previste dalla Convenzione, e sarà sicuramente influenzata nella sua scelta dall'orientamento dell'ordinamento nazionale. Infatti tutti i termini non definiti in maniera autonoma dalla Convenzione stessa, vengono interpretati da ogni paese membro secondo le disposizioni nazionali, come previsto dall'art. 3, par. 2 delle Convenzioni bilaterali basate sul modello OCSE. Questo comporta una conseguente mancanza di uniformità nelle decisioni prese dalle Amministrazioni Finanziarie dei vari paesi, al contrario di uno degli obiettivi che si è sempre posta l'OCSE con le sue iniziative.

Un altro punto critico della Convenzione multilaterale BEPS concerne il principio di proporzionalità, quindi alla ripartizione dell'onere della prova tra contribuente e Amministrazione. Come già ampiamente discusso, il testo della clausola antiabuso previsto all'art. 7, par. 1 della Convenzione multilaterale è generico e poco chiaro; oltre a ciò sembra facilitare la posizione dell'Amministrazione Finanziaria rispetto a quella del contribuente in termini di prove da portare in evidenza per dimostrare lo scopo abusivo dell'operazione messa in atto dal contribuente al fine di ottenere un beneficio fiscale previsto da un accordo fiscale coperto. Per applicare la clausola generale antiabuso prevista dalla Convenzione sono necessarie tre condizioni: un elemento soggettivo costituito dal beneficio fiscale oggetto dell'accordo come scopo principale dell'operazione posta in essere dal contribuente, un elemento oggettivo costituito dall'esistenza dell'obiettivo elusivo del contribuente accertato attraverso l'analisi dei fatti rilevanti, e infine la verifica della totale assenza di conformità del godimento del beneficio rispetto all'oggetto e allo scopo del trattato. In relazione a queste condizioni vi sono due aspetti critici. Il primo riguarda la condizione oggettiva, perché la norma convenzionale, nella sua forma generica, sembra non rendere imprescindibile ai fini dell'applicazione della clausola antiabuso la verifica di quest'ultima condizione. Piuttosto pare che la condizione oggettiva consista in una condizione ausiliaria a quella soggettiva, e che in mancanza di essa sia comunque possibile per l'Amministrazione Finanziaria applicare la clausola antiabuso nei confronti di un'operazione posta in essere dal contribuente. Un'altra problematica collegata alla prima citata riguarda la ripartizione dell'onere della prova. Infatti, come visto sopra, non è obbligatorio per l'Amministrazione verificare la condizione oggettiva per l'applicazione della clausola antiabuso, e la condizione soggettiva non è soggetta a prova piena, ma sarà sufficiente la presunzione dell'Amministrazione Finanziaria. La prova di quanto appena detto sta nel testo dell'art. 7, par. 1, nel quale viene utilizzata la frase *«è ragionevole concludere che»*, a dimostrazione della possibilità per l'Amministrazione Finanziaria di poter anche solo presumere *«in base ai fatti e le circostanze pertinenti, che l'ottenimento del beneficio era lo scopo principale di qualsiasi intesa o transazione che ha portato direttamente o indirettamente a tale beneficio»*. Il contribuente,

seguito alle BEPS *action* del 2015.

In conforto delle tesi a favore della compatibilità sopra riportate si evidenziano due sentenze, una straniera e una italiana. La sentenza straniera riguarda una società finlandese¹⁴⁶, controllante di un'altra società residente in Belgio.¹⁴⁷ Si premette che questa sentenza è stata emessa precedentemente rispetto alla modifica del Commentario al Modello OCSE avvenuta nel 2003, quindi in un periodo storico in cui vi era più incertezza sul tema della

al contrario, dovrà dimostrare la genuinità della sua operazione mediante prove concrete e definitive, non valendo nei suoi confronti la possibilità di portare in suo favore semplici presunzioni. Dunque si evince una disparità di trattamento, che va contro all'impostazione che l'OCSE ha sempre tenuto a livello internazionale con riguardo alla proporzionalità tra oneri a carico del contribuente e dell'Amministrazione. Dall'interpretazione letterale della norma convenzionale, viene in risalto l'ampia discrezionalità offerta al fisco nazionale, che in base alla semplice presunzione dell'esistenza dell'elemento soggettivo che porta all'ottenimento del beneficio, e anche in eventuale assenza di quello oggettivo, può optare per applicare la clausola antiabuso ai danni del contribuente. Contribuente che invece per difendersi dall'accusa di aver posto in essere un'operazione al solo scopo di usufruire di un beneficio fiscale previsto da un qualsiasi accordo fiscale coperto, dovrà portare alla luce delle prove tangibili e definitive. Oltre alla disparità evidente tra i due oneri, il contribuente incontra grandi difficoltà anche per quanto riguarda l'individuazione dell'oggetto della prova che deve portare in sua difesa. Questo a causa dell'estrema genericità della disposizione convenzionale, che non specifica quale debba essere l'oggetto e lo scopo da portare come prova per ottenere la disapplicazione della clausola antiabuso.

In conclusione vi è una criticità riguardante la disposizione che deve sostituire quella non applicabile in virtù della clausola antiabuso. La Convenzione anche su questo aspetto non fa chiarezza, e quindi si presume che ogni singolo ordinamento nazionale sarà libero di scegliere la norma da applicare al contribuente che si vedesse negato l'accesso al beneficio fiscale in virtù dell'applicazione della clausola generale antiabuso. Il sistema antiabuso ideato dall'OCSE in linea di principio afferma la tesi secondo la quale i trattati contro le doppie imposizioni e tutti gli altri accordi fiscali tra paesi si applicano quando non vadano a creare situazioni sfruttabili di non imposizione. Per quanto riguarda l'aspetto applicativo della clausola invece permangono numerosi dubbi, e la Convenzione multilaterale BEPS pare estranea all'orientamento tenuto dall'OCSE nel corso degli anni, in particolare sul tema della chiarezza e dell'uniformità delle norme dei vari paesi membri.

¹⁴⁶ Caso *A Oyj Abp*, Suprema Corte Finlandese, 20 marzo 2002, n.KHO/2002/26, in GARIBOLDI P., LA CANDIA I., MARRAFFA V., *op. cit.*

¹⁴⁷ Questa società belga forniva servizi di natura finanziaria, e beneficiava in ordine alla legislazione fiscale belga di un regime fiscale agevolato riservato a questi tipi di società.

compatibilità rispetto al periodo post modifica, dopo il quale sicuramente l'OCSE ha contribuito a sciogliere più di qualche dubbio sulla sua posizione. Il fisco finlandese aveva accertato che la società belga interamente controllata dalla residente usufruiva di una tassazione sul reddito inferiore per più di tre quinti rispetto al livello impositivo finlandese, e di conseguenza aveva imputato il reddito di detta controllata per trasparenza in capo alla società residente. La società finlandese ha presentato ricorso nei confronti dell'Amministrazione Finanziaria, contestando il presunto mancato rispetto dell'art. 7 del Trattato Finlandia-Belgio, sulla limitazione della potestà impositiva dei Paesi contraenti nei confronti di soggetti non residenti, da parte della norma CFC nazionale e chiedendone quindi l'incompatibilità e il conseguente annullamento del provvedimento preso dal fisco. La Corte a tale proposito ha portato in evidenza le disposizioni del Commentario OCSE ante modifiche del 2003, precisamente quelle riportate ai paragrafi 23-24-25¹⁴⁸, e ha sentenziato per la compatibilità piena della norma finlandese sulle CFC con il Trattato Finlandia- Belgio, rigettando il ricorso della società residente.

Per quanto riguarda nello specifico la normativa nazionale in materia CFC e la sua compatibilità con le Convenzioni Internazionali contro le doppie imposizioni, la sentenza più rilevante è una pronuncia della Corte di Cassazione¹⁴⁹, anche se intervenuta pochi anni prima dell'introduzione nel nostro ordinamento della nuova normativa CFC in applicazione della Direttiva ATAD. In ogni caso le considerazioni fatte su questo caso possono valere anche per la normativa attuale. Il caso è quello che abbiamo già visto discutendo la compatibilità della norma CFC italiana con i principi comunitari, ovvero quello di una società italiana controllante una società cipriota, i quali utili per la parte spettante alla società italiana in virtù del controllo esercitato venivano imputati per trasparenza in capo alla società controllante. Presentando ricorso contro l'Amministrazione Finanziaria, la società controllante portava diverse tesi per ottenere la disapplicazione della norma CFC; quelle vertenti sulla incompatibilità col principio del libero stabilimento

¹⁴⁸ Il paragrafo 23 esprimeva l'espressione delle CFC *rules* come la facoltà impositiva di uno Stato su un soggetto residente in esso; il 24 e il 25 sostenevano la prevalenza della sostanza sulla forma e la superiorità dei Trattati sulla norma CFC a meno di un loro utilizzo fraudolento.

¹⁴⁹ Cassazione, 16 settembre 2015, n.25281.

e del principio di proporzionalità le abbiamo già affrontate in maniera esaustiva sopra, ma non sono le uniche motivazioni che la ricorrente adduce, portando dinanzi alla Commissione Tributaria Provinciale in primo grado anche dei dubbi sulla compatibilità della norma nazionale con il Trattato contro la doppia imposizione siglato tra Italia e Cipro. In primo grado e in appello il giudice italiano dà ragione all'Amministrazione Finanziaria, rigettando l'incompatibilità con il Trattato Italia-Cipro, sostenendo che la norma CFC interviene nei casi in cui vi siano soggetti residenti in Italia che utilizzano il fatto di controllare una società estera al solo fine di eludere le imposte italiane, e che tale pratica anti-abuso sia sostenuta anche dall'OCSE. Nel caso specifico il giudice evidenzia che a suo avviso non si presentava un'effettiva dimostrazione da parte della società residente di uno svolgimento di attività economiche effettive presso la sede della controllata a Cipro mediante l'utilizzo di una stabile organizzazione. La questione viene rimessa dalla controllante italiana alla Cassazione.

- Per quanto riguarda la compatibilità con il Trattato Italia-Cipro il ricorrente sostiene che agli art. 5 comma 6 e 7 del Trattato si può dedurre come non sia prevista l'autorizzazione di uno degli Stati contraenti ad assoggettare il reddito di un'impresa non residente, ma residente nell'altro Paese contraente, alla disciplina CFC solamente in virtù del mero controllo esercitato dalla società residente. Bensì si ritiene necessario oltre al controllo anche una stabile organizzazione all'interno del Paese dove opera la società non residente, e in questo caso la ricorrente insiste nel non riconoscere l'esistenza di una stabile organizzazione a Cipro.

- L'AdE dal canto suo controbatte appellandosi alla funzione anti abuso delle norme convenzionali oltre al loro obiettivo di eliminare la doppia imposizione giuridica; viene ribadito anche il concetto in base al quale la norma CFC nazionale deve essere applicata se la convenzione in oggetto è usata solamente a scopo di abuso, come l'AdE sostiene sia usato in questo caso specifico, perché altrimenti si verrebbero a creare delle situazioni ben più gravi della doppia imposizione, ovvero casi di mancata doppia imposizione. A tal proposito l'AdE menziona la clausola riconosciuta a livello

internazionale del beneficiario effettivo¹⁵⁰, che ha proprio il fine di smascherare quelle pratiche volte ad utilizzare le Convenzioni e quindi l'autolimitazione dei Paesi contraenti a livello impositivo per fini personali di elusione o evasione fiscale.

La Cassazione infine abbraccia le tesi fornite dall'AdE e quindi conferma le sentenze precedenti.

Questa decisione, seppur accettabile in linea generale, non è pienamente convincente, per diversi ordini di motivi. Innanzitutto la Corte va ad utilizzare nelle motivazioni sopra esposte la clausola del beneficiario effettivo come clausola generica anti abuso, quando in realtà tale clausola è stata predisposta dall'OCSE per quanto riguarda interessi, *royalties*, dividendi, quindi per specifici casi. Oltre a ciò sembra corretto sottolineare come le considerazioni fatte dal giudice in merito alla compatibilità con l'art. 7 del Trattato Italia-Cipro siano giuste, perché è assolutamente compatibile una norma CFC che vada a espandere il reddito della residente anche alla controllata residente nell'altro Paese contraente, al fine di evitare una mancata doppia imposizione, e quindi si segue il criterio generale della prevalenza della sostanza sulla forma senza il quale un Trattato verrebbe usato come mezzo per eludere; ma nel caso specifico permangono dei dubbi, in quanto la società residente ha sempre dichiarato che la CFC cipriota sarebbe stata costituita al fine di ottemperare a delle regole locali e quindi non sarebbe stata posta in essere al fine di abusare del Trattato per scopi elusivi. Inoltre né l'Amministrazione Finanziaria né il giudice hanno mai portato alla luce prove rilevanti sull'esistenza di una stabile organizzazione in Cipro. Se davvero così fosse, verrebbe meno la giustificazione per la norma CFC italiana di passare sopra a un Trattato Internazionale, in quanto la norma nazionale andrebbe a

¹⁵⁰ Tale clausola, prevista dall'OCSE per quanto riguarda la tassazione di dividendi, interessi e *royalties*, è stata predisposta al fine di evitare che attraverso una serie di operazioni elusive, i dividendi o gli interessi subissero la tassazione di un Paese piuttosto che di quello dove risiede il soggetto che alla fine beneficerà in maniera effettiva del provento in oggetto. Per un approfondimento sul tema si rimanda a CORASANITI G., *L'evoluzione della nozione di beneficiario effettivo tra il modello di Convenzione OCSE e la giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2021, n.6, p. 2493-2528.

collidere con l'art. 7 del Trattato.¹⁵¹

In conclusione, la compatibilità della normativa CFC con i Trattati contro le doppie imposizioni sembra essere ormai consolidata, ma persistono comunque dei dubbi interpretativi; sicuramente se la norma CFC evita un abuso delle disposizioni dei Trattati, estendendo il reddito del controllante anche al controllato non residente, quando la presenza all'interno del paese di residenza da parte della controllata è garantita attraverso una stabile organizzazione seppur fittizia, non vi possono essere dubbi sulla legittimità della norma nazionale. Infatti essendo attraverso l'applicazione della norma CFC la controllata considerata come un'estensione della controllante italiana, sarà intesa come una sua stabile organizzazione all'estero. Di conseguenza la norma CFC non entrerà in contrasto con le convenzioni, che non fanno riferimento alle stabili organizzazioni. Se invece tale norma va ad operare in assenza di una stabile organizzazione da parte della controllata, o in assenza di scopo elusivo e in presenza di altri scopi, la normativa CFC non potrà operare, pena la sua disapplicazione in virtù del mancato rispetto e della conseguente incompatibilità con le norme convenzionali.

¹⁵¹ DELLA VALLE E., *op.cit.*

Capitolo III Regime CFC italiano

3.1 Il nuovo articolo 167 TUIR

3.1.1 Soggetti a cui si applica la normativa

La norma italiana in materia di CFC attualmente in vigore, è stata introdotta nel 2018 a seguito della Direttiva ATAD del 2016 e delle BEPS *Action* del 2015; con conseguente modifica dell'art. 167 TUIR a far data dal 1° gennaio 2019.

Per quanto riguarda l'ambito soggettivo di applicazione della norma, art. 167 TUIR, primo comma, la norma CFC si applicherà nei confronti dei soggetti controllanti residenti in Italia e di stabili organizzazioni di soggetti residenti all'estero che detengono il controllo di soggetti non residenti. Per quanto riguarda i soggetti che hanno la residenza fiscale¹⁵² in Italia, non si presentano novità; infatti con soggetti residenti il legislatore intende le persone fisiche, i soggetti indicati all'art. 5 TUIR¹⁵³ e tutti i soggetti IRES indicati nell'art. 73 comma 1 TUIR¹⁵⁴, oltre ai soggetti indicati dal comma 2 di quest'ultimo articolo¹⁵⁵. Non è necessario che detti soggetti esercitino attività specifiche o abbiano una determinata forma giuridica. Le disposizioni CFC sono applicabili anche a soggetti o società o enti i quali, nonostante abbiano

¹⁵² Per la definizione di residenza fiscale e quando ne ricorrano i requisiti bisogna fare riferimento agli art. 2 comma 2 TUIR e 73 comma 3 TUIR; il primo, riferibile alle persone fisiche, definisce residenti tutti i soggetti che per più della metà di un periodo di imposta sono iscritti all'anagrafe di un comune italiano, o hanno domicilio o residenza in Italia. Il secondo, riferibile ad enti e società definisce fiscalmente residenti tali soggetti quando questi presentino per la maggior parte di un dato periodo di imposta la sede legale o la sede amministrativa o l'oggetto principale nel territorio italiano, con un'ulteriore disposizione per gli Organismi Collettivi di Risparmio (OICR) che siano stati istituiti in Italia.

¹⁵³ Società semplici, società di persone, enti equiparati.

¹⁵⁴ I soggetti elencati dal primo comma sono le S.p.A., le s.r.l., le s.a.p.a., le società cooperative, le società di mutua assicurazione, le società europee, le società cooperative europee, enti pubblici o privati diversi dalle società, i *trust*.

¹⁵⁵ Associazioni non riconosciute, consorzi, altre organizzazioni non appartenenti ad altri soggetti passivi, nei confronti delle quali il presupposto dell'imposta si verifica in modo unitario ed autonomo.

dichiarato la residenza fiscale in altro Paese, risultano in base a delle presunzioni fornite dall'Amministrazione Finanziaria essere residenti fiscalmente in Italia, salvo fornitura di prova contraria a carico del soggetto che subisce detta disposizione. Quando un soggetto presenta un'altra residenza fiscale oltre a quella italiana, potrà essere sottoposto alla norma CFC nazionale solo se ciò non va a contrasto con i Trattati che l'Italia ha stipulato con gli altri paesi per evitare doppie imposizioni. Ciò significa che se in un trattato tra l'Italia e un altro paese è previsto che nell'eventualità di una doppia residenza fiscale del contribuente prevalga la legge italiana, allora si applicherà la norma CFC italiana. Nel caso detto Trattato preveda la prevalenza della norma straniera, la norma CFC italiana sarà inapplicabile.¹⁵⁶ Di tutti questi aspetti, alcuni già chiari in precedenza, ce n'è uno che riscontra delle difficoltà applicative, ovvero l'applicazione della norma CFC anche agli OICR istituiti in Italia e soggetti a vigilanza. Gli OICR sono enti autonomi soggetti IRES, ma esentati dall'imposta sui redditi ai sensi dell'art. 73 comma 5-*quinquies* TUIR.¹⁵⁷ Risulta difficile poter applicare la norma CFC a degli organismi i quali non sono soggetti a tassazione sul reddito in Italia; l'Agenzia delle Entrate, nella circolare in nota¹⁵⁸ ha predisposto a tale proposito una sezione apposita del documento per chiarire la posizione dell'OICR, e per quanto riguarda la parte relativa ai soggetti a cui applicare la norma CFC italiana, viene fatta espressa menzione di alcuni tipi di redditi per i quali gli OICR italiani sono tenuti al pagamento della ritenuta a titolo di acconto del 26%, e per i quali in caso di OICR controllati esteri si potrà applicare la tassazione per trasparenza. Questi sono:

- gli interessi e i proventi da obbligazioni, titoli similari, cambiali finanziarie diversi dagli interessi o proventi su obbligazioni emesse da società residenti diverse dai grandi emittenti, negoziate nei mercati non regolamentati e

¹⁵⁶ Così la Circolare Agenzia delle Entrate 18/E/2021, p.20.

¹⁵⁷ Che prevede appunto che i redditi degli organismi di investimento collettivo di risparmio istituiti in Italia, diversi dagli organismi di investimento del risparmio immobiliari, e di quelli con sede in Lussemburgo, già autorizzati al collocamento nel territorio dello Stato, siano esenti dalle imposte sui redditi purché il fondo o l'organismo sia sottoposto a vigilanza prudenziale.

¹⁵⁸ Circolare 18/E/2021, p. 122.

vendute anche a una platea di investitori non qualificati;

- i proventi delle accettazioni bancarie

- proventi di titoli atipici emessi da soggetti residenti.¹⁵⁹

Risulta importante evidenziare come, a seguito dell'introduzione del Decreto attuativo della Direttiva ATAD, l'ambito soggettivo di applicazione della norma si è esteso alle stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti, controllanti delle CFC estere. Saranno imputati per trasparenza in capo alla stabile organizzazione del soggetto non residente i redditi in proporzione alle partecipazioni possedute e facenti riferimento esclusivamente al complesso della stabile organizzazione.¹⁶⁰ Diventa fondamentale, dopo l'introduzione della stabile organizzazione di un soggetto non residente all'interno del novero dei soggetti controllanti di CFC, chiarire a cosa si riferisce il legislatore italiano quando parla di stabile organizzazione. L'art. 162 TUIR prevede che costituisce stabile organizzazione una sede fissa di affari per mezzo della quale l'impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività nel territorio dello Stato.¹⁶¹ Tale disposizione in sede di verifica dei presupposti per l'applicazione della norma CFC può subire limitazioni nel caso vi siano delle disposizioni contenute in Trattati contro le doppie imposizioni che risultino più favorevoli al contribuente, viceversa invece prevarrà la norma del Testo Unico ai sensi dell'art. 169 TUIR.¹⁶² Il tema

¹⁵⁹ AVOLIO D., PIAZZA M., *Pubblicate le istruzioni per le CFC: linea dura dell'Agenzia delle Entrate per il test dei passive income*, in *Il Fisco*, 2022, n.5, p.451-458.

¹⁶⁰ Come stabilito anche nella Relazione illustrativa al Decreto ATAD.

¹⁶¹ Con sede fissa si intende un apparato strumentale, fisicamente tangibile, ovvero una delimitazione di territorio situato in maniera durevole in Italia. Con sede d'affari si intende l'esercizio di un'attività commerciale che la stabile organizzazione deve esercitare per essere considerata tale. Ai sensi del comma 1, lett. f *bis*), dell'art. 162 TUIR, la stabile organizzazione può essere garantita anche attraverso una presenza continuativa e significativa all'interno del territorio dello stato, pur senza una consistenza fisica vera e propria.

¹⁶² Se una norma del Testo Unico risulta più conveniente per il contribuente rispetto a una disposizione presente in una Convenzione o in un Trattato allora la prima si applicherà a

principalmente discusso in merito all'applicazione del regime delle controllate estere italiano anche alle stabili organizzazioni di società estere è l'identificazione delle partecipazioni dell'entità controllata estera facenti capo in modo diretto alla stabile organizzazione operante in Italia. Questa operazione non è sempre agevole, perché in caso le partecipazioni siano parte del patrimonio della casa madre estera o di altre stabili organizzazioni con sede all'estero, allora la disciplina CFC italiana ovviamente non troverebbe applicazione. Altra questione che si è posta nel tempo l'Agenzia delle Entrate è se oltre alla mera iscrizione a bilancio della stabile organizzazione della partecipazione nella CFC siano necessari altri requisiti. L'AdE a riguardo è intervenuta dapprima nel 2004, sostenendo che il fatto delle partecipazioni iscritte nel bilancio della stabile organizzazione sia un mero fatto formale, essendo preferibile oltre a quest'ultima condizione anche un collegamento funzionale tra l'attività della CFC e quella svolta in Italia dalla stabile organizzazione.¹⁶³ A proposito, per cercare di scogliere i dubbi, è intervenuta diversi anni dopo con la Circolare 18/E/2021 l'AdE, la quale ha riportato dei criteri per determinare il reddito che va effettivamente imputato alla stabile organizzazione. Questi criteri prevedono un'analisi delle funzioni svolte, dei rischi assunti e dei beni utilizzati dalla stabile organizzazione.¹⁶⁴ Ciò che si evince dall'intervento chiarificatore dell'Amministrazione Finanziaria è che vi sono due criteri fondamentali per stabilire se un reddito di una controllata estera vada sottoposto al regime CFC in virtù del controllo esercitato dalla stabile organizzazione di un soggetto non residente presente in Italia. Il primo prevede che l'investimento nella partecipazione sia avvenuto utilizzando il patrimonio della stabile organizzazione, il secondo criterio prevede che l'entità controllata sia soggetta a direzione e coordinamento da parte della

discapito delle norme internazionali.

¹⁶³ Si rimanda alla risposta del 15 settembre 2004, data dall'Onorevole Molgora, in VI Commissione Finanze, all'interrogazione n.5-03428 dell'Onorevole Leo.

¹⁶⁴ La Circolare si rifà per la determinazione del reddito della stabile organizzazione ai criteri stabiliti dal Report dell'OCSE «*Report on the Attribution of Profits to permanent establishment*», 22 luglio 2010. In base all'approccio elaborato dall'OCSE la stabile organizzazione viene considerata come un'entità separata rispetto alla casa madre, svolgente le medesime o simili attività in simili o identiche condizioni, tenendo conto delle funzioni svolte, dei rischi assunti e dei beni utilizzati.

stabile organizzazione. Quindi si presenta un requisito maggiormente formale, quello dell'iscrizione a bilancio delle partecipazioni nel patrimonio della stabile organizzazione e uno maggiormente di sostanza, quello della direzione e del coordinamento, sicuramente di più difficile dimostrazione. Sarebbe auspicabile un utilizzo di buon senso in particolare di detto ultimo requisito, che se usato in maniera eccessivamente presuntiva può portare all'assoggettamento alla norma CFC di entità che in realtà non subiscono una profonda direzione o coordinamento da parte della stabile organizzazione. Un esempio potrebbe essere quello di un'Amministrazione Finanziaria che applica il regime CFC solamente in virtù di un legame commerciale o finanziario tra la stabile organizzazione e l'entità estera.¹⁶⁵ Sempre dal testo della Circolare si possono estrapolare delle casistiche, che nascono proprio dall'introduzione nel novero dei soggetti controllanti assoggettabili a regime CFC delle stabili organizzazioni, nelle quali un soggetto, pur non essendo fiscalmente residente in Italia per tutto il periodo di imposta oggetto di riferimento, sia comunque assoggettato alla disciplina CFC con riguardo a una sua controllata estera; ad esempio il caso di un soggetto che trasferisce la residenza in Italia nella seconda metà del periodo di imposta di riferimento, e che nonostante ciò diventerà residente solamente dal periodo successivo, ma potrebbe essere per la frazione del periodo di imposta corrente riconosciuto come stabile organizzazione ai sensi dell'art.162 TUIR, e quindi sottoposto ugualmente a norma CFC.¹⁶⁶ Altro caso posto dall'AdE è quello di un

¹⁶⁵ PIAZZA M., *Regime CFC dopo il Decreto ATAD: i presupposti per l'applicazione*, in Il Fisco, 2021, n.31, p.3059-3071.

¹⁶⁶ In tal caso sembra corretto riportare un possibile disallineamento tra la data in cui per lo Stato italiano avviene il trasferimento di residenza fiscale e quella in cui avviene per il paese dove il soggetto in questione si trasferisce. Questo può accadere quando lo Stato da dove il soggetto in questione trasferisce la residenza fiscale in Italia prevede l'adozione dello *split year*, ovvero in sostanza il trasferimento fiscale opera immediatamente alla data in cui avviene il trasferimento della sede, con conseguente cessazione della soggettività tributaria dell'ente nello Stato estero immediatamente. Questo può portare dei problemi applicativi; quando anche l'altro paese non adotta questo approccio sui trasferimenti allora la questione si fa semplice, il soggetto trasferito in corso d'anno si considera residente nell'altro Stato fino al termine del periodo d'imposta in cui è avvenuto il trasferimento, e dal periodo successivo sarà considerato fiscalmente residente in Italia. Oltre a ciò tale soggetto potrebbe essere già sottoposto al regime CFC italiano nel caso nella frazione di periodo d'imposta in cui era

soggetto che invece perde la residenza fiscale, e nei periodi d'imposta successivi continuerà ad essere sottoposto al regime CFC in virtù della configurazione della sua presenza sul suolo italiano come stabile organizzazione.

Dopo aver esaminato i presupposti soggettivi per l'applicazione della normativa, vediamo ora quali sono i soggetti controllati che possono essere considerati CFC. Partiamo sempre dalla norma, precisamente dal secondo comma dell'art.167, il quale afferma che si considerano CFC un'impresa, una società o un ente estero controllato in maniera diretta o indiretta da uno dei soggetti residenti citati sopra o da una stabile organizzazione di un soggetto non residente operante in Italia. Nel novero delle CFC vengono inseriti una moltitudine di enti, in particolare col termine enti il legislatore fa riferimento a fondazioni, *trust*, OICR, organismi non qualificabili come società o imprese.¹⁶⁷ Al terzo comma del medesimo articolo, vengono considerate CFC le stabili organizzazioni di soggetti residenti all'estero¹⁶⁸ e le stabili

ancora residente all'estero e nel quale si è trasferito presentasse i requisiti per essere ritenuto stabile organizzazione. Se l'altro Paese adotta lo *split year* allora il trasferimento della residenza fiscale è immediato rispetto al momento esatto in cui il trasferimento della sede avviene, quindi potrebbe portare dei problemi applicativi del regime CFC, in quanto se il soggetto viene trasferito nella seconda parte dell'anno diventerebbe in linea teorica residente fiscale in Italia con effetto immediato per il paese estero, ma tale congettura si scontra con lo stesso art.73 TUIR, il quale prevede che i requisiti per essere considerato residente in un dato periodo impositivo perdurino in capo al soggetto per almeno metà del periodo d'imposta di riferimento. Allo stesso tempo diventa difficile configurare una stabile organizzazione in un soggetto residente all'estero quando per tale paese il periodo di imposta si chiude alla data del trasferimento della sede. Dunque si crea un rischio che in questi specifici casi possano venirsi a creare fattispecie di doppia non imposizione, se non si interviene sul piano pratico, e tale sembra essere in questi casi la soluzione più adatta, attraverso una modifica della data di trasferimento per lo Stato estero, allineandola alla data di chiusura del periodo d'imposta italiano. In questo modo, non considerando sin da subito residente il soggetto estero, se ricorreranno i presupposti ai sensi dell'art. 162 TUIR, esso potrà, per la frazione di periodo dal quale la sede è stata trasferita in Italia alla chiusura dell'anno fiscale, essere considerato stabile organizzazione e quindi i redditi di sue eventuali controllate saranno imputati per trasparenza in capo ad esso.

¹⁶⁷ Secondo comma, art. 167 TUIR.

¹⁶⁸ Per quanto riguarda le stabili organizzazioni di entità controllate estere è necessario verificare che la stabile organizzazione non sia già soggetta a imposizione da parte dello Stato

organizzazioni di soggetti residenti in Italia, che abbiano adottato il regime della *branch exemption* ai sensi dell'art.168-ter TUIR.¹⁶⁹

3.1.2 *Il concetto di controllo*

Il requisito fondamentale per assoggettare a regime CFC una controllata estera è quello del controllo. Senza controllo non è possibile proseguire nell'esame degli ulteriori requisiti, che si vedranno nei paragrafi successivi, necessari per l'applicazione del regime CFC. L'art. 167 prevede al comma 2 che le condizioni per una CFC ai fini di essere considerata controllata da un soggetto residente o da una stabile organizzazione di un soggetto non residente siano due; la prima risponde ai criteri previsti dall'art. 2359 cc.; la seconda consiste nella detenzione da parte di un soggetto residente o di una stabile organizzazione di soggetto non residente di oltre il 50% degli utili della CFC, direttamente o indirettamente. Questi due requisiti non devono verificarsi entrambi, in quanto la norma stessa prevede che perché sia soddisfatto il requisito del controllo è sufficiente sia soddisfatta almeno una delle due condizioni. Con riguardo al primo requisito la nozione che il legislatore considera è quella del controllo civilistico. Infatti, come si è già spiegato sopra¹⁷⁰, il Codice Civile considera le fattispecie in cui c'è un controllo esercitato attraverso il possesso di partecipazioni che garantiscono un numero di voti tale da poter gestire e indirizzare la società che si partecipa (sia sotto forma del controllo esercitato mediante il possesso di più della metà

di residenza della controllata; se la stabile organizzazione usufruisce di un'esenzione su utili e perdite da parte dello Stato di residenza della controllata, allora si potrà applicare la norma CFC italiana e tassare per trasparenza in capo alla controllante italiana anche i redditi della stabile organizzazione oltre a quelli della società controllata, evitando in questo caso una situazione di potenziale doppia non imposizione.

¹⁶⁹ Brevemente, il regime della *branch exemption* prevede che una società residente in Italia possa richiedere l'esenzione degli utili e delle perdite attribuibili a tutte le sue stabili organizzazioni all'estero; tale opzione una volta attivata non è annullabile in futuro. Con specifico riferimento all'applicazione della norma CFC a dette stabili organizzazioni, se le stesse soddisfano i requisiti previsti per l'assoggettamento alla norma CFC verranno sottoposte a tale normativa. L'unico modo per ottenere la disapplicazione della stessa è la dimostrazione dell'esimente unica prevista per tutti gli altri casi.

¹⁷⁰ Si rimanda alla nota 5.

dei voti detto anche formale, sia quello garantito da un numero di voti inferiori alla metà ma sufficienti a controllare le attività, detto anche sostanziale). Il codice civile disciplina anche il controllo giuridico, ottenuto dal soggetto controllante mediante vincoli contrattuali stretti con la CFC. Con riguardo al requisito concernente la partecipazione agli utili della CFC va aggiunto che ai fini della determinazione della percentuale di partecipazione agli utili di un soggetto nei confronti di una CFC vanno considerate non solo le partecipazioni dirette, ma anche quelle indirette mediante l'utilizzo di una o più società controllate ai sensi dell'art.2359 cc., o tramite società fiduciaria o interposta persona.

Qui di seguito si riportano tutte le fattispecie che al loro verificarsi rendono la CFC un soggetto controllato dal contribuente residente o da una stabile organizzazione di soggetto non residente. Uno dei casi più semplici è quello per cui un soggetto esercita il controllo in virtù della maggioranza dei voti esercitabili all'interno dell'assemblea della controllata (controllo economico di diritto); poi abbiamo il caso del possesso di voti sufficienti ad esercitare un'influenza dominante nonostante non rappresentino la maggioranza di essi (controllo economico sostanziale); un'influenza dominante esercitata dal controllante mediante un contratto (controllo giuridico); una partecipazione diretta agli utili in misura superiore al 50%, oppure una partecipazione indiretta, che apparentemente non c'è perché non vi è rapporto diretto tra il controllante e la controllata, ma che in realtà avviene tramite altre società controllate, ai sensi dell'art. 2359 cc., o tramite interposta persona.¹⁷¹ A proposito delle partecipazioni indirette e al loro calcolo corretto, è previsto che ai fini del conteggio del controllo esercitato mediante i voti in assemblea si applichi il demoltiplicatore delle catene partecipative¹⁷², relativo alle

¹⁷¹ CACCIAPAGLIA L., MERCURIO G., *La disciplina CFC dopo il Decreto ATAD*, in Soc. e Contr., Bil. E Rev., 2019, n. 9, p.99.

¹⁷² Il demoltiplicatore della catena partecipativa è un metodo di calcolo della partecipazione indiretta che un soggetto detiene nei confronti di uno partecipato di secondo livello o superiore, attraverso una o più partecipate intermedie. Prendiamo il caso più semplice, nel quale abbiamo una partecipante che detiene direttamente una partecipazione in una società intermedia, la quale a sua volta partecipa un'altra società. Per calcolare la quota partecipativa indiretta del soggetto nei confronti della partecipata di secondo livello, si moltiplica la quota di partecipazione diretta detenuta dal soggetto nei confronti della società controllata

partecipazioni in società interposte tra la residente italiana e quella estera potenziale CFC, solamente quando la percentuale di partecipazione nelle società intermedie da parte del soggetto controllante indiretto della CFC risulti inferiore al 50%; in caso contrario il demoltiplicatore non verrà utilizzato. Ad esempio, ipotizziamo di avere una società residente in Italia, che controlla più del 50% dei voti di una società estera, intermedia tra la società italiana e la potenziale CFC estera. Essendo il controllo esercitato tramite i voti in assemblea superiore alla metà degli stessi, non verrà applicato il demoltiplicatore nel calcolo dei voti detenuti indirettamente dalla società italiana attraverso la sua controllata di primo livello. Quando la società italiana controlla quella intermedia estera attraverso una partecipazione ai voti in assemblea inferiore alla metà degli stessi, per verificare la sussistenza del controllo indiretto nei confronti della potenziale CFC, la partecipazione nella controllata di secondo livello detenuta da quella di primo livello dovrà essere sottoposta al demoltiplicatore.¹⁷³ Sempre con riguardo alle partecipazioni indirette, è necessario analizzare anche l'eventualità di partecipazione indiretta agli utili della CFC. Quando la partecipazione indiretta concerne l'utile e non i voti della potenziale CFC, nel calcolo della partecipazione

intermedia, per la quota partecipativa che quest'ultima detiene nei confronti della partecipata di secondo livello. Esemplichiamo numericamente: un soggetto partecipa al 50% una società, che a sua volta partecipa al 20% un'altra. La quota di partecipazione indiretta imputabile al primo soggetto, corrisponde a $50\% * 20\%$, vale a dire una partecipazione del 10%.

¹⁷³ Interessanti per capire il meccanismo della demoltiplicazione della catena partecipativa gli esempi forniti da CACCIAPAGLIA L., MERCURIO G., *op.cit.* Viene posto l'esempio della verifica dell'esistenza del controllo basandosi sul numero di voti spettanti. Come possiamo apprezzare, gli autori presentano dapprima un caso in cui i diritti di voto in assemblea detenuti superano il 50% e successivamente uno in cui gli stessi sono inferiori a tale percentuale, con conseguente applicazione del demoltiplicatore.



indiretta detenuta dalla società italiana attraverso una controllata di primo livello andrà sempre applicato il demoltiplicatore. Non cambia il fatto che la società italiana detenga una quota di partecipazioni nella controllata di primo livello superiore o inferiore al 50%.¹⁷⁴ Altro appunto da fare con riguardo alle partecipazioni indirette consiste nell'impossibilità di considerare CFC una società estera che sia partecipata negli utili indirettamente, anche per oltre il già descritto limite del 50% degli utili della stessa, da parte di società interposte che non siano soggette a loro volta al controllo come definito dall'art. 2359 cc. da parte del soggetto residente italiano. Quest'ultimo ai fini dell'applicazione del regime CFC deve non solo partecipare attraverso delle società intermedie più del 50% degli utili della potenziale CFC. Risulta altresì necessario che nei confronti di dette società interposte la società controllante indiretta italiana detenga un rapporto di controllo esercitato attraverso i voti o secondo dei vincoli contrattuali. Non è sufficiente la semplice partecipazione maggioritaria agli utili di queste società interposte. Anche in questa fattispecie a parere di chi scrive è sicuramente di aiuto un esempio numerico. Ipotizziamo che una società A detenga l'80% degli utili, e non dei voti, di due società, che ai fini del nostro esempio è irrilevante siano residenti

¹⁷⁴ Si riporta di seguito un esempio fornito sempre da CACCIAPAGLIA L., MERCURIO G., *op. cit.*, nel quale i due autori presentano l'ipotesi appena spiegata nel testo, nella quale le partecipazioni detenute dalla società italiana all'interno della controllata di primo livello intermedia riguardano gli utili e non i diritti di voto in assemblea. Come sappiamo e come dimostra l'esempio fornito si applicherà sempre il demoltiplicatore ai fini del calcolo della partecipazione indiretta del controllante nella controllata di secondo livello, quale che sia la percentuale di partecipazione agli utili detenuta nella controllata di primo livello dal controllante italiano.



o meno in Italia. Queste due società, B e C, partecipano a loro volta una società residente all'estero, D. D è partecipata, sempre con riguardo agli utili, per il 40% da B e per un altro 40% da C. Ora, se la partecipazione che A possiede nei confronti di B e C consistesse in una partecipazione basata sulla maggioranza di voti a disposizione in entrambe, considerando la percentuale di partecipazione cospicua in oggetto dell'80%, sarebbe rispettato nei confronti delle due società intermedie tra A e D il requisito del controllo ex art. 2359 cc. Di conseguenza, nonostante D sia partecipata indirettamente da A solamente attraverso gli utili, si conseguirebbero le condizioni per applicare la norma CFC. Infatti avremmo A che controlla di fatto B e C e sempre A che indirettamente parteciperebbe all'80% gli utili di D (40%+40%, secondo il meccanismo spiegato alla nota 143). Ma la partecipazione che A possiede nei confronti di B e C nel nostro esempio non è basata sui voti esercitabili, ma sugli utili. Ecco che la situazione si presenta totalmente differente, infatti A non esercita alcun tipo di controllo ex art.2359 cc. sulle due società interposte tra essa e D. Il controllo per il codice civile, come sappiamo, è concepito come fattuale attraverso il possesso della totalità dei voti o della loro maggioranza o di una loro percentuale in grado di influenzare le decisioni della società, o in alternativa come controllo giuridico, sotto forma di contratto. La norma civilistica non prevede una nozione di controllo basata sulla partecipazione maggioritaria agli utili. In virtù di quanto appena considerato, nell'esempio oggetto di studio in questa nota manca il controllo di A su B e C, condizione necessaria per poi verificare se A rispetti il requisito della maggioranza degli utili in D per considerare D una CFC.¹⁷⁵

Qui il legislatore italiano si è discostato dall'impostazione data dal legislatore comunitario all'interno della Direttiva ATAD¹⁷⁶, che invece come visto sopra tra le ipotesi di controllo, oltre a quelle che ha previsto il nostro legislatore, ha inserito anche quella in cui la controllante residente detenga in una o più società intermedie tra essa e la potenziale CFC una quota partecipativa ai voti almeno pari al 25%. Queste società interposte prendono il nome di società

¹⁷⁵ L'esempio numerico fa riferimento a una dimostrazione portata dall'Agenzia delle Entrate all'interno della Circolare 18/E/2021, p. 37.

¹⁷⁶ Direttiva ATAD art. 7, par. 1, lettera a.

non controllate ma associate.¹⁷⁷ Anche l'OCSE, nell'ambito dell'*Action 3 BEPS* nel 2015, ha considerato l'eventualità di estendere l'applicazione della norma CFC nei casi di controllo indiretto tramite imprese associate, ritenendo tale possibilità un'arma in più contro i tentativi dei contribuenti di evitare la tassazione delle proprie controllate estere mediante l'utilizzo di più società partecipate al di sotto delle soglie previste per considerare un ente controllato da un altro. Il Decreto attuativo che ha portato alla riforma della norma CFC nazionale non presenta la fattispecie delle imprese associate, in quanto il legislatore italiano ha ritenuto che sostituire il riferimento al controllo sostanziale con quello alle imprese associate avrebbe portato solo difficoltà applicative. Infatti nel nostro ordinamento è previsto il caso del controllo sostanziale, nel quale una società è considerata controllata anche quando la sua controllante non possiede la maggioranza dei suoi diritti di voto, ma ne possiede una quantità tale da poter essere considerata determinante nell'influenza all'interno della controllata. Si tratta dunque di una fattispecie sostanzialmente simile a quella proposta dal legislatore comunitario, già assimilata all'interno dell'ordinamento. Anzi dal punto di vista della logica anti-abuso delle norme CFC la norma italiana sembra essere più sicura di quella proposta dal legislatore europeo, perché potrebbe anche presentarsi il caso di società molto grandi nelle quali una partecipazione anche inferiore al 25% potrebbe voler dire notevole influenza sull'andamento della controllata e quindi costituire un caso di controllo.¹⁷⁸ Un'ultima fattispecie prevista dalla Direttiva, è quella del consolidamento del requisito del controllo anche nel caso un soggetto detenga almeno il 50% del capitale della società estera. Qui parliamo del capitale sociale, non dei voti e non degli utili, della società estera. La norma italiana non prevede questo requisito. La non rilevanza data da parte del legislatore nazionale a tale previsione formulata a livello europeo sembra corretta, perché non risulta chiaro il fine di porre come ulteriore requisito per soddisfare il concetto di controllo quello del possesso della maggioranza del capitale. Infatti il solo possesso di quest'ultimo, non accompagnato da quello

¹⁷⁷ L'art. 7 par. 1 lettera a considera come società associate quelle in cui «*un individuo o un'entità detengono direttamente o indirettamente nel patrimonio di un altro ente una partecipazione in termini di diritto di voto o proprietà del capitale pari o superiore al 25% o hanno il diritto di ricevere una percentuale degli utili pari o superiore al 25%.*»

¹⁷⁸ MIELE L., *op.cit.*

di voti o di partecipazione agli utili, risulta poco rilevante ai fini del controllo.

Ai sensi dell'art.1 comma 3 del D.M. 21 novembre 2001, le accezioni di controllo sopra descritte trovano applicazione anche nei confronti delle persone fisiche; il soggetto controllante può dunque essere non solo una società commerciale o un ente non commerciale ma anche una persona fisica. Questa disposizione è la conseguenza dell'impianto normativo che il legislatore italiano ha predisposto in materia di CFC, estendendo anche alle persone fisiche controllanti la disciplina; un modo questo di evitare raggiri da parte delle società attraverso il trasferimento di partecipazioni di controllo in CFC a persone fisiche residenti. Il decreto sopra citato continua con riguardo alle persone fisiche controllanti una potenziale CFC, e statuisce che vanno computati nel calcolo delle percentuali di controllo anche i voti spettanti ai familiari di cui all'art. 5 comma 5 TUIR, vale a dire coniugi, parenti entro il terzo grado e affini entro il secondo grado.¹⁷⁹ Anche le quote detenute dai familiari residenti all'estero, ai sensi del Decreto 21 novembre 2001, si computano ai fini della definizione del controllo da parte di una persona fisica residente nei confronti di una società estera. A seconda che i familiari del soggetto residente potenzialmente controllante siano residenti all'estero o meno si presentano due diverse fattispecie.

- Nel caso dei familiari residenti all'estero, si sommano le partecipazioni al voto della CFC detenute dal soggetto residente e dai suoi familiari. Se dalla somma ne risulta una partecipazione ai voti di controllo, allora il soggetto residente verrà considerato controllante della CFC e quindi si potrà applicare su di esso la disciplina. I familiari, essendo non residenti in Italia, non potranno invece essere soggetti alla disciplina, dunque una volta che la loro quota partecipativa ai voti è stata utilizzata per la somma con la quota detenuta dal soggetto residente italiano, il loro ruolo nell'applicazione della norma CFC si conclude. Ovviamente essendo residenti all'estero, per quanto la somma delle partecipazioni al voto della CFC renderebbe anche loro

¹⁷⁹ MIELE L., *La nozione di controllo del soggetto non residente ai fini della disciplina CFC*, in Corr. Trib., 2019, n. 5, p. 444.

controllanti, non potranno subire un'imposta dettata dal fisco italiano. Tornando al soggetto residente, una volta accertato che la partecipazione al voto totale, data dalla somma delle partecipazioni sue e dei suoi familiari non residenti, è di controllo, si procederà alla tassazione per trasparenza del reddito CFC facente capo al soggetto residente. Con reddito facente capo al soggetto residente si intende che solamente la quota di partecipazione agli utili detenuta direttamente da quest'ultimo sarà oggetto di imposizione per trasparenza a sue spese. I redditi della CFC che fanno riferimento a partecipazioni agli utili detenute dai familiari residenti all'estero del soggetto residente, non potranno essere tassati in capo ad esso. Non si applica la sommatoria delle quote di partecipazioni agli utili come è previsto per le quote di voti posseduti.

- Quando invece i familiari che detengono quote partecipative nella CFC sono anch'essi residenti, si presenta una situazione diversa. Una volta effettuata la somma delle partecipazioni ai voti della CFC, se il risultato è una partecipazione complessiva di controllo, tutti i soggetti coinvolti saranno considerati controllanti e quindi suscettibili di subire l'imposizione per trasparenza. La motivazione sta nel fatto che in questo caso non vi è un solo soggetto residente, ma tutti i familiari sono residenti. Quindi a tutti si potrà applicare la norma italiana. Una volta appurato che la partecipazione complessiva dei familiari al voto della CFC è di controllo, ogni familiare sarà soggetto a tassazione per trasparenza in proporzione alla propria quota di partecipazione agli utili detenuta. Nel momento della tassazione, non rileva più la quota totale di controllo, ma la singola quota di partecipazione agli utili del familiare. Su quest'ultima andrà calcolata l'imposta dovuta sul reddito della CFC.

In favore di una maggiore comprensione del disposto del Decreto n. 429 del 21 novembre 2001 al comma 3 dell'art. 1 si riportano un paio di esempi numerici. Supponiamo che un soggetto residente in Italia detenga il 40% dei diritti di voto in una società estera; nel primo esempio abbiamo un familiare del contribuente italiano residente all'estero, il quale detiene il 15% dei diritti di voto nella stessa società estera. Il soggetto residente sarà considerato controllante della società estera, in quanto applicando le disposizioni dell'art.

167 TUIR e del D.M. 429/2001 art. 1, comma 3, la quota partecipativa del familiare del contribuente italiano si somma alla sua, portando il soggetto residente a un totale del 55% dei voti all'interno della CFC. Quando sarà il momento di imputare il reddito della CFC per trasparenza in capo al controllante italiano, la quota di reddito imputabile ad esso potrà essere pari al massimo al 40%, in base alla percentuale di utili che egli ha diritto di riscuotere tramite la partecipazione ai voti. Non potrà dunque eccedere tale limite, che rappresenta la partecipazione effettiva del controllante sulla CFC, dato che la quota di controllo del 55% è raggiunta grazie a un 15% di partecipazione del familiare, il quale incasserà personalmente la percentuale di utile a cui avrà diritto in virtù della propria partecipazione. Un secondo esempio viene fatto con riferimento alla fattispecie nella quale abbiamo due soggetti, familiari, entrambi residenti, che posseggono entrambi una quota di partecipazioni in una società estera. Le percentuali sono quelle di prima, quindi un soggetto residente detiene il 40% dei voti e un suo familiare, anch'esso residente in Italia detiene il 15%. In tal caso, essendo entrambi residenti, i due soggetti saranno considerati entrambi controllanti della CFC al 55% (40% del primo sommato al 15% del secondo), e subiranno la tassazione per trasparenza in proporzione alla loro quota di partecipazione agli utili della CFC, che al massimo potrà arrivare alla quota di voti a disposizione di ciascuno. Quindi il primo soggetto potrà subire al massimo la tassazione per trasparenza sul 40% degli utili della CFC mentre il secondo subirà al massimo la tassazione sul 15% di detti utili.¹⁸⁰

Per quanto concerne la tassazione del reddito, ovviamente esso sarà imputato senza dubbio alcuno nei confronti del controllante residente o della stabile organizzazione del soggetto non residente in caso di controllo diretto. Quando si tratta di controllo indiretto bisogna operare una distinzione, ovvero se il controllo indiretto avviene per mezzo di società o soggetti interposti residenti o non residenti. Nel primo caso il reddito della CFC controllata verrà imputato in capo alla società o al soggetto interposto, anche se tale non rispetta le percentuali previste dalla nozione di controllo nei confronti della CFC. Nel secondo caso invece il reddito della CFC controllata sarà imputato in capo

¹⁸⁰ Circolare 18/E del 27/12/2021, Agenzia delle Entrate, p. 32.

alla società o al soggetto controllante residente.¹⁸¹ Dunque si può osservare nella prima fattispecie una dissociazione soggettiva tra soggetto che effettivamente controlla la CFC estera e soddisfa i requisiti previsti dalla nozione di controllo del TUIR e quello che subisce la norma CFC.¹⁸²

In ultima battuta, è bene ricordare che la norma CFC potrà essere applicata nei confronti dei soggetti residenti o delle stabili organizzazioni di soggetti non residenti che soddisfino il requisito del controllo, diretto o indiretto, ma alla condizione essenziale che il controllante debba disporre di una minima partecipazione agli utili nella CFC. Senza di essa il soggetto residente potrebbe anche controllare per il 100% i diritti di voto nella CFC, ma non potendo conseguire utili da quest'ultima l'applicazione della norma CFC non avrebbe alcun senso.^{183 184}

3.1.3 *La tassazione effettiva*

Una volta passato il test del controllo, la società controllata estera deve presentare dei requisiti ulteriori al fine della sua sottoposizione al regime CFC italiano. In particolare, l'art. 167, comma 4, prevede vengano sottoposte alla norma CFC le controllate estere che presentano allo stesso tempo due caratteristiche. Una tassazione effettiva a cui la controllata estera è sottoposta nel paese di residenza inferiore alla metà rispetto a quella a cui la stessa

¹⁸¹ D.M. 429/2001, art. 3, comma 1.

¹⁸² Art. 167 TUIR comma 2, si rimanda sopra all'inizio del sottoparagrafo 3.1.2, p. 54.

¹⁸³ MIELE L., *op.cit.*

¹⁸⁴ Ipotizziamo il caso di una società residente in Italia che soddisfa il requisito del controllo nei confronti di una società estera, disponendo della maggioranza dei voti nell'assemblea di quest'ultima. Per l'esattezza ipotizziamo una percentuale di possesso dei voti in assemblea dell'80%. Quando viene il momento di tassare gli utili per trasparenza in capo al soggetto controllante, non si tasseranno gli utili nella misura della partecipazione ai voti detenuta. Si tasseranno gli utili in proporzione alla quota di partecipazione agli utili detenuta dal controllante. Quindi ipotizziamo una partecipazione agli utili del 20%. Detenendo l'80% dei diritti di voto in assemblea e di conseguenza soddisfacendo il requisito del controllo ai fini della tassazione CFC, il controllante dovrà tassare per trasparenza il 20% dell'utile della controllata estera. Se invece la quota di partecipazione agli utili fosse pari a zero, per quanto la società italiana sia ampiamente controllante della CFC, non essendoci utili da tassare, la norma sulle controllate estere non troverà applicazione.

sarebbe stata sottoposta in Italia; e un ammontare di proventi riconducibili a *passive income* pari ad almeno un terzo dei ricavi totali della controllata estera.¹⁸⁵

Nella precedente formulazione della norma in tema di CFC, il legislatore prevedeva il sistema del doppio binario¹⁸⁶ che consisteva in due diversi test per il calcolo del livello di tassazione, in base al fatto che la CFC fosse residente in un paese a fiscalità privilegiata¹⁸⁷ o fosse residente in un Paese UE o SEE. Oggi non vi è più un trattamento diverso a seconda che la CFC sia residente in un paese piuttosto che in un altro; con la nuova norma il metodo per calcolare la tassazione che subisce la CFC all'estero e confrontarlo con la tassazione che subirebbe in Italia è quello del calcolo della tassazione effettiva a cui è sottoposto il soggetto controllato estero. Dunque da una parte abbiamo il livello di tassazione effettivo estero, che consiste nella tassazione calcolata sull'utile ante imposte della CFC effettivamente scontata dalla stessa. Dall'altra abbiamo il livello di tassazione virtuale italiano, che si calcola ipotizzando la CFC come società residente in Italia e applicando all'utile ante imposte del soggetto controllato estero l'aliquota che sarebbe prevista sul reddito per un residente in Italia. Se il livello di tassazione effettivo estero risulta non inferiore al 50% del livello di tassazione virtuale italiano, la norma CFC non troverà applicazione.

Ai fini del calcolo del livello di tassazione, sempre l'art. 167, comma 4 TUIR, confermando in questo caso la norma precedente che lo prevedeva anch'essa, specifica il riferimento a un apposito Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate con il quale «*sono indicati i criteri per effettuare, con modalità semplificate, la verifica della presente condizione, tra i quali quello della irrilevanza delle variazioni non permanenti della base imponibile*».¹⁸⁸ A

¹⁸⁵ Del requisito sui *passive income* si parlerà nel paragrafo 3.1.4.

¹⁸⁶ Si rimanda al paragrafo 1.1.1, p. 9, per approfondire il previgente doppio sistema di calcolo della tassazione.

¹⁸⁷ Anche qua pare opportuno un rimando al paragrafo 1.1.1, p. 5, nel quale si può analizzare il funzionamento della selezione dei Paesi a fiscalità privilegiata secondo la normativa precedente.

¹⁸⁸ Il Provvedimento a cui ci si riferisce è il n. 376652 del 27 dicembre 2021.

proposito di tale Provvedimento l'Agenzia delle Entrate ha precisato che eventuali comportamenti messi in atto non in conformità con esso precedenti alla sua pubblicazione, basati sulle disposizioni del Provvedimento previgente datato 2016¹⁸⁹, non saranno oggetto di sanzioni. Potranno essere al massimo oggetto di accertamenti da parte dell'Amministrazione Finanziaria. Questa scelta dell'Agenzia delle Entrate si basa sul fatto che il precedente provvedimento del 2016 sembrerebbe idoneo a creare un legittimo affidamento solo ai fini delle sanzioni, non ai fini dei comportamenti tenuti dal contribuente a partire dal periodo di imposta 2019, basati sul vecchio Provvedimento e difformi dal nuovo. Difatti il vecchio Provvedimento era incentrato sulla disciplina riguardante le società controllate estere che risiedevano fiscalmente in Paesi facenti parte della *ex white list* in base al disposto del vecchio comma 8-*bis* dell'art. 167 TUIR, che è molto simile alla disciplina valida ora per tutti i soggetti controllati esteri indistintamente.¹⁹⁰

Di seguito un approfondimento delle principali novità e le conferme fornite sia dalla Circolare del 27/12/2021 che dal Provvedimento, avente stessa data, in materia di imposta estera e imposta virtuale italiana sulla base delle quali la tassazione effettiva viene calcolata. Partendo dall'imposta che la CFC sconta all'estero, ci sono vari punti da considerare:

- natura delle imposte: questo aspetto è rimasto invariato rispetto alla norma precedente, quindi ai fini delle imposte estere che vanno considerate nel computo di quelle pagate dalla CFC nello Stato di residenza, rilevano le imposte sul reddito rientranti nel campo di applicazione delle Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate tra l'Italia e il paese estero in questione, includendo nel caso di Confederazioni di Stati anche le imposte locali¹⁹¹, dei singoli Stati confederati, anche se non riportate all'interno delle Convenzioni

¹⁸⁹ Provvedimento n. 143239 del 16 settembre 2016, adottato in seguito alla Legge Stabilità del 2015 e delle conseguenti novità in tema CFC. Si rimanda al paragrafo 1.1.1, p. 9.

¹⁹⁰ MAZZARELLA G., TEMPESTINI A., *Calcolo del livello di tassazione effettiva per l'applicazione del regime CFC*, in *Il Fisco*, 2022, n. 6, p. 547.

¹⁹¹ Un esempio può essere un'imposta sul reddito prevista all'interno degli Stati Uniti solamente da uno degli Stati che compongono la Confederazione.

stipulate con detti Paesi. Se tra l'Italia e il paese dove la società estera controllata risiede non vi è alcuna Convenzione stipulata, si considereranno ai fini del calcolo dell'imposta estera solamente le imposte presenti all'interno del paese di residenza della CFC che siano identificabili come imposte sul reddito.^{192 193}

- tassazione di gruppo: nel caso la CFC faccia parte di un gruppo di società, rileveranno ai fini del calcolo dell'imposta estera solamente quelle direttamente imputabili ad essa.¹⁹⁴

- momento in cui rilevano le imposte: qui c'è la prima novità portata dal Provvedimento dell'Agenzia; rilevano, ai fini del calcolo dell'imposta estera scontata dalla CFC nel suo paese di residenza, anche le imposte che non risultino dal bilancio della controllata riferito all'esercizio di riferimento. Per la rilevanza di dette imposte non iscritte al bilancio del periodo di riferimento della CFC è necessario che esse vengano assolte prima della scadenza del termine di presentazione della dichiarazione dei redditi da parte del contribuente controllante italiano.¹⁹⁵

- perimetro delle imposte estere¹⁹⁶: vi sono delle novità; il Provvedimento del 2016 considerava computabili ai fini del calcolo dell'imposta estera anche i crediti d'imposta per i redditi prodotti in Stati diversi da quello di residenza della CFC.¹⁹⁷ Con il nuovo Provvedimento l'Agenzia ha stabilito che l'imposta estera scontata dalla CFC sia assunta al netto dei crediti di imposta per eventuali redditi prodotti in Stati diversi da quello di residenza della controllata estera. Oltre a ciò, viene spiegato come classificare e trattare le

¹⁹² Il contribuente italiano, in caso di difficoltà nella classificazione di un'imposta estera come gravante sul reddito o meno, in assenza di Convenzioni stipulate tra l'Italia e lo Stato dove risiede fiscalmente la CFC, potrà presentare istanza di interpello all'Agenzia delle Entrate. Così la Circolare 9/E, 2015 dell'Agenzia.

¹⁹³ Art. 3.2-3.3 del Provvedimento dell'AdE del 27 dicembre 2021.

¹⁹⁴ Par. 5.1, lettera c, del Provvedimento.

¹⁹⁵ Circolare 18/E, 27 dicembre 2021, p. 45.

¹⁹⁶ Circolare 18/E, 27 dicembre 2021, p. 43-44.

¹⁹⁷ CACCIAPAGLIA L., MERCURIO G., *La disciplina CFC dopo il Decreto ATAD*, in Soc. e Contr., Bil. E Rev., 2019, n. 9, p. 99.

imposte sui redditi subite dalla CFC in altri Paesi. Quando queste imposte sui redditi pagate a giurisdizioni diverse da quella della CFC dovessero portare a un'eccedenza d'imposta per quest'ultima rispetto all'imposta da essa dovuta nella sua giurisdizione, il credito che si verrebbe a creare in favore della CFC nei confronti del fisco del paese dove la stessa risiede, non verrebbe considerato ai fini del calcolo dell'imposta estera. Infatti in base al nuovo Provvedimento le imposte estere dovute dalla CFC da considerare sono al netto di crediti d'imposta per redditi prodotti in altri Stati, quindi il credito d'imposta viene utilizzato per nettizzare l'imposta estera solo per la parte che non eccede l'imposta pagata dalla CFC sui redditi prodotti internamente.¹⁹⁸

- Agevolazioni estere: rispetto al Provvedimento del 2016, quello nuovo presenta delle novità. Infatti anteriormente era disposto che non fossero considerati ai fini del calcolo del *tax rate* estero le agevolazioni di carattere

¹⁹⁸ MAZZARELLA G., TEMPESTINI A., *op. cit.* Si riporta per fare maggiore chiarezza in merito all'argomento, un esempio. Si ipotizzi che nel primo esercizio una CFC subisca imposte da parte di giurisdizioni estere su redditi prodotti all'estero per un ammontare di 20. Nello stesso esercizio la controllata subisce un'imposta sul reddito da parte del fisco dello Stato dove risiede per 16. Dunque la CFC pagherà un'imposta sul reddito all'interno della sua giurisdizione pari a 0, in virtù della decurtazione dall'imposta sul reddito prodotto nel territorio nazionale delle imposte pagate all'estero (16-16). I 4 di eccedenza rimasti diventano un credito d'imposta utilizzabile ai fini del calcolo della tassazione effettiva della CFC l'esercizio successivo. Alla fine del primo esercizio, ai fini del calcolo dell'imposta estera della CFC, si considereranno 20, che consistono nell'imposta che la CFC ha effettivamente pagato nel corso dell'anno (20 di imposte pagate all'estero+0 di imposta pagata all'interno del territorio nazionale). Dunque saranno questi 20 che verranno confrontati con l'imposta virtuale italiana ai fini dell'applicabilità del regime CFC italiano. I crediti d'imposta non utilizzati non possono essere computati nell'imposta effettiva estera, come avveniva prima del nuovo Provvedimento.

Nel secondo esercizio la stessa CFC paga 2 di imposta sui redditi prodotti all'estero, che si aggiungono ai 4 di credito già maturati nell'anno precedente. Le imposte sul reddito prodotto all'interno del paese di residenza ammontano sempre a 16. La CFC potrà utilizzare il credito d'imposta totale pari a 6 per pagare 10 invece di 16. Ai fini del calcolo del *tax rate* effettivo estero l'imposta pagata dalla CFC sarà pari a 12, data dalla somma tra i 10 di imposta sul reddito prodotto internamente e i 2 di imposta pagata su redditi prodotti all'estero. Qui crediti non utilizzati non ne rimangono, in quanto possono essere usati per la loro interezza per abbattere l'imposta sul reddito prodotto internamente dalla CFC, e dunque non si pone nemmeno la questione della considerazione del credito nel calcolo del *tax rate* effettivo estero.

non strutturale riconosciute dallo Stato di residenza della CFC a tutti i suoi contribuenti per un periodo non superiore a cinque anni. Rilevavano ai fini del calcolo dell'imposta effettiva estera le agevolazioni che la CFC riusciva a concordare privatamente con lo Stato di residenza. Con il nuovo Provvedimento assumono rilievo ai fini del calcolo dell'imposta estera anche le agevolazioni che prima non erano riconosciute, quindi anche quelle generiche rivolte a tutti i contribuenti oltre a quelle risultanti da accordi stretti dalla CFC con l'Amministrazione Finanziaria del paese di residenza.¹⁹⁹ La Circolare 18/E dell'AdE poi precisa che non si considerano ai fini dei calcoli dell'imposta effettiva estera quelle agevolazioni solamente potenziali, messe a disposizione dallo Stato di residenza della controllata estera. Si tratta delle agevolazioni fiscali delle quali la CFC avrebbe potuto usufruire ma che ha rifiutato di sfruttare; in queste fattispecie si considera ai fini dei calcoli del *tax rate* il regime fiscale ordinario a cui la CFC è sottoposta, anche se più gravoso rispetto a quello agevolato, rifiutato dalla stessa. Con la nuova disposizione il calcolo del *tax rate* estero viene sicuramente semplificato, non essendo più necessario ricalcolare l'imposta al netto delle agevolazioni generiche; conseguentemente si estende il campo di applicazione della norma CFC a tutti i tipi di agevolazioni fiscali.²⁰⁰

- Variazioni temporanee non permanenti: si tratta di quelle variazioni positive o negative di base imponibile della CFC che sono destinate a riassorbirsi in futuro. Occorre operare un distinguo tra variazioni non permanenti a riversamento certo e predeterminato e variazioni temporanee con riversamento incerto e non determinato. Le prime sono delle componenti reddituali positive o negative le quali aumentano o diminuiscono la base imponibile della CFC, che per legge si annulleranno nei periodi di imposta successivi, pertanto la Circolare 18/E 2021 dell'AdE dispone la loro sterilizzazione nel calcolo del *tax rate* effettivo estero. La sterilizzazione di dette variazioni temporanee deve ovviamente essere messa in atto sia nell'esercizio in cui la variazione si verifica, sia quando la stessa viene riassorbita. Così facendo è possibile evitare il rischio di sovrastimare o

¹⁹⁹ Provvedimento AdE, 27 dicembre 2021, n. 376652, art. 5.1, lett. i).

²⁰⁰ PIAZZA M., *Regime CFC dopo il Decreto ATAD: i presupposti per l'applicazione*, in *Il Fisco*, 2021, n. 31, p. 3059.

sottostimare il livello di tassazione effettivo estero che la CFC subisce. Non è consentita invece la sterilizzazione di variazioni temporanee non permanenti della base imponibile della CFC a riversamento incerto. In queste fattispecie non è consentita la sterilizzazione di dette variazioni perché c'è il rischio di calcolare un livello di tassazione effettiva basato sulla considerazione di ricavi per i quali la giurisdizione locale prevede il rinvio della tassazione e costi per i quali la giurisdizione locale prevede la deduzione anticipata rispetto al momento in cui si verificano. La non sterilizzazione non opera quando le variazioni non permanenti della base imponibile della CFC sono dovute a componenti positive di reddito di rientro incerto ma che hanno subito tassazione anticipata oppure quando le variazioni di base imponibile sono componenti negativi reddituali di rientro incerto, ma dedotti posticipatamente. Si tratta di una conferma di quanto già previsto nel Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate precedente, infatti anche il comma 4, art. 167 TUIR stabilisce *«l'irrilevanza delle variazioni non permanenti della base imponibile»*.

- Perdite fiscali: su questo punto è confermata l'impostazione già prevista dal Provvedimento del 2016; quindi non si tiene conto ai fini del calcolo del *tax rate* estero di eventuali limiti al riporto delle perdite stabiliti dall'Amministrazione Finanziaria del paese di residenza della CFC.

- Rilevanza delle imposte dovute per riallineamenti: la Circolare 18/E/2021 fa una precisazione con riguardo alle imposte versate a un ordinamento estraneo a quello dove risiede da parte della CFC; in questo frangente è previsto che le imposte pagate all'estero dalla CFC che determinano un disallineamento rispetto ai valori civilistici, vadano sterilizzate. Le imposte sostitutive, infatti vengono dapprima versate in un periodo d'imposta, nel quale non essendo contabilizzate causano un disallineamento del reddito civilistico rispetto a quello fiscale. Nei periodi d'imposta successivi tale disallineamento si riassorbe con la contabilizzazione dell'imposta pagata a livello civilistico. Dunque l'Agenzia delle Entrate ha ritenuto più opportuno sterilizzare direttamente dette imposte ai fini del calcolo del *tax rate* effettivo

estero, come per le variazioni di base imponibile.²⁰¹

I punti principali esposti all'interno della Circolare 18/E/2021 e dal Provvedimento 376652/2021 in tema di imposta virtuale italiana vengono indicati qui di seguito. Come sappiamo l'imposta virtuale italiana è sostanzialmente l'imposta a cui sarebbe stato sottoposto il reddito prodotto dalla CFC se quest'ultima avesse la residenza fiscale in Italia.

- Imposta da considerare: va calcolata sul reddito della CFC, al netto di imposte pagate all'estero dalla controllata, solamente l'IRES, va esclusa dalla tassazione virtuale l'IRAP. Questa novità portata dal Provvedimento del 2021 è davvero rilevante, infatti in precedenza ai fini del calcolo del *tax rate* virtuale rilevava anche l'IRAP ed eventuali ulteriori addizionali.

- Norme fiscali: come nell'impostazione precedente, si prevedono regimi fiscali differenti a seconda dei principi contabili adottati nella redazione del bilancio, in base a che siano quelli internazionali o gli OIC europei. Per questi due regimi contabili dunque vale il principio della derivazione rafforzata ex art. 83 TUIR.²⁰² Non vale invece per le microimprese.²⁰³

- Regimi opzionali: non si computano ai fini del calcolo del *tax rate* virtuale italiano eventuali regimi opzionali a cui la CFC avrebbe potuto aderire se fosse stata realmente residente in Italia.

- Per le variazioni temporanee e le perdite fiscali si rimanda a quanto riportato per il calcolo del livello di tassazione del soggetto estero nel suo Paese di residenza.²⁰⁴ Con riferimento alle variazioni temporanee non permanenti di base imponibile con riguardo al calcolo dell'imposta virtuale italiana la sterilizzazione delle stesse, oltre ad operare nei confronti delle variazioni che

²⁰¹ MAZZARELLA G., TEMPESTINI A., *op.cit.*

²⁰² Il principio di derivazione rafforzata prevede che qualora un soggetto adotti i principi contabili internazionali o gli OIC europei, fatta esclusione per le microimprese, nella redazione del bilancio di esercizio, possa seguire tali principi anche in deroga a quelli previsti dal Testo Unico in materia di criteri di qualificazione dei redditi, della loro imputazione temporale, della loro classificazione in bilancio.

²⁰³ Art. 2435-*ter* c.c.

²⁰⁴ P. 69-70.

abbiano ritorno certo in base a leggi o piani di riparto, lo farà nel caso di variazioni a rientro incerto che diano luogo a tassazione posticipata o deduzione anticipata a seconda che si tratti di ricavi o di costi. Questa precisazione è utile per evidenziare che quando si calcola l'imposta virtuale italiana il meccanismo è esattamente il contrario rispetto a quello previsto per l'imposta effettiva estera. Infatti mentre l'imposta estera per il contribuente controllante conviene essere più grande possibile, quella virtuale converrà essere più piccola possibile.

- Dividendi e plusvalenze: sia la Circolare 18/E/2021 che il relativo Provvedimento affrontano il tema dei dividendi e delle plusvalenze della CFC. Le disposizioni rimangono le medesime del Provvedimento precedente. Eventuali dividendi ricevuti dalla CFC o plusvalenze in suo favore, che in Italia sarebbero sottoposte a tassazione nel limite del 5% del loro ammontare, vengono invece esentate da tassazione nel calcolo dell'imposta virtuale, solo se nel paese di residenza della CFC siano presenti regimi fiscali di esenzione totale in relazione a dividendi e plusvalenze e a patto che a tale esenzione corrisponda anche l'indeducibilità totale dei costi connessi a questi dividendi e partecipazioni. Interessante a riguardo un Principio di Diritto esposto dall'Agenzia delle Entrate²⁰⁵, nel quale veniva chiesto all'Amministrazione Finanziaria di confermare che il regime italiano di tassazione dei dividendi e delle plusvalenze fosse equiparabile a quello lussemburghese dove è prevista un'esenzione totale degli stessi. La risposta dell'AdE è precedente al nuovo Provvedimento della stessa 376652/2021, ma si ritiene valida anche con riguardo al nuovo Provvedimento, che non ha cambiato nella sostanza l'aspetto riguardante l'equiparazione di regimi esteri di esenzione di dividendi e plusvalenze a quello italiano ai fini della determinazione della base imponibile della CFC per il calcolo dell'imposta virtuale italiana. L'Amministrazione Finanziaria italiana, con riguardo alla questione appena riportata, si esprime con parere sfavorevole all'equiparazione del regime sui dividendi lussemburghese e quello italiano. A motivazione della sua scelta, l'AdE prende in esame l'art. 166 del Codice Tributario lussemburghese, il quale dispone che *“l'indeducibilità dei costi e delle svalutazioni delle*

²⁰⁵ Principio di Diritto n.5/2021.

partecipazioni trovi applicazione nei soli limiti del reddito esente e che, al momento della cessione della partecipazione, l'eventuale plusvalenza realizzata venga assoggettata a tassazione fino a concorrenza delle eccedenze dedotte.” Quindi alla base della decisione dell'AdE, sta il fatto che i costi relativi ai dividendi, per il legislatore lussemburghese non sono sempre indeducibili, condizione necessaria ai sensi dei Provvedimenti del 2016 e del 2021 dell'AdE perché il regime di esenzione totale estero possa essere equiparabile a quello italiano. Dispone infatti l'Agenzia all'interno del Principio esposto “*non si può affermare che il regime lussemburghese di esenzione totale delle plusvalenze e dei dividendi preveda l'integrale indeducibilità dei costi connessi alla partecipazione nel senso chiarito dal citato par. 5.1 lett. g) del Provvedimento*”. La disposizione in oggetto può essere considerata conforme al disposto letterale del Provvedimento 376652/2021, ma non pare condivisibile alla luce di quanto previsto dalla Direttiva ATAD in materia. Il legislatore comunitario ha previsto che ogni Paese membro può optare per l'indeducibilità totale dei costi relativi alle partecipazioni che fruttano dividendi e plusvalenze, o in alternativa in caso le spese relative alla partecipazione siano fissate in maniera forfetaria, potranno essere dedotte nel limite del 5% dell'utile della società partecipata. Sia l'Italia che il Lussemburgo hanno seguito tali indicazioni; il Lussemburgo ha previsto l'indeducibilità totale dei costi relativi alle partecipazioni, fatta eccezione per le minusvalenze di realizzazione della vendita delle stesse, che sono deducibili; l'Italia invece ha previsto la deducibilità dei costi connessi alla partecipazione nel limite del 5% dell'utile della controllata. Dunque risulta di difficile comprensione come possano non considerarsi equiparabili due regimi di tassazione dei dividendi e delle plusvalenze che sono stati adottati recependo la stessa Direttiva. E tale Direttiva considera invece una differenza fino al 5% di deducibilità degli oneri relativi alle partecipazioni non significativa da rendere non equiparabili due ordinamenti diversi.²⁰⁶

Dunque una volta che si sono calcolate le due imposte, quella estera e quella virtuale italiana, esse vanno rapportate all'utile contabile della controllata

²⁰⁶ Si rimanda a PIROLA A., LAROCCA C., *La disciplina CFC in presenza di regimi esteri di esenzione dei dividendi*, in Fisc. Comm. Int., 2022, n. 3, p. 38.

risultate dal suo bilancio, ottenendo i due *tax rate*. Arrivati a questo punto si confrontano i due livelli di tassazione, e se il livello di tassazione scontato dalla CFC nel suo paese di residenza è inferiore alla metà del tasso virtuale di tassazione italiano il regime CFC sarà applicabile.²⁰⁷ Una considerazione ulteriore è opportuna per il calcolo del *tax rate* con riferimento alla fattispecie di una stabile organizzazione di un soggetto estero controllato da un soggetto residente italiano. Se la stabile organizzazione del soggetto estero non usufruisce di un regime di *branch exemption*²⁰⁸, si sommerà la base imponibile di quest'ultima con quella della società controllata estera. Si farà solamente un test del livello di tassazione complessivo delle due entità, dato che la stabile organizzazione subisce la stessa tassazione che subisce la controllata estera nel suo paese. Nel caso la stabile organizzazione usufruisca di una *branch exemption*, la situazione è differente, in quanto le due entità subiranno due diverse tassazioni. Infatti la società controllata estera subirà la tassazione del suo paese, la sua stabile organizzazione subirà quella del paese dove è situata. Dunque in questo caso si prospetta un doppio test del *tax rate*. Potrebbe verificarsi il caso in cui solo una delle due entità risulti passibile di applicazione del regime CFC italiano, mentre nella fattispecie precedente vi è solo un test e conseguentemente o l'intero complesso formato da controllata estera e sua stabile organizzazione risulta assoggettabile al regime CFC o nessuna delle due entità potrà subirlo.²⁰⁹

Le modalità di conteggio della tassazione presentano alcuni punti ormai consolidati nel tempo e altri inseriti recentemente dal legislatore. Secondo chi

²⁰⁷ Tassazione effettiva estera: Imposta estera (base imponibile estera * aliquota imposta sui redditi Paese di *residenza* CFC) / Utile ante imposte risultante dal bilancio della controllata.

Tassazione virtuale italiana: Imposta italiana che la CFC avrebbe pagato da residente (base imponibile della CFC rideterminata secondo le disposizioni fiscali italiane * aliquota IRES 24%) / Utile ante imposte risultante dal bilancio della CFC.

Tassazione effettiva estera > Tassazione virtuale italiana / 2, non si applica il regime CFC.

Tassazione effettiva estera < Tassazione virtuale italiana / 2, si applica il regime CFC.

²⁰⁸ Per definizione di *branch exemption* si rimanda alla nota 153.

²⁰⁹ Si rimanda ai due esempi forniti dalla Circolare 18/E del 27 dicembre 2021 dell'AdE, da p. 61, uno riguardante una fattispecie di controllata estera avente una stabile organizzazione in un altro Paese, e una con oggetto una controllata estera avente una stabile organizzazione in un altro Paese, adottante il regime di *branch exemption*.

scrive, sicuramente gli interventi dell’Agenzia delle Entrate con la Circolare 18/E/2021 e con il Provvedimento n. 376652/2021 sono stati di supporto per comprendere meglio i nuovi aspetti riguardanti le modalità del calcolo dei *tax rate*. Le novità concernenti il calcolo del *tax rate* della controllata estera e il calcolo del *tax rate* virtuale italiano sono nel complesso modifiche positive, intese come volte a semplificare il calcolo della tassazione per il contribuente tenuto a verificare i presupposti applicativi della disciplina CFC.

3.1.4 Definizione di passive income e soglie per l'applicazione

Ai fini dell’applicazione della disciplina CFC, la controllata estera, secondo quanto disposto dall'art. 167 TUIR, comma 4 lett. b), deve rispettare un ulteriore requisito: *«oltre un terzo dei proventi da essi realizzati rientra in una o più delle seguenti categorie:*

- interessi o qualsiasi altro reddito generato da attivi finanziari*
- canoni o qualsiasi altro reddito generato da proprietà intellettuale*
- dividendi e redditi derivanti dalla cessione di partecipazioni*
- redditi da leasing finanziario*
- redditi da attività assicurativa, bancaria e altre attività finanziarie*
- 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*
- proventi derivanti da prestazioni di servizi con valore economico aggiunto scarso o nullo (...)».*

La Circolare 18/E/2021 dell’Agenzia delle Entrate specifica che il termine

proventi sta per quei redditi derivanti dallo sfruttamento statico di *assets*²¹⁰ trasferibili facilmente in società estere al fine di eludere l'imposizione nazionale dello Stato di residenza della controllante. Inoltre i proventi passivi oggetto di calcolo al fine di applicare o meno la norma CFC vanno considerati al lordo dei costi ad essi connessi. I redditi passivi della CFC vanno scomposti in due categorie: i proventi, che derivano appunto da canoni, dividendi, interessi, *royalties*, e le plusvalenze da cessione degli *assets* che portano proventi alla CFC. Ai fini del calcolo dell'ammontare dei *passive income* sul totale dei redditi prodotti dalla CFC, ai proventi veri e propri vanno sommate anche le plusvalenze derivanti dalla cessione degli *assets*.²¹¹ Il test dei *passive income* si basa esclusivamente sui proventi e plusvalenze riportati in base ai loro valori contabili, non rilevando in alcun modo il valore fiscale degli stessi. Rilevano invece i proventi che abbiano natura valutativa, quando vengono imputati a conto economico.²¹²

Con riguardo ai vari tipi di proventi elencati dall'art. 167 del Testo Unico, si presentano delle novità rispetto all'impostazione normativa in vigore precedentemente al Decreto del 2018.²¹³ Una di queste riguarda l'aggiunta all'elenco dei ricavi considerabili *passive income* dei redditi derivanti da attività bancaria, assicurativa, e altre attività finanziarie. La Circolare 18/E/2021, interpretando la nuova norma CFC, smentisce quella precedente che basandosi sulla vecchia norma CFC specificava la non applicabilità del test dei proventi passivi derivanti da queste attività.²¹⁴ Dopo la modifica dell'impianto normativo CFC e dell'aggiunta dei proventi da attività bancaria,

²¹⁰ Come ad esempio possono essere beni intangibili, quindi brevetti, *royalties*, ma anche partecipazioni in altre società.

²¹¹ Audizione Assonime, 4 ottobre 2018, p. 14.

²¹² AVOLIO D., PIAZZA M., *Pubblicate le istruzioni per le CFC: linea dura dell'Agenzia delle Entrate per il test dei passive income*, in *Il Fisco*, 2022, n. 5, p. 451.

²¹³ Decreto 142/2018.

²¹⁴ Circolare 23/E/2011. In base al disposto dell'AdE non veniva riconosciuta la caratteristica di *passive income* ai redditi aventi natura finanziaria, in quanto non erano considerati riconducibili meramente al solo sfruttamento di capitale. Il motivo stava nella considerazione, da parte dell'AdE e della norma CFC del tempo, dell'attività svolta da banche o assicurazioni come funzioni di gestione finanziaria svolte con carattere imprenditoriale da intermediari finanziari.

assicurativa, e altre attività finanziarie, l'Agenzia delle Entrate ha modificato la sua posizione nei confronti di questo tema. A dimostrazione del cambiamento di posizione su detta questione da parte del legislatore italiano, c'è anche l'esclusione di un'opzione data dalla Direttiva ATAD nei confronti di tutti i paesi dell'Unione Europea. Si tratta della possibilità per ciascuno Stato membro di recepire all'interno della propria normativa CFC nazionale l'opzione dell'esclusione della considerazione delle imprese finanziarie come società controllate estere nel caso non oltre un terzo dei redditi *passive* da esse percepiti derivino da operazioni con il contribuente o sue imprese associate. Il legislatore comunitario aveva proposto quindi un ulteriore esimente con riferimento alle imprese finanziarie²¹⁵, mentre quello italiano ha deciso che il contribuente che controlli un'impresa estera finanziaria potrà esimersi dall'applicazione della norma CFC solamente usufruendo dell'esimente unica prevista all'art. 167 comma 5 TUIR.²¹⁶

La norma in commento disciplina inoltre i proventi derivanti da operazioni di compravendita di beni e prestazioni di servizi infragruppo. In base al disposto del Testo Unico²¹⁷, che trova il suo scopo principale, come anche per l'OCSE e l'UE, nel contrastare qualsiasi forma di elusione attraverso la dispersione di redditi della controllante verso la CFC, ai fini del test rilevano tutte quelle operazioni di rivendita verso terzi indipendenti di beni da parte della CFC, acquistati precedentemente da parte di quest'ultima presso la controllante o una sua associata. Stesso trattamento anche per tutte le operazioni di rivendita da parte della CFC di beni nei confronti di imprese associate della controllante o alla controllante, acquistati da terzi indipendenti. Chiaro è l'intento da parte del legislatore italiano di intervenire in tutte quelle fattispecie nelle quali le operazioni effettuate apportano un valore economico aggiunto nullo o quasi, essendo in realtà il loro obiettivo primario quello di trasferire parti di base imponibile nazionale della controllante residente in controllate residenti in paesi con una tassazione più agevole.²¹⁸ Per definire il valore economico

²¹⁵ Art. 7, par. 3 Direttiva ATAD.

²¹⁶ Dell'esimente si parlerà nel paragrafo 3.1.5.

²¹⁷ Art. 167, comma 4 TUIR.

²¹⁸ I servizi a basso valore aggiunto vengono indicati dalla Circolare 18/E/2021 come quelli predisposti dalle Linee guida OCSE sui prezzi di trasferimento, al par. 7.5. L'Ocse fornisce

aggiunto scarso o nullo di una prestazione il Testo Unico rimanda al Decreto 14/05/2018 in materia di *transfer pricing*.²¹⁹ L'Agenzia delle Entrate specifica poi che oltre alle attività indicate dalle linee guida OCSE e dal Decreto *transfer pricing*, ci possono essere delle ulteriori operazioni che formalmente non risultano essere potenzialmente considerabili redditi passivi, tuttavia nella sostanza lo sono. Infatti le operazioni che riportano i due documenti appena citati, sono attività che in generale, qualsiasi sia l'ambito in cui opera la CFC in questione, apportano un valore economico nullo o scarso. Sono da considerare poi tutte le altre attività non iscritte all'interno delle due liste, che non possono essere classificate automaticamente redditi che apportano un valore economico aggiunto consistente, per le quali sarà necessario una valutazione dell'Amministrazione Finanziaria caso per caso. Può essere un utile esempio il caso di una CFC che formalmente esercita un'attività non rientrante nelle liste sopra citate, ma che nella sostanza non apporti nessun valore economico aggiunto. Se l'Amministrazione Finanziaria non interviene si presenterebbe una fattispecie elusiva ben riuscita, che comporterebbe la non imputazione a titolo di *passive income* dei redditi derivanti dall'attività che non ne presenta la caratteristica solamente da un punto di vista squisitamente formale.²²⁰

Per quanto riguarda l'applicazione del test dei *passive income* in relazione alle CFC aventi delle stabili organizzazioni all'estero, risulta necessario come

due liste, una negativa e una positiva. La lista positiva individua quelle attività e quei servizi prestati che presentano un basso valore aggiunto, come possono essere ad esempio i servizi amministrativi, legali, contabili, fiscali, risorse umane, sicurezza, recupero crediti. La lista negativa invece contiene degli esempi di attività e servizi prestati dalla CFC che vengono considerati ad elevato valore aggiunto, quindi le attività tipiche del gruppo di imprese di cui la CFC fa parte, ricerca e sviluppo, produzione industriale, acquisti di materie prime utilizzate per produrre i beni da vendere, direzione aziendale.

²¹⁹ All'interno del Decreto sono previsti i criteri in base ai quali definire un'operazione di scarso o nullo valore economico aggiunto; si tratta di servizi e operazioni di supporto all'attività principale del gruppo di imprese, che non richiedono l'uso di beni immateriali unici e non contribuiscono alla loro creazione, non comportano l'assunzione di particolari rischi in capo al fornitore.

²²⁰ RIZZARDI R., *La disciplina CFC: un punto fermo dopo la Direttiva ATAD?* in Corr. Trib., 2019, n. 3, p. 283.

primo *step* distinguere due casi: quello della stabile organizzazione della CFC che subisce la tassazione del reddito da parte del paese di residenza della controllata estera e quello in cui, usufruendo del regime di *branch exemption*²²¹, la stabile organizzazione subirà la tassazione separatamente rispetto alla controllata estera, in base alle norme fiscali del Paese in cui essa è ubicata.

- se la situazione è quella della stabile organizzazione che subisce la tassazione del reddito da parte del paese di residenza, la CFC e la sua stabile organizzazione subiranno un solo test, per l'importo complessivo dei redditi passivi, dato dalla somma di quelli della CFC e quelli della stabile organizzazione. Se tale somma dei *passive income* risulterà inferiore ad un terzo dei redditi totali conseguiti dalla CFC e dalla sua stabile organizzazione, allora la norma CFC non troverà applicazione. Se invece i proventi passivi supereranno di un terzo quelli totali, entrambi i soggetti subiranno la tassazione per trasparenza. Potranno evitarla solamente facendo leva sull'esimente unica ex art. 167, comma 5 TUIR.

- Nel caso di stabile organizzazione di CFC adottante il regime della *branch exemption*, sarà necessario effettuare un doppio test dei *passive income*. Il perché va cercato nella tassazione separata che subiscono le due entità. Infatti se la CFC subisce il livello di tassazione del Paese di residenza, la stabile organizzazione in *branch exemption* subirà la tassazione del Paese in cui si trova, come fosse un'entità separata rispetto alla CFC. Dunque potrebbe verificarsi il caso di una sola delle due entità sottoposta alla norma CFC; infatti per ognuna delle due va fatto il test. Se da quest'ultimo risulta che i proventi *passive* di una o dell'altra risultano superiori al terzo di quelli totali di ciascuna entità, si applicherà il regime CFC solamente all'entità che supera la soglia prevista.²²²

²²¹ Per la definizione del regime di *branch exemption* si rimanda alla nota 153.

²²² AVOLIO D., PIAZZA M., *op. cit.*

3.1.5 *La determinazione del reddito del soggetto estero e l'imposta da versare*

Il reddito della CFC è determinato “a seconda delle sue caratteristiche, in base alle disposizioni valevoli ai fini dell'imposta sul reddito delle società per i soggetti di cui all'art. 73 (...). I redditi imputati ai sensi dei commi 6 e 7 sono assoggettati a tassazione separata con aliquota media applicata sul reddito del soggetto cui sono imputati e, comunque, non inferiore all'aliquota ordinaria dell'imposta sul reddito delle società.”²²³ Nella determinazione del reddito dell'ente estero controllato si fa ricorso alla disciplina IRES vigente, con esclusione delle disposizioni aventi per oggetto le società di comodo, le società in perdita sistematica, gli studi di settore, l'aiuto alla crescita economica e la rateizzazione delle plusvalenze.²²⁴ Tutti i redditi che il soggetto estero controllato consegue sono considerati redditi d'impresa ai sensi dell'art. 81 TUIR. Qualsiasi sia la fonte del reddito prodotto dalla CFC, ai sensi della tassazione per trasparenza di detto reddito in Italia, esso sarà in ogni caso considerato reddito d'impresa.

Un punto fondamentale riguardante la tassazione del reddito della CFC concerne quali valori fiscali prendere come riferimento per il calcolo dell'imposta dovuta in Italia. Per risolvere tale questione occorre fare riferimento al D.M. 429/2001²²⁵, il quale prevede due diverse fattispecie:

- se la CFC oggetto di esame è considerata tale dal periodo d'imposta 2019, previo superamento dei test relativi al controllo, al *tax rate* e ai *passive income*, farà fede ai fini dei valori fiscali il bilancio della controllata del periodo d'imposta precedente 2018.
- se invece la CFC è considerata tale dai periodi d'imposta precedenti a quello in cui sono entrate in vigore le nuove disposizioni sulle controllate estere,

²²³ Art. 167, comma 7-8 TUIR.

²²⁴ Questo punto viene confermato dalla Circolare 18/E/2021 dell'Agenzia delle Entrate, dunque sotto questo aspetto vi è una continuità nei confronti delle precedenti Circolari in materia, n. 51/E/2010 e n. 23/E/2011. Inoltre sempre la Circolare 18/E/2021 dispone che nella tassazione del reddito della CFC non si tenga conto di eventuali regimi fiscali opzionali o agevolativi.

²²⁵ Al suo art. 2.

saranno utilizzati i valori già presenti in dichiarazione dei redditi.

L'Amministrazione Finanziaria concede la possibilità al controllante residente di monitorare i valori fiscali della sua controllata estera già dal periodo d'imposta in cui esso assume il controllo della stessa, quando magari la CFC non presenta ancora i requisiti per essere considerata tale. I valori fiscali che verranno riportati dal controllante in dichiarazione dei redditi relativi alla sua controllata estera ogni anno, torneranno utili in un eventuale futuro nel quale la controllata potrebbe essere classificata come CFC in base ai test previsti dall'art. 167 TUIR.²²⁶ Se il controllante ha monitorato ogni periodo d'imposta la sua controllata, in un eventuale periodo nel quale la stessa dovesse essere considerata CFC, la tassazione per trasparenza si applicherà sul reddito della CFC basato sui valori fiscali riportati nel corso degli anni. Se invece il controllante non ha mai monitorato i valori fiscali della CFC negli anni precedenti a quello in cui la stessa risulta soddisfare tutti i requisiti per essere assoggettata alla norma, allora si terrà conto dei valori fiscali risultanti dal bilancio dell'esercizio appena conclusosi. Un esempio molto importante di monitoraggio è quello effettuato nei confronti delle perdite della controllata, le quali possono essere riportate in avanti in diminuzione dell'imponibile solamente se erano state segnate dal controllante residente nella dichiarazione dei redditi del periodo di competenza. Se non vi è stato monitoraggio dei valori fiscali nel corso degli anni, quando la controllata estera supera i test per essere considerata CFC, le perdite che aveva conseguito negli esercizi precedenti non rileveranno ai fini della determinazione del reddito della stessa né della sua tassazione.²²⁷ Questa posizione che il fisco tiene sulla questione delle perdite è in dissonanza con il pensiero di Assonime²²⁸, che lamenta un eccessivo formalismo da parte

²²⁶ Par. 3.1.3 - 3.1.4.

²²⁷ Si rimanda al Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate n. 376652/2021. L'Amministrazione Finanziaria precisa che l'opzione del monitoraggio dei valori fiscali da parte del soggetto controllante nei confronti della controllata estera dal momento in cui ne acquisisce il controllo, è esercitabile previa manifestazione di volontà in dichiarazione dei redditi e non è una scelta che può essere modificata in futuro. In questo modo anche se in questi esercizi l'imputazione per trasparenza non verrà posta in essere, vi sarà un riporto in avanti di eventuali perdite, redditi, eccedenze di interessi passivi o di ROL.

²²⁸ Assonime, Consultazioni, n. 9/2021, p. 23.

dell'AdE nel concedere il riporto della perdita della CFC solo se stata indicata a suo tempo nella dichiarazione dei redditi. Oltre al carattere eccessivamente formale di questa disposizione, la situazione per cui una perdita non è più recuperabile se non è stata dichiarata nell'esercizio di riferimento può portare a situazioni di doppia imposizione. Sarebbe parso più opportuno, sempre secondo Assonime, consentire un sistema di tracciamento anche diverso dal riporto delle perdite antecedenti alla tassazione per trasparenza in dichiarazione dei redditi. Ad esempio una documentazione alternativa, attraverso la tenuta di una dichiarazione separata apposita da corredare ogni anno per poi prevedere il riporto delle perdite solamente nella dichiarazione dei redditi dal primo esercizio in cui viene applicata la tassazione per trasparenza nei confronti della CFC.²²⁹ Anche a parere di chi scrive, la posizione del fisco su questo tema è decisamente troppo severa. Sarebbe auspicabile un sistema di monitoraggio maggiormente flessibile, che permetta ai contribuenti di poter dichiarare le perdite della controllata estera anche successivamente al periodo di competenza delle stesse. Dopotutto, fino all'inizio del periodo di imposta in cui la controllata viene riclassificata come CFC, le perdite della stessa non interessano il fisco italiano, non applicandosi la tassazione per trasparenza, dunque rilevano solamente per il fisco del paese dove la controllata risiede. Proprio per questo la soluzione ideale sarebbe quella della predisposizione di una dichiarazione separata rispetto alle varie dichiarazioni dei redditi. Questa dichiarazione andrebbe tenuta anno per anno e da quest'ultima si farebbero confluire tutte le perdite registrate nei vari anni all'interno della dichiarazione dei redditi del contribuente relativa all'anno in cui la controllata estera viene riclassificata come CFC.

Il reddito del soggetto controllato estero viene definito dall'Amministrazione Finanziaria secondo un principio di equivalenza tra quest'ultimo e il tipo di reddito che sarebbe se fosse prodotto in Italia. Dunque è necessario verificare se la CFC sia assimilabile a una particolare categoria di contribuenti residenti.²³⁰ Le caratteristiche della CFC da esaminare saranno le norme applicate dallo Stato in cui essa risiede nei suoi confronti, e le si

²²⁹ AVOLIO D., PIAZZA M., *Per le CFC istruzioni dall'Agenzia delle Entrate con vista sulle "catene societarie"*, in *Il Fisco*, 2022, n. 7, p. 650.

²³⁰ Circolare 18/E/2021, p. 93.

confronteranno con la corrispondente norma italiana in oggetto. Il contribuente non ha obblighi riguardo al tipo di documento in cui presentare le caratteristiche della CFC che ne dimostrino l'associazione con un determinato tipo di soggetto residente. Una volta determinato la tipologia di contribuente italiano a cui fa riferimento la CFC oggetto di esame, nella determinazione del reddito si applicherà il principio di derivazione rafforzata²³¹ con riferimento a CFC che redigono i bilanci secondo i principi contabili internazionali, con esclusione delle CFC assimilabili alle microimprese. Tutte le CFC che adottano principi contabili diversi rispetto a quelli elencati dal principio di derivazione rafforzata, subiranno la determinazione del loro reddito secondo i principi contabili nazionali italiani.²³²

La tassazione del reddito della CFC, avviene per trasparenza in capo al contribuente italiano controllante. Dunque il reddito prodotto dalla CFC, per la quota di partecipazione agli utili che la controllante detiene, è attribuito direttamente alla controllante residente come fosse stato prodotto direttamente dalla medesima in Italia. Da sottolineare il fatto che il reddito della CFC sarà tassato in capo al soggetto controllante residente solo in proporzione della quota di partecipazione agli utili da esso detenuta; a nulla può rilevare una quota di controllo magari più elevata rispetto a quella di partecipazione agli utili. Nella determinazione del reddito da imputare per trasparenza va tenuto in considerazione anche l'eventuale effetto demoltiplicativo in caso di partecipazioni indirette. A questo proposito è utile esaminare diverse fattispecie che si possono verificare con riguardo alle partecipazioni indirette. Nella prima fattispecie la società intermedia controllata dal soggetto controllante primario è anch'essa residente in Italia. Questo comporterà che nella dichiarazione dei redditi il controllante primario dovrà imputare per trasparenza il reddito della CFC in capo alla società intermedia residente che controlla. Nella seconda fattispecie invece la controllata intermedia tra il soggetto residente e la CFC è una società estera; in questa situazione il soggetto controllante primario dovrà, all'interno della

²³¹ Nota 202.

²³² PIAZZA M., *Regime CFC dopo il Decreto ATAD: la tassazione separata per trasparenza*, in *Il Fisco*, 2021, n. 32-33, p. 3156.

sua dichiarazione dei redditi, imputare il reddito della CFC a sé stesso.²³³

Il momento in cui va attribuito e tassato il reddito in capo alla controllante è quello di chiusura dell'esercizio per la normativa fiscale dello Stato di residenza della controllata in cui dato reddito ha avuto luogo. Se non si dovesse dedurre né dallo statuto della CFC, né dalla legge fiscale dello Stato di residenza di quest'ultima quale sia la data di chiusura dell'esercizio, allora si considererà valida ai fini dell'imputazione del reddito della CFC per trasparenza in capo alla controllante italiana la data di chiusura dell'esercizio valida per quest'ultima.

Il legislatore ha confermato, in linea su questo aspetto con la norma previgente, la tassazione separata del reddito CFC rispetto a qualsiasi altro reddito prodotto dal soggetto residente in Italia o relativo ad altre CFC da quest'ultimo controllate. La *ratio* di questa disposizione sta nel voler evitare da parte del legislatore italiano un utilizzo di perdite della CFC da parte del controllante residente al fine di pagare imposte più basse sul reddito prodotto in Italia. Dunque le perdite generate dalla CFC potranno essere utilizzate per compensare i redditi da essa prodotti negli anni successivi, ma non potranno essere compensate con i redditi diversi da quello relativo alla controllata estera facenti capo al soggetto residente. Le regole per la compensazione delle perdite della CFC sono le medesime previste per quelle relative ai redditi prodotti in Italia. Quindi come stabilito dal TUIR le perdite potranno essere

²³³ Agenzia delle Entrate, Circolare 18/E/2021, p. 97.

All'interno della Circolare vengono poi presentate delle fattispecie ulteriori che hanno per oggetto le stabili organizzazioni. In un primo caso il contribuente italiano controlla una società estera e al tempo stesso possiede una stabile organizzazione estera. La CFC fa capo alla stabile organizzazione del controllante residente, che non usufruisce del regime *branch*. Dunque in questa fattispecie il soggetto controllante dovrà imputare il reddito della CFC a sé stesso in dichiarazione dei redditi. Se nella stessa situazione la stabile organizzazione estera del controllante fosse invece in regime *branch*, e la stessa supera i test per essere assoggettata alla norma CFC, il controllante italiano nella propria dichiarazione dei redditi dovrà imputare per trasparenza non solo il reddito della controllata estera, ma anche quello della sua stabile organizzazione estera. Infine viene posto dall'AdE il caso di un soggetto residente controllante una società estera, quest'ultima avente una stabile organizzazione estera. Se tale stabile organizzazione è considerabile come CFC in base alla norma italiana, allora i redditi da imputare per trasparenza nella dichiarazione del controllante italiano saranno due: quello della controllata estera e quello della sua stabile organizzazione.

riportate in avanti negli anni successivi nei limiti dell'80% del loro ammontare, limite che non esiste solamente i primi tre anni dalla costituzione della CFC.²³⁴

Infine l'Amministrazione Finanziaria fa chiarezza per quanto riguarda la potenziale cessazione dell'esistenza dei requisiti necessari per la classificazione di una controllata estera come CFC. Si tratta del venir meno del requisito del *tax rate test* o del *passive income test*.²³⁵ Questo aspetto rimane invariato nei confronti delle posizioni precedenti del fisco a riguardo, infatti viene confermata dall'AdE l'impossibilità di modificare l'applicazione del regime CFC sulla base dell'andamento dei due indicatori sopra citati. L'unico modo possibile affinché una CFC non venga più considerata tale rimane l'esimente unica dell'attività economica effettiva, oltre ovviamente al caso in cui non sussista più il controllo da parte del soggetto residente.

L'aliquota che va applicata sul reddito CFC, tassato separatamente rispetto agli altri redditi del controllante, corrisponde all'aliquota media che il contribuente residente ha subito con riferimento agli altri redditi nel periodo d'imposta di riferimento. Se tale media risulta inferiore rispetto all'aliquota nominale IRES del 24%, si applicherà quest'ultima.²³⁶

3.1.6 La tassazione della CFC in presenza di perdite della controllante

Merita un approfondimento a parte la situazione in cui il soggetto controllante di una CFC presenta in dichiarazione dei redditi l'utile della controllata estera a lui riferito, ai fini della tassazione per trasparenza, e allo stesso tempo

²³⁴ Art. 84 TUIR.

²³⁵ Par. 3.1.3 – 3.1.4.

²³⁶ Il procedimento per il calcolo dell'aliquota consiste in quattro passaggi. Si individua il reddito dichiarato dal soggetto controllante residente per il periodo d'imposta di riferimento e si applica la relativa imposta (IRPEF se parliamo di una persona fisica o IRES in alternativa). Si calcola l'aliquota media subita dal contribuente residente dividendo l'imposta appena calcolata per i relativi redditi dichiarati. Se tale aliquota media supera o è pari all'aliquota nominale IRES del 24%, allora la si applicherà anche nei confronti del reddito della CFC facente capo al soggetto controllante. Se l'aliquota media risulta inferiore a tale cifra, non sarà possibile applicarla nei confronti del reddito CFC, che subirà l'aliquota ordinaria IRES del 24%. L'aliquota calcolata si applicherà sulla quota di reddito della CFC attribuibile al soggetto che la controlla, sulla base della relativa quota di partecipazione agli utili detenuta da quest'ultimo.

dichiara una perdita fiscale. In questo caso si pone il problema dell'aliquota applicabile al reddito della CFC, in quanto il contribuente residente non ha un reddito da assoggettare a tassazione nell'anno di riferimento, essendo in perdita. Dunque non vi è un'aliquota media di riferimento su cui basarsi. Secondo la giurisprudenza²³⁷, è ormai consolidata l'applicazione dell'aliquota ordinaria IRES sul reddito della CFC, in caso di perdita fiscale della controllante italiana. Quindi in tutti i casi di perdita fiscale della controllante si applica l'aliquota del 24% sul reddito della controllata estera. Il *leading case* in materia risale al 2019; si tratta di una sentenza della Corte di Cassazione, appena citata nell'ultima nota, nella quale i giudici stabiliscono che l'aliquota da applicare al reddito CFC nel caso di perdita fiscale del soggetto controllante non può essere inferiore a quella ordinaria IRES in vigore nel periodo d'imposta a cui la dichiarazione dei redditi fa fede.²³⁸ In caso contrario ci si troverebbe di fronte a un ingiustificato trattamento fiscale agevolato nei confronti del contribuente.²³⁹

3.1.7 Il credito d'imposta

Il reddito della CFC di spettanza del contribuente italiano che la controlla, essendo un reddito prodotto all'estero, sarà soggetto allo stesso trattamento

²³⁷ Cassazione, n. 29978/2019.

²³⁸ La sentenza della Corte si riferisce a un periodo d'imposta precedente all'introduzione della nuova norma CFC, oltre che antecedente all'abbassamento dell'aliquota ordinaria IRES al 24%. Per l'esattezza il periodo d'imposta a cui fa riferimento la sentenza è quello 2004. All'epoca la norma CFC prevedeva che l'aliquota minima da applicare al reddito CFC fosse del 27%, mentre l'aliquota ordinaria IRES ammontava al 33%. La Corte ha statuito che non è possibile comparare due situazioni differenti, come quella in cui un soggetto residente paga sul suo reddito un'aliquota media inferiore a quella minima prevista per il reddito CFC, e quella in cui non paga alcuna imposta in virtù della perdita fiscale dichiarata. Nel caso specifico la Corte ha ordinato alla società che aveva dichiarato una perdita fiscale ma che aveva utilizzato l'aliquota minima del 27% per il reddito della sua CFC, di applicare a detto reddito l'aliquota ordinaria vigente al tempo, ovvero quella del 33%. Il disposto di questa sentenza è applicabile anche oggi, però difficilmente si possono creare problemi di questo tipo, in quanto con la nuova norma CFC è prevista un'aliquota minima pari a quella ordinaria IRES, del 24%.

²³⁹ BARGAGLI M., *La tassazione CFC in presenza di perdite della controllante*, in *Fisc. Comm. Int.*, 2020, n. 4, p. 5.

che subiscono gli altri redditi prodotti all'estero dal soggetto residente.²⁴⁰ In sostanza se su tali redditi sono state già pagate delle imposte nello Stato in cui sono stati prodotti, esse sono ammesse in detrazione dall'imposta netta dovuta fino al raggiungimento dell'importo dell'imposta dovuta dal contribuente residente sul reddito della CFC di sua competenza. Come avviene per il riporto delle perdite, anche il credito d'imposta riguardante una singola CFC non può essere utilizzato nei confronti del reddito di altre CFC o in quello prodotto internamente dal contribuente italiano. Principio che conferma la separazione del reddito di ogni CFC rispetto a quello di tutte le altre CFC e quello del contribuente controllante.²⁴¹

Il credito d'imposta è riconosciuto anche con riguardo alle imposte che la CFC subisce al di fuori della sua giurisdizione di residenza. Sul tema ha fatto chiarezza l'Agenzia delle Entrate²⁴², la quale ha statuito la possibilità di portare in detrazione le imposte pagate dalla CFC al di fuori del proprio paese di residenza. Precedentemente alla presa di posizione dell'Amministrazione Finanziaria, non era del tutto chiaro se la detrazione delle imposte assolte all'estero dalla CFC sul reddito di competenza del contribuente italiano fosse possibile.²⁴³ Il motivo principale di tale dubbio risiede nella scarsa chiarezza

²⁴⁰ Art. 165 TUIR e art. 167, comma 9, TUIR.

²⁴¹ Par. 3.1.5.

²⁴² Risoluzione n. 112/E/2017.

²⁴³ Nella risoluzione citata nella nota precedente, la Direzione centrale dell'Agenzia delle Entrate va a contrasto con la pronuncia che invece aveva espresso la Direzione regionale nel caso in questione. In breve si presentava la situazione di una società Alfa italiana, controllante al 100% una società Beta con sede ad Hong Kong. Beta prestava servizi di consulenza negli stati di Taiwan, Malesia e Filippine, ricevendo dei compensi. Tali compensi subivano una ritenuta alla fonte presso gli stati nei quali i redditi di Beta venivano prodotti. La legislazione di Hong Kong non consentiva l'applicazione di un credito d'imposta su imposte pagate all'estero. Dunque Alfa richiedeva che venisse riconosciuto il credito d'imposta in Italia per le imposte che Beta aveva dovuto pagare fuori dalla giurisdizione di Hong Kong. La Direzione regionale dell'Agenzia delle Entrate ha interpretato il reddito prodotto da Beta all'estero secondo il disposto letterale dell'art. 165 TUIR. In sostanza ha ritenuto il reddito di Beta già di per sé un reddito estero di Alfa, nonostante la tassazione per trasparenza, e quindi non ha ritenuto applicabile il credito d'imposta per le imposte assolte da Beta. La Direzione centrale ha ribaltato la risoluzione precedente, considerando giustamente il reddito della CFC come un'estensione del reddito di Alfa residente, conseguentemente rendendo applicabile il credito d'imposta nei confronti dell'imposizione subita da Beta all'estero. Infatti essendo Beta

della norma di riferimento, l'art. 167 TUIR, al suo nono comma. Esso infatti per quanto riguarda il tema del credito d'imposta, si limita semplicemente a disporre che è possibile riportarlo anche per i redditi prodotti dalle CFC, ma rimanda le modalità e i limiti di detrazione del credito all'art. 165 TUIR nella sua interezza. Detto articolo risulta troppo generico rispetto alla specificità del regime CFC, infatti le sue disposizioni riguardano in generale i redditi conseguiti all'estero dal contribuente italiano residente, senza citare nello specifico la fattispecie del reddito CFC. Questo comporta una necessaria interpretazione sistematica dei due articoli appena citati, come l'Amministrazione Finanziaria ha fatto, in virtù della particolarità del regime CFC rispetto a un semplice reddito conseguito all'estero dal contribuente. Un'interpretazione letterale delle due norme può portare a considerazioni non esattamente condivisibili. Di seguito si riportano le motivazioni principali di questa affermazione.²⁴⁴

- Innanzitutto, va interpretato in maniera estensiva rispetto alla sua disposizione il primo comma dell'art. 165 TUIR, che ritiene il meccanismo del credito d'imposta applicabile solamente con riguardo a redditi conseguiti all'estero dal contribuente. Dal momento che attraverso il sistema della tassazione per trasparenza il reddito della CFC estera viene considerato come prodotto dal contribuente italiano che la controlla, a rigor di logica bisognerà estendere, nella fattispecie CFC, il concetto di reddito prodotto all'estero ai redditi che la CFC consegue fuori dai confini dello Stato dove risiede e sui quali paga delle imposte.

- Al comma 1 dell'art. 165 TUIR è stabilito che il credito detraibile dall'imposta dovuta dal contribuente potrà al massimo eguagliare la quota di imposta data dal quoziente tra il reddito prodotto all'estero e il reddito complessivo del contribuente al netto di perdite ammesse in diminuzione. Anche su questo punto sembra evidente come non sia possibile interpretare alla lettera questa disposizione in ambito CFC. Il perché risulta di facile intuizione, dal momento che il reddito CFC viene tassato separatamente

ai fini CFC considerata come un'estensione di Alfa, quindi essendo equiparata a un soggetto residente in Italia, le imposte che subisce all'estero Beta diventano automaticamente scomputabili dall'imposta separata CFC gravante sul contribuente italiano residente.

²⁴⁴ DELLA CARITA A., BONFANTI L., *Il credito d'imposta per le imposte pagate all'estero dalla CFC*, in *Fisc. Comm. Int.*, 2018, n. 6, p. 34.

rispetto agli altri redditi del contribuente. Dunque anche il credito dovrà essere detratto separatamente solo nei confronti dell'imposta CFC. Di conseguenza, interpretando sistematicamente la disposizione dell'art. 165 TUIR si arriva alla conclusione che il credito d'imposta concorre alla diminuzione dell'imposta sul reddito della CFC fino al raggiungimento dell'importo dell'imposta stessa.

- Oltre a queste differenze dovute alla specificità del regime CFC, l'Amministrazione, attraverso la risoluzione 112/E/2017, riporta poi un evidente svantaggio per il contribuente controllante anche a livello economico in caso di mancata applicazione del credito d'imposta per l'imposizione subita dalla CFC all'estero. Chiaramente, mancando l'eliminazione dell'imposta già pagata una volta, che va a ridurre l'utile netto della CFC spettante al soggetto che la controlla, una volta che il reddito CFC sarà sottoposto a tassazione in Italia, subirà l'imposizione sul suo importo totale, con la conseguenza che una parte di esso sarà tassato due volte.²⁴⁵

²⁴⁵ Riportiamo per esemplificare il caso della risoluzione 112/E/2017. Qui l'Agenzia delle Entrate riporta una tabella in cui mostra chiaramente la doppia imposizione economica che si viene a creare tassando due volte una parte del reddito della CFC. Infatti come si può osservare il reddito prodotto dalla CFC all'estero viene dapprima sottoposto a ritenuta alla fonte dallo Stato in cui il reddito viene prodotto. Successivamente detto reddito, insieme agli altri redditi della CFC viene nuovamente tassato in Italia per trasparenza. Si crea per quella parte di reddito della CFC tassata due volte una situazione di doppia imposizione economica. Infatti il contribuente già prima del calcolo dell'imposta CFC si è visto diminuire il proprio reddito, successivamente dovendo pagarne una parte una seconda volta, si ritroverà con un reddito netto inferiore rispetto a quello che avrebbe incassato se detto reddito fosse stato prodotto in Italia. Nella stessa tabella si riporta invece la situazione auspicabile, dove l'imposta determinata per trasparenza sull'intero reddito della CFC, viene successivamente diminuita da un credito d'imposta corrispondente all'importo di quanto pagato dalla CFC allo stato estero dove ha conseguito il reddito tassato. In questa fattispecie il contribuente italiano non subisce alcuna doppia tassazione sul reddito, infatti dopo aver subito una prima diminuzione del reddito netto in virtù dell'imposizione estera, subirà nella pratica in Italia un'imposta che grava solamente sulla parte del reddito CFC non ancora tassata. Quindi sostanzialmente si ritroverà con lo stesso reddito netto che avrebbe ottenuto producendo quest'ultimo in Italia. Ecco riproposto l'esempio sotto forma di tabella fornito dall'Agenzia delle Entrate.

Un punto in cui l'art. 165 e la disciplina CFC invece combaciano riguarda la definitività dell'imposta pagata all'estero. Infatti anche per quanto riguarda le CFC è disposto che possono essere portati in diminuzione dell'imposta da pagare per il controllante italiano, crediti d'imposta relativi esclusivamente ad imposte pagate dalla CFC nel periodo di riferimento della dichiarazione dei redditi e pagate in maniera definitiva entro la presentazione della dichiarazione dei redditi.

Un caso di doppia imposizione che rimane tutt'ora senza soluzione è quello delle catene partecipative, quindi la classica situazione in cui un soggetto italiano controlla indirettamente attraverso delle società intermedie estere una CFC. Se anche lo Stato o gli Stati dove risiedono le società intermedie applicano nei confronti del reddito della controllata estera una tassazione CFC, questa imposta pagata non potrà essere portata nel calcolo di quella italiana sul reddito CFC come credito in diminuzione. In pratica il contribuente si vedrà tassare due volte una parte del reddito facente capo a esso e prodotto dalla CFC. Infatti, nel caso il paese di residenza della sua controllata intermedia preveda l'applicazione di un regime CFC nei confronti del reddito prodotto dalla controllata estera di secondo livello, l'imposta che detto reddito

Tavola n. 1 - Tassazione complessiva del reddito

		DRE		Ris. 112/2017	
CFC	Reddito lordo della società estera BL		48.000,00		48.000,00
	<i>di cui: reddito assoggettato a ritenute estere</i>		8.000,00		8.000,00
	Ritenute subite fuori dal paese di residenza della CFC	20,0%	1.600,00	20,0%	1.600,00
	Imposte sul reddito della CFC (al netto delle ritenute scomputabili)	0,0%	0,00	0,0%	0,00
	Carico fiscale totale CFC (tassazione effettiva estera)	3,3%	1.600,00	3,3%	1.600,00
	Utile netto CFC		46.400,00		46.400,00
Controllante italiana	Percentuale di partecipazione		100,00%		100,00%
	Reddito imputato per trasparenza		48.000,00		48.000,00
	Tassazione separata lorda (aliquota IRES - 24%)	24,0%	11.520,00	24,0%	11.520,00
	Credito per imposte estere		0,00		1.600,00
	Imposta italiana netta		11.520,00		9.920,00
	Reddito CFC post tax per trasparenza		34.880,00		36.480,00
	Tassazione complessiva %		27,33%		24,00%

sconta in favore dell'ordinamento del paese di residenza della controllata intermedia non sarà scomputabile a titolo di credito da parte del contribuente controllante. Dunque in sede di pagamento delle imposte, il contribuente italiano scontrerà una tassazione CFC sul reddito totale prodotto dalla controllata estera di secondo livello. In questo modo è evidente che sulla parte di reddito della CFC che aveva subito la tassazione anche con riferimento al paese di residenza della controllata intermedia, verrà esercitata una doppia tassazione. La motivazione di questo problema sta in una dimenticanza del legislatore, il quale non ha previsto questa fattispecie tra quelle nelle quali sia possibile applicare il meccanismo del credito d'imposta per calcolare il reddito CFC. A difesa del contribuente in questa situazione, si potrebbe invocare l'applicazione in via estensiva dell'art. 167, comma 10 TUIR, il quale prevede la non tassabilità degli utili distribuiti dalla CFC al soggetto controllante se questi ultimi siano già stati assoggettati a imposta CFC. Questa norma, nel suo disposto letterale, fa riferimento esclusivo alle partecipazioni dirette, quindi a quelle situazioni nelle quali il controllante italiano partecipa la CFC senza l'interposizione di una società intermedia. Oltre a ciò, il riferimento è alla distribuzione degli utili e non alla tassazione del reddito, a ulteriore dimostrazione che il legislatore italiano ha completamente e colpevolmente tralasciato l'ipotesi di doppia imposizione sul reddito CFC. Tuttavia, interpretando la norma in maniera estensiva e chiedendo quindi la disapplicazione del regime CFC per la parte di reddito già tassata nel paese di residenza della società intermedia, si perseguirebbe un obiettivo dichiarato sia nella direttiva ATAD che all'interno dello stesso Testo Unico, ovvero evitare situazioni di doppia imposizione. Partendo dal TUIR, all'art. 163 è disposto che una stessa imposta non può essere applicata più volte in base allo stesso presupposto che l'ha causata, nemmeno nei confronti di soggetti diversi. Questo è sicuramente un punto a favore del contribuente in un eventuale contraddittorio con l'Agenzia delle Entrate per ottenere la disapplicazione del regime CFC nel caso di partecipazione indiretta in una controllata estera. Infatti è la stessa norma nazionale a prevedere, in linea generale, un divieto alla doppia imposizione. Per di più la norma dell'art. 163 TUIR specifica che per doppia imposizione si intende anche la fattispecie in cui vi è doppia imposizione sullo stesso presupposto d'imposta e l'imposizione si applica prima ad un soggetto e poi ad un altro. Questa è esattamente la fattispecie

delle catene partecipative, dunque possiamo affermare che la non previsione del legislatore di una disposizione che renda inapplicabile il regime CFC nei confronti di un reddito che ha già scontato questo regime di tassazione all'interno di un altro paese è contraria all'ordinamento interno. Per tanto il contribuente in sede di contraddittorio potrebbe portare in sua difesa il testo dell'art. 163 TUIR e pretendere che venga rispettato. In conseguenza di ciò, affinché egli non subisca una doppia imposizione, l'opzione immediata sarebbe quella di applicare in via estensiva l'art. 167, comma 10 TUIR e dunque non applicare il regime CFC sui redditi che hanno già scontato tale imposizione all'estero. Per quanto riguarda le disposizioni europee, all'art. 8 della Direttiva ATAD è previsto che gli utili distribuiti al contribuente dalla società controllata estera precedentemente tassati per trasparenza in capo a quest'ultimo vengano scomputati dall'imposta CFC gravante sul contribuente italiano. Anche il legislatore comunitario pare essersi dimenticato della fattispecie della doppia imposizione nelle catene partecipative, ma la norma comunitaria contiene un'ultima frase significativa. Alla fine del disposto dell'art. 8, il legislatore comunitario precisa che il fine specifico di questa norma è quello di evitare assolutamente situazioni di doppia imposizione. Proprio in virtù di questa ultima frase, nonostante la disposizione dell'art. 8 ATAD non faccia alcun riferimento specifico alla fattispecie della catena partecipativa, il contribuente potrebbe invocare il riferimento che il legislatore fa alla necessità di eliminare situazioni di doppia imposizione per ottenere un'applicazione estensiva della norma, dal momento che l'ipotesi della doppia imposizione nelle catene partecipative non viene menzionata ma nemmeno esplicitamente esclusa dall'ambito di applicazione dell'art. 8 ATAD. Sostanzialmente il contribuente potrebbe evidenziare il riferimento chiaro e inequivocabile che la Direttiva fa nei riguardi del bisogno di evitare situazioni di doppia tassazione, al fine di ottenere una pronuncia favorevole alla non imponibilità dei redditi CFC che hanno già subito la tassazione per trasparenza in capo alla controllata estera di primo livello.²⁴⁶ Ad ogni modo

²⁴⁶ NICOLOSI F., *Brevi osservazioni sulla nuova disciplina CFC recata dallo schema di decreto ATAD*, in Riv. Dir. Trib., 2018, Supplemento online. Consultabile all'indirizzo https://www.rivistadirittotributario.it/wp-content/uploads/2018/09/2018_RDT_OnLine-ATAD_CFC.pdf.

si renderebbe auspicabile un futuro intervento del legislatore, in modo che il contribuente non debba ricorrere contro l’Agenzia delle Entrate per ottenere un diritto che in base a quanto disposto dal Testo Unico gli dovrebbe essere già riconosciuto.

Un ultimo appunto in tema di credito d'imposta va fatto per quanto riguarda le stabili organizzazioni estere del soggetto italiano controllante, che tassano a loro volta per trasparenza la CFC in base alle disposizioni dello Stato in cui sono ubicate. In questo caso l'importo dell'imposta che il reddito della CFC subisce nello Stato dove risiede la stabile organizzazione viene portato in diminuzione dell'imposta finale pagata in Italia dal contribuente come credito d'imposta. Lo stesso discorso vale per l'imposta che la CFC paga sul reddito di una propria stabile organizzazione in regime *branch exemption*, che sia considerata dallo Stato di residenza della controllata estera a sua volta una CFC. Quando il soggetto italiano subirà la tassazione per trasparenza sul reddito della CFC, potrà usufruire di un credito d'imposta corrispondente a quella pagata dalla CFC allo stato di residenza della sua stabile organizzazione.²⁴⁷ Il credito d'imposta dovrà necessariamente essere riconosciuto e calcolato nella dichiarazione dei redditi del contribuente richiedente relativa al periodo d'imposta in cui si forma il reddito al quale si riferisce il tributo pagato all'estero.²⁴⁸

3.1.8 L'esimente

La circostanza esimente prevista dalla nuova norma CFC²⁴⁹ è profondamente diversa dalla doppia esimente che era prevista nella vecchia impostazione del legislatore nazionale.²⁵⁰ Come già detto tale esimente è unica, e prevede che il contribuente non debba subire la tassazione per trasparenza sul reddito della CFC da esso controllata se “*il soggetto controllato non residente svolge un'attività economica effettiva, mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali*”. Risulta opportuno sottolineare che l'onere della prova dell'attività economica effettiva svolta dalla CFC grava esclusivamente sul

²⁴⁷ Circolare n. 18/E/2021, p. 105.

²⁴⁸ Art. 165, comma 4 TUIR.

²⁴⁹ Articolo 167, comma 5 TUIR.

²⁵⁰ Si rimanda al par. 1.1.1.

contribuente controllante, non essendo in alcun modo vincolata l'Amministrazione Finanziaria a verificare i presupposti per l'applicazione dell'esimente.²⁵¹ La condizione essenziale che la CFC deve rispettare per godere dell'esimente consiste nello svolgimento di un'attività economica effettiva. Il concetto di attività da dimostrare secondo l'impostazione normativa precedente alle modifiche del 2019 concerneva l'attività industriale o commerciale, in pratica quelle considerate attività commerciali dal Codice Civile all'art. 2195. Vale a dire *“le attività industriali volte alla produzione di beni e servizi, attività intermediarie nella circolazione dei beni, attività di trasporto per terra, per acqua, per aria, attività bancarie o assicurative, nonché altre attività ausiliarie delle precedenti.”* La nuova accezione di attività economica è invece maggiormente estensiva rispetto alla precedente, e prevede in *primis* il fine di lucro, e secondariamente che vi sia oltre allo scopo di guadagno anche l'esercizio di un'attività che non si limiti al semplice godimento di beni.²⁵² Di seguito vengono schematizzati i concetti essenziali per considerare un'attività economica:

- Innanzitutto il semplice acquisto o la vendita di un bene e il solo esercizio del diritto di proprietà da parte del proprietario non costituiscono un'attività economica, in quanto viene posta in essere dal proprietario dei beni una gestione passiva degli stessi. Vanno però distinte le varietà di fattispecie che si possono presentare sotto questo punto di vista. Infatti se l'attività di acquisto e vendita di beni fosse l'attività *core* esercitata dall'impresa in oggetto, svolta in maniera stabile e dietro corrispettivo ricevuto da colui che compie l'operazione, allora tale sarebbe considerata attività economica. Si pensi ad esempio a un'impresa immobiliare, che acquista immobili e li detiene fino alla vendita a un acquirente. Essendo la compravendita di immobili l'attività principale dell'impresa, svolta da essa stabilmente e a fronte del pagamento da parte del cliente di un corrispettivo, l'attività svolta sarà considerata come economica.

²⁵¹ A tal proposito si rimanda al paragrafo 2.1.2, dove si discute la possibile incompatibilità dell'onere della prova esclusivamente a carico del contribuente col principio di proporzionalità.

²⁵² Art. 2247 c.c.

- Discorso simile riguarda le così dette *holding* finanziarie²⁵³; in sostanza se l'acquisto e la detenzione di quote o azioni in altre società è fine a sé stesso, e non comporta l'inserimento della società finanziaria nella gestione delle imprese di cui detiene le partecipazioni, non si potrà considerare l'attività della *holding* economica. Se invece vi è una detenzione attiva di queste quote o azioni, attraverso la partecipazione, diretta o indiretta, nelle dinamiche di gestione delle attività delle società di cui le azioni sono state acquisite, tale attività sarà considerata economica.

Da questi principi deriva la nuova attività economica, in una versione allargata rispetto al vecchio concetto. Un'attività per essere considerata economica non deve consistere per forza nella produzione e nella vendita di beni e servizi, bensì può consistere nello sfruttamento economico di beni o diritti. Tali beni o diritti devono essere gestiti in maniera attiva e non semplicemente detenuti. Quindi il nuovo concetto di attività economica apre a quelle attività che producono in maniera maggioritaria *passive income*, se questi ultimi derivano da una gestione attiva dei beni o dei diritti detenuti. Con questa precisazione vengono sciolti i dubbi sulla minor rigorosità della nuova norma CFC con riguardo alla definizione di attività economica ai fini dell'esimente.^{254 255}

Un'ulteriore nozione mancante rispetto alla norma CFC previgente è quella del riferimento del «*mercato dello Stato o del territorio di insediamento*». Secondo tale disposizione, per usufruire dell'esimente, la controllata estera doveva esercitare la sua attività prevalentemente all'interno dello stato in cui aveva la sede. Questa condizione è stata superata dalla nuova norma CFC, che non prevede alcun requisito di questo tipo, a conferma della scarsa utilità e dell'irragionevolezza della vecchia disposizione. Nonostante il requisito del radicamento dell'attività della CFC nel territorio dello stato dove risiede non sia più una condizione necessaria ai fini dell'esimente, viene considerato dall'Agenzia delle Entrate una caratteristica da valorizzare nella valutazione

²⁵³ Le *holding* finanziarie sono delle società che come *core business* detengono quote o azioni in altre società.

²⁵⁴ Si rimanda ad Assonime, audizione 4 ottobre 2018.

²⁵⁵ A proposito si rimanda alla sentenza della Suprema Corte di Cassazione n. 17849/2021, che viene approfondita nel corso del par. 3.6.1.

della sussistenza di quest'ultima.²⁵⁶

Ai fini dell'esimente, dopo aver verificato la sussistenza di un'attività economica, è necessario che tale attività sia svolta mediante l'utilizzo di personale, attrezzature, attivi e locali. Ovviamente la presenza di attrezzature, locali, attivi e personale all'interno della CFC va ponderata in base al tipo di attività svolta da quest'ultima. Appare logico che una società i cui proventi siano in via maggioritaria *passive income*, ma che possiede il requisito dell'attività economica visto appena sopra, non sarà presente nel territorio dello Stato di sua residenza con strutture importanti. In questi casi andrà verificata più che la presenza fisica attraverso strutture adeguate, l'autonomia della controllata estera nello svolgimento delle attività che generano profitti. Mentre magari, ad esempio, un'impresa CFC che presti servizi nel campo dell'edilizia per soddisfare il requisito delle strutture adeguate dovrà dimostrare una presenza consistente nello stato di residenza, attraverso attrezzature, locali e via dicendo.²⁵⁷

Per quanto riguarda la fattispecie in cui una controllata estera esercita allo stesso tempo sia un'attività economica che produce redditi attivi sia un'attività che genera redditi passivi, l'esimente può trovare comunque applicazione. In questo caso l'Amministrazione Finanziaria, prima di accertare l'esimente, deve ottemperare a una serie di verifiche ulteriori. Queste verifiche hanno il fine di evitare che il contribuente ponga in essere comportamenti elusivi, inserendo solo a livello formale qualche attività generatrice di redditi normali all'interno di un contesto aziendale della CFC nel quale non è presente un adeguato complesso di strutture organizzate per lo svolgimento di un'attività economica diversa da quelle *passive*. Il contribuente punterebbe sul riconoscimento dell'esimente sulla base dei

²⁵⁶ Come riportato nella Circolare 18/E/2021, nella quale l'AdE giustifica tale scelta in virtù della coerenza che essa ha nei confronti della sentenza «Cadbury Schweppes». Quest'ultima infatti dispone che «*la nozione di stabilimento di cui alle disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento implica l'esercizio effettivo di un'attività economica per una durata di tempo indeterminata, mercè l'insediamento in pianta stabile in un altro stato membro*».

²⁵⁷ DI STEFANO A., PORCARELLI A., FALDUTO G., *CFC, un restyling in formato ATAD*, in *Amm. e Fin.*, 2019, n. 6, p. 13.

redditi non passivi derivanti dalle attività non passive dichiarate. In questo modo egli si garantirebbe un accesso all'esimente che esaminando solamente le attività generatrici di *passive income* l'Amministrazione Finanziaria gli avrebbe negato. I poteri di verifica dell'Amministrazione Finanziaria sono diversi. Per prima cosa risulta necessario utilizzare gli strumenti previsti dalle norme sui prezzi di trasferimento con riguardo a tutte le operazioni svolte con la controllata estera da parte del contribuente controllante. Questa operazione serve a controllare che sia per quanto concerne i redditi passive che quelli diversi non vi sia stato un distoglimento di reddito a danno del fisco italiano in favore della CFC. Inoltre devono essere attivate le procedure di collaborazione a livello di scambio di informazioni fiscali con gli altri stati interessati. Se da tali verifiche non emergono irregolarità, come nell'applicazione della disciplina CFC l'imputazione a tassazione si estende nei confronti di tutti i redditi, non solo quelli passive, anche l'esimente trova applicazione per tutti i redditi prodotti dalla CFC.²⁵⁸

In conclusione, con riguardo alle stabili organizzazioni all'estero delle CFC, ai fini dell'applicazione dell'esimente vanno considerate due situazioni differenti. Una prima situazione in cui la stabile organizzazione estera della controllata non residente viene tassata nello stato di residenza della CFC; in questo caso le condizioni per l'applicazione dell'esimente dovranno essere dimostrate in relazione all'intera attività della CFC. Un secondo caso che si può presentare è quello della CFC avente una stabile organizzazione estera operante in regime di *branch exemption*. Qui il requisito per applicare l'esimente sarà applicato separatamente, per la CFC e per la sua estensione. Quindi è necessario effettuare due test separati, come avviene per i test del *tax rate* e dei *passive income*.²⁵⁹

3.2 La distribuzione degli utili

3.2.1 Premessa sulla tassazione degli utili da partecipazioni

Con l'introduzione della Direttiva ATAD nell'ordinamento comunitario, il

²⁵⁸ PIAZZA M., *Regime CFC dopo il Decreto ATAD: La tassazione separata per trasparenza*, in *Il Fisco*, 2021, n. 32-33, p. 3156.

²⁵⁹ Par. 3.1.3-3.1.4.

legislatore si è occupato anche del regime fiscale riguardante i dividendi distribuiti dalle CFC ai soggetti residenti che le controllano direttamente o indirettamente. Prima di approfondire gli aspetti che rendono la disciplina CFC e quella sui dividendi delle società controllate estere interconnesse, è preferibile ripercorrere velocemente il quadro normativo attuale con riferimento ai dividendi. In funzione della Direttiva ATAD, è stato inserito all'interno del TUIR da parte del legislatore nazionale l'art. 47-bis. La disposizione in commento distingue i Paesi a fiscalità privilegiata con riguardo alla tassazione dei dividendi delle società estere, che siano controllate da un soggetto residente ma non soggette alla norma CFC. Ai fini della tassazione dei dividendi distribuiti da società estere partecipate da un soggetto residente, possono essere individuate tre diverse fattispecie:²⁶⁰

1) Lo stato dove risiede la società controllata o collegata è un paese facente parte dell'UE o del SEE; questi paesi sono sempre considerati a fiscalità ordinaria ai fini della tassazione dei dividendi. Quando la controllata o collegata estera che distribuisce i dividendi risiede in un paese UE o SEE, i suoi dividendi saranno considerati sempre *white*, significa che verranno ritenuti provenienti da paesi a fiscalità ordinaria. Dunque tali dividendi sconteranno la tassazione ordinaria italiana e i relativi regimi di parziale detassazione ove previsti.²⁶¹

2) Lo stato di residenza della società estera non fa parte dell'UE o del SEE, la società estera è controllata²⁶² dal soggetto italiano e risulta soggetta a tassazione effettiva²⁶³ nello stato dove risiede in misura inferiore al 50% rispetto alla tassazione che subirebbe in Italia. Oppure lo Stato di residenza della società estera non fa parte dell'UE o del SEE, la società estera non è

²⁶⁰ SALVI G., *Nuova definizione di paesi a fiscalità privilegiata*, in *Amm. Fin.*, 2019, n. 8-9, p. 27.

²⁶¹ Se chi riceve i dividendi è una persona fisica, dovrà pagare il 26% dell'importo totale del dividendo stesso. Se invece è un soggetto IRES, quest'ultimo pagherà l'aliquota classica del 24% solamente sul 5% dell'importo del dividendo.

²⁶² L'articolo fa riferimento alla nozione di controllo data in materia di CFC da parte dell'art. 167, comma 2 TUIR e conseguentemente a quella dell'art. 2359 c.c. Per un approfondimento sul controllo si rimanda al par. 3.1.2.

²⁶³ Per approfondire il metodo del *tax rate* effettivo si rimanda al par. 3.1.3.

controllata, bensì collegata²⁶⁴ al soggetto italiano e risulta soggetta a tassazione nominale inferiore al 50% rispetto a quella che subirebbe in Italia. Per le partecipazioni non di controllo è prevista la verifica della tassazione nominale al posto di quella effettiva a causa delle difficoltà che il contribuente potrebbe riscontrare nel reperire tutte le informazioni e i dati necessari riguardanti la sua collegata ai fini del calcolo del livello di tassazione effettiva. Quando la controllata estera subisce una tassazione effettiva inferiore di almeno il 50% rispetto a quella che subirebbe in Italia o quando la collegata subisce una tassazione nominale inferiore di almeno il 50% rispetto a quella che subirebbe in Italia, allora i dividendi prodotti da queste entità saranno considerati *black*. Questo comporta la tassazione per il 100% del loro importo in capo al soggetto residente che li percepisce, anche quando in linea teorica potrebbero ricorrere ipotesi di detassazione parziale.²⁶⁵

Come per la norma CFC sono previste delle esimenti che possono essere portate dal contribuente ai fini della disapplicazione della disciplina. Una prevede la dimostrazione da parte del contribuente italiano che il soggetto non residente eserciti un'attività economica effettiva, mediante l'impiego di strutture adeguate come personale, attrezzature, attivi e locali.²⁶⁶ L'altra prova a carico del contribuente consiste nel fatto che dalle partecipazioni non consegua l'effetto di localizzare i redditi in stati o territori a regime fiscale privilegiato.²⁶⁷ Se coesistono entrambe le condizioni, o se viene dimostrata solamente la seconda, allora i dividendi distribuiti al soggetto residente da parte della società estera non subiranno la tassazione integrale, e saranno tassati come gli altri dividendi *white*.²⁶⁸

Vi è un ulteriore regime di esclusione parziale dalla tassazione dei dividendi

²⁶⁴ Il riferimento è alla nozione di società collegata data dalla Direttiva ATAD. Si rimanda al par. 1.1.2.

²⁶⁵ NICOLOSI F., *Dividendi e plusvalenze black list dopo il Decreto ATAD: questioni aperte*, in Corr. Trib., 2019, n. 8-9, p. 768.

²⁶⁶ Par. 3.1.8.

²⁶⁷ Esattamente come disponeva la vecchia seconda esimente per la disapplicazione del regime CFC. Si veda il par. 1.1.1.

²⁶⁸ DIANI L., SALVATORE A., MANTINI S., *La (non) tassazione dei dividendi derivanti dai paesi black list, l'esimente del tax rate effettivo*, in Amm. Fin., 2022, n. 1, p. 19.

che trova applicazione quando il contribuente riesce a dimostrare solamente la prima esimente riguardante l'attività economica effettiva. Esso prevede l'esclusione dalla tassazione del 50% del dividendo distribuito. Inoltre il contribuente potrà usufruire di un credito d'imposta pari al 50% delle imposte pagate all'estero sui dividendi dalla società *black*, solo se quest'ultima è controllata e non semplicemente partecipata dal soggetto italiano.²⁶⁹

3.2.1 *La tassazione degli utili e il regime CFC*

Dopo una breve introduzione alla disciplina dei dividendi delle società partecipate estere, si espongono le interrelazioni esistenti tra le due norme. L'art. 167 TUIR, comma 10, dispone che gli utili distribuiti dalla CFC al soggetto controllante italiano, non sono soggetti a tassazione fino

²⁶⁹ A proposito di tale regime di esclusione parziale, negli anni c'è stato un contrasto evidente tra la posizione dell'Agenzia delle Entrate e Assonime. Quest'ultima tramite la sua Circolare n. 15/2019, affronta il tema dell'applicazione del credito d'imposta sul 50% delle imposte pagate all'estero dalla società estera. Suggerisce che il requisito dell'attività economica effettiva ai fini dell'applicazione della detassazione al 50% dell'utile e del credito d'imposta vada verificato solamente con riguardo al periodo d'imposta riferito alla maturazione dell'utile, non a quello riferibile alla sua distribuzione. L'Agenzia, inizialmente con la Circolare 35/E/2016 disponeva che per quanto l'introduzione del credito d'imposta relativo alle imposte estere pagate dalla società controllata o collegata estera rappresentasse un rimedio agli effetti distorsivi provocati a danno di investimenti rivelatisi non artificiosi, per usufruire di detto credito era necessario che l'esimente dell'attività economica effettiva perdurasse anche nel periodo d'imposta in cui l'utile oggetto di detassazione parziale veniva distribuito. A supporto dell'Assonime è intervenuto il legislatore nazionale nel 2018 con la Legge di Bilancio, nella quale è stato stabilito che gli utili di società partecipate estere che al momento della maturazione godono dello *status white*, continueranno a essere considerati tali in fase di rimpatrio e distribuzione in Italia, anche se nel periodo d'imposta riferibile alla distribuzione la società estera che li aveva prodotti non rispetta più il requisito dell'attività economica effettiva. Dopo l'intervento normativo, anche l'AdE si è uniformata alla tesi di Assonime, con diverse pronunce, tra le quali si cita l'interpello n. 38/2021, a cui si rimanda, nel quale sancisce che non si considerano *black* quegli utili provenienti da società estere partecipate da un soggetto italiano, le quali nel periodo d'imposta di maturazione degli utili stessi erano considerate società *white*, e nel periodo in cui l'utile viene distribuito in Italia sono considerate a fiscalità privilegiata. Per approfondire il tema si rimanda a ALBANO G., *Dubbi sull'esimente dell'attività economica effettiva nel regime dividendi black list*, in *Il Fisco*, 2021, n. 31, p. 3018.

all'ammontare dell'imposta scontata dal contribuente sul reddito della CFC. Questa disposizione è chiaramente volta ad evitare che il contribuente subisca una doppia imposizione. Quindi in tutti i casi in cui si applica il regime CFC sul reddito prodotto dalla controllata estera, i dividendi che successivamente verranno distribuiti non saranno tassati fino al raggiungimento dei redditi CFC sui quali è stata pagata l'imposta dal contribuente. Rispetto all'impostazione della norma CFC previgente, va notata una grande differenza. Se infatti in precedenza la tassazione degli utili distribuiti era totalmente esclusa nel caso di applicazione della norma CFC, anche nel caso questi ultimi fossero stati eccedenti rispetto a quelli sui quali l'imposta CFC era stata versata, oggi il TUIR²⁷⁰ adotta un indirizzo opposto. L'applicazione della disciplina CFC determina un così detto *basket* di utili, che corrisponde a una franchigia entro la quale gli utili distribuiti non saranno tassati, ma oltre la quale invece si procederà alla loro imposizione. La nuova disposizione produce i suoi effetti dal periodo d'imposta 2019, quindi si applica a tutti i dividendi che maturano dal 2019 in poi, non ai dividendi distribuiti nel 2019 ma relativi a periodi d'imposta precedenti; per quelli il contribuente ha la facoltà di proseguire con le regole previste prima del Decreto 142/2018, a patto che sia in grado di tenere memoria della stratificazione delle riserve. Ora, se l'ammontare di utili distribuiti in un dato periodo d'imposta eccede il *basket* di redditi su cui si è scontata l'imposta CFC, chiaramente l'eccedenza sarà soggetta a tassazione. Gli utili distribuiti eccedenti il *basket* devono essere necessariamente prelevati da delle riserve di utili maturati in periodi d'imposta antecedenti. Questi utili eccedenti sconteranno la tassazione ordinaria, dato che fanno riferimento a un periodo d'imposta in cui il regime CFC è stato applicato, e quindi sul reddito della controllata è stata applicata una tassazione congrua.²⁷¹ Ci sono tre tipi di riserve da cui gli utili sono prelevabili:

- 1) Le riserve contenenti utili considerati *white* in virtù della loro tassazione scontata secondo la norma CFC in un periodo d'imposta precedente.

²⁷⁰ Art. 167, comma TUIR.

²⁷¹ AVOLIO D., PIAZZA M., *Per le CFC istruzioni dall'Agenzia delle Entrate con vista sulle «catene societarie»*, in *Il Fisco*, 2022, n. 7, p. 650.

2) Riserve contenenti utili *white*, in quanto maturati in periodi d'imposta nei quali la controllata estera non subiva il regime CFC.

3) Riserve contenenti utili *black*, provenienti dalla distribuzione di dividendi alla controllata estera da parte di società estere in regime fiscale privilegiato, in periodi d'imposta in cui la controllata estera che li ha ricevuti non era sottoposta alla norma CFC.

Se la controllata estera presenta tutti questi tipi di riserve, si considerano automaticamente distribuite, in caso di eccedenza del *basket* di utili, prima le due riserve *white*.²⁷²

Per completezza si espongono degli esempi con riguardo ai vari casi che si possono presentare in situazioni di CFC controllate direttamente dal soggetto italiano. Per semplicità si ipotizza che in tutte le fattispecie che si riporteranno l'ammontare dei dividendi equivalga a quello dei redditi tassati per trasparenza, non vi sono mai eccedenze nel basket di utili.

- Un soggetto italiano controlla integralmente una società residente al di fuori dell'Unione Europea e dello Spazio Economico Europeo; se ricorrono le condizioni per l'applicazione della norma CFC, vi sarà la tassazione per trasparenza del reddito maturato e i dividendi distribuiti successivamente non

²⁷² Si riporta un esempio fornito dalla Circolare 18/E/2021 dell'Agenzia delle Entrate. Abbiamo una società residente, controllante al 100% una società estera, considerata dalla norma italiana una CFC. L'utile conseguito dalla CFC ammonta a 200, di cui 180 sono utili *white* e 20 sono utili *black*. Nel corso del periodo d'imposta in cui maturano non vengono distribuiti. Si applica la disciplina CFC, dunque gli utili *black* vengono tassati nella loro interezza, mentre quelli *white*, vengono tassati solamente sul 5% del loro importo, secondo la tassazione ordinaria. Dunque l'imposta versata sull'utile maturato sarà pari a $(20+(180*0.05)) * 0.24$. All'imponibile si applica l'aliquota IRES e otteniamo un'imposta di 6.69. Nel periodo d'imposta successivo l'utile maturato l'anno prima viene distribuito. In base a quanto appena studiato nel corso di questo paragrafo, sappiamo che c'è un *basket* di utili entro il quale la detassazione del dividendo distribuito è completa. Esso corrisponde a quella parte di utili sui quali la tassazione ha già avuto luogo con riferimento alla norma CFC. Nel nostro esempio questo *basket* ammonta a 29, dato dai 20 di dividendi *black*, tassati integralmente, e 9 di dividendi *white*, tassati solamente per il loro 5% rispetto ai 180 totali. L'utile restante, pari a 171 (200-29), subirà la tassazione ordinaria IRES sul 5% del suo importo.

sconteranno alcuna tassazione fino a concorrenza di quelli su cui l'imposta CFC è stata versata. Se il contribuente dimostra l'esimente unica per la disapplicazione della norma CFC, che sappiamo essere allo stesso tempo una delle due esimenti previste dall'art. 47-bis del TUIR per la disapplicazione della tassazione dei dividendi *black*, oltre alla non tassazione del reddito per trasparenza, i dividendi che verranno distribuiti verranno detassati per il 50% del loro ammontare. Inoltre il contribuente usufruirebbe del credito d'imposta del 50% per le imposte pagate all'estero dalla società *black* controllata. Se oltre alla prima esimente il contribuente riuscisse a dimostrare anche la seconda, allora i dividendi sconterebbero una tassazione ordinaria.

- Un soggetto italiano controlla integralmente una società residente in un paese UE o SEE e soddisfa tutti i requisiti per essere soggetto a tassazione per trasparenza; in questo caso, si veda il punto corrispondente nella precedente ipotesi. Se invece si dimostrasse l'esimente unica per la disapplicazione della norma CFC, i dividendi, essendo prodotti da una società residente in un Paese UE o SEE saranno sempre considerati *white*, dunque sconteranno la tassazione del 5%.²⁷³

Altra fattispecie abbastanza frequente è quella delle partecipazioni a cascata, ovvero quelle situazioni in cui il soggetto residente controlla una CFC, che a sua volta controlla una società estera, considerabile anch'essa una CFC. Anche qui si pone un problema di doppia tassazione, infatti c'è il rischio che il reddito della CFC di secondo livello venga tassato per trasparenza una prima volta in capo alla CFC direttamente controllata dal soggetto italiano, e successivamente sconti la tassazione trasparente anche in capo a quest'ultimo. Onde evitare ciò l'Amministrazione Finanziaria prevede che i dividendi percepiti dalla CFC direttamente controllata dal soggetto italiano, siano esentati da tassazione in capo a quest'ultimo, fino al raggiungimento dell'ammontare di dividendi che hanno scontato la tassazione per trasparenza in capo alla CFC di primo livello. I dividendi eccedenti questo *basket* sconteranno in capo al controllante italiano la tassazione ordinaria del 5%

²⁷³ Si rimanda a FURLAN A., SORMANI L., *Interrelazioni tra disciplina CFC e dividendi da società estere alla luce delle modifiche introdotte dal Decreto ATAD: casi pratici*, in Fisc. Comm. Int., 2019, n. 4, p. 15.

dell'imponibile. Caso più semplice risulta quello di un contribuente controllante una CFC, a sua volta controllante di una società a regime fiscale ordinario. I dividendi che la CFC incassa dalla società estera a regime fiscale ordinario, dovranno essere considerati *white* dal controllante e quindi essere tassati ordinariamente al 5% dell'imponibile.^{274 275}

La modifica della disciplina CFC con riguardo alla tassazione degli utili distribuiti, i quali abbiano già scontato l'imposizione per trasparenza, ha avuto un impatto in buona parte positivo secondo Assonime²⁷⁶ e ha sicuramente portato miglioramenti rispetto all'impostazione precedente. In particolare è stato risolto un problema riguardante la fattispecie nella quale una persona fisica (soggetta quindi di norma sui dividendi ricevuti da una qualsiasi società non CFC all'aliquota del 26% sull'intero dividendo percepito) in virtù della classificazione della controllata estera come CFC si vedeva tassare per trasparenza i dividendi solamente sul 5% degli stessi all'aliquota del 26%. Come è stato già spiegato nel corso del sottoparagrafo, la prassi anteriore alla nuova disciplina CFC considerava non ulteriormente tassabili in fase di distribuzione anche i dividendi che al tempo della tassazione per trasparenza non avevano subito una tassazione integrale. Quindi, i redditi *white* conseguiti da una CFC, scontavano per trasparenza il 26% solamente sul 5% del reddito totale. Successivamente, in fase di distribuzione del dividendo, l'intero importo di quest'ultimo non subiva

²⁷⁴ Si espone un esempio con riguardo ai casi di catene societarie.

Un soggetto italiano controlla integralmente una società residente in UE O nel SEE, la quale a sua volta controlla integralmente una società residente al di fuori delle due istituzioni appena citate. La società *black* distribuisce dividendi alla società *white*, la quale li distribuisce al soggetto italiano. Nei confronti della società *black* sussistono i requisiti per l'applicazione della disciplina CFC. Dunque successivamente i dividendi distribuiti dalla società *black* alla *white* e da quest'ultima alla controllante italiana, non subiranno alcuna tassazione fino alla concorrenza del reddito della *black* tassato per trasparenza. Se invece si dimostra l'esimente dell'attività economica effettiva svolta dalla società *black*, la norma CFC non sarà applicata, e i dividendi provenienti dalla società *black* saranno detassati del 50%, con riconoscimento di un credito d'imposta del 50% sulle imposte pagate all'estero dalla controllata.

Si rimanda a FURLAN A., SORMANI L., *op. cit.*

²⁷⁵ AVOLIO D., PIAZZA M., *op. cit.*

²⁷⁶ Consultazioni Assonime, 9/2021, p. 28.

alcuna tassazione. Così facendo la persona fisica usufruiva di un risparmio d'imposta eccessivo. Infatti la regola comune per le persone fisiche che controllano società non CFC è che i dividendi, una volta incassati dal soggetto scontino sul loro totale una ritenuta del 26%. Con la nuova norma CFC, dopo la tassazione per trasparenza del reddito *white* in capo alla persona fisica controllante per il 5% dell'ammontare del reddito al 26%, si riporta in avanti un *basket* di reddito *white* equivalente al suo 5%, ai fini della successiva tassazione in fase di distribuzione dei dividendi. Il dividendo distribuito fino al 5% del suo ammontare non subirà l'imposizione, in quanto già scontata in fase di applicazione della norma CFC, per il restante 95% subirà l'imposizione ordinaria del 26%. Così facendo la persona fisica subisce sul dividendo la stessa imposizione che subirebbe se il dividendo fosse stato prodotto da una controllata non CFC.²⁷⁷

Se con riguardo le persone fisiche la modifica della procedura di tassazione dei dividendi ha avuto risvolti positivi, altrettanto non può dirsi per i soggetti IRES. Questi soggetti, di norma, quando incassano dividendi da società che controllano non CFC, su di essi scontano una tassazione del 24%, solamente per quanto riguarda il 5% dell'importo dei dividendi stessi. Con la vecchia impostazione in materia di dividendi CFC, se la controllata estera del soggetto IRES oltre a redditi *black* produceva anche redditi *white*, questi ultimi erano tassati per trasparenza in capo al soggetto IRES per il 5% del loro ammontare con aliquota del 24%. Successivamente i dividendi *white* distribuiti dalla CFC al soggetto IRES non subivano imposizione per il 100% del loro ammontare.

²⁷⁷ Poniamo l'esempio di un soggetto persona fisica residente, controllante di una CFC. La CFC ha conseguito a fine anno 1000 di redditi *black* e 1000 di redditi *white*. Sui 1000 di reddito *black* il soggetto controllante pagherà per trasparenza il 24% sull'importo intero. Sui 1000 *white* pagherà invece per trasparenza il 26% sul 5% dell'importo totale del reddito, quindi sconterà il 26% di 50, ovvero 13.

Nell'anno successivo questi dividendi vengono distribuiti. Chiaramente i dividendi *black* sono esentati da tassazione per il 100% del loro ammontare. Sui 1000 di dividendi *white* invece, 50 non saranno tassati perché costituenti il *basket* del 5%, mentre i restanti 950, ovvero il rimanente 95% del dividendo, sconterà la tassazione ordinaria IRPEF del 26%. L'imposta pagata sui dividendi sarà di 260. L'imposta pagata nel complesso è uguale al 26% di 1000, che sarebbe stata l'imposta IRPEF sul dividendo che il soggetto controllante avrebbe pagato se la società controllata non fosse stata CFC.

La fattispecie CFC rispecchiava anche tutte le altre situazioni in cui un soggetto IRES incassava dei dividendi. Con la nuova prassi consolidatasi negli ultimi anni, il dividendo distribuito al controllante soggetto IRES subisce nuovamente sul 95% del suo importo il 24% di aliquota. In pratica, come per i soggetti IRPEF, viene creato un *basket* di utili del 5%, ovvero dell'importo del reddito *white* tassato per trasparenza, che non subirà imposizione in fase di distribuzione dei dividendi. Sul restante 95% la tassazione invece viene scontata. Questa situazione porta a un problema di doppia imposizione, infatti il soggetto IRES, che normalmente subirebbe l'imposizione solo sul 5% del dividendo percepito, si troverebbe a scontare complessivamente l'imposta sul 100% del dividendo incassato.²⁷⁸

Infine va detto che è riconosciuto al contribuente controllante un credito d'imposta sulle ritenute subite all'estero dagli utili che non concorrono a formare il reddito della CFC, in quanto hanno già subito la tassazione per trasparenza. Questa detrazione è ammessa fino al concorrere dell'imposta determinata attraverso l'imposizione del reddito della controllata secondo le norme CFC. L'imposta va nettizzata dalle imposte sui redditi già pagate dalla controllata estera in altre giurisdizioni.

3.3 L'interpello

L'interpello, fino all'entrata in vigore del D. Lgs. 24 settembre 2015, era l'unico modo per il contribuente controllante di una CFC di dimostrare l'esimente ai fini della disapplicazione della disciplina. Se il contribuente

²⁷⁸ Poniamo un esempio. Un soggetto IRES italiano controlla una CFC. La CFC produce un reddito a fine anno di 2000, diviso in 1000 di reddito *black* e 1000 di reddito *white*. I 1000 di reddito *black* scontano la tassazione per trasparenza per la totalità del loro ammontare. I 1000 di reddito *white* scontano per trasparenza in capo al soggetto IRES solamente il 5% del loro ammontare al 24%, dunque per un totale di 12.

L'anno successivo gli utili vengono distribuiti; quelli *black* chiaramente saranno esenti da tassazione per il 100% del loro ammontare. Quelli *white invece*, essendo stato costituito il *basket* di utili già tassati del 5%, saranno tassati al 24% sul 95% del loro ammontare, per un totale di 228. Cifra molto più elevata di quella che il soggetto IRES pagherebbe se la controllata non fosse una CFC. Infatti in tal caso sul dividendo di 1000 pagherebbe solamente il 24% del 5% del dividendo, per un totale di 12.

voleva provare l'esimente era obbligato a presentare interpello all'Agenzia delle Entrate, non poteva utilizzare altri modi, pena l'applicazione della norma CFC e l'impossibilità di poterne più richiedere la disapplicazione una volta scaduti i termini per la proposizione dell'interpello. Dal 2015 invece, come visto sopra, l'interpello è facoltativo e non è più l'unica via di uscita per il contribuente. L'interpello previsto nel caso della disapplicazione della norma CFC è di tipo probatorio. Rientrano in tale tipologia tutti gli interPELLI volti a ottenere un parere sulla sussistenza delle condizioni o dell'idoneità degli elementi probatori ai fini dell'adozione di un determinato regime fiscale.²⁷⁹ L'istanza va presentata entro il termine ordinario di presentazione della dichiarazione dei redditi relativa al periodo d'imposta a cui fa riferimento la stessa. La risposta da parte dell'Agenzia delle Entrate deve pervenire entro 120 giorni dal deposito dell'istanza, con la possibilità per quest'ultima di richiedere una volta sola all'istante un'integrazione di documenti aggiuntivi, nel caso in base a quelli forniti non sia possibile formulare una risposta. Se entro i 120 giorni l'Agenzia delle Entrate non risponde all'istanza, essa si considera automaticamente accettata, ai sensi del silenzio-assenso.²⁸⁰ In caso il contribuente riscontrasse incertezze su questioni interpretative della norma CFC, senza dover inviare due istanze separatamente, può presentare simultaneamente l'istanza probatoria per la disapplicazione della norma CFC e un interpello ordinario per avere delucidazioni in merito al dubbio posto.

Per quanto riguarda la legittimazione a presentare l'istanza di interpello probatorio ai fini della disapplicazione della norma CFC, in linea di massima il soggetto autorizzato a presentare istanza è il contribuente residente che controlla la CFC, o la sua stabile organizzazione residente in Italia se a lei fa capo la controllata estera. Possono presentarsi situazioni di catene societarie, caratterizzate dalla presenza di società intermedie nella catena partecipativa, anch'esse residenti in Italia. In questi casi, a scopo di semplificazione, è concesso presentare l'interpello probatorio anche alla controllante residente

²⁷⁹ Ai sensi dell'art. 11, comma 1, lett. b), Legge 27 luglio 2000, n. 212.

²⁸⁰ Ai sensi dell'art. 20, legge 241/1990. Questo istituto comporta, ove previsto, che una non risposta da parte della Pubblica Amministrazione in generale a un quesito posto dal cittadino venga considerata in automatico una risposta favorevole al cittadino istante.

più vicina alla CFC. Nell'interpello presentato dalla controllante residente di primo livello devono essere indicate con precisione le caratteristiche della struttura di controllo del gruppo.²⁸¹

Con riguardo alle risposte fornite dall'Agenzia delle Entrate in epoca precedente alla nuova norma CFC, sicuramente rimarranno valide quelle positive date con riguardo alla vecchia prima esimente.²⁸² Il motivo sta nel fatto che la nuova esimente unica²⁸³ è un'estensione delle fattispecie previste dalla vecchia prima esimente, e dunque sicuramente contiene al suo interno anche quest'ultima. Più complicata risulta la questione degli interpelli contrari rilasciati dall'Agenzia delle Entrate con riguardo la vecchia prima esimente. Se tali interpelli sfavorevoli alla disapplicazione della disciplina CFC nei confronti del contribuente istante sono stati rilasciati con motivazione principale la mancanza di radicamento all'interno del paese di residenza della CFC l'interrogativo verte sulla loro validità, dal momento che la norma attuale non prevede più questo requisito. L'Agenzia a riguardo non si è espressa, ma la situazione porta a pensare che non essendoci un'espressa indicazione contraria al contribuente, sia possibile per quest'ultimo ripresentare interpello probatorio sulla questione decisa in precedenza, in modo che la stessa venga affrontata secondo le norme attualmente vigenti.

Ulteriore questione incerta riguarda gli interpelli forniti in relazione alla vecchia esimente ex art. 167, comma 8-*bis* TUIR.²⁸⁴ L'Agenzia delle Entrate non dà una spiegazione chiara sul tema, ma le conclusioni generiche a cui arriva portano a dedurre che per quanto riguarda le istanze accolte sulla base dell'esimente prevista in precedenza per il regime CFC non *black list*, si opti

²⁸¹ Circolare 18/E/2021, p. 138.

²⁸² Come già analizzato nel corso del par. 1.1.1, prima dell'introduzione della nuova norma CFC e dell'esimente unica, vi erano due esimenti da soddisfare alternativamente per ottenere la disapplicazione del regime CFC. In particolare la prima prevedeva che la società o altro ente non residente svolgesse un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività, nel mercato dello stato o territorio di insediamento. La nuova esimente può essere considerata un'estensione della prima vecchia esimente, con l'unica differenza che non è previsto il radicamento delle attività della CFC nello stato di insediamento.

²⁸³ Par. 3.1.8.

²⁸⁴ Che era l'esimente prevista per le CFC residenti in paesi *white*. Par. 1.1.1.

per un'estensione della validità delle stesse anche con riguardo alla nuova norma.²⁸⁵ Di più facile soluzione risulta invece la questione della validità degli interpelli forniti sulla base della seconda esimente disapplicativa del regime CFC precedente.²⁸⁶ Data l'eliminazione del sistema duale delle CFC *black* e le CFC *white*, chiaramente i disposti di questi interpelli non possono più essere considerati validi.

3.4 Gli aspetti procedurali della norma CFC

3.4.1 L'accertamento

Il Testo Unico²⁸⁷ statuisce che l'Amministrazione Finanziaria, se riscontra delle irregolarità nell'applicazione della norma CFC che hanno comportato il pagamento di un'imposta minore rispetto a quella dovuta, o se certifica l'applicabilità del regime CFC a un contribuente che non ha classificato i suoi redditi CFC come tali, prima di procedere con l'emissione di un atto di accertamento, dovrà comunicare al contribuente interessato, tramite un avviso, del termine di 90 giorni che esso ha a disposizione per portare alla luce le prove necessarie alla disapplicazione della norma CFC. Chiaramente la disapplicazione potrà essere ottenuta solamente dimostrando l'esimente unica ex art. 167 comma 5 TUIR.²⁸⁸ Se l'Agenzia delle Entrate dovesse ritenere le prove fornite dal contribuente ai fini della disapplicazione della norma CFC non rilevanti o non sufficienti affinché tale situazione possa aver luogo, dovrà motivare la scelta all'interno dell'avviso di accertamento notificato al termine dei 90 giorni al contribuente. A questo proposito va segnalato che non è prevista alcun tipo di sanzione a carico dell'Amministrazione Finanziaria in caso di mancata esposizione della motivazione. Solitamente in questo tipo di

²⁸⁵ ASCOLI G., BROCCHI S., *op. cit.*

²⁸⁶ Che prevedeva che si potesse ottenere la disapplicazione del regime CFC dimostrando la non allocazione dei redditi della CFC in paesi a fiscalità privilegiata. Ovviamente tale disposizione perde ogni senso logico dal momento che non è prevista più l'effettuazione del distinguo tra paesi *black* e *white*.

²⁸⁷ Art. 167, comma 11 TUIR.

²⁸⁸ Par. 3.1.8.

situazioni, accertata la motivazione mancante, si annulla il provvedimento. A parere di chi scrive sarebbe opportuno per lo meno prevedere un qualche tipo di misura sanzionatoria a carico dell'Amministrazione Finanziaria.²⁸⁹

Altra questione riguardante la fase di accertamento, è quella dell'inversione dell'onere della prova a cui si assiste in ambito CFC. Infatti l'Amministrazione Finanziaria emette l'avviso di accertamento sulla base di semplici presunzioni, costituite nell'ordine dalla verifica della sussistenza del controllo da parte del contribuente italiano nei confronti della società estera, dal calcolo del tax rate effettivo, e dal calcolo del totale dei *passive income* sul totale dei redditi prodotti dalla CFC. Questi tre controlli si basano su dei calcoli di indici che possono anche non rispecchiare davvero l'effettivo scopo per cui è stata costituita la società estera.²⁹⁰ Sono a tutti gli effetti delle presunzioni, e in base a queste ultime l'Amministrazione Finanziaria presume l'elusione del contribuente controllante. Sarà successivamente il contribuente, o preventivamente mediante interpello probatorio, o successivamente all'avviso dell'Agenzia delle Entrate precedente all'emissione dell'atto di accertamento, che dovrà provare l'effettiva genuinità dell'attività economica posta in essere dalla controllata estera, dimostrando che il fine principale non è quello di eludere l'imposta italiana. Come abbiamo già visto nel corso dell'elaborato, l'impostazione data dall'ordinamento italiano alla fase di accertamento e della prova dell'attività economica effettiva collide con la Direttiva ATAD e con una costante giurisprudenza comunitaria, secondo le quali è dovere dell'Amministrazione Finanziaria dimostrare l'elusione perpetrata dal contribuente tramite la CFC come attività principale della stessa attraverso la presentazione di circostanze ed elementi probanti. Solo dopo la dimostrazione del carattere elusivo dell'attività della CFC da parte del fisco dovrebbe essere data la possibilità al contribuente di portare in suo

²⁸⁹ Così come viene auspicato da ASCOLI G., BROCCHI S., *Novità e conferme sulla disapplicazione e sui profili procedurali del regime CFC*, in *Il Fisco*, 2022, n. 10, p. 955. Gli autori fanno riferimento anche allo Statuto del contribuente, art. 10-bis, in materia di abuso del diritto. Esso dispone che l'atto impositivo, fermo quanto disposto per ogni singolo tributo, in linea generale deve essere motivato dall'Amministrazione Finanziaria a pena di nullità.

²⁹⁰ Si rimanda al par. 3.1.4 per approfondire il *tax rate* e al par. 3.1.5 per approfondire i *passive income*.

favore le prove per ottenere la disapplicazione della norma.²⁹¹

3.3.2 Gli obblighi a carico del contribuente

Ci sono poi degli obblighi a carico del contribuente ai fini della disapplicazione della norma CFC. Chiaramente se è lo stesso contribuente a presentare istanza di interpello probatorio nei confronti dell'Amministrazione Finanziaria ai fini di richiedere la disapplicazione del regime CFC, nel corso dell'istanza egli dovrà presentare tutta la documentazione del caso per ottenere un responso positivo dal fisco. Inoltre lo stesso contribuente, una volta ricevuto parere positivo all'interpello da parte dell'Agenzia delle Entrate, non dovrà più dimostrare l'esimente dell'attività economica effettiva, in quanto già accertata.²⁹² Possono anche presentarsi però delle situazioni differenti, dal momento che l'interpello non è l'unica via per il contribuente di ottenere la disapplicazione della norma. Ad esempio può verificarsi la fattispecie nella quale l'istanza di interpello viene respinta dall'Amministrazione Finanziaria, ma il contribuente non essendo d'accordo con tale decisione decide di disapplicare la norma CFC. O ancora il contribuente può disapplicare la norma, in quanto ritiene che la sua CFC posseda l'esimente per la disapplicazione del regime, senza proporre interpello all'AdE. In questi due casi sono previsti degli obblighi a cui il contribuente che non applichi al reddito della sua CFC la tassazione per trasparenza deve comunque ottemperare, per consentire all'Amministrazione Finanziaria di effettuare le dovute verifiche. Viene previsto l'obbligo di segnalazione all'interno della dichiarazione dei redditi della detenzione di partecipazioni in CFC da parte del soggetto controllante residente. Nella dichiarazione dovranno essere inoltre riportati gli utili o le perdite della CFC calcolati su bilanci o documenti contabili redatti secondo le disposizioni fiscali del paese di residenza di quest'ultima.²⁹³ Quest'obbligo è necessario nei casi in cui il contribuente decida di disapplicare in autonomia la norma CFC senza proporre interpello o dopo aver ricevuto risposta negativa da parte

²⁹¹ Si rimanda per approfondire la compatibilità della norma CFC con il principio di proporzionalità al par. 2.1.2.

²⁹² Circolare 18/E/2021, p. 133. Art. 167, comma 12 TUIR.

²⁹³ Art. 167, comma 11 TUIR.

dell'AdE. In queste due fattispecie tale obbligo è alternativo alla tassazione per trasparenza del reddito CFC in capo al contribuente, e in coerenza con la norma CFC non vale per i contribuenti che in virtù di specifici vincoli contrattuali, seppur controllando la società estera non partecipano ai suoi utili.²⁹⁴

Quando l'obbligo di segnalazione viene violato, le sanzioni comminate sono equivalenti al 10% del risultato d'esercizio della CFC imputabile per trasparenza, anche solo in teoria, al soggetto residente in proporzione alla partecipazione agli utili da esso posseduta. La sanzione in ogni caso non può essere inferiore a euro 1.000 e non può eccedere euro 50.000. Se la CFC nel periodo d'imposta di riferimento in cui il contribuente non ha adempiuto agli obblighi dichiarativi risulta in perdita, la sanzione troverà ugualmente applicazione, per il valore corrispondente al minimo edittale previsto, vale a dire euro 1.000.²⁹⁵

3.5 La coerenza della norma CFC nazionale con la Direttiva ATAD

Ci sono alcuni aspetti della norma CFC nazionale che divergono da quelle che sono le indicazioni della Direttiva ATAD. Un primo aspetto riguarda il metodo di tassazione per trasparenza utilizzato dalla norma italiana. Il legislatore ha previsto un *entity approach* per tassare i redditi di una CFC in capo al controllante, dopo aver utilizzato il metodo *transactional* per decidere se la società estera è classificabile come tale. La Direttiva invece, come sappiamo, ha proposto l'opzione *entity* o in alternativa l'opzione *transactional*, senza prevedere un metodo ibrido come quello italiano.²⁹⁶

Altro punto già affrontato è quello del principio di proporzionalità, ovvero del bilanciamento che a livello comunitario si prevede tra oneri a carico del contribuente ed oneri a carico dell'Amministrazione Finanziaria. In Italia

²⁹⁴ Come si è già ampiamente spiegato nel par. 3.1.2, solo il controllo dal punto di vista dei voti esercitabili è ininfluenza ai fini dell'applicazione della norma CFC. Risulta necessaria una minima partecipazione agli utili.

²⁹⁵ Circolare 18/E/2021, p. 136.

²⁹⁶ Per approfondire il tema dei metodi di tassazione per trasparenza e la differenza tra quanto disposto dalla Direttiva e quanto previsto dalla norma nazionale si rimanda al par. 1.1.2.

questo principio non sembra essere troppo rispettato, considerando che il contribuente ha l'onere della prova per disapplicare la norma CFC, mentre il fisco attraverso due elementi presuntivi di elusione quali sono i due requisiti per essere considerati CFC, applica la norma senza dover portare alla luce elementi probatori ulteriori.²⁹⁷

Una differenza sottile riguarda il concetto del controllo, per l'esattezza la fattispecie delle imprese associate della controllante, così come definite dalla Direttiva ATAD. Il legislatore italiano non ha cambiato il termine controllo di fatto, già esistente nella vecchia norma CFC nazionale, per inserire la definizione di imprese associate. Tale scelta trova la sua giustificazione nella volontà del legislatore di dare continuità di terminologia al concetto di controllo espresso dal codice civile all'art. 2359. Effettivamente tra il concetto di controllo di fatto e quello di impresa associata della residente controllante non vi sono differenze particolarmente rilevanti. Come già visto col termine associata si intende un'impresa che non sia controllata dalla residente, bensì sia partecipata almeno per il 25%, quindi un'impresa partecipata in maniera significativa. Il concetto di controllo di fatto civilistico implica sempre un'influenza determinante nella società partecipata ma non fa menzione di soglie minimali di partecipazione. Questo aspetto va a favore dell'impostazione italiana, in quanto potrebbero presentarsi fattispecie di società molto grandi a livello di fatturato, con un capitale molto elevato e disperso tra tanti azionisti, dove una partecipazione inferiore al 25% potrebbe costituire un'influenza rilevante e di conseguenza un controllo di fatto.²⁹⁸

Un tema generante dei dubbi concerne la definizione di redditi, così come chiamati dalla Direttiva, che invece sono classificati come proventi dalla norma nazionale. Può sembrare una differenza irrilevante, ma in realtà potenzialmente rischia di portare grande incertezza nella valutazione di una controllata estera come CFC. Infatti mentre il termine provento fa riferimento ai ricavi che si conseguono lordi, il termine reddito indica un ricavo nettizzato dai costi ad esso relativi. Considerare il ricavo lordo oppure il valore al netto

²⁹⁷ Per approfondire il tema del rispetto del principio di proporzionalità si rimanda al par. 2.1.2.

²⁹⁸ Si rimanda al par. 3.1.2.

dei costi ad esso riferibili è una grande differenza, e può portare a risultati completamente diversi in particolare nell'effettuazione del test dei *passive income*.²⁹⁹ Ciò nonostante, l'impostazione voluta dal legislatore, in continuità con la terminologia usata in precedenza, risulta condivisibile in quanto segue un obiettivo di semplificazione e di certezza nell'applicazione della norma. L'identificazione dei costi che fanno riferimento ai proventi può risultare davvero difficoltosa per il contribuente, al contrario dell'individuazione dei proventi stessi, motivo per il quale si è preferito optare per una maggiore semplicità nella procedura rispetto a quanto previsto a livello comunitario.³⁰⁰

Infine c'è anche una lieve differenza tra Direttiva e norma nazionale con riguardo ai soggetti a cui si applica la disciplina CFC. Mentre la Direttiva considera la disciplina applicabile solamente agli enti giuridici³⁰¹, la norma nazionale prevede l'applicazione del regime CFC anche alle persone fisiche che controllino una CFC.³⁰² Si tratta semplicemente di una continuazione da parte del legislatore italiano della norma precedente, a conferma dell'impostazione storica adottata nel nostro ordinamento sotto questo aspetto.

Infine è opportuno riportare una divergenza interna tra quanto esposto nella relazione illustrativa al Decreto 142/2018 e la nuova norma CFC definitiva. La relazione illustrativa pone come chiaro obiettivo del Decreto attuativo

²⁹⁹ Poniamo l'esempio di una società residente che controlla una residente all'estero. Quest'ultima presenta ricavi commerciali per 7000 e *passive income* per 3000. Inoltre si rilevano costi connessi ai ricavi commerciali per 6000. Se il test dei *passive income* viene effettuato sulla base della norma italiana, come sappiamo e come è meglio spiegato e approfondito nel par. 3.1.4, i ricavi si considerano lordi, secondo la definizione di proventi. Dunque si rapportano i *passive income* alla loro somma con i proventi diversi e si ottiene 3000/10000. Il 30% dei proventi sono *passive income*, soglia non ancora sufficiente per il superamento del test. Se si applicasse il test sulla base della nozione di reddito fornita dalla Direttiva ATAD allora dovremmo scorporare i ricavi commerciali lordi dai relativi costi prima di effettuarlo. Così facendo otterremmo 3000/ (10000-6000). In questo caso il test sarebbe soddisfatto, dato che i *passive income* costituirebbero il 75% dei ricavi totali, ben più della soglia di un terzo dei ricavi totali.

³⁰⁰ Audizione informale di Assonime alla sesta Commissione Finanze e tesoro del Senato del 4 ottobre 2018.

³⁰¹ Direttiva ATAD, art. 1.

³⁰² Si rimanda al par. 3.1.1 sull'ambito soggettivo di applicazione della norma CFC nazionale.

quello di contrastare la pianificazione fiscale aggressiva per mezzo delle quali sono dirottate importanti quantità di utile dalla controllante alla controllata. Scopo che sembra in linea con i fini che si pone anche l'Unione Europea attraverso la Direttiva ATAD. Quando la relazione fa riferimento a importanti quantità di utili si esprime a favore della necessità di predisporre delle soglie quantitative, al di sotto delle quali anche al ricorrere delle condizioni per l'applicazione del regime CFC, sia prevista la non applicabilità di quest'ultimo.³⁰³ Così infatti prevede il testo della Direttiva, ma altrettanto non fa il testo della norma CFC, che non prevede alcun tipo di soglia quantitativa minima per subire l'applicazione della norma da parte del contribuente. Se da un lato la non corrispondenza tra quanto disposto nella Direttiva ATAD e le disposizioni nazionali può trovare un senso nella possibilità data ai paesi membri di prevedere misure più restrittive rispetto a quelle indicate a livello generico all'interno della Direttiva, non si capisce il motivo della divergenza tra la relazione al Decreto e il Decreto stesso, che dovrebbero essere sulla stessa linea.

3.6 **Approfondimenti sulla norma nazionale e collegamenti con discipline specifiche**

3.6.1 *Collegamento con l'esterovestizione (cenni)*

La norma CFC è connessa alle disposizioni in tema di esterovestizione societaria. Innanzitutto è opportuno spiegare il significato di questo termine. Con esterovestizione si intende *«la fittizia localizzazione della residenza fiscale di una persona giuridica all'estero, in particolare in quei Paesi che offrono un trattamento fiscale più vantaggioso rispetto a quello previsto a livello nazionale, ove il soggetto effettivamente opera, allo scopo di sottrarsi al più gravoso regime nazionale»*.³⁰⁴ A livello nazionale la problematica

³⁰³ La Direttiva 2016/1164 al suo art. 7 comma 4, prevede due soglie al di sotto delle quali, anche al ricorrere dei requisiti per l'applicazione della norma CFC, la stessa non trova applicazione. E sono utili contabili della CFC inferiori a 750000 euro e redditi non derivanti da scambi non superiori a 75000 euro, oppure un ammontare degli utili contabili della CFC non superiore al 10% dei suoi costi d'esercizio nel periodo d'imposta di riferimento. Si veda il par. 1.1.2.

³⁰⁴ Così come definita da Cass. n.17849/2021.

dell'esterovestizione è affrontabile partendo dal TUIR, all'interno del quale si specificano le condizioni in base alle quali un soggetto si definisce fiscalmente residente in Italia.³⁰⁵ Per l'esattezza si considera fiscalmente residente in Italia una società o un ente che per almeno la metà del periodo d'imposta di riferimento abbia avuto la sede legale o dell'amministrazione o l'oggetto principale in Italia. La differenza principale tra le due discipline è che mentre il regime CFC si basa sulla tassazione per trasparenza in capo al soggetto residente controllante italiano di redditi prodotti da una società residente all'estero e controllata da quest'ultimo, la disciplina dell'esterovestizione smaschera quelle società che si dichiarano residenti all'estero, ma in realtà hanno la loro sede effettiva o hanno effettivamente il loro oggetto principale in Italia secondo quanto disposto dall'art. 73, comma 3, TUIR. Da un punto di vista dello scopo perseguito invece le due discipline non sono così distanti, infatti l'obiettivo di entrambe è quello di evitare pratiche elusive complesse adottate dai contribuenti. Le due norme sono poste in essere in contrasto a comportamenti messi in atto al solo e principale scopo di distrarre base imponibile al fisco italiano per usufruire di regimi fiscali esteri più agevolati. Il concetto di esterovestizione si lega in particolare alla norma CFC sotto l'aspetto della sua coesistenza con il principio comunitario della libertà di stabilimento.³⁰⁶ Entrambe le discipline infatti sono state oggetto negli anni di contestazioni con riguardo al rispetto di tale principio, essendo ritenute invadenti, da una parte della giurisprudenza, delle libertà fondamentali dei cittadini europei di stabilirsi con un'attività economica al di fuori del proprio paese di residenza. A dimostrazione del legame che intercorre tra le due discipline, vi sono alcune sentenze della Corte di Cassazione italiana, vertenti su presunti casi di esterovestizione.³⁰⁷ In una prima sentenza, la Suprema Corte riprende il caso, passato in giudicato in primo e secondo appello, di una società italiana, controllante una società lussemburghese al 99,9%, alla quale una volta costituita è stata attribuita la gestione delle attività finanziarie e dei beni immateriali, ottenendo un importante risparmio fiscale. Quest'ultima ha presentato ricorso contro

³⁰⁵ Art. 73, comma 3, TUIR.

³⁰⁶ Art. 54 TFUE.

³⁰⁷ Cass. n.17849/2021.

l’Agenzia delle Entrate, che aveva emesso nei suoi confronti tre avvisi di accertamento, relativi a tre diversi periodi d’imposta, rettificando i redditi dichiarati ai fini IRES, IRAP, ed IVA, oltre a contestare alla società avente sede in Lussemburgo di essere esterovestita, e in virtù di ciò le imponeva di adempiere agli obblighi contributivi come un qualsiasi soggetto residente. Secondo l’Agenzia delle Entrate, e secondo la Commissione Tributaria Provinciale di Mantova e quella Regionale della Lombardia, c’erano gli estremi per riconoscere l’esterovestizione della società lussemburghese. A parere di questi ultimi l’unico scopo della costituzione della società lussemburghese da parte di quella italiana era quello di ottenere un indebito vantaggio fiscale, dunque non vi era alcuna attività economica svolta dalla neo costituita società estera. A conforto della propria tesi, l’Agenzia delle Entrate evidenziava il controllo totale a cui era sottoposta la società lussemburghese da parte di quella italiana, oltre al fatto che detta società estera non possedeva in Lussemburgo una sede fisica e del personale addetto all’attività d’impresa. Questi indizi di presunta fittizietà della localizzazione della sede e del conseguente presunto comportamento esclusivamente elusivo da parte del contribuente italiano, hanno convinto anche le due Commissioni Tributarie in primo e secondo appello. La Cassazione invece annulla di fatto le sentenze precedenti, e dà ragione al contribuente. Viene riconosciuto che la società lussemburghese fu costituita non solo allo scopo di ottenere un risparmio fiscale, quindi la restrizione voluta dall’Amministrazione Finanziaria sarebbe di ostacolo al principio europeo della libertà di stabilimento. Per spiegare il motivo di questa scelta, i giudici utilizzano una sentenza precedente, che fa riferimento al tema delle CFC, ovvero la sentenza Cadbury Schweppes.³⁰⁸ Evidenziamo i tratti comuni che ci sono tra CFC e esterovestizione con relazione al principio di libero stabilimento. Secondo tale principio, a ogni cittadino o ente giuridico europeo deve essere garantita la possibilità di insediarsi, primariamente o secondariamente, sul territorio di uno qualsiasi degli altri paesi membri. Lo stato di residenza del cittadino o della società europea non deve in alcun modo ostacolare tale libertà, pena la nullità delle restrizioni da quest’ultimo applicate. Al tempo stesso è previsto

³⁰⁸ Corte di Giustizia Europea, causa C-196/04, per approfondire la sentenza si rimanda al par. 2.1.2.

che tutti debbano poter godere dei benefici che porta il fatto di essere dentro a un mercato unico europeo, così come tutti devono contribuire al funzionamento di tale mercato unico, attraverso il pagamento di tributi proporzionati alla propria capacità contributiva, senza abusare dei vantaggi che il mercato unico europeo porta. Di conseguenza ai singoli stati è concesso introdurre all'interno dei propri ordinamenti misure antielusive, che però devono essere compatibili con le libertà fondamentali dell'Unione, tra cui quella del libero stabilimento. Inoltre queste norme fiscali antielusive devono essere proporzionate all'obiettivo che perseguono, senza gravare in maniera eccessiva sul contribuente. Dunque un insediamento da parte di un cittadino europeo in un paese membro diverso da quello di residenza non può automaticamente portare ad una presunzione di abuso fiscale.³⁰⁹ Ed è proprio per questo motivo che i giudici della Suprema Corte di Cassazione nel caso portato come esempio si proclamano contrari ai provvedimenti presi dal fisco italiano nei confronti della società lussemburghese. Perché il fenomeno dell'esterovestizione possa considerarsi tale è necessario che esso abbia come risultato l'ottenimento di un vantaggio fiscale indebito, precludendo la nascita del presupposto d'imposta nel territorio nazionale, e dunque sottraendosi fraudolentemente al pagamento delle imposte. Inoltre è essenziale che da un insieme di elementi oggettivi risulti che lo scopo essenziale dell'operazione si limiti all'ottenimento di tale vantaggio fiscale.

Un'altra sentenza della Corte di Cassazione, più recente, merita una breve analisi. In questa fattispecie la protagonista è una società residente in Cina, avente ufficialmente lì la sede legale e controllata da una società residente in Italia. La Corte è stata chiamata ad esprimersi su ricorso dell'Agenzia delle Entrate, dopo che la Commissione Tributaria Provinciale di Arezzo aveva accolto il ricorso della contribuente che chiedeva la disapplicazione della norma sull'esterovestizione e la Commissione Regionale della Toscana aveva respinto il ricorso dell'Agenzia delle Entrate che chiedeva il ripristino dell'applicazione della tassazione della società cinese secondo le norme tributarie italiane come stabilito da quest'ultima inizialmente. La Corte si è espressa in favore del riconoscimento dell'esterovestizione della società. A

³⁰⁹ ROCCATAGLIATA F., *L'esterovestizione e le sue cinquanta sfumature d'abuso*, in Riv. Giur. Trib., 2021, n.11, p. 858.

sostegno della sua tesi i giudici hanno portato 3 motivi.

- Nel consiglio di amministrazione della società cinese erano presenti ben tre persone fisiche residenti in Italia, le quali ricoprivano dei ruoli apicali anche all'interno della società italiana controllante.
- Nessuna delle tre persone citate si era mai recata in Cina per gestire la società, fatta eccezione per una, che risulta però esserci stata per motivi estranei a quelli di gestione della controllata.
- Sostanzialmente il quadro della situazione era quello di una società residente in Cina, gestita in tutti i suoi aspetti da persone fisiche residenti in Italia e svolgenti ruoli apicali anche nella controllante. Dunque la società cinese non aveva alcuna autonomia decisionale.

Da questi tre elementi si evince come i 3 amministratori italiani gestiscano le attività della controllata cinese dall'Italia. Dunque la Cassazione accoglie il ricorso dell'Agenzia delle Entrate e rimanda la questione alla Commissione Tributaria Regionale della Toscana.³¹⁰

3.6.2 Collegamento con entry/exit tax

Un'altra disciplina che si collega al regime delle CFC è quella dell'*entry* e dell'*exit tax*.³¹¹ Quando una società controllata estera che ha subito nei periodi d'imposta precedenti l'imposizione per trasparenza ai sensi della norma CFC trasferisce la propria sede in Italia, nei suoi confronti la norma CFC non troverà più applicazione. Altrettanto chiaro è che una volta che una società residente, controllante una società considerata CFC e che quindi ha subito

³¹⁰ Si rimanda a Cass., 11710/2022.

³¹¹ Art. 166 e 166- *bis* TUIR. L'art. 166 si occupa della così detta *exit tax*. Consiste nell'imposizione sul trasferimento in uscita dei beni di un'impresa residente in Italia, in conseguenza del trasferimento della sede dell'impresa stessa all'estero. Tale imposizione viene effettuata sull'eventuale plusvalore che risultasse dalla differenza tra il valore di mercato dei beni in uscita, calcolato nel momento del loro trasferimento, e il loro valore contabile registrato nei periodi d'imposta precedenti. L'art.166- *bis* riguarda quei beni che invece entrano per la prima volta nell'ordinamento nazionale in seguito al trasferimento di un'impresa estera in Italia. Su tali beni si calcolerà il valore di mercato al momento del trasferimento, ed eventuali plusvalori rispetto ai valori contabili comporteranno l'applicazione di un'imposta in entrata su tale plusvalore relativo al bene trasferito.

l'imposizione per trasparenza nei periodi d'imposta precedenti, trasferisce la sua residenza fiscale all'estero, la disciplina CFC cesserà di essere applicata. I dubbi con riguardo a queste due fattispecie riguardano l'eventuale rilevanza dei valori fiscali della CFC in entrata o in uscita. In sostanza la questione è se le attività della CFC debbano essere riconosciute ai fini dell'applicazione dell'*entry tax* in caso di trasferimento della controllata estera in Italia, e se le attività della CFC debbano essere riconosciute ai fini dell'applicazione dell'*exit tax* in caso di trasferimento della residenza della controllante italiana all'estero. Analizziamo le due fattispecie:

a) La CFC che viene rimpatriata in Italia, cambiando la propria residenza fiscale dal paese estero dove risiedeva in precedenza al territorio italiano. Come già anticipato sopra, la disciplina CFC non sarà applicata. Infatti la controllata estera che nei periodi d'imposta era soggetta alla norma CFC, perde quel requisito fondamentale senza il quale la norma CFC non ha senso di essere applicata; essere residente all'estero. A partire dal periodo d'imposta del trasferimento essa sarà residente in Italia e dunque i suoi redditi saranno soggetti a tassazione ordinaria italiana. Un tema sicuramente più incerto riguarda l'assunzione delle attività e passività dell'ex CFC. Le opzioni sono due: la continuità coi valori già considerati ai fini della tassazione per trasparenza; la loro assunzione per valori diversi, che porterebbero dunque a un pagamento di una *entry tax* su tali valori ricalcolati in ingresso. A riguardo vi sono due opposte tesi. Una è favorevole alla continuità dei valori fiscali della ex CFC rimpatriata.³¹² Secondo questa impostazione, essendo la CFC considerata dalla norma ad essa relativa una continuazione stabilita all'estero del soggetto residente che la controlla, le attività e le passività da essa detenute sono assoggettate alla potestà impositiva italiana già prima del trasferimento della sua residenza in Italia. Dunque i valori della CFC in ingresso in Italia, secondo questa linea di pensiero, vanno assunti come venivano assunti in regime CFC, al valore contabile delle attività e passività in continuità con i periodi precedenti. Non vanno assunti ai valori di mercato, come previsto per i valori in ingresso per la prima volta nel territorio italiano e sui quali va

³¹² Assonime, *Nota tecnica sugli schemi di D.L. vo di attuazione della Legge delega fiscale approvati in via preliminare dal consiglio dei ministri in data 21.4.2015*, in Consultazione, 2015, n. 9, p. 10.

calcolata l'*entry tax*. Sempre in base a questa impostazione, vi sarebbe per la società controllata estera che diventa residente continuità anche dal punto di vista delle deduzioni di componenti negativi di reddito differite e del riporto a nuovo delle perdite maturate in regime CFC.³¹³ A conferma di questa tesi è intervenuta anche l'Agenzia delle Entrate, attraverso una bozza di circolare in tema di CFC del 5 luglio 2021. L'Agenzia conferma ciò che è stato appena riportato, dunque se la società controllata estera, precedentemente qualificabile come CFC, nel periodo di residenza all'estero ha subito la tassazione per trasparenza in capo al soggetto controllante italiano, le sue attività e passività dovranno assumere valori fiscali uguali a quelli riportati in applicazione della disciplina CFC al 31 dicembre dell'ultimo esercizio in cui la stessa ha subito tale trattamento.

Va segnalata anche una tesi opposta a quella appena esposta.³¹⁴ Secondo tale interpretazione, in *primis* si presenta il rischio che al momento del trasferimento della CFC in Italia, lo Stato da cui la CFC proviene applichi un'*exit tax* sui valori fiscali in uscita dal suo ordinamento facenti capo alla controllata. La tassazione in uscita verrebbe effettuata calcolando i valori delle attività e delle passività sulla base del loro valore di mercato, che differisce dal valore contabile in base al quale viene applicata la tassazione per trasparenza. Dunque se in Italia non venissero riconosciuti gli eventuali

³¹³ Si riporta una risposta ad un interpello, rimasta inedita, dell'Agenzia delle Entrate, esposta da GARCEA A., *La disciplina CFC alla prova della entry/exit tax*, in *Corr. Trib.*, 2021, n. 8-9, p. 752. Nella fattispecie specifica, una CFC veniva rimpatriata in Italia tramite una fusione con la sua controllante. Veniva chiesto alla CFC come dovevano essere assunti i valori fiscali della controllata in ingresso in Italia. La risposta dell'Agenzia è stata favorevole all'assunzione dei valori fiscali dell'ex controllata estera in continuità con quelli precedentemente assunti in regime CFC. Il motivo principale fornito dall'Agenzia delle Entrate consisteva nel fatto che l'art. 166-bis TUIR, che si occupa dei valori fiscali in ingresso e di quelli in uscita e della loro relativa tassazione, è rivolto solamente a quei valori fiscali che entrano per la prima volta nell'ordinamento italiano. Mentre i valori fiscali della CFC, attraverso la tassazione per trasparenza, sono già entrati a farne parte. Inoltre l'Agenzia dispone la continuità fiscale anche sotto il profilo delle perdite accumulate e non utilizzate della CFC, riferibili ai periodi d'imposta antecedenti al trasferimento. Queste ultime possono essere utilizzate in diminuzione della base imponibile che si viene a creare nei periodi d'imposta successivi al trasferimento della residenza.

³¹⁴ Assonime, circolare n. 24/2021.

maggiori valori fiscali della controllata sulla quale è stata pagata un'imposta, si potrebbe venire a creare un fenomeno di doppia imposizione. In conseguenza al porsi in essere di una situazione di doppia imposizione, si creerebbe un ostacolo al principio della libertà di stabilimento³¹⁵, se il paese di origine della controllata fosse un paese UE. Questa non è l'unica problematica rilevata nella formulazione di questa tesi; secondo questa ricostruzione, la CFC pur subendo la tassazione per trasparenza rimane un soggetto distinto dal soggetto controllante residente. Infatti, la tassazione per trasparenza avviene in capo al controllante con riferimento ai redditi della controllata a esso riferibili. Il controllante è titolare della partecipazione nella CFC, non dei suoi beni. Da qui la teoria secondo la quale, una volta completato il trasferimento di residenza le attività e le passività dell'ex CFC dovranno essere rivalutate in base ai valori di mercato, e sulle stesse andrà applicata un'*entry tax*, come a tutti i soggetti che per la prima volta entrano nel nostro ordinamento.³¹⁶

b) L'espatrio del soggetto controllante. Avviene quando un soggetto residente che controlla una CFC trasferisce la propria residenza all'estero. Anche su questo punto non sono necessarie particolari analisi per comprendere che in termini di applicazione della disciplina CFC, quest'ultima non avrà più luogo dal momento della fuoriuscita dall'ordinamento nazionale del soggetto controllante. Il tema principale riguarda l'eventuale applicazione di un'*exit tax* e di come debbano essere assunte le attività e le passività della CFC rilevate in precedenza in applicazione della tassazione per trasparenza. Anche per questo caso si presentano due teorie. Una prima che non considera la CFC come una continuazione del soggetto residente all'estero. Quando le attività e le passività della CFC sono considerate beni esterni, collocati all'estero e vengono valorizzati ai fini della determinazione del solo reddito imputabile per trasparenza al controllante, allora non vi sarà alcun aggiornamento del valore fiscale di tali attività o passività in base al valore di mercato, così come su tali attività e passività non si applicherà alcuna *exit tax*. Gli unici valori

³¹⁵ Par. 2.1.2.

³¹⁶ Si rimanda alla sentenza CGE n. 371/10, nella quale il giudice comunitario esprime un parere positivo nei confronti della tassazione delle plusvalenze realizzate dall'attivo societario all'atto del trasferimento di residenza in un paese estero.

relativi alla CFC che potranno subire un'imposizione in uscita dall'ordinamento nazionale in questo caso saranno eventuali plusvalori relativi alla partecipazione detenuta dal soggetto controllante residente all'interno della controllata estera, calcolati in base alla differenza tra il valore di mercato delle partecipazioni e il loro valore contabile rilevato in sede di applicazione della norma sulle controllate estere.³¹⁷

L'altra tesi sostiene che la CFC sia una continuazione del soggetto italiano che la controlla, quindi le attività e le passività della stessa sono da considerare incluse nell'ordinamento italiano. La logica conseguenza di questa assunzione sta nel fatto che al trasferimento del soggetto controllante all'estero, si applicherà l'art. 166 TUIR anche alle attività e alle passività della CFC. Esse dovranno dunque essere valutate al loro valore di mercato, ed eventuali variazioni positive rispetto ai valori contabili assunti ai fini della tassazione per trasparenza dovranno subire l'*exit tax*.³¹⁸ Tale ricostruzione non è però priva di possibili ostacoli, infatti lo stato di destinazione del soggetto controllante potrebbe non riconoscere i maggiori valori rilevati in capo alle attività o passività riferibili alla CFC ed assoggettati ad exit tax. La motivazione è piuttosto semplice, dal momento che i beni che fanno riferimento alla CFC, nella pratica non vengono effettivamente trasferiti nel paese di destinazione del soggetto controllante italiano.³¹⁹ Sul tema è intervenuta l'Agenzia delle Entrate, che ha abbracciato definitivamente la tesi della non tassazione in uscita dei valori riferibili alla CFC.³²⁰

In conclusione si perviene da parte del fisco a due conclusioni opposte per le

³¹⁷ Agenzia delle Entrate, Bozza circolare 5 luglio 2021.

³¹⁸ GARCEA A., *op. cit.*

³¹⁹ Si pensi a un esempio in cui un soggetto controllante italiano trasferisce la propria residenza in Francia. Controlla una CFC in Cina. Se il patrimonio della CFC viene considerato interno all'ordinamento italiano, sugli eventuali plusvalori dello stesso si applicherà una tassazione in uscita. Il problema è che la Francia potrebbe non riconoscere i valori della CFC in ingresso nel paese, in quanto fisicamente la controllata estera rimane ed è sempre stata in Cina, col relativo patrimonio oggetto di tassazione in uscita in Italia. In questo caso ci sarebbe un disallineamento tra valori in uscita dall'Italia e valori in ingresso in Francia.

³²⁰ Nella bozza citata alla nota 292.

due fattispecie appena studiate. Se per quanto riguarda il rimpatrio della CFC, l'Amministrazione Finanziaria stabilisce che i beni della stessa siano da considerare già esistenti all'interno dell'ordinamento italiano, con riguardo all'espatrio del controllante italiano invece viene asserito che la soluzione sia l'estraneità dei beni della CFC rispetto all'ordinamento. Si tratta di due conclusioni opposte, ma che a conti fatti perseguono lo stesso obiettivo, non applicare nessuna tassazione in entrata o in uscita sui beni relativi alla CFC. Questa soluzione, a parere di chi scrive, appare condivisibile, in particolare per motivi di semplificazione in favore del contribuente. Infatti parrebbe eccessivamente svantaggioso per quest'ultimo, oltre a subire l'imposizione per trasparenza sul reddito della CFC ad esso riferibile, dover pagare un'imposta in entrata o in uscita relativa ai beni facenti capo alla controllata. Sicuramente è più opportuno circoscrivere la rilevanza del valore dei beni della CFC calcolati ai fini della determinazione del suo reddito e dell'imposizione per trasparenza, allo scopo per il quale la norma CFC viene applicata. Quindi, come stabilito anche dall'Amministrazione Finanziaria, risulta opportuno tenere separate le due entità e i relativi beni, da una parte la CFC e dall'altra la controllante. Nella fattispecie del rimpatrio di CFC non si applicherà alcuna *entry tax* nei confronti dei beni della controllata entrante, mentre nel caso di espatrio del controllante italiano sui beni appartenenti direttamente a quest'ultimo si applicherà l'*exit tax*, su quelli riferibili alla sua controllata estera non si applicherà nessuna imposta.

Conclusione

Dopo un attento esame della disciplina CFC a livello nazionale e internazionale, giungiamo a una breve considerazione conclusiva. Innanzitutto, nel percorso di studio e approfondimento dell'argomento, chi scrive ha avuto modo di appurare le origini diverse che hanno avuto i vari regimi CFC adottati dai paesi in Europa e nel mondo. Le legislazioni CFC non nascono con gli stessi obiettivi per i paesi che le adottano.

Con l'evolversi dei metodi di elusione dei contribuenti e una conseguente pianificazione fiscale sempre più aggressiva, si è reso necessario un sistema comune di controllo anti abuso, che nel corso degli anni gli Stati con la collaborazione dell'OCSE hanno predisposto. Così il sistema delle CFC *legislation* passa dall'essere totalmente sconnesso tra i vari paesi, ad essere un complesso di disposizioni accettate e integrate all'interno degli ordinamenti nazionali dei paesi partecipanti. Oltre a ciò, inizia a definirsi un obiettivo comune, ovvero il perseguimento di finalità antiabusive. Sulla base delle linee guida internazionali dell'OCSE anche all'interno dell'UE si sviluppa negli anni una norma comune tra i membri. Attraverso la Direttiva ATAD viene imposto ai membri uno standard minimo da rispettare con riguardo alle disposizioni CFC, con la possibilità di prevedere misure più severe all'interno di ciascun ordinamento nazionale. L'obiettivo comune dei paesi membri deve essere quello di evitare abusi fiscali e proteggere di conseguenza il mercato interno europeo e il suo funzionamento.

Sono doverose delle considerazioni finali sul rapporto tra la Direttiva ATAD e la norma CFC italiana, riformata sulla base delle disposizioni comunitarie. Se certi aspetti della vecchia norma sono stati resi conformi a quanto previsto dalla Direttiva e consoni all'obiettivo comunitario della difesa del mercato unico europeo, altri non sono stati cambiati, anche in dissenso rispetto all'impostazione del legislatore comunitario. Con riferimento agli aspetti della norma nazionale che non hanno seguito le linee guida europee, l'esempio più lampante è dato dall'impostazione adottata dal legislatore italiano in tema di approccio sulla tassazione del reddito della controllata estera. Approccio che come è stato spiegato nel corso dell'elaborato non segue nessuna delle due opzioni fornite dalla Direttiva, ma che permane il

vecchio approccio *entity* già stabilito dalla norma CFC italiana precedente. Bisogna sottolineare che nel complesso la norma italiana si è adattata alle disposizioni comunitarie, su tutte le più importanti novità apportate alla previgente normativa riguardano i nuovi requisiti per l'applicazione della disciplina, costituiti dai due *test* del *tax rate* e del *passive income*, e la riduzione del numero di esimenti che passano da due a un'esimente unica.

Con riferimento all'efficacia della norma nel prevenire situazioni abusive, chi scrive si pone un interrogativo sull'effettiva capacità del disposto dell'art. 167 TUIR a contrastare pianificazioni fiscali aggressive attraverso l'utilizzo di controllate estere. Il motivo di questa perplessità sta nel fatto che i valori sui quali si calcola l'imposta CFC dovuta dal contribuente sono quelli di bilancio della controllata estera. La controllata estera potrebbe risiedere in un paese dove non è previsto un adeguato scambio di informazioni con l'Italia a livello fiscale e una corrispondente collaborazione nel reperire informazioni fiscali e accertarne la veridicità. In conseguenza di questo fatto, una controllata estera residente in un paese con queste problematiche renderebbe molto complicato il compito dell'Amministrazione Finanziaria italiana di raccogliere i dati di bilancio della CFC e assicurarsi della loro purezza. In contesti come questi per il contribuente sarebbe alquanto semplice eludere i controlli, nascondendo o modificando dati e valori di bilancio. Altro spunto di riflessione sui problemi che persistono in ambito CFC nonostante gli importanti passi avanti compiuti negli ultimi anni, concerne la Direttiva ATAD e la predisposizione di un contenuto minimo da parte delle norme nazionali dei paesi membri. Il fatto di non aver previsto una norma comune per tutti i paesi membri, ma di aver solamente condiviso il contenuto minimale della norma nazionale in tema CFC, ha portato inevitabilmente i vari paesi membri ad adottare norme che seppur risultano più simili rispetto a prima e vanno verso l'unico obiettivo di difendere il mercato unico europeo da operazioni elusive, sono diverse tra loro nei contenuti. Infatti la stessa Direttiva sancisce che per ogni paese membro è prevista la possibilità di adottare disposizioni più rigide in tema di CFC, ponendo solamente un limite minimo comune. Dunque la Direttiva presenta un obiettivo comune per i paesi membri, raggiungibile da questi ultimi secondo modalità differenti. Per quanto la predisposizione di una Direttiva comunitaria abbia sicuramente avvicinato gli intenti dei paesi

europei e migliorato il contrasto all'elusione fiscale, sarebbe necessario per chi scrive un futuro ulteriore intervento dell'Unione Europea in ambito CFC. Il fine di questo ulteriore intervento dovrebbe essere l'aumento della cooperazione tra i paesi membri e una Direttiva che indirizzi in maniera più stringente i paesi europei nella stessa direzione anche a livello di modalità di recepimento dell'obiettivo di contrasto alle politiche fiscali aggressive. In questo modo si ridurrebbero ulteriormente le incongruenze a livello normativo tra i paesi, il che porterebbe a una quasi totale eliminazione di incongruenze fiscali tra paesi europei, togliendo quasi del tutto la possibilità a azioni elusive all'interno del mercato unico.

BIBLIOGRAFIA

Dottrina

- ALBANO G., *Dubbi sull'esimente dell'attività economica effettiva nel regime dividendi black list*, in *Il Fisco*, 2021, n. 31, p. 3018.
- ALBANO G., *Il recepimento della Direttiva ATAD modifica la disciplina CFC*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 2018, n. 5, p. 80-86.
- ANGELINI A., ERARIO A., *CFC: profili interpretativi e applicativi alla luce delle recenti modifiche normative, compatibilità rispetto al diritto comunitario ed internazionale*, in *Fisc. e Comm. Int.*, 2018, n. 6, p. 5-22.
- ARNOLD B., *Literature reviews: B. Kuzniacki, Controlled foreign companies and tax avoidance*, in *Intertax*, 2020, n. 6/7, p. 595-597.
- ASCOLI G., BROCCHI S., *Novità e conferme sulla disapplicazione e sui profili procedurali del regime CFC*, in *Il Fisco*, 2022, n. 10, p. 955.
- AVOLIO D., PIAZZA M., *Pubbligate le istruzioni per le CFC: linea dura dell'Agenzia delle Entrate per il test dei passive income*, in *Il Fisco*, 2022, n. 5, p. 451-458.
- AVOLIO D., PIAZZA M., *Per le CFC istruzioni dell'Agenzia delle Entrate con vista sulle catene societarie*, in *Il Fisco*, 2022, n. 7, p. 650.
- BAGAROTTO E. M., *La disciplina in materia di Controlled foreign companies alla luce delle modifiche apportate dalla legge di stabilità 2016 e nell'attesa della direttiva anti-BEPS*, *Dir. Prat. Trib.*, 2017, n. 3, p. 954-982.
- BALLANCIN A., *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate, Profili ricostruttivi nella crisi dei paradigmi impositivi tradizionali*, Milano, 2016.
- BARGAGLI M., *La tassazione CFC in presenza di perdite della controllante*, in *Fisc. Comm. Int.*, 2020, n. 4, p. 5-10.

- BARGAGLI M., *La CFC rule si adegua alla Direttiva anti-elusione*, in *Fisc. Comm. Int.*, 2018, n. 12, p. 15-20.
- BARGAGLI M., *Impresa estera controllata (CFC). Le nuove regole di tassazione delle imprese estere controllate residenti in paradisi fiscali*, in *PMI (Online)*, anno 2017, n. 23/5, p. 5-9.
- BARGAGLI M., *CFC e costi black list: le novità introdotte dalla Legge di stabilità*, in *Amm. Fin.*, 2016, n. 31/2, p. 37-41.
- BARGAGLI M., *Cambia la disciplina CFC e la tassazione dei dividendi black list*, in *Amm. Fin.*, 2015, n. 30/9, p. 13-17.
- BARGAGLI M., *La corretta qualificazione dei passive income nel regime CFC*, in *Amm. Fin.*, 2015, n. 30/6, p. 16-21.
- BERGERO L., *Prove di semplificazione della legge di stabilità: l'eliminazione della disciplina relativa alla deducibilità dei costi da paradisi fiscali e l'intervento sulle c.d. CFC black list*, in *Riv. Op. St.*, 2016, n. 2, p. 24-32.
- BIZIOLI G., *Taking EU fundamental freedom seriously: does the anti tax avoidance directive take precedence over the single market?*, in *EC Tax Review*, 2017, n. 3, p. 167-175.
- BONARELLI P., *ATAD: le novità per i dividendi e plusvalenze relativi a partecipazioni in soggetti non residenti*, in *Fisc. Comm. Int.*, 2018, n. 12, p. 41-47.
- BONFANTI L., DELLA CARITA A., *Paradossi e insana (in)coerenza nella CFC delineata dallo schema di Decreto di recepimento dell'ATAD*, in *Fisc. Comm. Int.*, 2018, n. 12, p. 27-40.
- BONFANTI L., DELLA CARITA A., *Il credito d'imposta per imposte pagate all'estero dalla CFC*, in *Fisc. Comm. Int.*, 2018, n.6, p. 34-43.
- BONFANTI L., DELLA CARITA A., *Le novità in materia di CFC alla luce dei recenti chiarimenti ministeriali*, in *Fisc. Comm. Int.*, 2016, n. 11, p.17-32.

- BRACCO P., *CFC legislation e trattati internazionali: le recenti integrazioni al Commentario OCSE e il loro valore ermeneutico*, in Riv. Dir. Trib., 2004, n. 2, p. 184-185.
- CACCIAPAGLIA L., MERCURIO G., *La disciplina CFC dopo il decreto ATAD*, in Soc. Con. Bil. Rev., 2019, n. 9, p. 99-110.
- CAZIERO M., LAZAROV I., *The substantive scope of the Anti-Tax Avoidance Directive: the remaining leeway for national tax sovereignty*, in Common Market Law Review, 2021, n. 6, p. 1789-1818.
- CHIAPPONI F., *Le novità della normativa CFC italiana dopo il recepimento della direttiva ATAD: inquadramento delle finalità*, in Tax news, 2020, n.1, p. 81-89.
- CIPOLLINA S., *Profili evolutivi delle CFC legislation: dalle origini all'economia digitale*, in Riv. Dir. Fin. Sc. Fin., 2015, n.74/3, p. 356-393.
- CIPOLLINA S., *CFC legislation e abuso della libertà di stabilimento: il caso Cadbury Schweppes*, in Riv. Dir. Fin., 2007, n. 2, p. 3.
- COMMITTERI G. M., RIBACCHI E., *L'applicazione del 'regime CFC' e l'utilizzo del credito per le imposte estere in UNICO SC 2016*, in Corr. Trib., 2016, n. 39/19, p.1493-1499.
- COMMITTERI G. M., SCIFONI G., *Le modifiche alla disciplina CFC in sede di attuazione della delega fiscale*, in La gestione straordinaria delle imprese, 2015, n. 4, p. 28-36.
- CORASANITI G., *L'evoluzione della nozione di beneficiario effettivo tra il modello di Convenzione OCSE e la giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in Dir. Prat. Trib. Int., 2021, n. 6, p. 2493-2528.
- COVINO S., LUPI R., *CFC, mercato locale e rapporti infragruppo in paesi white list: una normativa mediatica da non sopravvalutare*, in Dialoghi Dir. Trib., 2014, n.7, p. 657-661.

- CRISTOFORI G., PATTON E., *Disciplina CFC: la problematica individuazione del regime transitorio applicabile al periodo di imposta 2015 e le novità in vigore dal 2016*, in Riv. Op. St., 2016, n. 6, p. 18-22.
- DE CAPITANI G., DAL COL M., *Le nuove CFC: questioni aperte alla luce della recente evoluzione normativa e amministrativa*, in Fisc. Comm. Int., 2017, n. 2, p. 18-29.
- DELLA CARITA A., PIAZZA M., BAGGIO E., *CFC e tassazione integrale dei dividendi esteri: breve guida al self-assessment*, in Fisc. Comm. Int., 2019, n. 5, p. 40-61.
- DELLA VALLE E., *La normativa CFC è compatibile con il diritto UE e con i Trattati contro le doppie imposizioni*, in Riv. Giur. Trib., 2016, n. 4, p. 297.
- DELLA VALLE E., *La normativa CFC al 'test' della Suprema Corte [Nota a sentenza: Cass., sez. trib., 16 dicembre 2015, n. 25281]*, in Giur. Trib., 2016, n. 23/4, p. 304-311.
- DIANI L., SALVATORE A., MANTINI S., *La (non) tassazione di dividendi derivanti da paesi black list, l'esimente del tax rate effettivo*, in Amm. Fin., 2022, n. 1, p. 19.
- DI STEFANO A., PORCARELLI A., FALDUTO G., *CFC: un restyling in formato ATAD*, in Amm. Fin., 2019, n. 34/6, p.12-20.
- DI VITA A., *Rilevazione dei dividendi per soggetti IRES e recepimento della direttiva ATAD*, in Guida alla contabilità e bilancio, 2019, n. 3, p. 19-22.
- DORIGO S., *L'impatto della convenzione multilaterale BEPS sul sistema dei trattati contro le doppie imposizioni: verso un diritto tributario internazionale dell'incertezza?*, in Riv. Trim. Dir. Trib., 2018, n. 3/4, p. 559-586.
- DOURADO A. P., *The EU anti-tax avoidance package: moving ahead of BEPS?*, in Intertax, 2016, n. 6/7, p. 440-446.

- FASOLINO A., GABRIELLI R., *Il punto sul nuovo regime CFC*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 2017, n. 2, p. 93-99.
- FAZIO A., *Sulle condizioni di applicabilità del regime CFC nel caso di controllate residenti in paesi terzi: peculiare caso GmbH*, in *Dir. Pr. Trib. Int.*, 2021, n.1, p.243-268.
- FOGLIA G., EMMA M., *Italy: Italian cabinet approves the internationalisation decree's tax package: simplification for CFC and black list rules*, in *International Tax Review*, 2015, p.20.
- FURLAN A., NUNZIATA M., *La nuova disciplina dei dividendi da società non residenti e delle CFC: casi pratici*, in *Fisc. Comm. Int.*, 2016, n.1, p. 19-25.
- FURLAN A., NUNZIATA M., *La nuova disciplina dei dividendi da società non residenti e delle CFC*, in *Fisc. Comm. Int.*, 2015, n. 12, p. 33-40.
- FURLAN A., SORMANIL., *Interrelazioni tra disciplina CFC e dividendi da società estere alla luce delle modifiche introdotte dal Decreto ATAD: casi pratici*, in *Fisc. Comm. Int.*, 2019, n. 4, p.15-27.
- GAFFURI M. A., *La disciplina delle CFC*, in DRAGONETTI A., PIA-CENTINI V., SFONDRINI A., *Manuale di fiscalità internazionale*, 2016, capitolo XXV, p. 1801-1846.
- GALLO F., *Per le società la sfida di un fisco globale*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2016, n. 3, p. 1187-1189.
- GARBARINO C., BONARELLI P., *Misure di contrasto ai "regimi fiscali privilegiati": la nuova normativa CFC*, in *Fisc. Comm. Int.*, 2016, n. 7, p. 17-25.
- GARBARINO C.; BONARELLI P., *La nuova "black list" e recenti modifiche normative in materia di CFC*, in *Fisc. Comm. Int.*, 2015, n. 8/9, p. 5-9.
- GARCEA A., *La disciplina CFC alla prova della 'entry/exit tax'*, *Corr. Trib.*, 2021, n. 44, p. 752-760.

- GARIBOLDI P., LA CANDIA I., MARRAFFA U., *Sulla compatibilità della normativa CFC con le Convenzioni internazionali e il diritto comunitario*, in Dir. Prat. Trib. Int., 2007, n. 3, p. 929.
- GARUFI S., *CFC legislation; analisi comparata negli stati comunitari*, in ODCEC, 2008, n.18.
- GIACONIA M., PREGAGLIA A., *Calcolo del reddito imponibile ai fini CFC: impatto dei principi contabili adottati dall'impresa controllata estera*, in Fisc. Comm. Int., 2017, n. 4, p. 10-16.
- GUERRA C. R., *Diritto tributario internazionale istituzioni*, 2016.
- IAIA R., *La interest limitation rule europea della direttiva antielusione*, in Dir. Prat. Trib., 2018, n. 6, p. 2455-2527.
- JANKOWSKI J., *Tax consolidation regime in European Union: towards one unified approach among all member states*, in EC Tax Review, 2021, n. 3, p. 120-135.
- KUIPER G. W., *Misure fiscali anti-elusive*, in DRAGONETTI A., PIACENTINI V., SFONDRINI A., *Manuale di fiscalità internazionale*, 2016, capitolo VI, p.179-199.
- KUIPER G. W., *BEPS-Iniziativa adottate dall'OCSE e dall'UE*, in DRAGONETTI A., PIACENTINI V., SFONDRINI A., *Manuale di fiscalità internazionale*, 2016, capitolo VII, p.203-216.
- LANCELOTTI N., *La disciplina sulle imprese partecipate estere fra compatibilità con il diritto comunitario, con le norme convenzionali e la costituzionalità*, in Dir. Prat. Trib. Int., 2014, n.1, p.110-135.
- LAROCCA C., PIROLA A., *La disciplina CFC in presenza di regimi esteri di esenzione dei dividendi*, in Fisc. Comm. Int., 2022, n. 3, p. 38.
- LATINI S., *Direttiva ATAD: quali cambiamenti per le imprese e l'azienda Europa?*, in IPSOA, 6/04/2019.

- MARANI M., ALBANO G., *Nuove CFC senza obbligo di interpello preventivo*, in *Corr. Trib.*, 2015, n. 23, p. 1773-1780.
- MARANI M., *Nuova CFC: quali i proventi infragruppo con valore economico aggiunto scarso o nullo?*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 2019, n. 5, p. 90-97.
- MARANI M., *Un caso concreto di regime fiscale speciale CFC*, *La gestione straordinaria delle imprese*, 2018, n. 4, p. 58-64.
- MARRAFFA L., *Imposte sui redditi imputati dalle CFC: il corretto esercizio di competenza economica*, in *Corr. Trib.*, 2014, n. 10, p. 818-824.
- MASSAI S., *L'opzione per il regime di branch exemption: disciplina CFC e utili provenienti da regimi fiscali privilegiati*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 2017, n. 5, p. 85-90.
- MASSAI S., *La disciplina CFC dopo i chiarimenti resi nella circolare n. 35/E/2016*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 2016, n. 5, p. 56-61.
- MASSAROTTO S., DI FELICE P., PRIVITERA A., *La nuova disciplina CFC alla luce del recepimento della Direttiva ATAD*, in *Str. Fin. Fisc.*, 2019, n.41, p. 37-65.
- MASTROBERTI A., *Scomputabili anche le imposte assolute dalla CFC in altri Stati*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 2017, n. 5, p. 52-59.
- MATTIA S., VIOLA I., *CFC e Regimi Fiscali Privilegiati alla luce del nuovo D.lgs. 142/2018*, in *Str. Fin. Fisc.*, 2019, n. 40, p. 29-35.
- MAZZARELLA G., TEMPESTINI A., *Calcolo del livello di tassazione effettiva per l'applicazione del regime CFC*, in *Il Fisco*, 2022, n. 6, p. 547.
- MIELE L., PICCININI G., *Nuovo regime CFC: eliminata la distinzione tra modelli 'black e white '*, in *Corr. Trib.*, 2018, n. 42, p. 3199-3206.
- MIELE L., PICCININI G., *La proposta di direttiva anti-BEPS e il regime delle CFC*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 2016, n. 3, p. 102-111.

- MIELE L., RAMAGLIONI V., *'CFC rules' più aderenti alle 'best practices' internazionali*, in *Corr. Trib.*, 2015, n. 38, p. 3873-3880.
- MIELE L., *La nozione di controllo del soggetto non residente ai fini della disciplina CFC*, in *Corr. Trib.*, 2019, n. 5, p. 444-449.
- MIGNARRI E., *La disciplina delle Controlled Foreign Companies, un quadro d'insieme*, in *Bancaria*, 2020, n. 76/4, p. 70-77.
- MOCCI G., *Base erosion and profit shifting (BEPS): la creazione dei redditi apolidi e l'inadeguatezza dei criteri tradizionali di individuazione del luogo di produzione del reddito. Elaborazione di nuovi parametri di attribuzione del reddito*, in *Boll. Trib.*, 2017, n. 22, p. 1647-1651.
- MORETTI M., *CFC, alcune riflessioni di carattere sistematico alla luce delle modifiche introdotte dal decreto di internazionalizzazione e dalla legge di stabilità 2016*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2017, n. 3 p.751-784.
- MORRI S., GUARINO S., *CFC e libertà di stabilimento tra normativa italiana e garanzie europee*, in *Corr. Trib.*, 2016, n. 32/33, p. 2539-2546.
- MOSER T., *The provisions of EU anti-tax avoidance directive regarding controlled foreign companies rules: a critical review based on the experience with the German CFC legislation*, in *Intertax*, 2017, n. 10, p. 606-623.
- MUNI S., SCARIONI P., *La distribuzione degli utili da parte delle società soggette alla disciplina CFC (comma 10 dell'art. 167 del Tuir)*, in *Boll. Trib.*, 2019, n. 20, p. 1450-1458.
- NICOLODI M., *The Italian Supreme Court of Cassation returns to CFC legislation: the recent improvements to the regime and its appealing function in the fight against international abusive tax practices*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2021, n. 2, p.545-579.
- NICOLOSI F., *Dividendi e plusvalenze black list dopo il decreto ATAD: questioni aperte*, in *Corr. Trib.*, 2019, n. 8/9, p. 768-774.
- NYSTROM W., *Saving the data CFC regime through abuse of law of the rule of reason*, in *Intertax*, 2021, n. 3, p. 223-236.

- OCSE, *Controlled Foreign Companies*, Action 3, 2015 Final report.
- OCSE, *Harmful tax practices*, Action 5, 2015 Final report.
- OCSE, *Permanent establishment status*, Action 7, 2015 Final report.
- OCSE, *BEPS data analysis*, Action 11, 2015 Final report.
- OCSE, *Harmful Tax Competitions - An Emerging Global Issue*, Parigi, 1998.
- PAPOTTI R. A., MOLINARI F., *La disciplina CFC alla prova della Direttiva anti-elusione dell'Unione Europea*, in *Corr. Trib.*, 2016, n. 34, p. 2609.
- PAPOTTI R. A., MOLINARI F., *L'evoluzione della normativa sulle CFC alla luce delle modifiche della Legge di stabilità 2016*, in *Corr. Trib.*, 2016, n. 6, p. 417-424.
- PAPOTTI R. A., ZORZI G., *La detrazione delle imposte assolute all'estero dalle CFC*, in *Corr. Trib.*, anno 2017, volume 40, fascicolo 39, pagg. 3048-3051.
- PELLEGRINI D., *Annotazioni a margine di una sentenza di merito in tema di esterovestizione societaria: la nozione di residenza fiscale delle società tra episodi giurisprudenziali interni e direttrici evolutive BEPS*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2017, n. 3, p. 1152-1178.
- PETRILLO G., *L'osservanza del principio di proporzionalità UE nell'individuazione di criteri presuntivi ragionevoli*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 2013, n. 2, p. 381.
- PIACENTINI V., *L'esterovestizione e le norme antielusive*, in DRAGONETTI A., PIACENTINI V., SFONDRINI A., *Manuale di fiscalità internazionale*, 2016, capitolo XXIV, p. 1773-1797.
- PIAZZA M., *Regime CFC dopo il Decreto ATAD: la tassazione separata per trasparenza*, in *Il Fisco*, 2021, n. 32-33, p. 3156.

- PIAZZA M., *Regime CFC dopo il Decreto ATAD: i presupposti per l'applicazione*, in *Il Fisco*, 2021, n. 31, p. 3059-3071.
- PIAZZA M., *Il blog di Marco Piazza. Disapplicazione della disciplina CFC rule e doppia imposizione*, in *Fisc. Comm. Int.*, 2014, n.10, p.75.
- RIZZARDI R., *La disciplina CFC: un punto fermo dopo la Direttiva ATAD?*, in *Corr. Trib.*, 2019, n. 3, p. 283-290.
- RIZZARDI R., *Con la convenzione multilaterale le azioni BEPS entrano direttamente negli accordi dei singoli stati*, in *Corr. Trib.*, 2017, n. 3, p. 223-229.
- RIZZARDI R., *Significativa vittoria del contribuente francese sulla normativa CFC*, in *Il Fisco*, 2001, n. 25, p. 8749.
- ROCCATAGLIATA F., VALENTE M. G., *Fiscalità comunitaria*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2015, n. 4, p. 1264.
- ROCCATAGLIATA F., *L'esterovestizione e le sue cinquanta sfumature di abuso*, in *Riv. Giur. Trib.*, 2021, n. 11, p. 858.
- ROLLE G., *Dividendi provenienti da regimi fiscali privilegiati, regime CFC e credito d'imposta indiretto*, in *Fisc. Comm. Int.*, 2017, n. 6, p. 14-19.
- ROLLE G., *Legge di stabilità: quali prospettive per CFC e costi 'black list'?*, in *Corr. Trib.*, 2015, n. 5, p. 341-346.
- ROMITA E., SANDOLI M., *Il coordinamento tra disciplina sulle società di comodo e normativa CFC*, in *Corr. Trib.*, 2012, n.4, p. 297-302.
- RUSSO V., *Entry and exit tax al restyling: le modifiche del post decreto ATAD*, in *Bilancio e reddito d'impresa*, 2019, n. 3, p. 24-30.
- SALVI G., *Nuova definizione di paesi a fiscalità privilegiata*, in *Amm. Fin.*, 2019, n. 8-9, p. 27.
- SCHENKELBERG S., *The Cadbury Schweppes judgment and its implication on profit shifting activities within Europe*, in *International Tax and Public Finance*, 2020, n.1, p. 1-31.

- SCHONFELD J., *CFC Rules and anti tax avoidance directive*, in EC Tax Review, 2017, n. 3, p. 145-152.
- SCIFONI G., *Modifiche alla disciplina CFC: lo sforzo di semplificazione procede tra luci e ombre*, in Corr. Trib., 2015, n. 30, p. 2305-2310.
- SCIFONI G., *Modifiche alla disciplina CFC: un tentativo di semplificazione rimasto a metà del guado*, in Corr. Trib., 2015, n. 29, p. 2248-2253.
- SELLA P., *Il punto di Assonime sulle novità del regime CFC*, in Fisc. Comm. Int., 2017, n. 10, p. 15-23.
- SELLA P., *Compatibilità del regime CFC con il diritto comunitario e con le Convenzioni contro la doppia imposizione*, in Fisc. Comm. Int., 2016, n. 8/9, p. 23-28.
- SERENA A., *Modifiche alla disciplina CFC e alla tassazione dei dividendi e plusvalenze black list*, in Bilancio e reddito d'impresa, 2019, n. 3, p. 17-23.
- SIEGFRIED M., *Alcune misure anti-BEPS ed i trattati italiani contro le doppie imposizioni*, in Boll. Trib., 2016, n. 11, p.809-810.
- SOOM A., *Double taxation resulting from the ATAD: is there relief?* , in Intertax, 2020, n. 3, p. 273-285.
- SPAZIANI R., ALBANO G., *Aspetti procedurali e obblighi di segnalazioni in materia di CFC*, in Corr. Trib., 2016, n. 47/48, p. 3607-3613.
- STEVANATO D., *La norma antielusiva è conforme alla direttiva ATAD?* , in Corr. Trib., 2019, n. 7, p. 623-628.
- TANCREDI M., *La Corte di Giustizia Europea censura l'applicazione della legislazione inglese sulla CFC per violazione della libertà di stabilimento*, in Riv. Giur. Trib., 2007, n. 1, p. 21.
- TANCREDI M., *Utili da CFC e regime di tassabilità a livello comunitario: la Corte di giustizia censura l'applicazione della legislazione inglese*

sulle CFC per violazione della libertà di stabilimento, in Riv. Giur. Trib., 2007, n. 1, p. 17-29.

- TENORE M., *Il regime CFC nella proposta di direttiva anti BEPS alla luce delle recenti modifiche legislative*, in Riv. Dir. Trib., 2016
- TOSIL., BAGGIO R., *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, Milano, 2018.
- TRETTEL S., *CFC e società non operative: impossibile convivenza tra discipline*, in Corr. Trib., 2012, n. 39, p. 3010-3014.
- UCKMAR V., *Diritto tributario internazionale: Manuale*, Padova, 2009.
- VALDERRAMA M. J. I., *Critical review of the ATAD implementation: foreword: The implementation of the ATAD in the EU: the same but not the same*, in Intertax, 2021, n. 11, p. 915-916.
- VALENTE P., *Il recepimento della direttiva ATAD I (come modificata dalla direttiva ATAD II) da parte dell'Italia*, in La gestione straordinaria delle imprese, 2018, n. 5, p. 66-73.
- VALENTE P., *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, 2016.
- VALENTE P., *Attuazione delle misure BEPS, criticità e prospettive*, in Str. Fin. Fisc., 2016, n. 25, p. 39-46.
- VALENTE P., *I paradisi fiscali nell'era BEPS e dello scambio automatico di informazioni*, in Fisc. Comm. Int., 2016, n. 4, p. 16-23.
- VERGATI A., ALBANO G., *Rapporti tra regime di tassazione degli utili provenienti da Paesi 'black list' e disciplina CFC*, in Corr. Trib., 2017, n. 36, p. 2782-2788.
- VERNASSA F., REICH E., *Cfc: credito d'imposta su dividendi e plusvalenze da partecipazioni 'black list'*, in Guida alla contabilità & bilancio, 2017, n. 5, p. 21.

- VERNASSA F., REICH E., *Cfc: chiarimenti sul Decreto Internazionalizzazione*, in Guida alla contabilità & bilancio, 2016, n. 10, p. 30-34.
- VIAL E., POZZI V., *L'integrazione alla disciplina Cfc ha natura precettiva?*, in Riv. Op. Str., 2015, n. 2, p. 22-26.
- VIO D., ROBICCI E., *Regime CFC per gli OICR esteri: le indicazioni dell'Agenzia delle entrate*, in Amm. Fin., 2021, n. 10, p. 13-20.
- VIOTTO A., *Lezioni sull'IRES delle società di capitali residenti*, Bari, 2020.

Fonti

- D.lgs. 142/2018.
- Direttiva CEE 2016/1164.
- D. lgs 147/2015.
- L. 208/2015.
- D.L. 78/2009.
- L. 102/2009.
- COM 785/2007.
- COM 784/2007.
- D. lgs. 344/2003.
- D.M. 429/2001.
- L. 212/2000.
- L. 342/2000.
- L. 241/1990.
- D.P.R. 917/1986.
- Art. 117 Cost.

- Art. 49 TFUE.
- Art. 54 TFUE.
- Art. 63 TFUE.
- Art. 2247 c.c.
- Art. 2359 c.c.
- Art. 2435 c.c.

Giurisprudenza

- CGUE, C-135/17/2019.
- CGUE, C-382/16/2018.
- CGUE, C-35/11/2012.
- CGUE, C-371/10/2011.
- CGUE, C-196/04/2006.
- CGUE, C-422/01/2003.
- Suprema Corte Finlandese, KHO/2002/26.
- Cass., n. 11710/2022.
- Cass., n. 2220/2021.
- Cass., n. 17849/2021.
- Cass., n. 8715/2020.
- Cass., n. 29978/2019.
- Cass., n. 19991/2018.
- Cass., n. 25281/2015.

Prassi

- Agenzia delle Entrate, Circ. n. 18/2021.
- Provvedimento Agenzia delle Entrate n. 376652/2021.
- Agenzia delle Entrate, principio di diritto n. 5/2021.
- Assonime, Consultazioni n. 9/2021.
- Assonime, Circ. n. 24/2021.
- Agenzia delle Entrate, Bozza Circ., 5/07/2021.
- Agenzia delle Entrate, principio di diritto n.17/2019.
- Assonime, Circ. n. 15/2019.
- Agenzia delle Entrate, Audizione, 10/10/2018.
- Assonime, Audizione, 4/10/2018.
- Agenzia delle Entrate, Ris. n.144/E/2017.
- Agenzia delle Entrate, Ris. n.112/E/2017.
- Agenzia delle Entrate, Denuncia n.12, 16/03/2016.
- Agenzia delle Entrate, Circ. n. 35/E/2016.
- Provvedimento Agenzia delle Entrate n. 143239/2016.
- Assonime, Consultazioni n. 9/2015.
- Agenzia delle Entrate, Circ. n. 23/E/2011.
- Agenzia delle Entrate, Circ. n. 51/E/2010.
- Risposta On. Molgora in VI Comm. Finanze, interrogazione n. 5-03428 dell'On. Leo, 2004.

Sitografia (data ultima consultazione siti: 16/06/2022)

- CORBEDDU G., *Un framework di regole che definiscono una CFC legislation conforme al diritto dell'Unione Europea*, in *Il Tributario*, 11/09/2017, <https://iltributario.it/articoli/focus/un-framework-di-regole-che-definiscono-una-cfc-legislation-conforme-al-diritto>.
- NICOLOSI F., *Brevi osservazioni sulla nuova disciplina CFC recata dallo schema di decreto ATAD*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2018, Supplemento online, <https://www.rivistadirittotributario.it/2018/09/17/brevi-osservazioni-sulla-nuova-disciplina-cfc-recata-dallo-schema-decreto-atad/>.