

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

**DOTTORATO DI RICERCA IN**

**Diritto Tributario Europeo**

Ciclo XXIX

**Settore Concorsuale di afferenza: 12/D2**

**Settore Scientifico disciplinare: IUS/12**

**TITOLO TESI**

***“I recenti sviluppi nella lotta contro l’elusione fiscale: l’applicazione della CFC rule e delle altre misure anti-elusive negli ordinamenti nazionali e nella comunità internazionale”.***

**Presentata da: Valentina Maria Ariemme**

**Coordinatore Dottorato**

**Professor Andrea Mondini**

**Relatore**

**Professor Adriano Di Pietro**

**Esame finale anno 2017**

## Sommario

### **CAPITOLO PRIMO. Il fenomeno dell'elusione fiscale nella comunità internazionale. Le ragioni della necessità di una legislazione anti-elusiva.**

I)	Introduzione .....	2
II)	Evasione, elusione e pianificazione fiscale .....	6
i)	Gli schemi cd. <i>conduit</i> e <i>base companies</i> . .....	9
III)	La comunità internazionale di fronte al problema dell'elusione fiscale. Le clausole anti-elusive all'interno delle Convenzioni contro la doppia imposizione e delle Direttive europee. ....	12

### **CAPITOLO SECONDO. Le misure anti-elusive nazionali. La disciplina CFC.**

I)	Principi generali. Le misure speciali e la clausola generale. ....	25
II)	La CFC rule. Principi generali .....	28
III)	Gli sviluppi della CFC rule in Italia: il sistema basato sulle liste. ....	40
IV)	La "nuova" CFC rule: gli effetti della riforma del 2015. ....	60
i)	Altre misure anti-elusive: cenni. ....	78
V)	La giurisprudenza nazionale affronta il problema della compatibilità fra la CFC rule e le Convenzioni contro la doppia imposizione .....	88
VI)	La posizione della Corte di Giustizia sulle misure anti-elusive nazionali: excursus sulla giurisprudenza comunitaria. Focus sulle sentenze concernenti la disciplina CFC. ....	97

### **CAPITOLO TERZO. Riflessioni finali sulla CFC rule e le sue possibili prospettive future, alla luce delle recenti iniziative internazionali.**

I)	Alcune considerazioni sulla ratio della CFC rule. ....	121
II)	La lotta contro l'evasione fiscale nell'UE: l'azione della Commissione europea e i parallelismi con l'OCSE. La direttiva anti-elusiva e l'Action 3 BEPS .....	128
III)	Conclusioni .....	141

<b>Bibliografia</b> .....	143
---------------------------	-----

## **CAPITOLO PRIMO. IL FENOMENO DELL'ELUSIONE FISCALE NELLA COMUNITA' INTERNAZIONALE. LE RAGIONI DELLA NECESSITA' DI UNA LEGISLAZIONE ANTI-ELUSIVA.**

### **I) Introduzione**

L'intento di questa tesi è di analizzare il fenomeno dell'*elusione fiscale*, e dello sviluppo della conseguente legislazione anti-elusiva da parte dei singoli Stati e della comunità internazionale.

La tematica appare certamente molto vasta e richiede una precisa selezione degli argomenti, in modo da poter condurre il discorso lungo un filo ordinato senza risultare ridondante od eccessivo.

Cercherò, pertanto, di sviluppare le varie argomentazioni nel modo più sistematico possibile, partendo da un approccio di tipo fattuale e traendo un forte spunto dalla mia personale esperienza lavorativa.

La tematica sarà articolata sulla base della contrapposizione fra gli schemi comportamentali abusivi adottati dai contribuenti e la reazione da parte delle amministrazioni fiscali deputate alla salvaguardia della base imponibile nazionale.

Il punto di osservazione del fenomeno dell'elusione fiscale sarà, però, più ampio rispetto a quello che potrebbe adottare una singola amministrazione o un singolo Stato.

In questo ambito, infatti, la comunità internazionale esercita una forte influenza che si riverbera sia sulla normativa che sulle procedure (di interpello, di controllo, di verifica) applicate all'interno di ogni amministrazione.

Con la terminologia "comunità internazionale" intendo riferirmi, nel corso di questo lavoro, principalmente alla (Comunità) Unione europea (UE) e all'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE).

L'Italia è uno Stato Membro sia dell'UE che dell'OCSE; le attività condotte e le decisioni adottate su entrambi i fronti, seppure caratterizzate da un'evidente differenza in termini di coerenza, in virtù della differente natura politica delle due istituzioni, producono non trascurabili effetti sulla normativa fiscale interna.

Il punto di vista internazionale sulla tematica dell'elusione fiscale appare interessante per una serie di ragioni.

Innanzitutto, la globalizzazione dell'economia fa sì che le imprese effettuino sempre più numerose transazioni commerciali che oltrepassano i confini nazionali (cd. *cross-border transactions*), innescando come naturali conseguenze sia una maggiore difficoltà, da parte dei loro Paesi di residenza, di controllare la correttezza degli adempimenti tributari; sia la necessità che gli Stati toccati da queste transazioni collaborino fra di loro. L'elusione fiscale diventa, infatti, un male comune di questi stessi Paesi, più facilmente contrastabile quando essi riescono ad adottare condotte comuni, attraverso strumenti multilaterali, invece che limitandosi ad applicare la propria normativa interna.

Il livello di esperienza e dimestichezza dei vari ordinamenti in ambito di legislazione anti-elusiva non è, peraltro, di pari grado all'interno della comunità internazionale. È noto come alcuni siano ben più all'avanguardia, in materia, e fra tutti si distinguano, in particolar modo, gli Stati Uniti d'America. Da ciò ne deriva che la formulazione delle più importanti misure anti-elusive siano di matrice statunitense.

Il significato stesso di alcune di queste misure lascia inequivocabilmente intendere la loro internazionalità: se si considera il tema centrale del presente lavoro, è ben noto che la disciplina CFC (*Controlled Foreign Companies* o società estere controllate) si applichi a strutture societarie che trascendono i confini del Paese di localizzazione della società madre. La conseguenza di ciò è una disposizione nazionale arriva ad esplicitare i propri effetti nei confronti di soggetti chiaramente non residenti.

Come si vedrà meglio nel corso del secondo capitolo del presente lavoro, infatti, è raro che la CFC rule sia applicata in forza di accordi fra Stati, ovvero sia contenuta nelle loro Convenzioni contro la doppia imposizione; normalmente, tale misura riveste carattere di norma nazionale, seppure con effetti *cross-border*.

Altre misure antielusive, invece, rivestono carattere di bi o multi- lateralità, come, per esempio, la clausola LOB (*limitation of benefits*), la cui introduzione nei trattati è, negli ultimi tempi, vivamente caldeggiata dall'OCSE stessa.

Questa tesi si concentrerà sull'analisi della disciplina CFC, dopo un primo capitolo dedicato più genericamente alla descrizione del fenomeno dell'elusione fiscale internazionale e di alcune altre misure anti-abusive.

La CFC rule è stata introdotta nell'ordinamento tributario italiano ormai da quasi vent'anni e, nel corso di questi, ha già subito numerose modifiche, fino alla più recente, occorsa solamente nel 2015, che ne ha notevolmente stravolto sia il contenuto sostanziale, sia le procedure applicative adottate dall'amministrazione finanziaria (Agenzia delle entrate).

La costante importanza di questa disciplina viene altresì attestata anche dal fatto che una delle azioni del piano BEPS dell'OCSE, la numero 3, le sia dedicata esclusivamente; e che essa sia ricompresa nella cd. direttiva ATAD (Direttiva (UE) 2016/1164 del Consiglio recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno) approvata nel luglio 2016.

Ovviamente non possono essere trascurate neppure le pronunce giurisprudenziali in tema di CFC rule, soprattutto quelle della Corte di Giustizia dell'Unione europea, il cui intervento, a partire dalla famosa sentenza *Cadbury Schweppes*, ha rimodellato il concetto di costruzione artificiosa ed elusiva in ambito europeo, innescando con ciò cambiamenti normativi (e qualche protesta) negli Stati membri.

Alla luce di questa breve premessa, appare ovvio come le tematiche centrali di questa tesi si presentino con tratti piuttosto mobili, e che anzi, al momento, ulteriori sviluppi siano attesi nel prossimo futuro, visto che la nuova normativa CFC italiana è al primo anno di applicazione e che la direttiva ATAD dovrà essere recepita dagli Stati membri.

Dal punto di vista dello svolgimento del discorso, dopo una breve analisi di alcuni principi generali, passerò poi alla trattazione più specifica del contenuto della CFC rule sia da una prospettiva italiana che internazionale, cercando di concludere il discorso

dando una visione di quelli che potrebbero essere gli scenari futuri in tema di lotta all'elusione fiscale.

## **II) Evasione, elusione e pianificazione fiscale.**

Vi sono alcune precisazioni a carattere concettuale e lessicale, che, sebbene possano apparire ovvie, meritano di rivestire il ruolo introduttivo del presente lavoro, in quanto, in campo fiscale, la chiarezza in ambito definitorio è di primaria importanza.

In alcuni casi non è, infatti, semplice identificare la corretta terminologia da applicare ad un caso e distinguere fra i vari concetti, il cui significato e ambito di applicazione tendono, talvolta, a confondersi fra di loro. Questo non significa, però, che si tratti di sinonimi e che un termine possa essere indifferentemente utilizzato per un altro.

Nel diritto tributario internazionale, poi, si aggiunge un secondo ordine di problematiche, legate alle differenze linguistiche e all'impossibilità, talvolta, di tradurre correttamente i termini fiscali da una lingua all'altra.

Questo appare evidente soprattutto in ambito europeo, dove le lingue di tutti i Paesi membri hanno status di lingue ufficiali e gli atti delle istituzioni sono redatti quasi sempre almeno in francese, inglese e tedesco, nonché corredati da traduzioni nelle altre lingue (si noti bene che questo non esime da errori, anche nei testi ufficiali, nonostante l'ottimo livello dell'attività di interpretariato e traduzione).

In ambito OCSE la situazione può apparire semplificata dal fatto che, nonostante la molteplicità di Paesi membri, la lingua ufficiale in cui sono redatti tutti i documenti e in cui sono condotti i tavoli di lavoro sia l'inglese.

Senza voler qui avanzare pretese di analisi socio-linguistiche, è evidente che l'inglese sia diventato, nel corso degli ultimi decenni, la lingua di comunicazione più generalizzata nell'ambito della comunità internazionale, intesa in senso omnicomprensivo (non solo istituzionale, ma anche in relazione alla comunicazione quotidiana delle persone).

Alcuni Stati venuti solo recentemente alla ribalta nel panorama internazionale (per esempio, gli Stati appartenenti all'ex Unione Sovietica) hanno addirittura scelto di adottare l'inglese come lingua ufficiale di redazione dei propri atti a carattere transnazionale, fra cui, per esempio, i testi delle Convenzioni contro la doppia imposizione.

Questo significa, naturalmente, che l'inglese sarà la lingua dirimente le eventuali controversie che potrebbero sorgere fra gli Stati contraenti, e che le lingue nazionali vi sono sacrificate.

Se questa soluzione consente di semplificare notevolmente le possibili difficoltà di interpretazione e traduzione, da un altro punto di vista dà adito ad un problema di ordine lessicale, legato al fatto che non sempre si può effettuare una trasposizione tout-court in inglese dei termini esistenti in un'altra lingua; ciò, a maggior ragione, in ambito fiscale, dove è richiesta la massima precisione nella definizione dei concetti.

Tutto ciò premesso, per cominciare la presente analisi concernente la terminologia relativa al fenomeno dell'elusione fiscale, occorre, a mio parere, effettuare una prima, fondamentale distinzione, vigente nella maggior parte degli ordinamenti statali, fra:

- Evasione fiscale
- Elusione fiscale
- Pianificazione fiscale legittima o dannosa.

Sebbene si ingeneri talvolta confusione nel distinguere fra elusione ed evasione fiscale, ciascuno di questi concetti ha un significato diverso dagli altri e corrisponde a comportamenti dei contribuenti che in certi casi sono permessi, in altri casi sono completamente illegittimi.<sup>1</sup>

L'evasione è un fenomeno fraudolento e va al di fuori dei limiti posti dalla legge; è un vero e proprio atto criminale e, come tale, è inequivocabilmente illegittimo.

---

<sup>1</sup> Sul tema vedasi, inter alia: KUIPER, W.G., *Definizione e analisi dei principi generali che regolano la fiscalità internazionale*, pp. 3-24, in DRAGONETTI, A., PIACENTINI, V., SFONDRINI, A. (a cura di), *Manuale di fiscalità internazionale*, IPSOA Wolters Kluwer, V Edizione (2012).

L'elusione fiscale, invece, consiste in un comportamento teso a sfruttare le aree che non sono coperte dalla normativa fiscale o per causa di errori legislativi oppure, talvolta, anche a causa di semplici omissioni. Per certi versi l'elusione risulta più difficile da individuare rispetto all'evasione, in quanto non vi è un'esplicita contravvenzione della legge; si tratta di una riduzione dell'obbligo fiscale mediante l'utilizzo di mezzi legali.

In sé non si tratta, dunque, di un fenomeno necessariamente da disapprovare, purché rimanga nei limiti di una pianificazione fiscale legittima.

La pianificazione fiscale consiste nella riduzione del carico impositivo su determinate categorie di reddito o attività, che la normativa fiscale ha inteso colpire in misura minore, o non tassare del tutto.

È assolutamente indiscutibile che i contribuenti possano strutturare le proprie attività in modo tale da riuscire a minimizzare l'obbligo fiscale che grava su di loro e da conseguire un risparmio d'imposta.<sup>2</sup>

È però fondamentale che tale pianificazione sia svolta in modo tale da risultare in linea con i principi della legislazione tributaria; un comportamento che sia considerato contrario alle intenzioni e allo spirito della legge, seppure formalmente corretto, riceverà la disapprovazione dell'amministrazione fiscale del Paese di residenza del contribuente e della comunità internazionale.<sup>3</sup>

Ma quando si realizza, dunque, una pianificazione fiscale illegittima?

Il fenomeno è anche noto con la denominazione inglese "*aggressive tax planning*" ed è da molti anni oggetto di attenzione da parte della comunità internazionale; si possono citare, in particolar modo, alcuni report OCSE e la recente Raccomandazione della Commissione Europea pubblicata nel 2012.<sup>4</sup>

Il paragrafo 2 della Raccomandazione descrive la pianificazione fiscale aggressiva nei seguenti termini: "*(...) consiste nello sfruttare a proprio vantaggio gli aspetti tecnici di un sistema fiscale o le disparità esistenti fra due o più sistemi fiscali al fine di ridurre*

---

<sup>2</sup> PANAYI, C.H.J.I. European Union Corporate Tax Law, Cambridge Tax Law Series (2013), c. 8, pp. 333-364.

<sup>3</sup> KUIPER, cit., pp. 20-22.

<sup>4</sup> Report OCSE, *Tackling aggressive tax planning through improved transparency and disclosure*, OECD 2011. Raccomandazione della Commissione del 6 dicembre 2012 sulla pianificazione fiscale aggressiva (2012/772/UE), pubblicata sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea in data 12 dicembre 2012.



*l'ammontare dell'imposta dovuta. La pianificazione fiscale aggressiva può assumere svariate forme. Fra le conseguenze di questa pratica si possono citare le doppie detrazioni (ad esempio la stessa perdita è detratta sia nello Stato della fonte che nello Stato di residenza) e la doppia non imposizione (ad esempio i redditi che non sono tassati nello Stato della fonte sono esenti nello Stato di residenza)''.*

Il disvalore connesso ad un simile genere di pianificazione fiscale è evidente, in quanto ne discende una grave erosione della base imponibile nazionale.

Più difficile può apparire, invece, individuare al di fuori di ogni dubbio se il contribuente abbia effettivamente posto in essere un abuso, o, in altri termini, quali siano le differenze tra la pianificazione fiscale legittima e l'elusione fiscale meritevole di disapprovazione.

\*\*\*\*\*

Nell'ambito della pianificazione fiscale posta in essere dal contribuente, si realizzano talvolta alcune strutture societarie, il cui scopo reale è (o può essere) una diversione dei profitti dalla sovranità fiscale dello Stato di residenza del contribuente stesso.

La dottrina<sup>5</sup> e le amministrazioni fiscali hanno posto la loro attenzione soprattutto su due tipologie di schemi, quello cd. *conduit company* e quello cd. *base company*.

Il primo caso concerne il fenomeno dell'abuso dei trattati (in inglese, *treaty shopping*), che verrà solo sommariamente citato nel presente lavoro; il secondo caso prevede, invece, una struttura societaria in cui è coinvolto un Paese a fiscalità privilegiata, e comporta come conseguenza l'applicazione di una misura anti-elusiva, vale a dire la CFC rule.

---

<sup>5</sup> L. DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse - A Study Under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in Relation to Conduit and Base Companies*, IBFD Doctoral Series, vol. 14 (2008), pp. 5-19.

**i) Gli schemi di conduit e base company.**

Nel caso di società *conduit*, il contribuente, per ragioni economiche e commerciali solitamente reali, costituisce una società in un Paese estero, con il quale non è, però, in vigore una Convenzione contro la doppia imposizione particolarmente favorevole o non vi è alcuna Convenzione.

Da ciò ne consegue che, al momento della distribuzione dei redditi della controllata (sotto forma, per esempio, di dividendi), tali redditi saranno integralmente tassati nel Paese di residenza del soggetto controllante, ove il livello di imposizione può essere piuttosto elevato (solitamente lo è).

La principale conseguenza della mancanza di un trattato fra gli Stati è, per l'appunto, che non risulta possibile applicare alcun beneficio fiscale che consenta di esentare parzialmente i redditi, o di sottoporli ad aliquote agevolate.

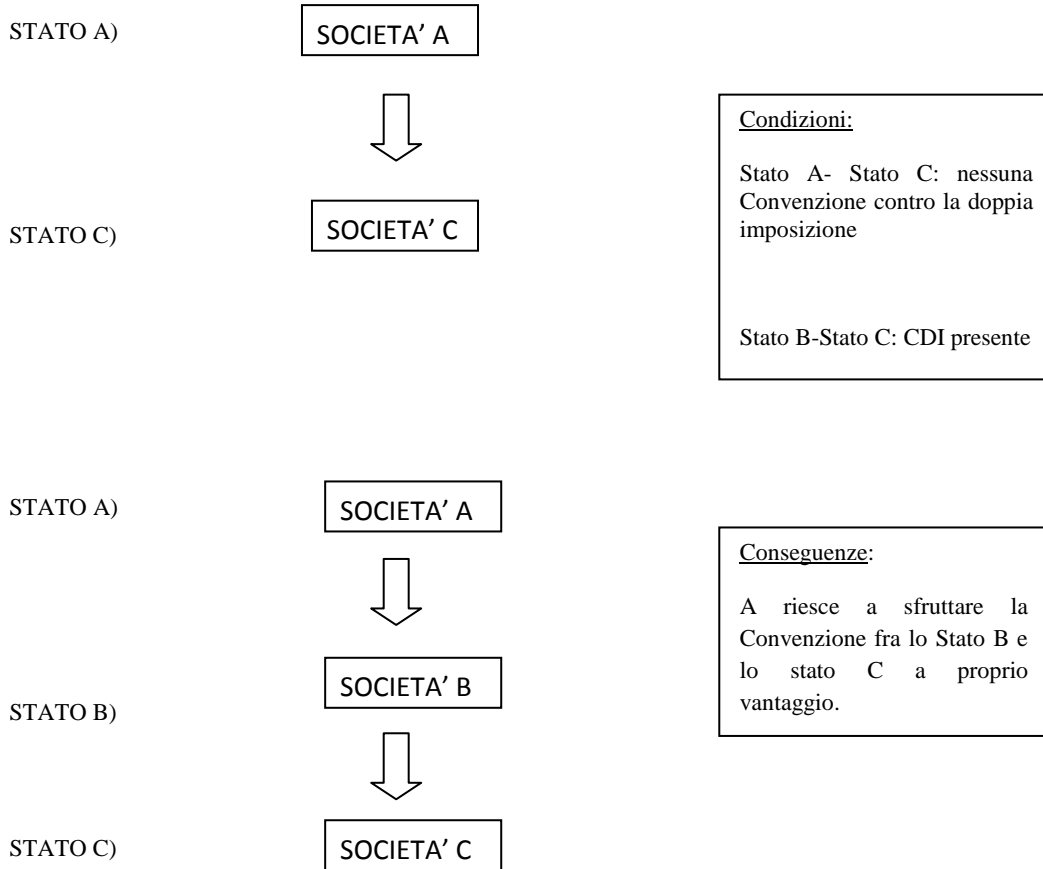
Il soggetto controllante risolve, allora, di interporre fra se stesso e la propria controllata una seconda società estera, ubicandola in un Paese terzo che abbia un trattato fiscale con il Paese di residenza della prima controllata.

Questa seconda controllata intermedia, normalmente, non esercita alcuna attività economica, ma è costituita come solo espediente per poter usufruire della Convenzione.

I redditi della società controllata “operativa”, che, a questo punto, non vengono più distribuiti al primo soggetto controllante ma alla nuova società intermediaria, godono, infatti, dei benefici fiscali discendenti dall'applicazione della Convenzione vigente fra gli Stati di residenza delle due controllate.

Un semplice esempio grafico può servire ad illustrare meglio la struttura posta in essere.

Schema 1. Società conduit



Schema:

per poter usufruire dei benefici fiscali conseguenti all'applicazione del trattato fra lo Stato B e lo Stato C, la società controllante A costituisce la società estera B e la pone in posizione intermedia fra se stessa e la controllata C.

La società B altro non è che una *conduit*, un canale, ove far transitare i redditi distribuiti dalla società C e, normalmente, non è operativa (non esercita un'effettiva attività economica).

I redditi distribuiti dalla società C, transitando attraverso B, godono, infatti, dei benefici convenzionali.

Lo schema sopra illustrato realizza un caso di abuso del trattato, o *treaty shopping*.

Il *treaty shopping* è una forma di abuso indiretta, in quanto non si verifica una violazione diretta delle norme, bensì i benefici convenzionali vengono resi disponibili a persone che

non ne avrebbero diritto, tramite la creazione delle società *conduit* nello Stato di cui si vuole sfruttare il trattato.

Il termine *treaty shopping* deriva, naturalmente, dalla legislazione fiscale statunitense e può avere differenti gradi di disvalore, a seconda del fatto che le società coinvolte (in special modo la controllata intermedia) siano puramente artificiali, o abbiano comunque un minimo di sostanza economica.

Facendo riferimento allo schema 1, la società A non avrebbe alcun diritto ad usufruire dei benefici convenzionali del trattato fra lo Stato B e lo Stato C, in quanto il suo Stato di residenza, lo Stato A, non è parte del medesimo trattato.

Interponendo la società B fra se stessa e la società C, A realizza uno schema elusivo/evasivo, indirizzato a risparmiare le imposte che i redditi distribuiti da C avrebbero scontato, qualora fossero stati tassati nello Stato A.

Il ricorrere di simili comportamenti e dell'uso improprio dei trattati fiscali, con finalità elusive, da parte dei contribuenti, ha naturalmente indotto una reazione da parte delle amministrazioni fiscali, che verranno esaminate nel paragrafo successivo.

\*\*\*\*\*

Nel caso di schema cd. *base company*, la struttura societaria posta in essere è del tutto speculare a quella testé descritta, ma con la particolarità che il Paese ove è ubicata la società non operativa rientra nel novero dei Paesi a fiscalità privilegiata (detti anche, comunemente, paradisi fiscali o, in inglese, *tax havens*).

Si tratta, com'è noto, di Stati ove è applicato un livello impositivo molto basso, se non, in certi casi, nullo, sia in virtù del fatto che il loro regime ordinario di tassazione preveda aliquote privilegiate, sia nei casi in cui il regime ordinario sia di livello normale, ma vi coesistano anche regimi preferenziali speciali (per esempio, Free Zones).<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Per un'analisi più approfondita dei requisiti per identificare un Paese a fiscalità privilegiata e/o un regime fiscale speciale, si rimanda al capitolo 2, paragrafo ii) , in tema di presupposti per l'applicazione della CFC rule.

Sia l'Unione Europea che l'OCSE hanno, nel corso del tempo, sviluppato una serie di criteri per identificare questo tipo di Paesi, le cui caratteristiche più comuni sono: l'assenza di trasparenza, la mancanza di scambio di informazioni, il segreto bancario, etc.

Con riferimento allo schema 1, nel caso di base company la società controllante A costituisce la società intermedia B in un Paese a fiscalità privilegiata, allo scopo di beneficiare del basso (o nullo) livello impositivo di tale Paese applicato sui redditi distribuiti dalla società controllata operativa C.

L'intento elusivo dell'operazione è evidente, in quanto la controllata intermedia si rivela nuovamente essere un involucro vuoto, privo, cioè, di qualsiasi consistenza economica, costituita unicamente allo scopo di godere della bassa tassazione vigente nel suo Paese di localizzazione, e di far sfuggire i redditi prodotti dalla controllata operativa dalla tassazione più elevata applicata invece nel Paese di residenza della società controllante.

Entrambi gli schemi di società *conduit* e *base* sono ricollegabili ad una pianificazione fiscale aggressiva adottata dal contribuente, il cui intento elusivo è considerato, dunque, inaccettabile.

Nel successivo paragrafo, saranno analizzate le reazioni degli Stati e della comunità internazionale di fronte ai comportamenti e agli schemi elusivi posti in essere dai contribuenti.

### **III) La comunità internazionale di fronte al problema dell'elusione fiscale. Le clausole anti-abuso all'interno di Convenzioni e Direttive.**

L'elusione fiscale internazionale è un problema che ha assunto una dimensione crescente, accelerata, nell'arco degli ultimi decenni, dallo sviluppo dell'economia globalizzata, fino a giungere a fenomeni economici di recentissima origine, quali, per esempio, l'economia

digitalizzata, che si realizza esclusivamente online, e l'economia collaborativa, che abbatte le frontiere delle tradizionali categorie professionali.<sup>7</sup>

Le amministrazioni fiscali degli Stati si sono trovate nella posizione di dover reagire creando strumenti normativi e di controllo per arginare l'erosione della propria base imponibile, causata da schemi fiscali come quelli descritti nel paragrafo precedente.

Neppure la comunità internazionale è rimasta inerte di fronte alle nuove minacce create dai tipi più aggressivi e sfuggenti di economia moderna.

Sono ben noti e commentati i progetti attivati negli ultimi anni sia da parte dell'Unione Europea, che si è espressa vigorosamente contro la pianificazione fiscale aggressiva e l'elusione fiscale internazionale;<sup>8</sup> sia dell'OCSE, che ha lanciato il celebre *Base Erosion and Profit Shifting Plan*, comunemente denominato BEPS, articolato in numerose azioni volte ad affrontare le tematiche più insidiose in tema di fenomeni elusivi.<sup>9</sup>

Un discorso interessante può essere sviluppato a proposito di come venga trattato il tema dell'elusione fiscale all'interno del Modello di Convenzione OCSE, che, com'è ben noto, costituisce la tipologia più utilizzata di trattato fiscale, non solo fra i Paesi membri OCSE, ma in generale all'interno della comunità internazionale.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Di interessante consultazione è, a tal proposito, la recente Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni. *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*. COM(2016) 356 final, del 2 giugno 2016.

<sup>8</sup> Vedasi, inter alia, la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion*, COM(2012) 722 final, del 6 dicembre 2012.

<sup>9</sup> OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.  
Unità di intenti fra UE e OCSE è stata ribadita nel report ECOFIN pubblicato in data 11 dicembre 2014, n. 16753, dove un lungo paragrafo relativo alla coordinazione fiscale è stato dedicato alle iniziative in ambito BEPS. Significativa appare, per esempio, la seguente dichiarazione (pagina 23): “*The Commission continued discussions on the interaction between the EU Treaty Freedoms and BEPS, devoting during the Italian Presidency a meeting with Member States to discuss CFC rules and Limitation of Benefits (LOB) clauses*”.

Per un'analisi più approfondita concernente il BEPS Plan dell'OCSE (in particolar modo, l'Action 3 sulla CFC rule) e la recentissima Direttiva ATAD si rimanda al terzo capitolo del presente lavoro.

<sup>10</sup> La più recente versione del *Model Tax Convention on Income and on Capital* è stata pubblicata nel luglio 2014 ed è consultabile online sul sito web dell'OCSE (<http://www.oecd.org/ctp/treaties/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2015-full-version-9789264239081-en.htm>). È la forma di trattato fiscale più lunga e completa dal punto di vista delle tematiche coperte e la maggioranza dei Paesi occidentali hanno stipulato, gli uni con gli altri, Convenzioni contro la doppia imposizione redatte sulla scorta del Modello OCSE.

È noto come anche l'ONU abbia sviluppato un proprio modello, ([http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN\\_Model\\_2011\\_Update.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_Update.pdf)), indirizzato in modo specifico ad una

I trattati fiscali, o Convenzioni contro la doppia imposizione, sono stati sviluppati con lo scopo precipuo di evitare la doppia imposizione giuridica (vale a dire, il caso in cui un medesimo contribuente è tassato due volte, sullo stesso reddito, sia da parte dello Stato di residenza sia da parte dello Stato della fonte del reddito, in quanto entrambi pretendono di esercitare la propria potestà impositiva <sup>11)</sup> che costituirebbe una severa limitazione alle operazioni economiche avente carattere transnazionale (o *cross-border*).

L'Italia, come la gran parte degli altri Stati, è al centro di una vastissima rete di trattati fiscali <sup>12)</sup>, la cui composizione, contrattazione e stesura rientrano, normalmente, fra le competenze del Ministero dell'Economia e delle Finanze, con il supporto tecnico da parte dell'Agenzia delle entrate.

L'allocazione del potere impositivo fra gli Stati contraenti costituisce l'obiettivo principale delle Convenzioni, e l'eliminazione della doppia imposizione ne è l'espressa finalità.

Nei trattati fiscali sono, pertanto, stabiliti le regole distributive della potestà impositiva a seconda delle tipologie di reddito considerate e gli strumenti per cancellare l'eventuale doppia imposizione, seguendo una precisa successione di norme, che si sviluppa, generalmente, in una trentina di articoli più un eventuale Protocollo.

Ricollegandosi al discorso affrontato nel paragrafo precedente, il fenomeno del *treaty shopping* si realizza quando avviene una diversione di profitti dal territorio dello Stato che avrebbe potestà impositiva su di essi, per il tramite di un utilizzo improprio del trattato.

Ma se l'elusione fiscale, così determinata e con forza transnazionale, è in grado di abusare dello strumento convenzionale, logica conseguenza dovrebbe essere che i trattati si dotino

---

maggiore tutela della fiscalità dei Paesi in via di sviluppo. Lo svolgimento e i contenuti dei due Modelli sono peraltro molto simili.

<sup>11)</sup> A differenza della doppia imposizione giuridica, casi di doppia imposizione economica si realizzano quando è il reddito ad essere tassato due volte, in capo a soggetti diversi. Esempio classico è quello dei dividendi, che vengono assoggettati ad imposizione fiscale sia in capo alla società che in capo agli azionisti. La risoluzione di eventuali casi di doppia imposizione economica non rientra normalmente fra gli scopi delle Convenzioni. Il Commentario al Modello OCSE prevede, anzi, espressamente che: "*If two States wish to solve problems of economic double taxation, they must do so in bilateral negotiations*".

<sup>12)</sup> Una compiuta panoramica dei trattati stipulati dall'Italia può essere reperita sul sito web del Ministero dell'economia e delle finanze, su questo link: <http://www.finanze.it/opencms/it/fiscalita-comunitaria-e-internazionale/convenzioni-e-accordi/convenzioni-per-evitare-le-doppie-imposizioni/>.

di misure atte a combattere questo fenomeno, e ad arginarne i gravi effetti economici sugli Stati contraenti.

In altre parole, lo scopo di eliminare la doppia imposizione dovrebbe essere accompagnato da un intento anti-elusivo altrettanto espresso, in quanto la concessione dei benefici convenzionali, che pur evitando la doppia imposizione non ostano però al proliferare di comportamenti elusivi da parte dei contribuenti, appare evidentemente non in sintonia con il significato di un trattato internazionale.

A questo proposito, nel corso degli anni alcuni Stati hanno rilevato che l'elusione fiscale e il fenomeno dell'abuso del diritto non fossero considerati in maniera soddisfacente all'interno del Modello OCSE, a partire, per esempio, dalle definizioni stesse di questi concetti fondamentali, che non vengono compiutamente descritti.

Una conseguenza dello scontento ingeneratosi nei Paesi tradizionalmente più all'avanguardia in tema di lotta all'elusione fiscale (vale a dire, sopra tutti, gli Stati Uniti) è stato l'intensificarsi dell'azione del legislatore nazionale nel campo delle misure anti-elusive, introducendo nuove disposizioni interne, o potenziando quelle già esistenti.

Il Modello di Convenzione sviluppato dal Dipartimento del Tesoro americano <sup>13</sup> indirizza un'attenzione peculiare nei confronti della prevenzione dell'elusione ed evasione fiscali, e, com'è noto, ha introdotto una serie di misure, fra cui, la *limitation-of-benefit clause* (cd. clausola LOB), che ha conosciuto poi un rapido diffondersi nella comunità internazionale (causata, senza dubbio, dall'obbligatorietà della sua presenza all'interno dei trattati stipulati dagli Stati Uniti).

Per ciò che concerne il Modello di Convenzione OCSE, invece, il tema dell'uso improprio del trattato è affrontato in modo estensivo solamente nel Commentario, di cui può essere interessante riportare il seguente estratto, tratto dal paragrafo 7 del Commentario all'articolo 1: *“The principal purpose of double taxation conventions is to promote, by eliminating international double taxation, exchanges of goods and services, and the movement of capital and persons. It is also a purpose of tax conventions to prevent tax avoidance and evasion”*.

---

<sup>13</sup> Per maggiori approfondimenti, è consultabile, sul sito web del Ministero del Tesoro statunitense, il seguente link: <https://www.irs.gov/individuals/international-taxpayers/the-u-s-model-income-tax-convention-and-model-technical-explanation>.



La stipula di un trattato fiscale ha, dunque, un espresso duplice obiettivo: l'eliminazione della doppia imposizione internazionale e la prevenzione contro l'elusione e l'evasione fiscale.

I successivi paragrafi del Commentario all'articolo 1 sono dedicati ad una breve analisi dei possibili fenomeni elusivi (fra cui il caso di società *conduit*) e delle contro-misure adottabili dagli Stati contraenti

Nonostante ciò, però, resta il fatto che, per quanto sia di grande rilievo al fini dell'interpretazione dei trattati fiscali stipulati sulla scorta del Modello OCSE, il Commentario non è uno strumento giuridico vincolante.

In altre parole, alla luce della mancanza di riferimenti espliciti all'elusione fiscale nel testo del Modello, resta in capo agli Stati membri della comunità internazionale trovare e adottare, possibilmente in modo multilaterale e condiviso, soluzioni normative che reagiscano in modo efficace contro i fenomeni elusivi.

Tutto questo può innescare, concretamente, due ordini di conseguenze:

- ciascuno Stato adotta all'interno del proprio ordinamento giuridico delle disposizioni normative a carattere anti-elusivo, che applicherà nei confronti dei propri residenti e di chiunque sia comunque soggetto alla sua potestà impositiva. Di contro, le disposizioni nazionali, visti i limiti di efficacia, non avranno carattere vincolante nei confronti degli Stati terzi e potrebbero entrare in contrasto con i trattati internazionali stipulati dallo Stato stesso;<sup>14</sup>
- due (o più) Stati si accordano in sede di contrattazione di un trattato fiscale per l'introduzione di una disciplina anti-elusiva all'interno del testo del trattato stesso. In virtù di ciò, essa sarà vincolante nei confronti degli Stati contraenti in relazione a tutte le tematiche coperte dalla Convenzione.

Pertanto, sebbene il Modello OCSE non contenga una definizione di abuso del diritto, né una disciplina specifica mirata a colpirlo, tuttavia numerose Convenzioni contengono, al loro interno, una serie di misure volte a contrastare le pratiche elusive, fra le quali le più significative sono: la clausola del beneficiario effettivo (*beneficial ownership*), prevista solitamente all'interno degli articoli 10 (tassazione dei dividendi), 11 (interessi) e 12

---

<sup>14</sup> Si rimanda, a questo proposito, al successivo capitolo II paragrafo v) dove è affrontato il tema della possibile incompatibilità della CFC rule con le Convenzioni.

(canoni) del Modello; e la clausola LOB, in genere contenuta nei trattati stipulati dagli Stati Uniti (tra cui la Convenzione con l'Italia, ove una LOB è stata introdotta nell'articolo 2 del Protocollo aggiuntivo).<sup>15</sup>

La clausola del beneficiario effettivo è stata introdotta per la prima volta all'interno dell'articolo 10, paragrafo 2 del Modello OCSE del 1977.

Questo articolo stabilisce che la tassazione convenzionale può essere applicata solo se la persona che percepisce i dividendi è il beneficiario effettivo degli stessi.<sup>16</sup> Analoga disposizione si ripete negli articoli 11 e 12 del Modello.

Il Commentario all'articolo 10 ha cercato di dare un'interpretazione uniforme della nozione di beneficiario effettivo, che possa essere condivisa a livello internazionale.

In generale, si può affermare che, al pari di numerose altre disposizioni elaborate dall'OCSE, anche la clausola del beneficiario effettivo sia da applicare in virtù del principio della prevalenza della sostanza sulla forma (in inglese, *substance over form*), specialmente con finalità di contrastare le pratiche elusive.

Prendendo ad esempio lo schema 1 di cui sopra, appare evidente come la società *conduit* (società B), che pure formalmente riceve i dividendi distribuiti dalla controllata C, non sia il beneficiario effettivo di tali redditi. Tale è, infatti, la società controllante A, che ha ogni interesse economico effettivo nell'attività di C, sopporta eventuali rischi di mercato, etc.

In questo caso, pertanto, per effetto dell'applicazione della clausola anti-elusiva, i benefici convenzionali (tassazione ridotta) del trattato fiscale tra lo stato B e lo stato C non devono essere concessi.

---

<sup>15</sup> UCKMAR, V., CORASANITI G., DE' CAPITANI DI VIMERCATE P., CORRADO OLIVA, C., *Diritto Tributario Internazionale: Manuale*, CEDAM (2012), pp. 56-57. La nuova Convenzione fra Italia e Stati Uniti d'America è stata firmata in data 25 agosto 1999, ratificata con legge n. 20/2009 ed entrata in vigore il 16 dicembre 2009.

<sup>16</sup> Art 10 par. 2: “Dividends paid by a company which is a resident of a Contracting State may also be taxed in that State according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed: a) 5 per cent of the gross amount of the dividends if the beneficial owner is a company (other than a partnership) which holds directly at least 25 per cent of the capital of the company paying the dividends; b) 15 per cent of the gross amount of the dividends in all other cases”.

Il dato formale (il possesso legale della partecipazione nella controllata C da parte dell'intermediaria B) viene superato dalla sostanza delle circostanze, anche alla luce dello scopo delle Convenzioni stesse, che certamente non possono essere manipolate per fini elusivi.<sup>17</sup>

Un breve cenno anche alla clausola LOB è d'obbligo, pur rapido vista la complessità della tematica, che probabilmente richiederebbe un intero lavoro a se stante; ma la sempre più frequente inclusione della medesima all'interno delle Convenzioni e la problematica di una possibile incompatibilità con il diritto tributario europeo richiedono qualche riga sull'argomento.

La clausola LOB è, concretamente, una procedura che si articola in alcuni passaggi, da applicare quasi meccanicamente, per verificare se i benefici convenzionali possono essere concessi a determinate persone, oppure no.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Il Commentario precisa altresì che: *“The term “beneficial owner” is therefore not used in a narrow technical sense (such as the meaning that it has under the trust law of many common law countries), rather, it should be understood in its context and in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance”*.

<sup>18</sup> Si riporta il testo della LOB introdotta nella Convenzione fra Italia e Stati Uniti:

*“Un residente di uno Stato contraente ha diritto a tutti i benefici previsti dalla Convenzione a condizione che detto residente sia:*

*(c) una società, se:*

*(i) tutte le azioni ricomprese nella classe o nelle classi di azioni che rappresentano più del 50 per cento del potere di voto e del valore della società stessa sono oggetto di regolare negoziazione in una borsa valori riconosciuta, oppure*

*(ii) almeno il 50 per cento di ciascuna classe di azioni della società è detenuto, direttamente o indirettamente, da cinque società, o meno, aventi diritto ai benefici ai sensi del punto i), a condizione che, nel caso di possesso indiretto, ciascun possessore intermedio sia una persona avente diritto ai benefici previsti dalla Convenzione ai sensi del presente paragrafo;*

*(d) considerata nel sub-paragrafo 5 (a) (i) dell'articolo 1 del presente Protocollo;*

*(e) considerata al sub-paragrafo 5 (a) (ii) dell'articolo 1 del presente Protocollo, a condizione che più del 50 per cento dei beneficiari, soci o partecipanti della persona siano persone fisiche residenti di uno degli Stati contraenti; oppure*

*(f) una persona diversa da una persona fisica, se:*

*(i) per almeno la metà dei giorni dell'anno fiscale le persone di cui ai commi (a), (b), (c), (d) o (e) possiedono, direttamente o indirettamente (tramite una catena di possesso in cui ciascuna persona ha diritto ai benefici previsti dalla Convenzione ai sensi del presente paragrafo), almeno il 50 per cento di ciascuna classe di azioni o altri diritti dei beneficiari nella persona, e*

*(ii) meno del 50 per cento del reddito lordo della persona per l'anno fiscale è, direttamente o indirettamente, pagato a o maturato da persone che non sono residenti di uno degli Stati contraenti (a meno che il pagamento sia attribuibile ad una stabile organizzazione situata in uno degli Stati), sotto forma di pagamenti deducibili ai fini dell'imposizione sui redditi nello Stato di residenza di detta persona.*

Questo significa che, oltre all'imprescindibile requisito di avere la residenza in uno degli Stati contraenti, le società e le altre persone giuridiche (alle persone fisiche la Convenzione si applica senza eccezione) richiedenti l'applicazione di tali benefici dovranno superare una serie di test volti ad accertare la presenza di legami sostanziali con gli Stati contraenti.

In caso di non superamento dei test, i benefici non saranno, ovviamente, concessi.

A differenza della clausola del beneficiario effettivo, la LOB non è contenuta all'interno del Modello OCSE, ma solo nel Commentario. Ciò nonostante, l'OCSE raccomanda generalmente la sua introduzione all'interno dei trattati, considerandola uno dei mezzi più validi per prevenire l'elusione fiscale.<sup>19</sup>

Questo breve excursus sul contenuto delle Convenzioni vuole rimarcare il fatto che soluzioni anti-elusive siano ricercate e applicate anche attraverso strumenti bi o multilaterali, quindi a seguito di un accordo fra gli Stati contraenti, e non solo a livello dei singoli ordinamenti nazionali.

La volontà comune degli Stati di arginare le strutture elusive poste in essere dai contribuenti trova, pertanto, spazio anche all'interno dei trattati fiscali, con l'intenzione di

---

*3. (a) Un residente di uno Stato contraente non avente altrimenti diritto ai benefici può usufruire dei benefici previsti dalla presente Convenzione relativamente ad un elemento di reddito proveniente dall'altro*

*Stato, se:*

*(i) detto residente è effettivamente impegnato nella gestione di un'attività commerciale o industriale nel primo Stato;*

*(ii) il reddito è collegato o secondario rispetto all'attività commerciale o industriale, e*

*(iii) l'attività commerciale o industriale è sostanziale in relazione all'attività esercitata nell'altro Stato da cui proviene il reddito.*

*(...)*

*4. Un residente di uno Stato contraente non avente altrimenti diritto ai benefici può usufruire dei benefici previsti dalla Convenzione qualora l'autorità competente dello Stato che deve concedere detti benefici stabilisca in tal senso.*

<sup>19</sup> La rigidità applicativa della LOB comporta qualche dubbio sulla sua compatibilità con il diritto comunitario, in quanto potrebbe condurre a situazioni discriminatorie e limitative della libertà di stabilimento. Nella sentenza cd. *Open Skies*, per esempio, relativa ad accordi sul traffico aereo stipulati fra alcuni Paesi UE e gli Stati Uniti, la Corte di Giustizia ha giudicato la LOB non compatibile con il diritto comunitario (sentenza del 5/11/2002, *Commissione vs. Regno Unito, Danimarca, Svezia, Finlandia, Belgio, Lussemburgo, Austria, Germania*, cause C-466/98, C-467/98, C-468/98, C-469/98, C-471/98, C-472/98, C-475/98 e C-476/98.)

colpire con maggiore efficacia i comportamenti abusivi tendenti a sfruttare in modo improprio i benefici convenzionali.

\*\*\*\*\*

Riassumendo quanto sopra detto, lo scopo primario dei trattati fiscali è di allocare i diritti impositivi fra più Stati al fine di evitare la doppia imposizione; ma, al tempo stesso, è altrettanto certo che l'elusione fiscale sia una conseguenza incompatibile con gli obiettivi e il significato delle Convenzioni.

I benefici convenzionali dovranno, perciò, essere riconosciuti solo in capo ai soggetti che ne hanno diritto e negati nei casi in cui la loro concessione, seppure formalmente corretta, conduca ad una lesione degli scopi del trattato.

Si è già detto come, in generale, la politica adottata dall'OCSE è di lasciare agli Stati Membri la concreta risoluzione dei casi di uso improprio delle Convenzioni bilaterali, tramite l'applicazione delle misure anti-elusive nazionali o, meglio ancora, tramite l'introduzione di clausole anti-abusive condivise all'interno dei trattati.

Per ciò che concerne l'Unione europea, il discorso appare, sostanzialmente, simile.

Innanzitutto, non vi sono disposizioni comunitarie che affrontino espressamente la problematica della doppia imposizione giuridica; o, in altri termini, non esiste una "soluzione europea" alla doppia imposizione.

Tale soluzione è, pertanto, rilasciata agli accordi bilaterali o multilaterali stipulati dagli Stati Membri dell'UE, sia fra di loro che con Stati terzi, normalmente sulla scorta dei Modelli OCSE (vale a dire, le Convenzioni vere e proprie, ma anche, in numerosi casi, i cd. *Tax Information Exchange Agreements* (TIEA)). Questi sono accordi dalla struttura molto più semplice e concisa delle Convenzioni, indirizzati esclusivamente ad incentivare lo scambio di informazioni con Stati qualificabili come paradisi fiscali).<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Per una panoramica sui TIEA di cui è parte l'Italia, si può consultare il sito web del Ministero dell'economia e finanze, al seguente link: <http://www.finanze.it/opencms/it/fiscalita-comunitaria-e-internazionale/convenzioni-e-accordi/tiea-tax-information-exchange-agreement/>.

Sulla scorta di quanto stabilito dalla Corte di Giustizia sin dalla sentenza *Avoir fiscal*<sup>21</sup>, gli Stati Membri devono comunque esercitare le competenze che sono ad essi demandate nel rispetto della legislazione comunitaria, ed è loro proibita ogni discriminazione o restrizione delle libertà fondamentali della Comunità/ Unione europea.

Da ciò ne consegue che, nonostante le Convenzioni bilaterali costituiscano l'unico mezzo per eliminare la doppia imposizione anche all'interno dell'UE, in ogni caso le loro disposizioni non possono violare né i principi né la normativa comunitari.

Occorre peraltro precisare che i casi in cui la Corte si è espressa in merito a casi concernenti clausole delle Convenzioni fiscali non sono affatto numerosi.<sup>22</sup>

Riallacciandosi a quanto sopra detto a proposito del fenomeno del *treaty shopping*, casi di comportamenti abusivi a questo similari possono colpire anche il diritto tributario comunitario, e, in particolar modo, le direttive.

Per ciò che concerne l'imposizione diretta, che, com'è noto, a differenza dell'IVA, non è armonizzata, rilevano a questo proposito soprattutto la direttiva Madre/Figlia (n. 90/435/EEC<sup>23</sup>), relativa al regime comune di tassazione di dividendi fra società comunitarie appartenenti ad uno stesso gruppo; e la direttiva Interessi/Canoni (n. 2003/49/EC), che stabilisce un sistema comune di tassazione applicabile agli interessi e

---

<sup>21</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 28/01/1986, *Commissione vs Repubblica francese (Libertà di stabilimento delle assicurazioni- Imposte sulle società a credito fiscale)*, causa 270/83.

Vedasi anche: Corte di Giustizia, sentenza del 12/12/2006, *Test Claimant in Class IV of the ACT Group Litigation vs Commission of Inland Revenue*, causa C-374/04, dove, al paragrafo 81, la Corte si è espressa sull'interazione fra le Convenzioni e il diritto comunitario, stabilendo che: “ *In mancanza di provvedimenti di unificazione o di armonizzazione comunitaria diretti ad eliminare le doppie imposizioni, gli Stati membri restano competenti a determinare i criteri d'imposizione dei redditi al fine di eliminare, se del caso mediante convenzioni, le doppie imposizioni. In tale contesto gli Stati membri sono liberi, nell'ambito delle convenzioni bilaterali, di stabilire gli elementi di collegamento per la ripartizione della competenza fiscale*”.

<sup>22</sup> Come sopra già accennato, una delle sentenze più celebri è la cd. *Open Skies* del 2002.

<sup>23</sup> La direttiva Madre/Figlia, la cui prima versione è stata approvata in data 23 luglio 1990, è stata successivamente emendata numerose volte, ampliandone lo scopo e l'applicabilità dei requisiti, fino ad essere rifiuta in data 30 settembre 2011, nella direttiva 2011/96/UE.

alle royalties corrisposti fra imprese associate localizzate in diversi Stati membri dell'UE.

24

In modo perfettamente speculare a quello che accade nei casi di *treaty shopping*, i contribuenti potrebbero porre in essere comportamenti abusivi tesi a voler beneficiare del regime agevolativo stabilito dalle direttive senza averne diritto; in queste circostanze si usa, pertanto, il termine di *directive shopping*.<sup>25</sup>

Un intenso dibattito in tema di protezione delle direttive da possibili condotte elusive è stato condotto durante il semestre italiano di presidenza del Consiglio, che ha avuto luogo da luglio a dicembre 2014; i lavori si sono concentrati sulla direttiva Madre/Figlia e sull'opportunità, propugnata dall'Italia, di introdurre all'interno del suo articolato una clausola volta a garantire la corretta applicazione della direttiva soprattutto nei casi in cui gli Stati Membri non fossero provvisti, all'interno del loro ordinamento, di proprie misure anti-elusive.

L'accordo sul contenuto di tale clausola è stato raggiunto proprio alla fine della presidenza italiana e con direttiva 2015/121 del Consiglio è stata introdotta, all'articolo 1 comma 2 della direttiva Madre/Figlia, la seguente disposizione<sup>26</sup>: “*Gli Stati membri non applicano i benefici della presente direttiva a una costruzione o a una serie di costruzioni che, essendo stata posta in essere allo scopo principale o a uno degli scopi principali di ottenere un vantaggio fiscale che è in contrasto con l'oggetto o la finalità della presente direttiva, non è genuina avendo riguardo a tutti i fatti e le circostanze pertinenti*”.

---

<sup>24</sup> I testi della legislazione comunitaria possono essere consultati al seguente link: <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=en>

<sup>25</sup> L. DE BROE, cit., pp. 20-39. Il dibattito concernente possibili casi di *directive shopping* è stato più intenso e produttivo con riferimento alla direttiva Madre/Figlia, a proposito della quale possono essere enucleati i seguenti esempi di condotte abusive: 1) una società localizzata in un Paese terzo, per beneficiare della direttiva a cui non avrebbe diritto in quanto soggetto extra-UE, potrebbe costituire una società intermedia *conduit* sul territorio UE, per rispettare così formalmente i requisiti stabiliti dalla direttiva; 2) i contribuenti potrebbero essere indotti ad approfittare dei casi in cui la direttiva è attuata dai vari Stati membri in modo differente (per esempio, alcuni la potrebbero applicare in modo più flessibile, richiedendo soglie partecipative più basse, etc.). In questo caso, le società madri sarebbero invogliate a strutturare le proprie controllate con l'unico intento di sfruttare queste differenze.

<sup>26</sup> Direttiva (UE) 2015/121 del Consiglio del 27 gennaio 2015 che modifica la direttiva 2011/96/UE concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi.

Si tratta di una clausola dal tenore generale (in inglese, *general anti-avoidance rule*, cd. GAAR <sup>27</sup>), la cui valenza si estende, cioè, sull'intero contenuto della direttiva Madre/Figlia, per effetto della quale gli Stati membri non dovranno concedere i benefici della stessa nei casi di strutture societarie non genuine, o *conduit companies* (vale a dire, che non riflettono una valida realtà economica e non sono autentiche).

Nei consideranda che introducono il nuovo articolato, la clausola è definita una “*norma minima comune antiabuso*”, in ciò delineando la sua valenza primaria di norma tesa a proteggere la direttiva nei casi in cui la legislazione tributaria dei singoli Stati non offra altrettante tutele contro le condotte elusive. Ciò può verificarsi sia nel caso in cui all'interno degli ordinamenti nazionali manchino le misure anti-elusive, sia nel caso in cui ve ne siano, ma abbiano un contenuto minimo inferiore a quello offerto dalla clausola in questione.

Nel caso contrario, vale a dire qualora la legislazione anti-elusiva nazionale sia di portata più ampia, sarà questa a trovare applicazione.

Il comma 4 dell'articolo 1 della direttiva 2015/121 precisa, infatti, che: “*La presente direttiva non pregiudica l'applicazione di disposizioni nazionali o convenzionali necessarie per evitare l'evasione fiscale, la frode fiscale o l'abuso*”.

Un discorso analogo a quello condotto e portato a termine nel 2014 sulla direttiva Madre/Figlia è in corso di svolgimento a proposito della direttiva Interessi/Canoni, di cui era stata proposta una rifusione già nel 2011 <sup>28</sup>.

In questa proposta erano contenute ben due misure a carattere anti-elusivo:

- all'articolo 1, comma 1, la clausola dell'effettivo assoggettamento ad imposizione dei redditi; <sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Si rimanda al capitolo successivo per un maggiore approfondimento sulle clausole anti-elusive generali e speciali all'interno degli ordinamenti tributari.

<sup>28</sup> Proposta di direttiva del Consiglio concernente il regime fiscale comune applicabile ai pagamenti di interessi e di canoni fra società consociate di Stati membri diversi (rifusione), COM(2011) 714 definitivo, 11/11/2011.

<sup>29</sup> Il requisito dell'effettivo assoggettamento ad imposizione (in inglese, *Minimum effective taxation*, MET) imporrebbe un livello minimo di tassazione effettiva nel Paese di residenza della società che riceve il pagamento degli interessi o delle royalties, per evitare casi in cui, in virtù di una tassazione troppo bassa in questo Paese (pur trattandosi di uno Stato membro dell'UE), la concorrenza risulti distorta.



- all'articolo 4, una clausola generale anti-abuso.

La proposta non è stata ancora approvata e probabilmente sarà oggetto di ulteriori modifiche.

Ciò nonostante, l'inserimento di una clausola minima anti-abuso speculare a quella introdotta nella direttiva Madre/Figlia anche all'interno della direttiva Interessi/Canoni appare, quanto meno, auspicabile.

In conclusione, nella prospettiva dell'Unione europea, pur se manca armonizzazione in materia di doppia imposizione, altrettanto non può dirsi in relazione alla tematica dell'elusione fiscale, in quanto le istituzioni europee si sono dimostrate altrettanto decise che i singoli Stati e l'OCSE nel condannare il fenomeno e nel cercare mezzi di reazione.

Da una parte, si evidenzia lo sforzo fatto per introdurre già all'interno della legislazione comunitaria armonizzata una misura anti-elusiva come la GAAR inserita nella direttiva Madre/ Figlia. Sotto un secondo punto di vista, negli ultimi anni le istituzioni europee hanno a gran voce espresso il proprio allarme nei confronti dell'espansione dei fenomeni elusivi, invitando gli Stati Membri ad impegnarsi maggiormente nella lotta contro i medesimi; con ciò dimostrando di procedere in perfetto parallelismo con le iniziative adottate in ambito OCSE (il che appare inevitabile se si considera la comune appartenenza di molti dei singoli Paesi coinvolti).

## **CAPITOLO SECONDO. LE MISURE ANTI-ELUSIVE ALL'INTERNO DEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI NAZIONALI. LA DISCIPLINA CFC.**

### **D) Introduzione. Le misure anti-elusive: la clausola generale e le clausole speciali.**

Come si è già detto, i contribuenti possono strutturare le proprie attività in modo tale da riuscire a minimizzare i loro obblighi fiscali; di conseguenza, la pianificazione fiscale non deve sempre essere, invariabilmente, giudicata illegittima.

Nei casi in cui sia riconosciuta tale, l'amministrazione fiscale può, però, disconoscere la forma legale attribuita alle operazioni poste in essere dai contribuenti, se il loro scopo principale è quello di eludere l'imposizione, in applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma.

La reazione dell'amministrazione finanziaria si realizza attraverso l'applicazione delle misure fiscali anti-elusive, fra le quali si distinguono:

- la clausola generale anti-abuso (cd. GAAR), e
- le misure speciali (in inglese, *specific anti-avoidance rules*, cd. SAAR).

La clausola generale anti-abuso ha l'obiettivo di disconoscere determinati benefici fiscali nel caso in cui ci sia rischio di abuso.

Si è già trattato nel capitolo precedente dell'inserimento di una GAAR all'interno della direttiva Madre/ Figlia e del suo significato; ma anche i sistemi tributari nazionali si dotano, talvolta, di una clausola di simile tenore.

Si può citare, come esempio, proprio il caso dell'Italia, nel cui ordinamento è stato recentemente introdotto (per opera del decreto legislativo 5 agosto 2015, n. 128) un nuovo articolo 10-bis all'interno dello Statuto del contribuente (Legge 27 luglio 200, n.

212), contenente, per l'appunto, una “*disciplina dell’abuso del diritto o elusione fiscale*”.

30

Ai sensi del nuovo articolo 10-bis, pertanto:

*“ 1. Configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti. Tali operazioni non sono opponibili all'amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni.*

*2. Ai fini del comma 1 si considerano:*

*a) operazioni prive di sostanza economica i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali. Sono indici di mancanza di sostanza economica, in particolare, la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato;*

*b) vantaggi fiscali indebiti i benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario.*

*(...)*

*4. Resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale.*

*5. Il contribuente può proporre interpello ai sensi dell'articolo 11, comma 1, lettera c), per conoscere se le operazioni costituiscano fattispecie di abuso del diritto.*

*(...)*

*12. In sede di accertamento l'abuso del diritto può essere configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie”.*

---

<sup>30</sup> Com'è noto, in precedenza non esisteva una clausola generale anti-abuso all'interno dell'ordinamento italiano e le condotte dei contribuenti considerate elusive venivano attaccate dall'amministrazione finanziaria tramite il famoso articolo 37-bis del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, la cui applicazione era, però, limitata ad un numero chiuso di operazioni, ivi elencate. L'utilizzo spesso improprio dell'articolo 37-bis è stato più volte censurato dalla Corte di Cassazione (vedasi, inter alia, la sentenza n. 1372 del 21 gennaio 2011), fino a che la stessa Corte, sulla scorta della giurisprudenza comunitaria (sentenza *Halifax*, 21 febbraio 2006, causa C- 255/02) ha compiuto alcune puntuali valutazioni sul principio di abuso del diritto, invitando l'amministrazione fiscale a trovare una giusta linea di confine tra pianificazione fiscale eccessivamente aggressiva e la libertà di scelta delle forme giuridiche, soprattutto quando si tratta di attività d'impresa.

L'accento è posto sulla mancanza di sostanza economica delle operazioni realizzate dal contribuente e sul conseguente disconoscimento dei vantaggi fiscali ottenuti, in quanto indebiti.

È importante sottolineare come si possa ricorrere alla categoria dell'abuso del diritto, in sede accertativa, solo qualora le operazioni contestate non violino specifiche norme tributarie, e non siano quindi censurabili in tal senso.

Al contribuente è data facoltà di presentare all'amministrazione finanziaria un'istanza di interpello, al fine di poter descrivere la propria situazione e di ottenere una valutazione favorevole in merito alla genuinità delle transazioni poste in essere, in modo da scongiurare lo spettro dell'elusività.

Si tratta di una nuova tipologia di interpello, introdotta ad hoc (a differenza dell'interpello CFC, pur oggetto, a sua volta, di recenti modifiche <sup>31</sup>) sulla cui efficacia forse è ancora troppo prematuro esprimersi (in realtà, appare prematura al momento qualsiasi valutazione anche in merito all'intera novità legislativa, non dimenticando che il tema dell'abuso del diritto è delicatissimo e spesso generatore di notevole confusione). <sup>32</sup>

Per quanto concerne le SAAR, si tratta di disposizioni normative introdotte dagli Stati indirizzate contro determinati comportamenti/ determinate tipologie di operazioni od attività realizzate dai contribuenti, che vengono inquadrare nell'ambito di una strategia elusiva meritevole di censura.

Le misure speciali anti-elusive sono molto diffuse e il loro potenziamento da parte degli ordinamenti nazionali è caldeggiato sia dalla Commissione europea che dall'OCSE.

Le principali SAAR presenti all'interno degli ordinamenti tributari sono notoriamente: la normativa sulle società controllate estere (in inglese, *controlled foreign companies*, cd. CFC rule), la *switch-over clause*, la *thin capitalisation rule*, il *transfer pricing*, l'*exit tax*, e altre norme volte a contrastare l'utilizzo dei paradisi fiscali.

---

<sup>31</sup> Si rimanda al successivo paragrafo iii) per un'analisi delle nuove procedure in merito all'interpello CFC, che è presente nell'ordinamento italiano sin dall'introduzione di questa disciplina anti-elusiva.

<sup>32</sup> Sul tema, vedasi, per maggiori considerazioni, M. GREGGI, *The Dawn of a General Anti Avoidance Rule: The Italian Experience* (December 30, 2015), reperibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2709304>

Nel prosieguo di questo lavoro, l'attenzione verrà, però, concentrata sulla CFC rule, in ragione del fatto che questa costituisce una delle misure anti-elusive di più risalente data, ma, al tempo stesso, la sua formulazione ed interpretazione hanno conosciuto, nel corso degli anni, un'evoluzione, che è indice del costante grado di importanza che questa normativa continua ad esercitare nella legislazione fiscale internazionale.

## II) La disciplina delle società controllate estere (CFC rule). Principi generali

Riprendendo il discorso già affrontato nel primo capitolo, si rammenta che la CFC rule è stata introdotta con lo scopo di reagire agli schemi di *base company*, quelli, cioè, in cui il contribuente si avvale della legislazione fiscale agevolata (o nulla) di un terzo Stato per poter evitare l'applicazione delle più elevate imposte previste nel proprio Paese.

La misura anti-elusiva colpisce, infatti, le situazioni in cui un residente abbia costituito o comunque mantenga il controllo di una società localizzata in un paradiso fiscale al (solo) scopo di sottrarre redditi dalla sovranità fiscale del proprio Stato di residenza.

Gli Stati Uniti sono stati i primi ad introdurre la CFC rule all'interno del loro ordinamento tributario, già nel 1962. Il Canada e la Germania hanno seguito nel 1972, la Francia nel 1980, il Regno Unito nel 1984 e l'Italia nel 2000.<sup>33</sup>

L'OCSE ha apertamente incoraggiato i suoi membri ad adottare la misura CFC sin dalla pubblicazione del report sulla competizione fiscale aggressiva, nel 1988<sup>34</sup>, dove veniva descritto il problema dell'utilizzo dei paradisi fiscali e dei regimi speciali privilegiati

---

<sup>33</sup> Interessanti spunti e informazioni in tema di fiscalità internazionale sono sempre forniti dai “*Cahiers de droit fiscal international*” pubblicati dalla International Fiscal Association (IFA) sin dal 1938.

In tema di regimi fiscali privilegiati, vedasi, in particolare: IFA, Cahier de droit fiscal International, San Francisco Congress 2001, “*Limits of the use of low-tax regimes by multinational business*”, General Report by B.J. Arnold and P. Dibout, pp. 25-89.

In tema di CFC, IFA Cahier de droit fiscal international, Copenhagen Congress 2013, “*The taxation of foreign passive income for groups of companies*”, General Report by M. DAHLBERG e B. WIMAN, pp. 19-56.

<sup>34</sup> OECD, *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue* (OECD, 1998).

come mezzo per poter eludere la tassazione nazionale, e dove venivano suggerite possibili misure per reagirvi, fra cui, per l'appunto, la CFC rule.

La disciplina sulle società controllate estere non costituisce, perciò, un argomento di assoluta novità; ma ritengo interessante il fatto che, nonostante la sua primaria introduzione risalga ormai a più di cinquant'anni fa, con lo scopo di arginare fenomeni elusivi già in atto in quel periodo storico-economico; essa rimanga ad oggi una delle misure anti-elusive più valide, nonostante i profondi cambiamenti che sono intervenuti nel frattempo nel panorama economico mondiale.

In questo paragrafo verranno descritti i tratti salienti della CFC rule e le sue varie sfaccettature. Nel paragrafo successivo sarà quindi esaminata la disciplina italiana.

\*\*\*\*\*

Con l'applicazione della disciplina CFC si intende, in sostanza, prevenire o limitare la possibilità dei residenti di un determinato Paese di costituire società estere in territori a bassa fiscalità per eludere o posticipare (spesso senza termine) la tassazione domestica.<sup>35</sup>

Lo scopo primario della norma è di attribuire direttamente i redditi della società controllata estera al soggetto residente che ne detiene la partecipazione.

L'estrema peculiarità di questa disciplina è evidente: la "CFC" è un soggetto passivo d'imposta non residente e separato dalla società controllante; di solito si tratta di una società, regolarmente costituita secondo le forme giuridiche proprie del Paese di localizzazione.

In altri termini, l'applicazione della disciplina CFC fa sì che le consuete barriere determinate dalla personalità giuridica dei soggetti coinvolti siano abbattute, e il reddito di una società sia attribuito coattivamente ad un'altra società, in presenza di certi requisiti.

36

---

<sup>35</sup> B.J. ARNOLD, P. DIBOUT, op. cit.

<sup>36</sup> M., PAGANUZZI, *La CFC legislation*, pp. 343-364, in SACCHETTO C. (a cura di), *Principi di diritto europeo e internazionale*, Giappichelli (2011).

Generalmente parlando, infatti, la normativa tributaria in vigore nella maggior parte degli Stati prevede che i redditi realizzati dalle società estere controllate dalle società residenti non siano tassabili nello Stato di residenza dei soci fino a che non vengono distribuiti; questo accade proprio in virtù del fatto che le società estere sono considerate entità separate, i cui profitti sono sottoposti alla sovranità fiscale del Paese in cui esse sono residenti.<sup>37</sup>

Ma se il carico fiscale imposto nello Stato di residenza della CFC è inferiore a quello imposto nello Stato di residenza del soggetto controllante, il concreto pericolo che ne consegue è che, per effetto della (sistematica) delocalizzazione delle società controllate in Paesi a fiscalità privilegiata, la base imponibile dello Stato dell'entità controllante ne risulti gravemente erosa.<sup>38</sup>

L'introduzione e l'applicazione della CFC rule mirano ad arginare i fenomeni di erosione della base imponibile nazionale, tassando i redditi delle controllate in capo al socio, nonostante, formalmente, si tratti di entità separate e, quanto meno sulla carta, autonome.<sup>39</sup>

I modelli di attribuzione del reddito della CFC al soggetto residente sono, solitamente, di due tipi: il cd. *piercing the veil approach*, in base al quale lo Stato di residenza del socio considera il reddito della società estera come realizzato direttamente dalla società controllante, secondo un metodo di imputazione e tassazione per trasparenza; e il cd. *deemed distribution of dividends approach*, in base al quale il reddito della CFC è tassato in capo al socio come se fosse un utile distribuito, a prescindere dal fatto che la distribuzione abbia effettivamente avuto luogo.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> AIGNER H-J., SCHEUERLE U., STEFANER M., *General report*, pp. 15-62, in LANG, M. (a cura di), *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law* EUCOTAX Series on European Taxation, Kluwer Law International (2004).

<sup>38</sup> Un documento di recente data che svolge un'interessante riflessione sul fenomeno dell'erosione delle basi imponibili nazionali è il report OCSE del 2013, *Addressing Base Erosion and Profit shifting* (2013, OECD Publishing) introduttivo del piano BEPS, pubblicato nel medesimo anno.

<sup>39</sup> La mancanza di autonomia effettiva della CFC è, in realtà, uno dei requisiti su cui puntare l'attenzione per dimostrare che, nonostante essa si presenti con una propria personalità giuridica separata, la sua attività è indirizzata e condotta in tutto e per tutto dalla volontà della sua controllante.

<sup>40</sup> M., PAGANUZZI, op. cit., p. 347-348.

Prima di analizzare più approfonditamente i requisiti fondamentali della CFC rule, una breve riflessione sul suo scopo (o meglio, scopi), sulla scorta di quanto già detto nel primo capitolo, appare necessaria.

Da un punto di vista fiscale, la localizzazione della CFC in un Paese estero produce come conseguenza il fenomeno del *tax deferral*, vale a dire, che i redditi della società controllata non vengono tassati in seno alla controllante fino al momento della loro distribuzione. In altri termini, la tassazione nel Paese di residenza della società madre viene posticipata in maniera indefinita, in attesa, appunto, che i dividendi le siano distribuiti. Da ciò consegue un netto risparmio d'imposta a favore della controllante stessa.

Appare evidente che qualora, invece, controllante e controllata fossero localizzate nel medesimo ordinamento, il deferimento non avrebbe luogo, perché i redditi della controllata sarebbero tassati nel momento della loro realizzazione.

Nella maggior parte dei casi, però, il fatto che la controllata sia residente in un Paese a fiscalità privilegiata ha come conseguenza un risparmio d'imposta immediato: tali redditi scontano un basso o nullo livello impositivo in tale Paese, mentre la tassazione nello Stato di residenza della controllante è posticipato sino alla distribuzione (che, s'intende, potrebbe non avvenire per un lungo periodo; normalmente, la società controllante non ha alcun interesse a percepire i dividendi esteri e a sottoporli a tassazione. La distribuzione dei dividendi può essere posticipata nell'attesa, per esempio, che l'aliquota fiscale interna si abbassi o che venga introdotta qualche agevolazione).

Il *tax deferral* delle imposte dovute nello Stato di residenza non va condannato in ogni caso e a prescindere dalla valutazione delle singole circostanze concrete, perché è perfettamente lecito che i contribuenti cerchino di conseguire un risparmio d'imposta, qualora legittimo.

Esso è, però, considerato inaccettabile quando i redditi della società controllata estera non derivano dall'esercizio di un'attività economica genuina; vale a dire, quando la società estera è una mera *conduit/ base entity* localizzata in un determinato Paese al solo scopo di beneficiarne del regime fiscale agevolato.

In altre parole, qualora la delocalizzazione della CFC sia effettiva e legata a scelte di pianificazione reali da parte delle imprese, il conseguente vantaggio fiscale, in termini di



differimento d'imposta, non deve necessariamente assumere connotati di disvalore agli occhi delle amministrazioni finanziarie.

Quando sono, invece, rintracciabili finalità abusive (l'ubicazione all'estero della controllata è fittizia, essa non esercita alcuna attività economica, ma è una costruzione puramente artificiale, etc.<sup>41</sup>), l'applicazione della disciplina CFC mira ad arginare il fenomeno dell'indebita distrazione dei profitti della controllata dal territorio dello Stato di residenza del soggetto controllante, assumendo così una valenza spiccatamente anti-elusiva.

Una riflessione approfondita sulla ratio della CFC rule e sulla serie di profili critici che si possono delineare appare necessaria; ma la comprensione sarà migliore, a mio avviso, una volta esaurita l'analisi del contenuto della misura stessa, con riferimento sia ai requisiti generali, sia alle peculiarità della disciplina italiana. Fondamentale è, altresì, inquadrare la posizione della giurisprudenza (nazionale e comunitaria) in merito ai possibili rischi di incompatibilità della disciplina CFC.

Per queste ragioni, il discorso è rimandato al capitolo finale del presente lavoro.

\*\*\*\*\*

Appare qui di rilievo fare una rapida analisi generale dei requisiti fondamentali della disciplina CFC soprattutto alla luce del fatto che i medesimi requisiti costituiscono sostanzialmente il nucleo di questa regola ovunque essa sia applicata.

Sebbene all'interno degli ordinamenti nazionali possano esservi apportate piccole modifiche o fatte delle aggiunte peculiari ai singoli sistemi tributari, i capisaldi sui quali si fonda la CFC rule sono costituiti:

---

<sup>41</sup> Riferimento ai requisiti elencati dalla Corte di Giustizia nella nota sentenza *Cadbury Schweppes*, caposaldo della giurisprudenza comunitaria in tema di CFC rule, di cui si tratterà ampiamente nel successivo paragrafo vi).

- dalla partecipazione qualificata detenuta dal soggetto residente in una società localizzata in un Paese a fiscalità privilegiata;
- dalla tipologia di redditi conseguiti dalla società estera.

Da ciò ne conseguono una serie di valutazioni: come determinare una partecipazione qualificata; cosa si intende con la terminologia “paradisi fiscali” o “Paesi a fiscalità privilegiata”; e quali (se non tutte) tipologie di redditi della CFC devono essere oggetto di maggiore attenzione, in quanto sottoposti a maggiori rischi di elusione fiscale.

Il rapporto che collega il soggetto residente con quello estero è il primo requisito per l'applicazione della disciplina CFC.

Si può dire, in generale, che il soggetto residente debba avere un interesse nell'entità estera e che questo interesse debba assumere una certa qualificazione giuridica, nel rispetto delle regole stabilite dai singoli ordinamenti tributari.

Normalmente si richiede che il soggetto residente abbia la capacità e l'autorità di influenzare le decisioni manageriali e di indirizzare lo svolgimento dell'attività della società estera, il che conduce, quasi inevitabilmente, alla necessità che la società residente eserciti una forma di controllo su quella estera.

Cosa significhi “controllo” dipende, naturalmente, dalla definizione datane dalle legislazioni nazionali. In linea generale, però, è richiesto che il socio residente detenga una percentuale di partecipazione nel capitale della società estera sufficiente a permettergli di incidere effettivamente sulle scelte strategiche della controllata.

Esempio tipico è la capacità di decidere se distribuire o meno i profitti della CFC: solitamente, una simile decisione spetta al socio che detiene una partecipazione di maggioranza nel capitale sociale (più del 50 per cento), vale a dire, che esercita un “controllo di diritto” sulla gestione della CFC.

Si possono poi profilare i casi di altri soggetti residenti che: o detengono una certa percentuale non maggioritaria di partecipazione, in termini di diritti di voto, nella CFC; o hanno la capacità di esercitare comunque una certa influenza tramite accordi e vincoli contrattuali (cd. controllo di fatto).<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> Si rimanda al paragrafo successivo per un'analisi più dettagliata del requisito del controllo così come richiesto per l'applicazione della disciplina CFC in Italia, ai sensi dell'articolo 167 del TUIR.

Le scelte effettuate dai singoli Paesi della comunità internazionale variano notevolmente,<sup>43</sup> ma è interessante notare come il requisito del controllo inteso come possesso della maggioranza delle partecipazioni (più del 50 per cento delle azioni nella società estera) non sia richiesto nella maggior parte dei Paesi che hanno adottato una CFC rule.

Numerosi Stati applicano una soglia partecipativa inferiore al 50 per cento, il che significa che, apparentemente, il socio residente non avrebbe abbastanza diritti per prendere decisioni circa la distribuzione dei profitti o relativamente alla gestione della società controllata.

Ma non può essere ignorato il fatto che, qualora tale soglia fosse sempre fissata come requisito applicativo, sarebbe altrettanto facilmente aggirabile, da parte del soggetto residente, semplicemente riducendo la propria quota partecipativa al di sotto del 50 per cento, al solo fine di eludere l'applicazione della CFC rule.

D'altra parte, il soggetto residente può essere in grado di esercitare un'influenza determinante sulla controllata pur detenendo soglie partecipative più basse, in virtù di criteri alternativi (vincoli contrattuali, possibilità di scegliere i membri del Consiglio di Amministrazione della CFC, etc.).

In conclusione, appare importante trovare un bilanciamento che permetta l'applicazione della norma anti-elusiva ogni qualvolta un comportamento abusivo sia posto in essere, senza forse limitare il concetto di controllo entro parametri giuridici troppo stretti.

Un secondo caposaldo della CFC rule è la localizzazione della società controllata in un Paese estero, solitamente considerato un paradiso fiscale, o *tax haven*.

In realtà, in tema di identificazione delle CFC, agli Stati si prospetta la possibilità di percorrere strade diverse, scegliendo fra due prospettive: se applicare la misura anti-elusiva solo alle società estere localizzate in Paesi a fiscalità privilegiata o in Paesi dove sono comunque vigenti regimi fiscali preferenziali (cd. *designated jurisdiction approach*);

---

<sup>43</sup> Vedasi l'analisi svolta sul requisito del controllo in tema di CFC in: BADER, R.G., *CFC Legislation in the European Union and the Alternative CSC Concept*, tesi di dottorato presso l'Università di Tilburg, 2012, pp. 257-265 e pp. 518-520 (reperibile a questo link: <https://pure.uvt.nl/portal>).

o se applicarla a tutte le società estere controllate da soggetti residenti, indipendentemente dal livello di tassazione scontato nel Paese di localizzazione (cd. *global approach*).<sup>44</sup>

Le conseguenze di questa scelta non sono indifferenti, perché entrambi i metodi prevedono una serie di ulteriori approfondimenti, prima di procedere all'applicazione della CFC rule.

Nel caso del *designated jurisdiction approach*<sup>45</sup> l'attenzione del legislatore nazionale si concentra, innanzi tutto, sulla base territoriale del reddito della CFC e procede poi a determinare i criteri per l'identificazione dei Paesi a fiscalità privilegiata e dei regimi fiscali speciali.

Ordinariamente gli Stati identificano i *tax haven* comparando la giurisdizione tributaria estera con il proprio regime interno, tramite l'applicazione di criteri oggettivi a carattere fiscale (per esempio, prendendo a riferimento le aliquote fiscali o le deduzioni dalla base imponibile) o a carattere non fiscale (per esempio, la mancanza di scambio di informazioni)

Sulla base di questi elementi, alcuni Stati procedono alla redazione di veri e propri elenchi di giurisdizioni estere, le cd. *black* o *white list*, a seconda se la lista serve ad identificare i Paesi "cattivi" o quelli "collaborativi".

Come si vedrà anche nel paragrafo successivo, dove si analizzerà l'applicazione della disciplina CFC in Italia, il sistema imperniato sulle liste presenta al tempo stesso vantaggi e svantaggi, che gli Stati devono prendere in considerazione prima di decidere se ricorrere a tale sistema oppure se optare per criteri alternativi.

Avere a disposizione un elenco compiuto di Paesi dona un certo grado di certezza sia ai contribuenti che all'amministrazione finanziaria, in fase di pianificazione fiscale come in fase di successivi controlli.<sup>46</sup>

I contribuenti residenti sono, infatti, messi in condizione di sapere perfettamente sin dal principio che, qualora decidano di localizzare una propria controllata in uno dei Paesi elencati nella *black list*, si troveranno a dover applicare la CFC rule e a tassare per trasparenza i redditi della medesima società estera.

---

<sup>44</sup> L. DE BROE, op. cit., pp. 125 e ss.

<sup>45</sup> Applicato, per esempio, in Italia, in Francia e nel Regno Unito.

<sup>46</sup> Nonché in sede di interpello disapplicativo, qualora questo istituto sia presente nell'ordimento interno, come nel caso dell'Italia.

L'amministrazione finanziaria, da parte sua, potrà svolgere i propri controlli a colpo sicuro, perché la scelta circa quali regimi siano da considerare a fiscalità privilegiata e quali no è stata, per l'appunto, fatta a monte, solitamente in sede politica.

Una volta compiuta questa scelta e introdotta la *black list* nell'ordinamento interno, un problema non insignificante che, a mio modo di vedere, può però ingenerarsi, è relativo all'aggiornamento della lista stessa, vale a dire la necessità costante che essa sia monitorata al fine di verificare se i Paesi ricompresi non debbano successivamente uscirne, per varie ragioni.

L'esempio più classico è il caso in cui uno Stato sia considerato un regime privilegiato in ragione del fatto che nel suo ordinamento vige il segreto bancario ed esso non scambi informazioni fiscali con gli altri Paesi della comunità internazionale; tipicamente, questo significa che tale Stato non ha stipulato Convenzioni contro la doppia imposizione.

Vista l'importanza estrema che è stata data, negli ultimi anni, alla trasparenza e alla chiarezza degli ordinamenti tributari, al punto di diventare requisiti imprescindibili per non essere lasciati ai margini della comunità internazionale, numerosi Paesi hanno superato le proprie posizioni tradizionalmente restie a scambiare informazioni, e hanno stipulato trattati fiscali bilaterali e multilaterali.

Un secondo esempio potrebbe essere il caso di un ordinamento che modifichi il proprio sistema di tassazione, aumentandone il carico; oppure, in senso avverso, che introduca un regime speciale che, derogando al livello impositivo ordinario, conceda importanti agevolazioni fiscali.

In altre parole occorre che l'attenzione sul contenuto della lista sia mantenuta alta, e che, quando necessario, si proceda a modificarla, per evitare che essa si riduca ad un involucro datato, che non rispecchia il reale stato delle cose e delle relazioni fra i vari Paesi (com'è parzialmente accaduto in Italia).

Una volta stabilito se il Paese estero è un *tax haven* oppure no, tutti i redditi della CFC ivi localizzata sono sottoposti a tassazione in capo al soggetto residente, generalmente in proporzione alle quote partecipative detenute dallo stesso nella CFC.

In altri termini, l'elemento che ha assoluta rilevanza in questo caso è l'ordinamento (*jurisdiction*) estero, e non la composizione dei redditi esteri: tutto il reddito della CFC viene imputato al soggetto residente.<sup>47</sup>

Nel caso di adozione del metodo denominato *transactional approach*<sup>48</sup>, il focus si sposta invece sulla determinazione dei redditi della società controllata, in quanto non tutti i redditi verranno presi in considerazione ed imputati al socio residente, ma solo quelli che generano effettivamente sospetti di elusione fiscale.

In base al metodo *transactional*, sono imputati per trasparenza solo quei redditi o quella parte di reddito derivanti da attività diverse dall'esercizio di effettive attività d'impresa.

Si distingue così fra l'"active income", che può essere normalmente indentificato con le attività di tipo industriale o commerciale; e i "passive (o *tainted*) income", vale a dire redditi che derivano da investimenti estremamente mobili che possono essere facilmente delocalizzati all'estero.

Nel caso in cui uno Stato opti per l'adozione del *transactional approach*, dunque, non dovrebbe prendere in considerazione l'active income della CFC nella quantificazione ed imputazione del reddito della stessa al soggetto controllante, ma solo i redditi passive, quali, per citare gli esempi più comuni, dividendi, royalties, rendite, etc.; nonché i cd. *base company income* (vale a dire, i redditi che la CFC consegue da parte di società correlate. Di solito, negli schemi classici di società *base*<sup>49</sup>, si tratta o di dividendi ed altri tipi di passive income distribuiti dalle società operative, o di servizi infragruppo prestati dalla CFC stessa all'interno del gruppo).

Per contro, qualora trovi applicazione il metodo *jurisdictional approach*, gli Stati assoggetteranno a tassazione l'intero reddito realizzato dalla CFC, indipendentemente dalle diverse fonti che l'hanno generato (quindi, sia che si tratti di effettiva attività economica sia di mero godimento di beni immateriali).

---

<sup>47</sup> Questo approccio è anche definito "*entity method*", proprio nel senso che si fa riferimento all'attività e ai redditi complessivi della società estera. Vi sono casi di Stati che hanno adottato un metodo misto fra il *jurisdictional* e il *transactional approach*, per cui se è vero che la CFC deve essere localizzata in un Paese a fiscalità privilegiata, ad ogni modo i redditi imputati al soggetto residente sono solo quelli *passive* (per esempio, la Germania).

<sup>48</sup> Applicato, per esempio, negli USA e in Canada.

<sup>49</sup> Vedasi schema n. 1, capitolo I, paragrafo III, i).

È probabilmente opportuno fare qui qualche breve riflessione sulla natura dei redditi della CFC, per cercare di identificare meglio quali sono i sospetti di elusione fiscale che possono ingenerarsi.

La tendenza complessiva, avvalorata anche dall'OCSE, è che l'attenzione della legislazione tributaria nazionale debba concentrarsi a colpire i passive income, in quanto: *“(...) highly mobile and/ or “passive” income should be attributed to shareholders because it is likely to have been diverted away from the parent jurisdiction or a third jurisdiction and into the CFC jurisdiction. CFC rules generally achieve this principle by defining CFC income to include, at a minimum, interest, royalties, and dividends, and by excluding “active” income that was earned in the course of an active trade or business from the definition of CFC income”*.<sup>50</sup>

In generale, si può dire che i passive income sono i redditi che non vengano generati da un'attività economica operativa, di tipo industriale o commerciale; e che, pertanto, hanno caratteristiche di forte immaterialità e mobilità. In altri termini, i passive income derivano dalla naturale produttività del bene o asset sottostante, com'è tipico delle attività finanziarie legate ad investimenti, mutui, licenze, etc.

Gli active income derivano, invece, tradizionalmente da business dove si realizza un ciclo economico produttivo, o tratti di esso (acquisto/produzione/vendita, o anche la sola commercializzazione, per esempio).

I redditi da servizi costituiscono una categoria al limite, perché, sebbene manchi la concretezza di un'attività produttiva o industriale, solitamente si realizza comunque un business di una certa definitezza, quali sono, per esempio, consulenza, tesoreria, servizi IT, servizi di intermediazione, etc.

Il livello di allerta su possibili condotte elusive nel caso di active income è attenuato dal fatto che, tipicamente, appare più facile che la CFC eserciti un'attività economica reale e non sia una costruzione artificiale, in termini di (si potrebbe dire) tracce fisiche concrete che questo tipo di attività solitamente lascia.

---

<sup>50</sup> OECD 2015, *BEPS Action 3: Strengthening the CFC rules*, Public discussion draft (12 maggio 2015), p. 35 e seguenti: questo documento offre alcuni spunti di riflessione sulla CFC rule e approfondimenti, che non sono poi stati del tutto traslati nel Report finale pubblicato alla fine del 2015.

È significativo, in questo senso, che le prove richieste al contribuente per dimostrare la legittimità della sua condotta e disapplicare la CFC rule, siano, normalmente, più leggere nel caso di realizzazione di active income, e aggravate nel caso di passive income (anche qualora, come nel caso dell'Italia, venga applicato il metodo *jurisdictional*).

Da un punto di vista fiscale, il dato maggiormente rilevante è, in ogni caso, che il trasferimento all'estero delle attività delle società controllate produce uno spostamento di sovranità tributaria dal Paese di residenza del soggetto controllante al Paese estero dove è insediata la CFC.

La delocalizzazione di queste attività non conduce necessariamente all'applicazione della CFC rule, poiché devono concorrervi altri elementi, in termini di *tax deferral* e di (possibile) elusione fiscale, di cui si è già accennato sopra.

Gli Stati si concentrano, in particolare, sulle situazioni in cui alla delocalizzazione della società controllata in un Paese estero a fiscalità privilegiata consegue un'erosione della base imponibile nazionale, che può essere diretta (qualora le attività della CFC siano dirette nei confronti della controllante, ingenerando, per esempio, spese deducibili nello Stato di residenza del socio) o indiretta (in questo caso, le attività della CFC sono indirizzate prevalentemente nei confronti delle altre società del gruppo; da ciò ne consegue che, trovandosi la fonte di produzione di questi servizi nel Paese estero e non nel Paese di residenza del socio, gli elementi di reddito sono sottratti dalla base imponibile di questo Stato<sup>51</sup>).

In conclusione, si ricorda anche che l'automaticità con cui, ricorrendo le varie circostanze sin qui descritte, la CFC rule veniva applicata da parte dei Paesi europei è stata attenuata dagli interventi della Corte di Giustizia, come si vedrà nel prosieguo del presente lavoro;<sup>52</sup> in generale, a mio modo di vedere, appare assolutamente legittimo che al contribuente sia concesso uno spazio per poter dimostrare che nell'ambito della sua pianificazione fiscale e delle sue condotte economiche non vi sono intenti elusivi.

\*\*\*\*\*

---

<sup>51</sup> BADER, R.G., op. cit., pp. 213-228.

<sup>52</sup> Cfr. nota n. 41.



I seguenti paragrafi si occuperanno dell'applicazione della CFC rule all'interno dell'ordinamento tributario italiano. Come già accennato, la disciplina è stata oggetto di una recente importante riforma, che è intervenuta a più riprese nel corso degli ultimi due anni, e che ha lasciato una serie di punti ancora irrisolti, di grande interesse e di grande attualità.

### **III) Gli sviluppi della CFC rule in Italia: il sistema basato sulle liste.**

La disciplina CFC è stata introdotta nell'ordinamento italiano dalla legge 21 novembre 2000, n. 342, che ha inserito nel testo del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR) l'articolo 127-bis, poi divenuto articolo 167.

Ai sensi del comma 1 dell'articolo 167 del TUIR, così come in vigore sino al 31 dicembre 2014:<sup>53</sup>

*“Se un soggetto residente in Italia detiene, direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona, il controllo di una impresa, di una società o di altro ente, residente o localizzato in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis, i redditi conseguiti dal soggetto estero partecipato sono imputati, a decorrere dalla chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero partecipato, ai soggetti residenti in proporzione alle partecipazioni da essi detenute. Tali disposizioni si applicano anche per le partecipazioni in soggetti non residenti relativamente ai redditi derivanti da loro stabili organizzazioni situate in Stati o territori diversi da quelli di cui al citato decreto”.*

Il successivo comma 4 statuisce che:

*“Si considerano privilegiati i regimi fiscali di Stati o territori individuati, con decreti del Ministro delle finanze da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale, in ragione del livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia, della mancanza di un adeguato scambio di informazioni ovvero di altri criteri equivalenti”.*

---

<sup>53</sup> Il testo dell'articolo 167 è stato notevolmente modificato dai vari interventi legislativi succedutisi a partire dalla cd. delega fiscale del 2014; il punto di partenza dell'analisi effettuata nel presente lavoro sarà dunque il testo in vigore fino al 31 dicembre 2014. Nel prosieguo della trattazione saranno esaminate le varie modifiche apportatevi.

L'applicazione della CFC rule in Italia è da sempre stata imperniata sulla cd. *black list*, vale a dire sulla base di un elenco di Paesi esteri considerati paradisi fiscali; da ciò ne conseguiva che, affinché scattasse l'applicazione della misura anti-elusiva, la società controllata estera doveva essere situata in uno degli Stati o territori elencati nella medesima lista.

A questo proposito, è importante ricordare che in Italia sono esistite, per un lungo periodo di tempo, ben tre liste, ai fini dell'applicazione di altrettante misure anti-elusive:

- la *black list* per l'applicazione della CFC rule, di cui all'articolo 167 del TUIR, contenuta nel D.M. 21 novembre 2001;
- la *black list* relativa alla disciplina sui costi conseguiti con società ubicate in paradisi fiscali, ai sensi dell'articolo 110, comma 10 del TUIR, di cui al D.M. 23 gennaio 2002;
- la *black list* per l'applicazione della presunzione di residenza delle persone fisiche, di cui all'articolo 2, comma 2 bis del TUIR, contenuta nel D.M. 4 maggio 1999.

Se si operasse un confronto fra le liste, si riscontrerebbe che il loro contenuto non è perfettamente coincidente, ma che la gran parte dei medesimi Stati esteri sono comunque presenti in tutte e tre gli elenchi. Ciò significa che un simile disvalore era sostanzialmente connesso all'appartenenza ai tre elenchi di giurisdizioni a fiscalità privilegiata, nonostante le corrispondenti misure anti-elusive colpissero situazioni differenti (residenza delle persone fisiche, deducibilità dei costi sostenuti con società estere, redditi delle controllate estere <sup>54</sup>).

La presenza di un sistema basato sulle liste ha avuto riflessi anche sulla terminologia in uso in questi anni in cui esso è stato in vigore, in quanto, riferendosi ai regimi a fiscalità privilegiata ai fini CFC, era comune utilizzare la denominazione "Paesi *black list*" (lo stesso accadeva per il regime di indeducibilità dei cd. costi *black list*).

Naturalmente il significato sotteso a questa denominazione si riallacciava al fatto che tali Paesi fossero elencati nei relativi decreti ministeriali; ciò non di meno, il riferimento alla

---

<sup>54</sup> Si rimanda per un'analisi delle due misure di cui all'articolo 2-comma 2 bis del TUIR e all'articolo 110, comma 10 del TUIR al seguente sottoparagrafo i), p. 60.

lista è diventato in Italia un tutt'uno con l'idea di fiscalità agevolata, e con la relativa aura negativa.

La *black list* ai fini dell'applicazione della disciplina CFC è stata introdotta con il decreto ministeriale del 21 novembre 2001 ed è entrata in vigore a partire dall'anno d'imposta 2002.

Come accennato nel paragrafo precedente, i criteri in base ai quali si determina l'appartenenza di un Paese estero alla lista si fondano, normalmente, su un confronto operato fra la tassazione applicata nel Paese di residenza del soggetto controllante e la tassazione vigente nel Paese estero.

I criteri fondanti la *black list* italiana consistevano ne:

- la tassazione sensibilmente inferiore a quella applicata in Italia (stabilita nel 30 per cento in meno della tassazione italiana <sup>55</sup>);
- la mancanza di scambio di informazioni;
- criteri equivalenti.

La *black list* CFC operava al suo interno una tripartizione fra gli Stati ivi elencati; è interessante, a mio parere, sottolineare qui questo aspetto, soprattutto in ragione del fatto che è uno dei punti lasciati maggiormente irrisolti dalla recente riforma.

All'articolo 1 del D.M. 21 novembre 2001 erano elencati gli Stati o territori sempre e comunque considerati a fiscalità privilegiata, ai quali la CFC rule si applicava senza eccezioni, vale dire senza che rilevasse il tipo di attività svolta dall'entità controllata nel territorio di localizzazione. <sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> Tale rapporto percentuale era stato stabilito dalla Camera dei deputati che, nella seduta del 4 ottobre 2000, aveva formalmente impegnato il Governo "a definire in via transitoria, quale livello di tassazione sensibilmente inferiore, quello che in media si discosti di almeno il 30% dal livello di tassazione medio applicato in Italia".

<sup>56</sup> L'elenco comprendeva questi Stati o territori (sempre al 31 dicembre 2014): Alderney (Isole del Canale), Andorra, Anguilla, Antille Olandesi, Aruba, Bahamas, Barbados, Barbuda, Belize, Bermuda, Brunei, Filippine, Gibilterra, Gibuti (ex Afar e Issas), Grenada, Guatemala, Guernsey (Isole del Canale), Herm (Isole del Canale), Hong Kong, Isola di Man, Isole Cayman, Isole Cook, Isole Marshall, Isole Turks e Caicos, Isole Vergini britanniche, Isole Vergini statunitensi, Jersey (Isole del Canale), Kiribati (ex Isole Gilbert), Libano, Liberia, Liechtenstein, Macao, Maldive, Malesia, Montserrat, Nauru, Niue, Nuova Caledonia, Oman, Polinesia francese, Saint Kitts e Nevis, Salomone, Samoa, Saint Lucia, Saint Vincent e Grenadine, Sant'Elena, Sark (Isole del Canale), Seychelles, Singapore, Tonga, Tuvalu (ex Isole Ellice), Vanuatu.

Con qualche eccezione, si tratta evidentemente di un gruppo di Paesi dalle caratteristiche territoriali e tributarie molto simili: di piccola estensione; solitamente appartenenti, da un punto di vista politico, ad altri

L'articolo 2 includeva tre ulteriori Paesi, che si consideravano regimi privilegiati ma con alcune importanti eccezioni:

- il Bahrein, con esclusione delle società svolgenti attività di esplorazione, estrazione e raffinazione nel settore petrolifero;
- gli Emirati Arabi Uniti, con esclusione delle società operanti nei settori petrolifero e petrolchimico assoggettate ad imposta;
- Monaco, con esclusione delle società che realizzavano almeno il 25 per cento del fatturato fuori dal Principato.

Ciò significa che ai redditi delle CFC localizzate in questi tre Stati si applicava l'articolo 167 del TUIR, salvo che le società estere non svolgessero le attività oggetto di espressa esclusione.

L'articolo 3, al contrario, conteneva un elenco di Paesi a cui la CFC rule si applicava solo in relazione ad un determinato tipo di attività o di redditi <sup>57</sup>, con ciò, in sostanza, stabilendo una serie di "regimi fiscali speciali" vigenti in questi Stati, da considerare a sé rispetto al regime tributario ordinario. Questi regimi speciali potevano consistere, per

---

Stati (tipico è il caso dei territori d'oltremare francesi o britannici); dotati di un ordinamento fiscale estremamente semplificato, dove, talvolta, non vi è neppure un vero sistema di imposizione diretta. È anche interessante segnalare che con alcuni di questi Paesi l'Italia ha stipulato, nel corso degli ultimi anni, numerosi *Tax Information Exchange Agreement* (TIEA), per regolare le procedure di scambio di informazioni, ma senza avvertire la necessità di arrivare a negoziare una Convenzione vera e propria.

<sup>57</sup> L'articolo 3 elencava i seguenti Stati (al 31 dicembre 2014): Angola, con riferimento alle società petrolifere che hanno ottenuto l'esenzione dall'*Oil Income Tax*, alle società che godono di esenzioni o riduzioni d'imposta in settori fondamentali dell'economia angolana e per gli investimenti previsti dal *Foreign Investment Code*; Antigua, con riferimento alle *international business companies*, esercenti le loro attività al di fuori del territorio di Antigua, quali quelle di cui all'*International Business Corporation Act*, n. 28 del 1982 e successive modifiche e integrazioni, nonché con riferimento alle società che producono prodotti autorizzati, quali quelli di cui alla locale legge n. 18 del 1975 e successive modifiche e integrazioni; Costa Rica, con riferimento alle società i cui proventi affluiscono da fonti estere, nonché con riferimento alle società esercenti attività ad alta tecnologia; Dominica, con riferimento alle *international companies* esercenti l'attività all'estero; Ecuador, con riferimento alle società operanti nelle *Free Trade Zones* che beneficiano dell'esenzione dalle imposte sui redditi; Giamaica, con riferimento alle società di produzione per l'esportazione che usufruiscono dei benefici fiscali dell'*Export Industry Encourage Act* e alle società localizzate nei territori individuati dal *Jamaica Export Free Zone Act*; Kenia, con riferimento alle società insediate nelle *Export Processing Zones*; Mauritius, con riferimento alle società "certificate" che si occupano di servizi all'export, espansione industriale, gestione turistica, costruzioni industriali e cliniche e che sono soggette a *Corporate Tax* in misura ridotta, alle *Off-shore Companies* e alle *International Companies*; Portorico, con riferimento alle società esercenti attività bancarie ed alle società previste dal *Puerto Rico Tax Incentives Act* del 1988 o dal *Puerto Rico Tourist Development Act* del 1993; Panama, con riferimento alle società i cui proventi affluiscono da fonti estere, secondo la legislazione di Panama, alle società situate nella *Colon Free Zone* e alle società operanti nelle *Export Processing Zones*; Svizzera, con riferimento alle società non soggette alle imposte cantonali e municipali, quali le società *holding*, ausiliarie e "di domicilio"; Uruguay, con riferimento alle società esercenti attività bancarie e alle *holding* che esercitano esclusivamente attività *off-shore*.

citare due esempi rilevanti, nelle cd. *Free Trade Zones* (che, come noto, sono aree all'interno di uno Stato, in cui valgono condizioni agevolate per l'esercizio dell'attività imprenditoriale, quali esenzioni fiscali, sgravi sui contributi per i lavoratori assunti, etc.) o in altre forme di benefici fiscali espressamente diretti nei confronti delle società estere che installassero la propria attività nel Paese di riferimento.

Ufficialmente, il comma 4 dell'articolo 167, in cui era contenuto il rinvio al D.M. 21 novembre 2001, è stato abrogato già alla fine del 2007, quando è stato compiuto il tentativo di introdurre nell'ordinamento italiano una *white list* al posto della *black list*.

La legge di stabilità 2008 (legge 24 dicembre 2007, n. 244) ha infatti introdotto nel TUIR un nuovo articolo 168-bis, nel quale si statuiva che, con decreto ministeriale, sarebbe stata stilata una nuova lista dove “ (...) sono individuati gli Stati e territori che consentono un adeguato scambio di informazioni e nei quali il livello di tassazione non è sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia, ai fini dell'applicazione delle disposizioni contenute negli articoli 167, commi 1 e 5, e 168, comma 1, del presente testo unico ”.

In altre parole, a seguito dell'approvazione della *white list*, che avrebbe individuato i Paesi virtuosi in ragione del loro livello di tassazione, considerato congruo, e della loro apertura a scambiare informazioni con l'Italia, la CFC rule sarebbe stata applicata alle società estere residenti negli Stati ivi non inclusi.

Come stabilito dall'articolo 168-bis, la nuova lista, specularmente alla *black list*, avrebbe dovuto essere contenuta in un nuovo decreto ministeriale, che è stato lungamente atteso ma che, alla fine, non è mai stato emanato.

Durante questa attesa e nelle more dell'emanazione della *white list*, l'articolo 168-bis è rimasto, sostanzialmente, non operativo; si è continuato perciò ad applicare sia il comma 4 dell'articolo 167 sia la *black list*, e tale sistema provvisorio è rimasto vigente fino alla riforma del 2015.

Nel corso di questi anni, peraltro, la *black list* di cui al D.M. 21 novembre 2001 ha subito vari rimaneggiamenti, proprio in ragione del fatto (a cui si è accennato nel paragrafo precedente) che alcuni Paesi esteri prima considerati paradisi fiscali hanno iniziato a stipulare Convenzioni contro la doppia imposizione, a scambiare informazioni o a riallineare il proprio sistema fiscale coi parametri giudicati congrui dalla comunità internazionale.

Ciò ha naturalmente portato come conseguenza l'eliminazione di questi Paesi dalla lista stessa.

A parte questi casi, si deve però sottolineare come la *black list* italiana non abbia subito altri interventi di aggiornamento, con risultati paradossali, quale, per citare un esempio, il caso delle Antille Olandesi, che dalla data di emanazione della lista si sono politicamente dissolte, ma non ne sono mai state espunte.

La riforma della disciplina CFC ha completamente capovolto il sistema fin qui descritto, come si vedrà nel prosieguo.

Ai sensi del comma 3 dell'articolo 167: “ *Ai fini della determinazione del limite del controllo di cui al comma 1, si applica l'[articolo 2359 del codice civile](#), in materia di società controllate e società collegate*”.

Il requisito del controllo richiesto dalla disciplina CFC italiana si ricollega alla nozione civilistica di controllo, così come previsto dall'articolo 2359 del codice civile, vale a dire:

- 1) la partecipazione di maggioranza al capitale sociale dell'entità estera (almeno 50,1 per cento);
- 2) la partecipazione con diritti di voto che consentano un'influenza dominante;
- 3) l'esercizio del cd. controllo di fatto, attuato, per esempio, mediante vincoli contrattuali che consentano al socio residente di condizionare la gestione e l'attività della CFC, o anche mediante la possibilità di nominare tutti i membri del Consiglio di Amministrazione della società estera.

Il controllo può essere sia diretto che indiretto (attuato, cioè, per il tramite di altre società controllate o collegate, società fiduciarie, trust, etc.); la verifica della sussistenza del requisito del controllo va effettuata secondo la situazione esistente alla data di chiusura dell'esercizio (o del periodo di gestione) del soggetto estero controllato.

A partire dall'anno d'imposta 2004, è stato introdotto nel TUIR, ad opera del Decreto legislativo del 12 dicembre 2003, n. 344, l'articolo 168, relativo alle società estere collegate.

Ai sensi del comma 1 dell'articolo 168 (vigente fino alla sua abrogazione in data 7 ottobre 2015): “*Salvo quanto diversamente disposto dal presente articolo, la norma di cui*

*all'articolo 167, con l'esclusione di quanto disposto al comma 8-bis si applica anche nel caso in cui il soggetto residente in Italia detiene, direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona, una partecipazione non inferiore al 20 per cento agli utili di un'impresa, di una società o di altro ente, residente o localizzato in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis; tale percentuale è ridotta al 10 per cento nel caso di partecipazione agli utili di società quotate in borsa”.*

L'avvento dell'articolo 168 ha portato ad un allargamento del requisito del controllo sulla CFC anche ai casi in cui le percentuali partecipative detenute dai soggetti residenti fossero inferiori alla soglia del 50,1 per cento stabilita dall'articolo 2359 del codice civile. Pur essendo, comunque, necessaria una partecipazione in qualche modo qualificata (20 per cento, o 10 per cento se la controllata è quotata in borsa), le soglie del possesso sono state, evidentemente, abbassate. La conseguenza ne fu che la CFC rule fosse applicabile anche alle società estere collegate, salvo alcune eccezioni.<sup>58</sup>

L'articolo 168 ha da subito sollevato il discontento da parte dei contribuenti, che non consideravano congrua l'applicazione della misura anti-elusiva nei casi in cui il socio residente non avesse il controllo della società estera. Se, infatti, appare chiaro che, in base al testo dell'articolo 2359 del codice civile, il possesso di una percentuale di maggioranza dei diritti di voto non è un requisito obbligatorio; pur tuttavia, di controllo deve trattarsi, anche se fattuale. Ciò significa, come si è già detto più sopra, che è necessario che il socio residente abbia autorità ed influenza sufficienti per determinare le scelte fondamentali per la gestione e l'attività della CFC.

La resistenza dei contribuenti italiani all'allargamento operato dall'articolo 168 del TUIR ha avuto origine proprio nel fatto che, secondo il loro convincimento, le percentuali di collegamento non fossero abbastanza rilevanti per stabilire una situazione in cui il socio residente fosse in grado di esercitare questo tipo di influenza sulla società estera. In altri termini, l'articolo 168 avrebbe ingenerato degli obblighi troppo gravosi a carico di soggetti che non si trovano nella condizione di poter attuare condotte elusive, in quanto la loro posizione nei confronti delle rispettive CFC è troppo debole.

---

<sup>58</sup> Il comma 8-bis dell'articolo 167, che è stato successivamente introdotto dal D.L. 1 luglio 2009, n. 78, si applica, infatti, solo ai casi di controllo, e non anche di collegamento.

Una precisa ragione di critica che è stata mossa era legata alla presentazione dell'interpello CFC (di cui si tratterà immediatamente qui sotto): i soggetti residenti che detenevano una percentuale di collegamento ritenevano, infatti, di non riuscire a procurarsi i documenti necessari per la prova delle esimenti richieste dal comma 5 dell'articolo 167, proprio in ragione del loro legame meno intenso con la CFC.

Appare indubbio come l'estensione al mero rapporto di collegamento operata dall'articolo 168 fosse un unicum nel panorama internazionale, in quanto negli altri ordinamenti è comunque richiesto il requisito del controllo, così come inteso dalle rispettive legislazioni nazionali.

L'abrogazione del medesimo articolo nel 2015 è stata, perciò, salutata come uno degli aspetti più graditi della riforma, perché ha effettivamente apportato l'alleggerimento da un obbligo di carattere tributario piuttosto contestato.

\*\*\*\*\*

Un discorso a sé merita poi, a mio parere, l'istituto dell'interpello disapplicativo o interpello CFC, introdotto nell'ordinamento italiano contemporaneamente alla misura anti-elusiva stessa, vale a dire con legge 21 novembre 2000, n. 342.

Ai sensi del comma 5 dell'articolo 167: *“Le disposizioni del comma 1 non si applicano se il soggetto residente dimostra, alternativamente, che: a) la società o altro ente non residente svolga un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività, nel mercato dello stato o territorio di insediamento; per le attività bancarie, finanziarie e assicurative quest'ultima condizione si ritiene soddisfatta quando la maggior parte delle fonti, degli impieghi o dei ricavi originano nello Stato o territorio di insediamento; b) dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis. Per i fini di cui al presente comma, il contribuente deve interpellare preventivamente l'amministrazione finanziaria, ai sensi dell'[articolo 11 della legge 27 luglio 2000, n. 212](#), recante lo statuto dei diritti del contribuente”*.



Questo è il testo del comma 5 vigente al 31 dicembre 2014; salvo per il riferimento all'articolo 168-*bis* e quindi alla *white list* per l'individuazione (per esclusione) dei Paesi a fiscalità privilegiata,<sup>59</sup> esso appare sostanzialmente invariato rispetto a quello introdotto dalla legge 342/2000.<sup>60</sup>

Ai sensi del comma 5 dell'articolo 167, dunque, il socio residente può disapplicare la CFC rule ed evitare di tassare per trasparenza i redditi della società estera, presentando un interpello preventivo all'amministrazione fiscale e dimostrando la presenza (alternativa) delle due esimenti descritte nel medesimo comma 5.

La disciplina del diritto di interpello è contenuta nell'articolo 11 dello Statuto del contribuente (legge 27 luglio 2000, n. 212) ed è stata, a sua volta, toccata dalla riforma del 2015, che le ha apportato notevoli stravolgimenti, specie procedurali, di cui si tratterà approfonditamente più sotto.

Da un punto di vista sostanziale, però, giova qui fare qualche breve precisazione circa questo istituto, il cui significato e il cui scopo sono rimasti fino ad oggi immutati.

In origine, il comma 1 dell'articolo 11 dello Statuto del contribuente stabiliva che: *“Ciascun contribuente può inoltrare per iscritto all'amministrazione finanziaria, che risponde entro centoventi giorni, circostanziate e specifiche istanze di interpello concernenti l'applicazione delle disposizioni tributarie a casi concreti e personali, qualora vi siano obiettive condizioni di incertezza sulla corretta interpretazione delle disposizioni stesse. La presentazione dell'istanza non ha effetto sulle scadenze previste dalla disciplina tributaria”*.

Questa tipologia di interpello era denominata “interpello ordinario” e dal testo dell'articolo 11 (che è rimasto in vigore fino al 1 gennaio 2016) si evince chiaramente come non vi fossero riferimenti a precise norme tributarie, né differenze applicative a seconda delle disposizioni sulle quali il contribuente chiedeva il parere

---

<sup>59</sup> Lista che, si ripete, non è mai stata emanata, nonostante il testo di più d'una disposizione del TUIR sia stato modificato per farvi riferimento.

<sup>60</sup> *“Le disposizioni del comma 1 non si applicano se il soggetto residente dimostra che la società o altro ente non residente svolge un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività, nello Stato o nel territorio nel quale ha sede; o dimostra altresì che dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori in cui sono sottoposti a regimi fiscali privilegiati di cui al comma 4. Per i fini di cui al presente comma, il contribuente deve interpellare preventivamente l'amministrazione finanziaria, ai sensi dell'articolo 11 della legge 27 luglio 2000, n. 212, recante lo statuto dei diritti del contribuente”*.

dell'amministrazione finanziaria (poteva trattarsi, per l'appunto, della disciplina CFC, o anche, per esempio, dell'articolo 89 comma 3 del TUIR, relativamente ai dividendi provenienti da Paesi *black list*; dell'articolo 37-bis del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, per la disapplicazione delle disposizioni anti-elusive, etc.)

I requisiti richiesti erano in ogni caso i medesimi: il contribuente, prima di porre in essere il comportamento giuridicamente rilevante o di dare attuazione alla norma oggetto del quesito, poteva ottenere il parere dell'amministrazione finanziaria circa l'interpretazione di una norma tributaria obiettivamente incerta rispetto ad un caso concreto e personale riferibile all'istante stesso.

In materia di diritto di interpello vi è da segnalare la nutritissima prassi ad opera dell'amministrazione finanziaria, soprattutto nella forma delle circolari emanate dall'Agenzia delle entrate, fra le quali si possono citare, come più significative, la circolare n. 23 del 16 maggio 2005 (*Interpello e attività di interpretazione*) e la circolare n. 32/E del 14 giugno 2010 (*Nuove istruzioni sulla trattazione delle istanze di interpello*).

61

Ad ogni modo, la prassi dell'Agenzia delle entrate è stata costante nel porre l'accento sugli elementi essenziali dell'interpello, senza i quali esso era da considerare inammissibile: le circostanze personali, l'esistenza di un caso concreto, e le obiettive condizioni di incertezza circa l'interpretazione di una disposizione tributaria.

Qualora, dunque, il soggetto controllante residente in Italia volesse disapplicare la CFC rule, era tenuto (l'interpello era obbligatorio) ad inviare un'istanza scritta all'amministrazione finanziaria, tentando di dimostrare una delle due esimenti contenute nel comma 5 dell'articolo 167.

L'istanza doveva contenere una descrizione precisa delle circostanze in cui versava il soggetto controllante ed essere corredata da tutta la documentazione necessaria a provare, in breve, la mancanza di intenti elusivi nella sua condotta.

---

<sup>61</sup> Tutti i documenti di prassi dell'amministrazione finanziaria sono consultabile sul sito web dell'Agenzia delle entrate al seguente link:  
<http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/content/nsilib/nsi/documentazione/provvedimenti+circolari+e+risoluzioni/circolari/indice+circolari>

Tutte queste precisazioni riguardanti l'interpello possono forse apparire superflue, alla luce del fatto che si tratta di un istituto ben noto all'interno dell'ordinamento giuridico italiano e frequentemente utilizzato da parte dei contribuenti.

Nondimeno, mi pare importante dare rilievo a questo aspetto dell'interpello (genericamente considerato, non solo ai fini della CFC rule): si tratta di un'attività puramente interpretativa condotta dall'amministrazione finanziaria italiana, e non di una forma di accordo fra essa e i contribuenti per definire particolari trattamenti fiscali, a cui assoggettare i medesimi contribuenti.

Questo aspetto è fondamentale per distinguere l'interpello ex articolo 11 dello Statuto dai cd. *tax rulings* che vengono stabiliti dalle amministrazioni finanziarie, sia italiana (si pensi agli accordi sulla determinazione dei prezzi di trasferimento) sia di numerosi Paesi esteri (per esempio, i regimi di *patent box*).

Alcuni di questi accordi fra le amministrazioni dei Paesi UE e i contribuenti sono stati censurati dalla Commissione Europea<sup>62</sup>, che spesso li ha considerati come forme di aiuti di Stato illegittimi. Sia le istituzioni europee che l'OCSE hanno cominciato a monitorare strettamente le tipologie di accordi fiscali esistenti all'interno degli ordinamenti tributari dei rispettivi Paesi Membri, invitando i medesimi ad accettare di scambiare informazioni anche su questi strumenti.

Tutto ciò premesso, l'interpello ex art. 11 dello Statuto non è, per l'appunto, un accordo fiscale fra amministrazione tributaria e singole imprese; nonostante a livello terminologico si possa ingenerare qualche confusione, perché, in genere, il termine "interpello" viene tradotto a sua volta in inglese con il termine "*ruling*", si tratta di tutt'altra tipologia di istituto.

La possibilità di disapplicare la disciplina CFC tramite la presentazione di un'istanza di interpello mette al riparo l'amministrazione finanziaria italiana da possibili censure di sproporzionalità della misura anti-elusiva in sede comunitaria; il contribuente può così cercare di dimostrare che la struttura estera non è stata delocalizzata per realizzare fini illegittimi.

---

<sup>62</sup> Recentemente la Commissione ha aperto numerose investigazioni contro casi di accordi sospetti, fra cui sono balzati agli onori della cronaca i *tax agreements* fra il Lussemburgo e FIAT, fra i Paesi Bassi e Starbucks, e fra l'Irlanda e Apple.

La facoltà di dare questa dimostrazione non è, peraltro, limitata alla sola fase dell'interpello, in quanto il contribuente può presentare le prove relative alla CFC anche nel corso della successiva attività di accertamento e di contenzioso (anche nel caso in cui non abbia presentato istanza di interpello, che pure era, fino alla riforma del 2015, obbligatoria <sup>63</sup>).

Passando a trattare del contenuto delle esimenti di cui al comma 5 dell'articolo 167, appare evidente come sia la prova di cui alla lettera a) (*la società o altro ente non residente svolga un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività, nel mercato dello stato o territorio di insediamento*); sia la prova di cui alla lettera b) (*dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis*) non facciano alcun riferimento all'attività esercitata dalla CFC e alla tipologia di redditi da questa realizzati.

In linea con il contenuto del comma 1 dell'articolo 167, e con il metodo *jurisdictional*, l'unico requisito che abbia valore è la localizzazione della società estera in un Paese *black list*; e la conseguente applicazione della CFC rule può essere evitata solo tramite presentazione di istanza di interpello, e delle relative prove, all'Agenzia delle entrate.

Merita qui spendere qualche parola sulla differenza fra le due esimenti del comma 5, il cui scopo è rimasto sostanzialmente tale sin dalla loro introduzione, e il cui contenuto non è stato intaccato neppure dalla riforma del 2015.

La lettera a) (cd. prima esimente) richiede al socio residente la dimostrazione del radicamento della CFC nel Paese ove essa è residente, vale a dire del fatto che la società estera vi eserciti un'effettiva attività economica, di tipo industriale o commerciale.

Se si prende a riferimento lo schema n. 1 di pagina 8, appare evidente come la prova di cui alla lettera a) serve a scongiurare l'eventualità che la *base company* (società B) sia un mero involucro vuoto, o una costruzione di puro artificio (secondo l'espressione della

---

<sup>63</sup> L'obbligatorietà dell'interpello è sicuramente temperata dal fatto che la risposta dell'Agenzia delle entrate sia vincolante solo per l'amministrazione, e non anche per il contribuente istante. Come sopra accennato, l'interpello rientra nel novero delle attività interpretative dell'amministrazione, e non ha forza esecutiva come, per esempio, gli atti di accertamento o di riscossione. Da ciò ne consegue un'assenza di sanzioni a carico del contribuente qualora egli, pur avendo presentato istanza di interpello, non si allinei al parere dato dall'Agenzia delle entrate sul caso.

Corte di Giustizia <sup>64</sup>), il cui unico scopo sia di veicolare i dividendi distribuiti dalla società operativa C e di tassarli applicando il proprio regime agevolato.

In altri termini, il socio controllante deve riuscire a dimostrare che anche la CFC è un soggetto operativo, producendo i documenti necessari ad attestare l'effettività della sua attività economica, quali, per esempio: i contratti di lavoro del personale dipendente; i contratti di locazione relativi agli immobili in cui viene svolta l'attività; la composizione del fatturato, da cui si evinca chiaramente che l'attività della CFC si rivolge al mercato di riferimento del suo Paese di residenza, <sup>65</sup> etc. <sup>66</sup> Un secondo aspetto di grande importanza è costituito dalla capacità di dimostrare l'indipendenza gestionale e decisionale della CFC stessa: il soggetto residente deve essere in grado di provare che le scelte strategiche della controllata sono prese in assoluta autonomia, e che, per esempio, i membri del Consiglio di Amministrazione non sono i medesimi del C.d.A. della società italiana, che non ricoprono cariche di rilievo all'interno di questa, che hanno pieni poteri di firma, etc.

La dimostrazione della cd. seconda esimente, contenuta nella lettera b) del comma 5 può apparire di minor immediatezza di comprensione e di attuazione: in che modo è dimostrabile che i redditi della società estera non sono stati localizzati in un Paradiso fiscale con intenti elusivi?

Già il D.M. 21 novembre 2001, n. 429 (regolamento attuativo dell'articolo 127-bis) specificava che, per ottenere una risposta positiva dall'amministrazione finanziaria, rilevava il fatto che i redditi conseguiti dai soggetti esteri controllati fossero prodotti in misura non inferiore al 75 per cento in altri Stati o territori diversi da quelli elencati nella *black list* e fossero ivi sottoposti integralmente a tassazione ordinaria.

La circolare dell'Agenzia delle entrate n. 51 del 2010, al paragrafo 4, fornisce due esempi significativi di casi in cui può ricorrere la circostanza descritta dal D.M. 429/2001: “La

---

<sup>64</sup> Nella già citata sentenza *Cadbury Schweppes*, cfr. nota n. 41.

<sup>65</sup> Il riferimento esplicito al “mercato dello Stato estero” è stato in realtà introdotto successivamente con il già citato D.L. 78/2009, che ha in pratica messo nero su bianco l'interpretazione già adottata dall'Agenzia delle entrate per ciò che concerne il requisito del radicamento. Ciò significa che la CFC non dovrà, necessariamente, realizzare i propri ricavi esclusivamente all'interno del proprio Stato di residenza o nei confronti di clienti quivi ubicati. Il concetto di “mercato” lascia intendere uno spazio più ampio, i cui confini geografici possono spaziare anche al di là di quelli dello Stato in questione, ovviamente in ragione del tipo di attività esercitata dalla CFC. Un classico esempio è, di solito, il riferimento all'area del sud-est asiatico, dove una CFC localizzata a Singapore o a Hong Kong si rivolge anche alla clientela dei Paesi limitrofi, quali la Thailandia, le Filippine, l'Indonesia, etc.

<sup>66</sup> Il documento di prassi di riferimento per l'analisi delle esimenti e la loro applicazione è la circolare dell'Agenzia delle entrate n. 51/E del 6 ottobre 2010. Al paragrafo 6.1 vi si trova un elenco (non esaustivo) di documenti che il contribuente è invitato ad allegare in sede di presentazione di istanza di interpello.

*partecipata estera, pur avendo la sede legale in un Paese o territorio black list, svolge esclusivamente la propria principale attività, ovvero è fiscalmente residente ovvero ha la sede di direzione effettiva in uno Stato non compreso nella black list, nel quale i redditi da essa prodotti sono integralmente assoggettati a tassazione; la partecipata estera è localizzata in uno Stato o territorio diverso da quelli a fiscalità privilegiata e opera in un tax haven mediante una stabile organizzazione, il cui reddito è assoggettato integralmente a tassazione ordinaria nello Stato di residenza della casa madre”.*

In altri termini, per poter invocare la lettera b), il socio residente sarà tenuto a dimostrare che nonostante il coinvolgimento di un Paese a fiscalità privilegiata, la CFC svolge comunque la maggior parte della sua attività in un Paese *white list*, dove è sottoposta ad un carico fiscale congruo, rispetto alle imposte che scontrerebbe in Italia.

La medesima circolare n. 51 specifica, altresì, che: “*Ai fini del riconoscimento dell’esimente in esame, assume rilevanza il carico fiscale complessivamente gravante sul gruppo societario in relazione ai redditi prodotti da una CFC appartenente al medesimo gruppo*”.<sup>67</sup>

È cura del socio residente e istante calcolare, quindi, il carico fiscale complessivo del gruppo di riferimento. La seconda esimente sarà, in linea di principio, soddisfatta: “*(...) quando il tax rate effettivo “complessivamente scontato” sui redditi prodotti dalla CFC risulti congruo rispetto al livello di imposizione vigente in Italia*”.<sup>68</sup>

Vista la complessità della dimostrazione della lettera b), appare inevitabile come la maggior parte degli interpelli CFC presentati dai contribuenti italiani abbia avuto come intento la dimostrazione della prima esimente, salvi i casi in cui la seconda esimente fosse necessaria per ottenere l’esonero dei dividendi provenienti dai Paesi *black list*.

Infatti, il regime di *participation exemption* (PEX) previsto per i dividendi ai sensi dell’articolo 89 del TUIR non opera nel caso in cui le partecipazioni siano localizzate in un regime a fiscalità privilegiata, a meno che il socio residente non sia in grado di dimostrare l’esimente di cui alla lettera b).

In altri termini, qualora il contribuente si trovi nella necessità di dover richiedere all’amministrazione finanziaria un parere valevole sia per la disapplicazione della disciplina CFC sia per il conseguimento del regime PEX a favore dei dividendi *black list*,

---

<sup>67</sup> Circolare n. 51/2010 p. 18 e seguenti.

<sup>68</sup> Idem.

egli dovrà, in linea di massima, dimostrare sia la prima che la seconda esimente, secondo quanto sopra detto.

Qualora il caso sia relativo unicamente all'articolo 167 del TUIR, appare più agevole, per il contribuente stesso, limitarsi alla dimostrazione della lettera a), e quindi del radicamento dell'attività della CFC nel territorio di riferimento.

\*\*\*\*\*

Il contenuto e l'assetto applicativo della CFC rule hanno subito una prima rilevante modifica ad opera del Decreto Legge 1 luglio 2009, n. 78, che è intervenuto sul testo dell'articolo 167 del TUIR, introducendo tre nuovi commi: 5-bis, 8-bis e 8-ter.

A titolo di premessa, si può dire che la riforma del 2009 ha operato un'apertura del regime CFC italiano verso il metodo *transactional*, vale a dire verso l'applicazione della misura anti-elusiva in base alla tipologia dei redditi realizzati dal soggetto estero (passive income).

Non si tratta di un radicale passaggio a questo metodo rinunciando a quello *jurisdictional*, bensì della previsione di nuove circostanze, al ricorrere delle quali il sistema ordinario di applicazione della CFC rule (contenuto nel comma 1 dell'articolo 167) viene parzialmente (comma 5-bis) o radicalmente (comma 8-bis) modificato.

Ai sensi del nuovo comma 5-bis: *“La previsione di cui alla lettera a) del comma 5 non si applica qualora i proventi della attività o altro ente non residente provengono per più del 50% dalla gestione, dalla detenzione o dall'investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie, dalla cessione o dalla concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria o artistica, nonché' dalla prestazione di servizi nei confronti di soggetti che direttamente o indirettamente controllano la società o l'ente non residente, ne sono controllati o sono controllati dalla stessa società' che controlla la società o l'ente non residente, ivi compresi i servizi finanziari”*.

L'introduzione del comma 5-bis ha come scopo, evidentemente, di mettere in rilievo i casi in cui il reddito della CFC sia costituito, per più del 50 per cento, da passive income, intesi dalla norma secondo queste tre maggiori declinazioni:

- 1) i redditi realizzati da attività di holding finanziaria (*gestione, dalla detenzione o dall'investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie*);
- 2) i redditi derivanti dalla concessione in uso di marchi e brevetti (*concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria o artistica*);
- 3) i redditi conseguenti alla prestazione di servizi infragruppo (*prestazione di servizi nei confronti di soggetti che direttamente o indirettamente controllano la società o l'ente non residente, ne sono controllati o sono controllati dalla stessa società che controlla la società o l'ente non residente, ivi compresi i servizi finanziari*).

Due elementi assumono rilevanza ai sensi del comma 5-bis: la tipologia di redditi (passive income) e il loro ammontare (più del 50 per cento dei redditi totali della CFC). Qualora questi concorrano, la dimostrazione della cd. prima esimente non sarà sufficiente, per il contribuente che voglia disapplicare la disciplina CFC in sede di interpello; egli sarà tenuto a fornire all'amministrazione finanziaria una sorta di "prova rafforzata".

Se, infatti, la realizzazione di questo tipo di redditi scatena un maggior sospetto di delocalizzazione elusiva della CFC, cionondimeno il contribuente non può essere del tutto privato della possibilità di dimostrare che, in realtà, la sua condotta non ha finalità abusive.

Nella già citata circolare n. 51/2010, l'amministrazione finanziaria ha precisato che per poter concedere la disapplicazione della CFC rule nel caso di comma 5-bis: "*L'esame sarà diretto a verificare non solo la sussistenza degli elementi normalmente rilevanti ai fini della disapplicazione della disciplina CFC per il ricorrere della prima esimente (i.e. effettività sostanziale della struttura estera e dell'attività dalla stessa svolta nel mercato dello Stato o territorio di insediamento), ma anche la mancanza – nel caso specifico - di intenti o effetti elusivi finalizzati alla distrazione di utili dall'Italia verso Paesi o territori a fiscalità privilegiata*".

L'assenza di intenti o effetti elusivi può essere provata dal contribuente grazie ad una serie di ulteriori elementi, quali, per esempio, il fatto che la CFC distribuisca sistematicamente i propri utili; o che vi sono ragioni economiche particolarmente forti



alla base della scelta di localizzare la società estera in quel Paese (ragioni che il contribuente avrà cura di dettagliare scrupolosamente nella propria istanza).

La prova rafforzata non appare, insomma, insormontabile; l'impressione è che la genuinità dell'insediamento della CFC all'estero, vale a dire la presenza di strategie economiche valide e lo svolgimento di un'attività reale ed effettiva da parte della CFC stessa, restino gli elementi imprescindibili per ottenere la disapplicazione anche del comma 5-bis.

Un più radicale capovolgimento di prospettiva si realizza, invece, con l'introduzione del comma 8-bis, dove, per la prima volta, si pone attenzione anche al caso in cui la CFC non sia localizzata in un Paese *black list*.

Se si applicasse rigidamente il metodo *jurisdictional*, l'unica circostanza che avrebbe conseguenza ai fini della CFC rule sarebbe il fatto che il soggetto estero è ubicato in un Paese a fiscalità privilegiata, così come inteso dal D.M. 21 novembre 2001; qualora la CFC fosse residente in un Paese cd. virtuoso o *white* (pur in assenza, in Italia, di una vera e propria lista concernente le giurisdizioni "amiche", vista la mancata attuazione dell'articolo 168-bis del TUIR), la misura anti-elusiva mancherebbe di un requisito fondamentale di applicazione.

Con il comma 8-bis si è operata una sorta di apertura al mondo dei Paesi *white*, pur a ben determinate condizioni <sup>69</sup>: *“La disciplina di cui al comma 1 trova applicazione anche nell'ipotesi in cui i soggetti controllati ai sensi dello stesso comma sono localizzati in stati o territori diversi da quelli ivi richiamati, qualora ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni: a) sono assoggettati a tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella a cui sarebbero stati soggetti ove residenti in Italia; b) hanno conseguito proventi derivanti per più del 50% dalla gestione, dalla detenzione o dall'investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie, dalla cessione o dalla concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria o artistica nonché dalla prestazione di servizi nei confronti di soggetti che direttamente o indirettamente controllano la società o l'ente non residente, ne sono controllati o sono controllati dalla*

---

<sup>69</sup> Si ricorda anche che, ai sensi dell'articolo 168 del TUIR, il comma 8-bis non trova applicazione nei confronti delle società estere collegate.

*stessa società che controlla la società o l'ente non residente, ivi compresi i servizi finanziari”.*

Gli elementi che devono ricorrere congiuntamente affinché la disciplina CFC si applichi anche nei confronti di società estere ubicate in Paesi *white* sono:

- 1) l'assoggettamento ad un livello di tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella italiano (si ricorda che in sede di redazione della *black list*, la percentuale di riferimento per la determinazione dei regimi fiscali privilegiati era stato il 30 per cento in meno del livello di imposizione in Italia);
- 2) i redditi realizzati dalla CFC devono essere, per più del 50 per cento del loro ammontare, passive income.

Appare evidente che si tratta di requisiti più stringenti, connessi alla mancanza del disvalore innato attribuito, invece, alla localizzazione in un Paese a fiscalità privilegiata. Non solo il livello di tassazione deve essere particolarmente basso, ma la società estera deve conseguire, per la maggior parte, redditi a natura non operativa.

Il soggetto residente deve nuovamente impegnarsi in un calcolo piuttosto complicato, per determinare quale sia la “tassazione effettiva” o, in inglese, *effective tax rate*, scontata dalla CFC nel Paese di localizzazione (su questo argomento abbastanza tecnico si dilunga ampiamente il paragrafo 5.1 della circolare n. 51/2010).

Anche alla luce di ciò che verrà detto nel prossimo paragrafo, vale qui la pena segnalare brevemente che la comparazione fra la tassazione estera e quella italiana non deve prendere a riferimento l'aliquota nominale applicata ordinariamente nel Paese di residenza della CFC; ma, per l'appunto, la tassazione effettiva scontata dal soggetto estero.<sup>70</sup>

Qualora l'*effective tax rate* ammonti a meno della metà delle imposte italiane, considerando le imposte sui redditi ed escludendo l'IRAP, il primo requisito del comma 8-bis sarà realizzato.

---

<sup>70</sup> Vedasi sul punto anche il paragrafo 2 della circolare 23/E del 26 maggio 2011 (*Ulteriori chiarimenti in materia di Controlled Foreign Companies*).

In ambito di applicazione delle esimenti in sede di interpello, naturalmente la prassi dell'amministrazione finanziaria è la migliore fonte di chiarimenti possibile, proprio in virtù del ruolo dell'Agenzia delle entrate, che è l'organo deputato a rilasciare i pareri a fronte delle istanze dei contribuenti.

Per ciò che concerne la tipologia dei redditi, sostanzialmente si replicano le considerazioni già effettuate relativamente al comma 5-bis.

L'estensione della CFC rule anche ai Paesi non ricompresi nella *black list* di cui al D.M. 21 novembre 2001 ha, inevitabilmente, comportato come conseguenza la possibilità che ne siano coinvolti anche Stati membri dell'UE, qualora il loro livello di imposizione sia inferiore al 50 per cento di quello italiano;<sup>71</sup> nonché Paesi extra UE ma membri dell'OCSE, con i quali l'Italia abbia stipulato una Convenzione contro la doppia imposizione.

Nel prosieguo del presente lavoro verrà affrontata più dettagliatamente la problematica della compatibilità delle misure anti-elusive nazionali, ed in special modo della CFC rule, sia rispetto al diritto comunitario sia alle disposizioni dei Trattati fiscali.

È però qui indispensabile sottolineare come il legislatore italiano, proprio per evitare censure da parte della Corte di giustizia, abbia stabilito che l'estensione operata dal comma 8-bis possa essere disapplicata se il soggetto residente dimostra che la società estera non è una struttura artificiosa, il cui scopo principale sia di conseguire un indebito vantaggio fiscale.

Ai sensi del nuovo comma 8-ter, infatti: *“Le disposizioni del comma 8-bis non si applicano se il soggetto residente dimostra che l'insediamento all'estero non rappresenta una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale. Ai fini del presente comma il contribuente deve interpellare l'amministrazione finanziaria secondo le modalità indicate nel precedente comma 5”*.

Questa disposizione è stata chiaramente introdotta in ossequio a quanto stabilito dalla Corte di Giustizia nella nota sentenza *Cadbury Schweppes* del 2006, al fine di mitigare l'intransigenza applicativa della CFC rule stessa. Tramite l'istituto dell'interpello è data, pertanto, al contribuente la possibilità di ottenere la disapplicazione dell'articolo 167 qualora questi riesca a provare la sostanza economica della società estera.

---

<sup>71</sup> Nella *black list* era, in verità, già compreso uno Stato UE, vale a dire il Lussemburgo, elencato nell'articolo 3 (fra i regimi speciali) in riferimento alla particolare disciplina fiscale ivi vigente per le società holding di cui alla legge locale del 31 luglio 1929. Non è sicuramente mistero che altri Stati europei applichino una tassazione ordinaria molto inferiore a quella italiana e che si siano visti “colpiti” dalla novella del comma 8-bis.

Per invocare l'esimente di cui al comma 8-ter, il contribuente è chiamato a dimostrare una serie (non esaustiva) di indici, individuati dall'amministrazione finanziaria prendendo a riferimento la Risoluzione del Consiglio dell'Unione Europea sul coordinamento delle norme sulle società estere controllate (SEC) e sulla sottocapitalizzazione nell'Unione europea, datata 8 giugno 2010.<sup>72</sup>

Quanti più elementi possono essere dimostrati da parte del contribuente, specie nel caso in cui l'attività della CFC sia a forte impronta immateriale o digitale, tanto più agevole sarà l'operato dell'amministrazione finanziaria, che è, a sua volta, tenuta a compiere accurate valutazioni caso per caso, nel modo più oggettivo possibile.

\*\*\*\*\*

Si sono qui tratteggiati gli elementi fondamentali della disciplina CFC così come applicata in Italia sino al 2014. Anche la riforma del 2009 vi è stata compresa, pur con le novità da essa arretrate, in quanto non ha intaccato l'approccio verso i regimi a fiscalità privilegiata basato sulla compilazione di liste (nel caso dell'Italia, sulla *black list* contenente l'elenco delle giurisdizioni agevolate).

Nel prossimo paragrafo si cercherà di analizzare nel modo più sistematico possibile la successione degli elementi riformatori introdotti in ambito di CFC rule nel corso del 2015. Come si vedrà, tali elementi sono stati distribuiti in una serie di atti legislativi talvolta poco coordinati l'uno con l'altro e hanno introdotto un radicale cambiamento di prospettiva, la cui realizzazione è, però, ancora foriera di molti dubbi.

---

<sup>72</sup> La Risoluzione segnala come indicatori di possibile artificiosità: “a. L'insufficienza di motivi economici o commerciali validi per l'attribuzione degli utili, che pertanto non rispecchia la realtà economica; b. la costituzione non risponde essenzialmente a una società reale intesa a svolgere attività economiche effettive; c. non esiste alcuna correlazione proporzionale tra le attività apparentemente svolte dalla CFC e la misura in cui tale società esiste fiscalmente in termini di locali, personale e attrezzature; d. la società non residente è sovracapitalizzata: dispone di un capitale nettamente superiore a quello di cui ha bisogno per svolgere un'attività; e. il contribuente ha concluso transazioni prive di realtà economica, aventi poca o nessuna finalità commerciale o che potrebbero essere contrarie agli interessi commerciali generali se non fossero state concluse a fini di evasione fiscale”.

#### IV) La “nuova” CFC rule: gli effetti della riforma del 2015.

Una profonda riforma sostanziale e procedurale della CFC rule italiana ha avuto luogo nel corso del 2015 sull’onda del fermento internazionale intorno al fenomeno dell’elusione fiscale e della lotta alle condotte abusive transnazionali dei contribuenti.

Gli appelli delle istituzioni europee e dell’OCSE nei confronti dei loro Stati membri a potenziare le misure nazionali e a cooperare maggiormente nella lotta contro l’elusione internazionale hanno spinto il legislatore e il governo italiani a porre mano alla normativa tributaria interna.

Appare, però, purtroppo evidente come le novità introdotte in materia di CFC rule si siano succedute in maniera disordinata e a tratti incoerente fra di loro, con ciò minando seriamente l’affidamento dei contribuenti italiani e creando, al tempo stesso, non poche difficoltà applicative per l’amministrazione finanziaria.

Si cercherà qui di seguito di tratteggiare la successione normativa che ha riguardato la riforma della disciplina CFC e le relative conseguenze sul piano sostanziale, vale a dire, in che termini è stato modificato il contenuto della misura anti-elusiva e quali problematiche ne sono sorte.

Si affronteranno, inoltre, alcuni degli aspetti che sono rimasti sostanzialmente irrisolti, nonostante la pubblicazione della circolare n. 35/E del 4 agosto 2016 da parte dell’Agenzia delle entrate abbia aiutato a chiarirne parecchi.<sup>73</sup>

\*\*\*\*\*

Con la legge 11 marzo 2014, n. 23 (cd. delega fiscale 2014), il legislatore ha conferito al Governo una delega ad emanare, inter alia, *“norme per ridurre le incertezze nella determinazione del reddito e della produzione netta e per favorire*

---

<sup>73</sup> Cfr. nota n. 61.

*l'internazionalizzazione dei soggetti economici operanti in Italia, in applicazione delle raccomandazioni degli organismi internazionali e dell'Unione Europea*".

Sono stati fissati i seguenti criteri per ciò che concerne specificamente gli aspetti transfrontalieri: *"(...) revisione della disciplina impositiva riguardante le operazioni transfrontaliere, con particolare riferimento all'individuazione della residenza fiscale, al regime di imputazione per trasparenza delle società controllate estere e di quelle collegate, al regime di rimpatrio dei dividendi provenienti dagli Stati con regime fiscale privilegiato, al regime di deducibilità dei costi di transazione commerciale dei soggetti insediati in tali Stati, al regime di applicazione delle ritenute transfrontaliere, al regime dei lavoratori all'estero e dei lavoratori transfrontalieri, al regime di tassazione delle stabili organizzazioni all'estero e di quelle di soggetti non residenti insediate in Italia, nonché al regime di rilevanza delle perdite di società del gruppo residenti all'estero"*.

Una riforma della normativa concernente le società controllate estere era, dunque, espressamente in agenda, proprio perché sia a livello OCSE (in seno al piano BEPS), sia a livello comunitario (prima all'interno della proposta di direttiva CCCTB, poi, più di recente, nella direttiva ATAD <sup>74</sup>) la CFC rule è stata oggetto di nuove attenzioni e ripensamenti.

Le prime modifiche al regime CFC vigente, in attuazione della delega fiscale, si sono, però, avute soltanto qualche mese dopo, con la legge di stabilità 2015 (legge 23 dicembre 2014, n. 190), che all'articolo 1, comma 680 ha modificato il comma 4 dell'articolo 167 del TUIR, aggiungendo al testo vigente i seguenti periodi:

*"Si considera livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia un livello di tassazione inferiore al 50 per cento di quello applicato in Italia. Si considerano in ogni caso privilegiati i regimi fiscali speciali che consentono un livello di tassazione inferiore al 50 per cento di quello applicato in Italia, ancorché' previsti da Stati o territori che applicano un regime generale di imposizione non inferiore al 50 per cento di*

---

<sup>74</sup> Com'è noto, nonostante i numerosi tentativi e dibattiti svoltisi in questi anni, la proposta di direttiva del Consiglio, del 16 marzo 2011, relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società, (cd. proposta di direttiva CCCTB), non è mai pervenuta ad un'approvazione finale. Il capo XIV della proposta conteneva alcune norme anti-abusi, fra cui: all'articolo 80 una clausola generale e all'articolo 82, per l'appunto, una CFC rule. Molto significativa è stata l'approvazione, nel luglio 2016, della direttiva ATAD, recante "norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno", che sostanzialmente può essere vista come una "costola" della proposta di direttiva CCCTB, concentrata sulla problematica dell'elusione fiscale.

*quello applicato in Italia. Con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate viene fornito un elenco non tassativo dei regimi fiscali speciali”.*

I requisiti per considerare privilegiati i regimi fiscali esteri ai fini dell'applicazione della disciplina CFC vengono, pertanto, così rideterminati:

- 1) il livello di tassazione “*sensibilmente inferiore*” previsto nel primo periodo del medesimo comma 4 è esplicitamente fissato nella percentuale del 50 per cento in meno rispetto a quello applicato in Italia (invece che il 30 per cento, come era stato stabilito in origine <sup>75</sup>);
- 2) sono in ogni caso considerati privilegiati i cd. regimi fiscali speciali, che conducono sempre ad un livello impositivo inferiore al 50 per cento di quello italiano, anche se essi sono previsti all'interno di un Paese il cui regime tributario ordinario non prevede una tassazione così bassa.

La modifica così apportata al comma 4 dell'articolo 167 mira a precisare il (parzialmente nuovo) significato di “Paese a fiscalità privilegiata”; in ciò, il legislatore rimane, evidentemente, ancorato all'idea della *black list*, ovvero, per meglio dire, dell'applicazione della CFC rule sulla base di un elenco di giurisdizioni agevolate.

Non sfugge come il nuovo comma 4 male si armonizzi con i riferimenti alla *white list* di cui all'inattuato articolo 168-bis, contenuti sia nel comma 1 sia nel comma 5 lettera b) <sup>76</sup> dell'articolo 167, che non sono stati, a loro volta, oggetto di intervento da parte della legge di stabilità 2015.

Appare, altresì, evidente come l'annunciato provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate fosse di assoluta necessità, specialmente per i contribuenti, per dare un inquadramento più preciso a tutta la tematica dei regimi speciali.

La nuova formulazione del comma 4 apre, sostanzialmente, la strada ad una sorta di doppio binario per l'applicazione della CFC rule: da un lato, ci sarebbe la *black list*, con le sue tre tipologie di regimi privilegiati (fra cui alcuni regimi speciali, contenuti, com'è noto, nell'articolo 3 del D.M. 21 novembre 2001 <sup>77</sup>); dall'altro lato, ci sarebbero, adesso, anche i regimi “in ogni caso” speciali (in quanto forieri di una tassazione inferiore al 50

---

<sup>75</sup> Cfr. nota n. 55.

<sup>76</sup> Vale a dire, all'interno della cd. seconda esimente.

<sup>77</sup> Cfr. nota n. 57.

per cento di quella italiana), sui quali l'amministrazione finanziaria era chiamata a fare preziosi chiarimenti.

Il provvedimento del direttore dell'Agenzia era di importanza fondamentale, per poter coordinare questi due binari; nonostante ciò, però, esso non è mai stato emanato.

Per contro, nel corso del 2015 sono stati emanati due decreti ministeriali che, sulla scorta dei nuovi requisiti stabiliti dal comma 4 dell'articolo 167, hanno rimaneggiato la *black list*, nei seguenti termini:

- il D.M. 30 marzo 2015 ha abrogato l'intero articolo 3 del D.M. 21 novembre 2001 e ha rimosso dall'articolo 1 questi tre Stati: le Filippine, la Malesia e Singapore;
- il D.M. 18 novembre 2015 ha espunto, sempre dall'articolo 1, anche Hong Kong.

Come si è già accennato sopra, uno degli oneri maggiori legati all'adozione di un sistema basato sulle liste riguarda proprio il loro aggiornamento: ogni volta in cui i criteri di redazione subiscono qualche modifica, o i Paesi esteri coinvolti modificano la propria condotta fiscale, diventando più trasparenti ed aperti allo scambio, la conseguenza inevitabile è che la *black list* necessiterà di una revisione.

La ratio sottostante la redazione della *black list* è l'identificazione dei Paesi che non scambiano informazioni fiscali e applicano una tassazione "sensibilmente inferiore" alla tassazione italiana. Tale ratio non è, evidentemente, mutata rispetto agli intenti originari, neppure a seguito dell'intervento della legge di stabilità 2015 sul testo del comma 4 dell'articolo 167, fatta eccezione per la percentuale di differenza fra il livello impositivo italiano e quello estero.

Tramite i due D.M. di marzo e di novembre 2015 si è, in primo luogo, proceduto ad eliminare dal novero dei Paesi *black list* alcuni Stati che hanno stipulato un trattato fiscale con l'Italia<sup>78</sup> e il cui livello di tassazione risulta congruo rispetto ai parametri indicati dal comma 4.

In seconda battuta, il D.M. 30 marzo 2015 è anche intervenuto sull'articolo 3 del D.M. 21 novembre 2001, eliminando dalla *black list* la parte relativa ai regimi speciali che vi erano qui elencati. Ciò, indubbiamente, se appare in linea con requisiti fissati dal nuovo comma

---

<sup>78</sup> Per citare un esempio, in data 14 gennaio 2013 Hong Kong ha firmato con l'Italia una Convenzione contro la doppia imposizione, che è stata ratificata nel nostro ordinamento con legge 18 giugno 2015, n. 96 ed è entrata in vigore in data 10 agosto 2015.



4 dell'articolo 167 per l'identificazione dei regimi speciali, nondimeno rafforza il disappunto per la mancata emanazione del provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate a chiarimento della tematica.

In altre parole, la questione dei regimi speciali è rimasta, in qualche modo, “appesa”: abrogato l'elenco di cui all'articolo 3 del D.M. 21 novembre 2001, è venuto meno qualsiasi riferimento certo per i contribuenti, che si sono dovuti semplicemente rifare al requisito della tassazione inferiore al 50 per cento di quella italiana.

L'onere della verifica circa la presenza o meno di un regime speciale nel proprio caso concreto ricade interamente sulle loro spalle, senza nessun ulteriore aiuto, ripetiamo, da parte né del legislatore né dell'amministrazione finanziaria.

A ben considerare, non si tratta affatto di un onere di poco conto, alla luce del fatto che esistono numerose tipologie di regimi speciali, che questi possono avere caratteristiche più o meno strutturali, durata più o meno lunga, etc.

Nel prosieguo del presente lavoro si effettuerà un ulteriore approfondimento della tematica dei regimi speciali, nonché un'analisi dei dubbi interpretativi sorti a proposito del regime vigente per l'anno d'imposta 2015. Prima di ciò, però, è opportuno esaurire la descrizione delle modifiche normative occorse in ambito di CFC rule.

\*\*\*\*\*

Il secondo intervento normativo intervenuto nel 2015, sempre in attuazione della delega fiscale, è stato il decreto legislativo 14 settembre 2015 n. 147, contenente “*Disposizioni recanti misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese*” (cd. decreto internazionalizzazione).

Esso ha apportato numerose modifiche a discipline già vigenti (oltre alla CFC rule, per esempio, in materia di costi e dividendi *black list*) o introdotto nuovi istituti (quale l'interpello sui nuovi investimenti, di cui all'articolo 2 del decreto internazionalizzazione).

L'articolo 8 del decreto reca le disposizioni in merito alla “*Disciplina delle controllate e collegate estere*”. La portata dell'intervento sulla CFC rule può essere analizzata da un punto di vista sia sostanziale che procedurale, in quanto entrambi gli ambiti ne sono stati toccati.

Il comma 1 dell'articolo 167 del TUIR viene sostituito nei seguenti termini:” *Se un soggetto residente in Italia detiene, direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona, il controllo di un'impresa, di una società o altro ente, residente o localizzato in Stati o territori a regime fiscale privilegiato di cui al decreto o al provvedimento emanati ai sensi del comma 4, i redditi conseguiti dal soggetto estero controllato sono imputati, a decorrere dalla chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato, ai soggetti residenti in proporzione alle partecipazioni da essi detenute. Tale disposizione si applica anche per le partecipazioni di controllo in soggetti non residenti relativamente ai redditi derivanti da loro stabili organizzazioni assoggettati ai predetti regimi fiscali privilegiati*”.

Con il decreto internazionalizzazione, il legislatore provvede, finalmente, ad ovviare alla scarsa coordinazione fra il comma 4 dell'articolo 167 (così come modificato dalla legge di stabilità 2015) e il riferimento all'articolo 168-bis e alla *white list*, contenuto sia nel comma 1 che nel comma 5 vigenti sino a quel momento.<sup>79</sup>

Era, infatti, evidente come il nuovo comma 4, ridefinendo i requisiti per l'identificazione dei Paesi a fiscalità privilegiata, prendesse le distanze dal tentativo di spostare il baricentro della CFC rule italiana su un sistema imperniato su una lista di Paesi virtuosi.

Già il contenuto dell'articolo 8 del decreto internazionalizzazione, modificando in tal senso il comma 1 dell'articolo 167, spazza ogni residua possibilità di dubbio; oltre a ciò, l'articolo 10, comma 1 dello stesso decreto statuisce l'abrogazione esplicita dell'articolo 168-bis del TUIR, con ciò facendo tramontare in via definitiva l'idea dell'introduzione di una *white list*.

È opera del decreto internazionalizzazione (articolo 8, comma 3) anche l'abrogazione dell'articolo 168 del TUIR, che, com'è noto, estendeva l'applicazione della disciplina CFC (con qualche limitazione) anche alle società estere collegate. In tal modo, secondo l'amministrazione finanziaria, si è tenuto conto: “(...) *delle esigenze di semplificazione*

---

<sup>79</sup> L'articolo 8 del decreto internazionalizzazione modifica anche il testo del comma 5 dell'articolo 167, statuendo che: “*Nel comma 5, alla lettera b), le parole: «in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis», sono sostituite dalle seguenti: «in Stati o territori a regime fiscale privilegiato di cui al comma 4*”.

*determinate dalla difficoltà di reperire gli elementi idonei a dimostrare le circostanze esimenti riscontrata dai contribuenti”.*<sup>80</sup>

La CFC è da questo momento applicabile solo alle società estere controllate, secondo quanto disposto dal comma 3 dell’articolo 167 del TUIR.

Vista l’attenzione che si è dedicata nel paragrafo precedente all’istituto dell’interpello disapplicativo, vale la pena analizzare qui le modifiche introdotte dal decreto internazionalizzazione per ciò che concerne gli adempimenti procedurali posti a carico dei contribuenti.

In primo luogo, l’interpello per la disapplicazione della CFC rule da obbligatorio diventa facoltativo.

Il contribuente adesso “può” interpellare l’amministrazione finanziaria ai sensi dell’articolo 11 dello Statuto del contribuente.<sup>81</sup>

L’articolo 8 del decreto internazionalizzazione è intervenuto in tal senso in accordo con la modifica della disciplina dell’istituto dell’interpello attuata ad opera del decreto 24 settembre 2015, n. 156, cd. “*Riforma del contenzioso tributario*” (anche noto come decreto interPELLI).

Il decreto interPELLI ha riformato l’articolo 11 dello Statuto dei contribuenti, toccandone molteplici aspetti.

Per ciò che concerne l’interpello CFC, la modifica più rilevante è, per l’appunto, il fatto che esso sia diventato facoltativo, da cui discende l’ovvia conseguenza che il contribuente adesso possa scegliere se richiedere il parere dell’amministrazione finanziaria sul proprio caso, oppure no.

In altri termini, i soggetti residenti sono liberi di non tassare per trasparenza i redditi delle proprie CFC qualora ritengano di essere in possesso delle necessarie esimenti, senza dover ottenere preventivamente il parere favorevole da parte dell’Agenzia delle entrate.

---

<sup>80</sup> Cfr. la circolare dell’Agenzia delle entrate n. 35/E, paragrafo 2.1.

<sup>81</sup> Precedentemente, nell’ultimo periodo del comma 5 dell’articolo 167 si leggeva che il contribuente “deve” interpellare l’amministrazione.

A fronte della novella facoltatività dell'interpello CFC, però, il decreto internazionalizzazione investe i contribuenti di un obbligo di segnalazione delle partecipazioni CFC nella dichiarazione dei redditi, nel caso in cui essi abbiano deciso effettivamente di non tassare i redditi esteri, né abbiano presentato istanza di interpello e ricevuto risposta favorevole dall'amministrazione finanziaria.

Qualora tale segnalazione sia omessa o incompleta, i soci residenti incorrono in una sanzione, stabilita nel novello comma 3-quater dell'articolo 8 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471.<sup>82</sup>

Cercando di riassumere in modo compiuto il contenuto normativo e la parte procedurale della CFC rule italiana alla fine del 2015, dopo gli interventi riformatori della legge di stabilità 2015 e del decreto internazionalizzazione, si possono enucleare i seguenti punti:

- 1) a seguito dell'abrogazione dell'articolo 168-bis del TUIR, viene meno ogni riferimento ad una possibile *white list*; l'applicazione della CFC rule è di nuovo esclusivamente imperniata sull'elenco dei Paesi a fiscalità privilegiata, contenuto nel D.M. 21 novembre 2001;
- 2) il nuovo comma 4 rimodella i requisiti sostanziali per la qualifica di "regime fiscale privilegiato", richiedendo un livello di tassazione 50 per cento inferiore a quello italiano e la mancanza di scambio di informazioni;
- 3) permane l'attesa per il provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate in cui dovrebbero essere determinati i regimi speciali, il cui elenco è stato espunto dalla *black list*;
- 4) a seguito dell'abrogazione dell'articolo 168 del TUIR, la CFC rule è applicabile solo alle società controllate;

---

<sup>82</sup> Cfr. la circolare n. 35/E, paragrafo 5, in cui viene spiegato in modo molto chiaro e dettagliato quali siano i nuovi adempimenti formali a carico dei soci residenti. Vale la pena qui ricordare brevemente che i contribuenti erano tenuti, anche precedentemente, a compilare il quadro FC del modello UNICO, ove vanno indicate, per l'appunto, le *Foreign Companies*. Il quadro FC è stato, però, modificato proprio per permettere la segnalazione delle CFC in caso in cui il contribuente: "o non abbia richiesto la disapplicazione della CFC rule o, anche avendolo fatto, abbia ricevuto parere negativo dall'amministrazione fiscale. Non sono, pertanto, tenuti a segnalare in dichiarazione la partecipazione coloro che, a seguito di apposita istanza di interpello, abbiano ricevuto dall'Agenzia delle entrate parere favorevole alla disapplicazione della disciplina in esame" (circolare n. 35/E, p. 81).

- 5) l'interpello disapplicativo di cui all'articolo 11 dello Statuto del contribuente, da obbligatorio, diventa facoltativo.

\*\*\*\*\*

La legge di stabilità 2016, legge 28 dicembre 2015, n. 208, ha rimescolato le carte, modificando nuovamente la sostanza della norma, in modo abbastanza inaspettato e controcorrente, peraltro, rispetto alle indicazioni fornite a livello internazionale, sia dalla UE che dall'OCSE.

Il comma 142 dell'articolo 1 della legge di stabilità 2016, infatti, sostituisce radicalmente il comma 4 dell'articolo 167 (che era stato modificato appena un anno prima, ricordiamolo, dalla legge di stabilità 2015) e introduce il criterio dell'aliquota nominale di tassazione, nei seguenti termini: *“I regimi fiscali, anche speciali, di Stati o territori si considerano privilegiati laddove il livello nominale di tassazione risulti inferiore al 50 per cento di quello applicabile in Italia”*.

Ciò significa che da un sistema di applicazione della misura anti-elusiva basato sulla *black list* si passa ad un sistema imperniato sul confronto fra l'aliquota nominale applicata nel Paese ove risiede la società controllata estera e il livello di tassazione italiano (prendendo a riferimento le aliquote IRES e l'IRAP, che questa volta viene ricompresa nel calcolo).

Le problematiche sollevatesi a seguito di questa scelta inaspettata sono numerose; prima di affrontarle, vale, però, la pena citare subito una seconda modifica apportata dalla legge di stabilità 2016 alla CFC rule.

Sono infatti esplicitamente esclusi dall'applicazione del comma 1 dell'articolo 167 i Paesi *“appartenenti all'Unione europea ovvero da quelli aderenti allo Spazio economico europeo con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni”*

In altre parole, ai Paesi membri dell'UE e del SEE (Norvegia, Islanda, Liechtenstein <sup>83</sup>) non è più applicabile tutta la parte della disciplina CFC che è regolata nei commi dall'1 al 5-bis dell'articolo 167. <sup>84</sup>

Rimane, invece, intatta la possibilità che questi Paesi rientrino nel disposto del successivo comma 8-bis, ricorrano i requisiti ivi previsti.

Ricordiamo che il comma 8-bis era stato introdotto per colpire quelle situazioni in cui le società controllate, pur localizzate in Paesi *white list* (vale a dire, non elencati nel D.M. 21 novembre 2001), erano caratterizzate da due condizioni concomitanti: i loro redditi consistevano, per più del 50 per cento, in passive income; e la tassazione effettiva da esse scontata nel Paese estero era inferiore al 50 per cento di quella italiana.

Alla luce del fatto che commi 8-bis e 8-ter (che contiene le esimenti per disapplicare il comma 8-bis) non hanno subito modifiche ad opera degli interventi legislativi sulla CFC rule, anche i Paesi UE e SEE potrebbero essere considerati regimi fiscali privilegiati, qualora ricorrano i due requisiti testé descritti.

Si può subito sollevare una ragione di dubbio in relazione a questa mancata esclusione dei Paesi UE e SEE dal comma 8-bis. Come si è accennato nel paragrafo precedente, infatti, l'esimente di cui al comma 8-ter appare piuttosto ostica da dimostrare; è, sicuramente, più gravosa dell'esimente di cui al comma 5, lettera a), cui i contribuenti normalmente ricorrono per ottenere la disapplicazione della disciplina CFC.

Per effetto della modifica introdotta dalla legge di stabilità 2016, si è caduti così nel paradosso, da una parte, di escludere i Paesi UE e SEE dalla CFC rule "ordinaria" (che precedentemente era definibile CFC rule per i Paesi *black list* <sup>85</sup>), per farli rientrare, dall'altra parte, nella parte di disciplina che richiede delle prove più gravose per poter essere scongiurata.

---

<sup>83</sup> Come spiegato nella circolare n. 35/E, il Liechtenstein, che pure non ha ancora ratificato la Convenzione bilaterale con l'Italia, rientra nella previsione in forza dell'Accordo sullo scambio di informazioni che stabilisce misure equivalenti a quelle definite nella Direttiva 2003/48/CE del Consiglio in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamento di interessi, sottoscritto con l'Unione Europea in data 28 ottobre 2015.

<sup>84</sup> Indipendentemente anche dal fatto se le società ivi localizzate usufruiscano di un regime fiscale speciale. L'eventuale esistenza di regimi speciali non ha alcuna rilevanza, nel caso di Paesi UE e SEE, se si tratta di applicare il comma 1 dell'articolo 167.

<sup>85</sup> È evidente come la terminologia in uso fino alla radicale riforma della legge di stabilità 2016 vada ripensata, avendo perso di significato il riferimento ai Paesi *black list*, in quanto la lista stessa è stata, di fatto, abbandonata.

Di contro, non può, però, essere dimenticata la ragione per cui era stata avvertita la necessità di allargare il campo di applicazione della CFC rule anche ai Paesi “*white*”; i requisiti descritti nel comma 8-bis erano (e sono) indice di un elevato grado di sospetto circa gli intenti elusivi del contribuente e la localizzazione della CFC in quel Paese estero, e il loro ricorrere superava persino l’ostacolo dell’esclusione del medesimo Paese dalla *black list*.

È dunque altrettanto vero, adesso, che l’appartenenza di uno Stato all’Unione Europea o al SEE non può essere considerata come un automatico salvacondotto, qualora la condotta fiscale di questo Stato incentivi l’elusione da parte dei contribuenti.

In ciò trova fondamento la decisione di ricomprendere questi Stati nella disposizione del comma 8-bis.

Una prima problematica che è stata riscontrata a seguito della riforma introdotta dalla legge di stabilità 2016 concerne il dubbio interpretativo relativo a quale disciplina CFC sia applicabile nell’anno d’imposta 2015.

L’inaspettato nuovo intervento sul testo del comma 4 dell’articolo 167 ha fatto sì che le novità introdotte dalla legge di stabilità 2015 e dei due decreti di marzo e novembre siano state, di fatto, operative solo per un anno.

In altre parole, l’anno d’imposta 2015 costituisce un vero e proprio regime transitorio, nel quale la disciplina CFC si impernia ancora sulla *black list*, i cui requisiti fondanti sono, però, quelli stabiliti dal comma 4 dell’articolo 167, così come modificato dalla legge di stabilità 2015 (livello di tassazione estera 50 per cento inferiore a quella italiana; mancanza di scambio di informazioni).

Inoltre, a seguito del rimaneggiamento della *black list* ad opera del D.M. 30 marzo 2015 e del D.M. 18 novembre 2015 e della conseguente eliminazione dall’elenco alcuni Paesi, è subito sorta una spinosa questione, che l’amministrazione finanziaria è stata chiamata a risolvere: questi Stati vanno considerati come “non a fiscalità privilegiata” per l’intero periodo d’imposta 2015, per una parte di esso o addirittura la loro eliminazione della lista sarebbe valevole a partire dal periodo d’imposta successivo?

A prescindere dal fatto che il regime applicabile nell'anno d'imposta 2016 è stato oggetto di un'ulteriore riforma, è apparso comunque di assoluta rilevanza stabilire se i Paesi eliminati dai D.M. di marzo e novembre 2015 (Filippine, Malesia, Singapore e Hong Kong) fossero *black* oppure no per il 2015.

I dubbi maggiori hanno riguardato soprattutto la posizione di Hong Kong, per due ragioni principali: esso è stato espunto dalla lista con il D.M. di novembre, quindi alla fine dell'anno; la Convenzione contro la doppia imposizione stipulata con l'Italia sarebbe, per espressa previsione ivi contenuta, entrata in vigore a partire dall'anno d'imposta 2016.

Circa la prima questione, vale a dire quale rilevanza dare all'effettivo momento dell'anno 2015 in cui vi è stata l'eliminazione di Hong Kong e degli altri Paesi dalla *black list*, in realtà, a mio parere, non possono esservi grandi dubbi.

In primo luogo, la CFC rule si applica verificando le condizioni esistenti nel momento di chiusura dell'esercizio della controllata, né hanno rilievo altri vincoli di natura temporale, vale a dire, per citare un esempio, che non ha importanza neppure quando il socio residente abbia acquisito la partecipazione, se a gennaio o a dicembre o in quale altro periodo dell'anno. Occorrerà solo appurare i vincoli partecipativi al momento di chiusura dell'esercizio della CFC.

In ciò, la CFC rule si differenzia dalle regole per la deducibilità dei costi *black list*, di cui all'articolo 110 del TUIR, ove la data in cui è stata realizzata la transazione economica doveva essere presa in considerazione.<sup>86</sup>

In seconda battuta, si rammenta, altresì, che i D.M. 30 marzo 2015 e 18 novembre 2015 sono entrati in vigore nell'ordinamento italiano sin dalla data della loro pubblicazione in Gazzetta Ufficiale;<sup>87</sup> pertanto, a prescindere da quando sia valevole la Convenzione fra l'Italia e Hong Kong, è la vigenza dei due D.M. che modificano la *black list* ad assumere rilevanza, ai fini di determinare se Hong Kong e gli altri Paesi risultino a fiscalità privilegiata per l'anno d'imposta 2015 oppure no.

---

<sup>86</sup> Si rimanda al seguente sotto-paragrafo i) per una descrizione del regime dei cd. costi *black list* di cui all'articolo 110 del TUIR.

<sup>87</sup> Il D.M. 30 marzo 2015 è stato pubblicato in G.U. n. 107 dell'11 maggio 2015 mentre il D.M. 18 novembre 2015 è stato pubblicato in G.U. n. 279 del 30 novembre 2015.



In conclusione, sulla scorta anche delle valutazioni compiute dall'amministrazione finanziaria nella circolare n. 35/E,<sup>88</sup> questi Stati risultano espunti dalla *black list* italiana per l'intero anno d'imposta 2015; l'unica valutazione da compiere riguarda il periodo di esercizio delle società estere che, qualora non siano "solari" e abbiano chiuso il proprio esercizio prima dell'entrata in vigore dei D.M. 30 marzo e 18 novembre, ricadrebbero nell'applicazione della CFC rule per il periodo d'imposta 2015.

Una seconda questione che merita qui qualche valutazione riguarda l'opportunità della scelta compiuta di passare ad una disciplina CFC basata sul sistema dell'aliquota nominale.

Se, apparentemente, essa è scaturita da un desiderio del legislatore tributario di semplificare all'estremo le regole per l'applicazione della misura anti-elusiva, a ben vedere, ha finito con il sollevare non poche ragioni di dubbio.

Innanzitutto, la scelta si presenta quanto meno anomala alla luce dell'orientamento dell'OCSE, ribadito ancora nei recentissimi documenti concernenti l'Action 3 del BEPS,<sup>89</sup> che suggerisce di prendere a riferimento, per l'applicazione della CFC rule, la tassazione effettiva scontata nel Paese estero.

In secondo luogo, è indubbio che la nuova modifica apportata al comma 4 dell'articolo 167 abbia creato l'ennesimo onere in capo ai contribuenti, ai quali spetta il compito di effettuare il confronto tra il livello di tassazione estero e quello italiano e di verificare se la CFC è localizzata in un regime fiscale privilegiato oppure no.

Numerosi Stati che prima erano esclusi dalla *black list*, adesso si trovano (improvvisamente) annoverati fra i paradisi fiscali, in quanto la loro aliquota nominale è inferiore alla metà delle imposte italiane considerate (per l'anno d'imposta 2016, 27,5 per cento di IRES più l'aliquota IRES stabilita a livello centrale, vale a dire il 3,9 per cento).

Con ciò si urtano evidentemente la certezza e l'affidamento dei contribuenti stessi, che, si suppone, nel momento in cui hanno deciso di effettuare l'investimento all'estero, abbiano

---

<sup>88</sup> Al paragrafo 1.2.2., p. 13 e seguenti.

<sup>89</sup> Cfr., ex multis, il seguente riferimento contenuto già nella parte introduttiva del final Report dell'Action 3 (p. 9): "*The report recommends that CFC rules only apply to controlled foreign companies that are subject to effective tax rates that are meaningfully lower than those applied in the parent jurisdiction*".

tenuto in considerazione l'appartenenza o meno alla *black list* del Paese di possibile localizzazione della CFC.

La prima evidente conseguenza negativa della scelta di optare per il riferimento all'aliquota nominale è, pertanto, sopportata dai contribuenti, per le ragioni testé citate: aggravio degli oneri di controllo, incertezza circa il proprio investimento, mancanza di supporto da parte della legislazione tributaria interna, sotto forma di parametri più nettamente definiti, etc.

Una seconda conseguenza (negativa), che discende proprio dalle medesime ragioni e che ricade, invece, sulle spalle dell'amministrazione finanziaria, potrebbe consistere, a mio parere, in un indebolimento della recente riforma degli interpelli. Il contribuente che versi nel dubbio circa lo status delle proprie controllate estere potrebbe, infatti, essere maggiormente incentivato, anziché no, a presentare istanza di interpello, al fine di veder chiarita la propria posizione.

Si tratta, però, in sostanza, di una sorta di circolo senza uscita, perché appare piuttosto improbabile che l'onere di valutare lo status di regime fiscale privilegiato di un Paese estero possa essere traslato sull'amministrazione finanziaria. La *black list* di cui al D.M. 21 novembre 2001 era il frutto di una precisa scelta politica, presa in seguito alla valutazione dei requisiti necessari per qualificare uno Stato estero come paradiso fiscale oppure no.

In conclusione, sulla base dei nuovi parametri contenuti nel comma 4 dell'articolo 167, sarà compito esclusivo del socio residente di verificare se i medesimi ricorrono nel caso delle sue controllate estere; qualora tale sia il caso, e si vogliano avere maggiori certezze circa l'opportunità di disapplicare la CFC rule oppure no, egli presenterà istanza di interpello cercando di dimostrare una delle esimenti di cui al comma 5.

Per quanto tutto ciò appaia già piuttosto problematico, ad ogni modo i dubbi principali restano legati alla definizione di "regimi fiscali speciali" e ai requisiti su come individuarli.

I regimi speciali sono affiancati, per espressa previsione del nuovo comma 4 dell'articolo 167, ai regimi fiscali con aliquota d'imposta ordinaria inferiore al 50 per cento di quella italiana.

In altri termini, il comma 1 dell'articolo 167 si applica sia agli Stati con aliquota nominale inferiore al 50 per cento della tassazione italiana; sia ai regimi speciali, ovvero ai casi in cui il Paese di localizzazione della CFC, seppure imponga un'aliquota di tassazione ordinaria sufficientemente elevata, prevede altresì delle forme di regimi fiscali con tassazione agevolata (se non nulla), della cui applicazione godono le controllate estere dei soggetti residenti in Italia.

Il riferimento al provvedimento del direttore dell'Agenzia promesso dalla legge di stabilità 2015 viene eliminato dal testo del comma 4.

L'onere della verifica circa la presenza o meno di un regime speciale ricade, anche in questo caso, interamente sul socio residente.

Un simile compito potrebbe rivelarsi per nulla semplice, in quanto gli ordinamenti tributari della maggior parte dei Paesi sono, sovente, piuttosto complessi e prevedono al loro interno una vasta gamma di situazioni particolari, sia ai fini dell'imposizione diretta che ai fini IVA.

Per ciò che concerne, in via generale, gli Stati esteri, si possono citare numerosi esempi rilevanti, quali gli ordinamenti ove esistono le cd. *Free Trade Zone*, oppure ove sono previsti regimi agevolati per le start-up o per gli investimenti in aree più arretrate, o ancora i casi in cui gli investimenti esteri sono esenti da imposizione, etc.

A ben vedere, virtualmente in ogni Paese sono presenti sotto-regimi fiscali a se stanti, a carattere agevolato più o meno strutturale, con molteplici finalità; essi possono essere indirizzati ad incentivare l'economia di zone più arretrate (per esempio, a carattere prettamente agricolo o forestale) oppure ad incoraggiare l'ingresso di capitali esteri sul territorio, in forza della concessione di esenzioni fiscali.

Da ciò ne deriva che sebbene l'aliquota nominale dell'imposta sulle società risulti, anche da fonti ufficiali,<sup>90</sup> al di sopra dei parametri stabiliti nel comma 4 dell'articolo 167, le

---

<sup>90</sup> Per esempio, sui siti istituzionali del medesimo Stato, o sulle banche dati dell'OCSE o della Banca Mondiale.

controllate estere di un socio residente potrebbero scontare in realtà un livello di imposizione molto più basso proprio in virtù dell'applicazione di uno di questi regimi speciali.

È, altresì, evidente come il campo si sia enormemente allargato rispetto all'elenco di cui all'articolo 3 del D.M. 21 novembre 2001; sin dal periodo d'imposta 2015, i contribuenti si sono, perciò, trovati nell'eventualità di poter ricadere molto più frequentemente di prima nel caso di un regime speciale.

Va anche rilevato che, dal momento dell'abrogazione dell'articolo 3 della *black list* ad opera del D.M. 30 marzo 2015, non sono stati compiuti sforzi di collaborazione nei confronti dei contribuenti, per aiutarli ad individuare più precisamente i regimi speciali.

È impensabile che i contribuenti possano fare a meno di qualche indicazione obiettiva da parte dell'amministrazione finanziaria, che, però, ripetiamo, non può assumere su di sé i compiti né dell'organo politico né di quello legislativo.

Questa appare essere la ragione per la quale nella circolare n. 35/E non si trovano puntuali riferimenti per l'identificazione dei regimi fiscali speciali. Un documento di prassi amministrativa non può, evidentemente, sostituirsi al contenuto della *black list*.

La circolare n. 35/E ha certamente aiutato a ricomporre più chiaramente il quadro normativo e ha fornito alcune necessarie interpretazioni, ma dal punto di vista pratico, per i contribuenti, le difficoltà restano intatte.

\*\*\*\*\*

Questo è lo stato dell'arte nel momento in cui si scrive, per ciò che concerne la disciplina CFC e l'articolo 167 del TUIR.

A seguito della legge di stabilità 2016 si è, insomma, aperto un panorama di notevole incertezza, le cui possibili conseguenze sono ancora parzialmente sconosciute.

Nonostante la *black list* di cui al D.M. 21 novembre 2001 fosse, francamente, piuttosto datata, a mio parere la soluzione di sbarazzarsene sbrigativamente optando per un sistema

basato su fondamenta tanto fragili non ha portato la semplificazione probabilmente auspicata dal legislatore e dall'esecutivo, sulla scorta degli intenti annunciati nella delega fiscale 2014.

Come sopra già accennato, ritengo che i nodi principali da risolvere siano due:

- 1) se sia effettivamente opportuno l'aver adottato un sistema di confronto fra la tassazione nominale applicata nel Paese estero e quella italiana;
- 2) come trattare la tematica dei regimi speciali.

A mio parere, non è da escludersi che, nel prossimo futuro, di fronte alla necessità di adeguare la normativa interna sia alle disposizioni della direttiva ATAD sia ai suggerimenti dell'OCSE contenuti nel Report sull'Action 3 del BEPS, le regole applicative della CFC rule verranno, per l'ennesima volta, ripensate.

Ciò potrebbe condurre alla decisione di fondare nuovamente i requisiti della misura anti-elusiva sulla tassazione effettivamente scontata dalle società estere controllate nel Paese di localizzazione.

Appare evidente come il mero riferimento all'aliquota nominale dell'imposta sulle società e il doppio binario parallelo con i regimi fiscali speciali sia, per sé, una contraddizione interna.

Se pure, nominalmente, il regime tributario di un Paese preveda un'imposta sulle società superiore al 50 per cento dell'imposta italiana,<sup>91</sup> è altrettanto vero che in un buon numero di casi si cadrà nell'ipotesi in cui, in virtù di qualche agevolazione o regime territoriale ad hoc (che, ripetiamo, esistono virtualmente nella maggioranza degli ordinamenti tributari, Italia inclusa) le CFC scontano, effettivamente, un livello di tassazione molto inferiore.

In altri termini, vi è l'impressione che il riferimento all'aliquota nominale sia un parametro destinato in ogni caso a passare in secondo piano, visto che, concretamente,

---

<sup>91</sup> Si tratterebbe, per il 2016, di un'aliquota superiore al 15,7 per cento, considerando le aliquote IRES e IRAP vigenti. Questo è, evidentemente, un livello impositivo molto basso, che si può trovare applicato quasi esclusivamente nei veri e propri paradisi fiscali, dove, anzi, è molto più facile che le imposte dirette siano pari a zero. Altrimenti, nella generalità degli ordinamenti tributari, l'aliquota ordinaria di imposta sulle società è, nominalmente, più alta.

sarà quasi indispensabile calcolare il livello di tassazione effettiva scontato dalle CFC nel Paese di localizzazione.

Si affronta qui, infine, un'ultima riflessione, a carattere più generale, prima di spendere qualche parola su alcune altre tipologie di SAAR, rimandando ai seguenti paragrafi V e VI per un'analisi della giurisprudenza (nazionale e comunitaria) relativa all'applicazione della CFC rule.

Nell'ultimo decennio, la rapida diffusione dell'economia digitalizzata (che, com'è ben noto, comprende fenomeni di portata molto differente, a partire dalle semplici transazioni online eseguibili dai singoli individui, fino a vere e proprie forme di strutture aziendali operanti esclusivamente sul web) ha portato ad un riadattamento delle possibili condotte anti-elusive da parte dei contribuenti.

In altri termini, e citando un esempio piuttosto comune: se un tempo erano tipici i casi in cui il socio residente, ai fini di posticipare, se non evadere, il pagamento delle imposte nel proprio Stato, costituiva nel *tax haven* estero una società totalmente priva di qualsivoglia struttura, caratterizzata, magari, da un semplice indirizzo postale a cui corrispondeva un ufficio vuoto, dove, evidentemente, nessuna attività imprenditoriale aveva luogo; adesso, situazioni di questo genere sono diventate molto rare.

L'economia condotta in modo puramente digitalizzato non ha neppure bisogno di porre in essere tali schemi; ma, di conseguenza, i tradizionali mezzi utilizzati dalle amministrazioni finanziarie per smascherare le costruzioni artificiose (basati sulla verifica dell'esistenza fisica della CFC, di locali adeguati all'esercizio dell'attività dichiarata e di personale dipendente) hanno perso parte della loro efficacia.

Gli Stati sono messi di fronte alla necessità di adeguare le proprie misure anti-elusive rispetto alle più moderne, nuove forme di economia; ma appare, a mio parere, evidente che in ciò si stiano riscontrando notevoli difficoltà, all'interno della comunità internazionale.

Un semplice tentativo di adeguamento dei vecchi strumenti anti-elusivi non è sufficiente, perché, spesso, questi non sono in grado di rivolgersi alle nuove strutture economiche, molto più snelle e meno "fisiche".

Oltre a ciò, è necessario, com'è stato chiaramente espresso sia in seno alla direttiva ATAD che nel Piano BEPS, che le iniziative degli Stati nel campo della lotta all'elusione fiscale internazionale siano il più possibile comuni. I singoli tentativi posti in essere dagli ordinamenti nazionali, che, spesso, cercano semplicemente di forzare le proprie misure anti-elusive per renderle operative anche nei confronti delle nuove realtà economiche,<sup>92</sup> si rivelano, se non inutili, quanto meno poco efficaci.

La digitalizzazione dell'economia ha comportato un'ulteriore, netta accelerata della globalizzazione; di conseguenza, la comunione di intenti e di comportamenti da parte dei Paesi membri della comunità internazionale appare l'unico modo per identificare e reagire con successo alle nuove forme di pianificazione fiscale aggressiva e di abuso da parte dei contribuenti.

**i) Altre misure anti-elusive: cenni.**

Può essere interessante, a questo punto, trattare brevemente di alcune misure anti-elusive che si affiancano alla CFC rule, prendendo a riferimento quelle presenti nell'ordinamento tributario italiano, oltre che un esempio tratto dall'ordinamento tedesco (vale a dire, la *switch-over clause*).

Riallacciandosi a quanto già detto al principio del paragrafo III, all'interno del TUIR esistono (o meglio, esistevano) due ulteriori disposizioni anti-elusive applicate in base ad una *black list*, di contemporanea introduzione rispetto alla CFC rule:

- 1) la presunzione di residenza fiscale delle persone fisiche, di cui all'articolo 2, comma 2-bis del TUIR;

---

<sup>92</sup> Si può qui citare, a titolo di mero esempio (e molto brevemente, in quanto la norma è piuttosto complessa e per comprenderla a fondo occorrerebbe un lavoro a sé) la *Diverted profit tax* introdotta nel Regno Unito con il Finance Act 2015. In base a questa nuova disposizione, l'amministrazione fiscale britannica ha il potere di controllare se le imprese digitali che realizzano profitti sul territorio britannico abbiano effettivamente evitato di costituire una vera e propria stabile organizzazione. Se l'elusione dello status di S.O. viene provata, l'amministrazione determina induttivamente i profitti delle imprese digitali e li sottopone a tassazione nel Regno Unito. È evidente come anche in questo caso, il legislatore fiscale britannico non abbia fatto che altro che cercare di adattare una categoria già esistente (la stabile organizzazione) per inquadrare un fenomeno legato all'economia digitale, senza, cioè, sforzarsi di creare una nuova misura.

2) l'indeducibilità dei costi provenienti da Paesi a fiscalità privilegiata, di cui all'articolo 110, comma 10 del TUIR.

Nonostante la prima di queste si indirizzi alle persone fisiche e non alle società, a mio parere vale qui la pena spendere qualche parola per descriverla, specie alla luce del fatto che, a seguito delle modifiche introdotte dalla legge di stabilità 2016 anche nei confronti della regola di indeducibilità dei costi, essa è rimasta l'unica misura anti-elusiva dell'ordinamento italiano fondata su una *black list*.

Com'è noto, l'articolo 2 del TUIR stabilisce le regole per determinare se un soggetto (individuo) è sottoponibile a tassazione in Italia, e su quali basi.

Sia i residenti che i non residenti possono essere sottoposti all'imposizione applicata in Italia: i residenti, sul totale dei redditi da essi conseguiti, in applicazione del principio di tassazione mondiale (in inglese, cd. *worldwide principle of taxation*); i non residenti, solo sui redditi realizzati in Italia, in virtù del principio di tassazione nel Paese della fonte.

Il concetto di "residenza" si colloca al centro delle regole distributive del potere impositivo sia all'interno dei singoli ordinamenti nazionali sia nel Modello di Convenzione OCSE (dove un'estensiva definizione ne è data all'articolo 4<sup>93</sup>).

Ai sensi dell'articolo 2, comma 2 del TUIR sono considerate residenti le persone che per la maggior parte dell'anno (183 giorni): "*(...) sono iscritte nelle anagrafi della popolazione residente o hanno nel territorio dello Stato il domicilio o la residenza ai sensi del codice civile*".<sup>94</sup>

La presunzione di cui all'articolo 2, comma 2-bis del TUIR scatta nel caso in cui un cittadino italiano trasferisca la propria residenza fiscale in un Paese a fiscalità privilegiata, nei seguenti termini: "*Si considerano altresì residenti, salvo prova contraria, i cittadini italiani cancellati dalle anagrafi della popolazione residente e trasferiti in Stati o*

---

<sup>93</sup> "For the purposes of this Convention, the term "resident of a Contracting State" means any person who, under the laws of that State, is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature, and also includes that State and any political subdivision or local authority thereof. This term, however, does not include any person who is liable to tax in that State in respect only of income from sources in that State or capital situated therein".

<sup>94</sup> Questi tre requisiti sono alternativi: la presenza di uno solo di questi è sufficiente affinché la persona sia da considerare residente in Italia; in senso avverso, è necessario che tutti e tre siano assenti, perché la persona sia non residente.



*territori diversi da quelli individuati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale”.*

Il testo tutt'ora in vigore fa riferimento al decreto ministeriale che avrebbe dovuto individuare i Paesi *white list* e che, com'è ben noto, non è mai stato emanato.<sup>95</sup> Come già specificato nei paragrafi precedenti a proposito della CFC rule, anche la misura anti-elusiva qui in commento ha continuato, di fatto, ad applicarsi sulla base della relativa *black list*, che era stata approvata con il D.M. 4 maggio 1999.<sup>96</sup>

Ovviamente è nella piena facoltà di ogni cittadino italiano di trasferirsi all'estero, per qualsiasi ragione questa decisione sia presa;<sup>97</sup> qualora, però, il trasferimento avvenga in un Paese a fiscalità privilegiata, ciò fa scattare il sospetto di un possibile intento elusivo, speculare al caso delle CFC.

La conseguenza è che, in virtù dell'applicazione dell'articolo 2 comma 2-bis del TUIR, il medesimo cittadino sarà comunque considerato residente in Italia, a meno che egli non riesca a provare di aver preso effettivamente residenza nello Stato estero (in altri termini, che il trasferimento non sia stato solo fittizio o puramente formale).

La presunzione di residenza in Italia è stata introdotta come una misura anti-elusiva atta a contrastare i casi di cittadini italiani che davano mostra di trasferire la propria residenza nello Stato estero (che era sempre, naturalmente, un *tax haven*) ma, di fatto, continuavano a vivere in Italia. In tale circostanza, essi erano soggetti al basso (se non nullo) livello

---

<sup>95</sup> Per completezza, si riporta qui il testo dell'articolo 2, comma 2-bis in vigore fino al 31 dicembre 2007: *“Si considerano altresì residenti, salvo prova contraria, i cittadini italiani cancellati dalle anagrafi della popolazione residente ed emigrati in Stati o territori aventi un regime fiscale privilegiato, individuati con decreto del Ministro delle finanze da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale”.*

<sup>96</sup> Come già detto sopra, gli elenchi contenuti nelle tre *black list* – ai fini della CFC rule, della presunzione di residenza e dell'indeducibilità dei costi – sono speculari, vale dire, comprendono i medesimi Stati esteri, con qualche piccola eccezione. La necessità di avere comunque tre liste deriva dal fatto che, riguardando situazioni sostanziali comunque differenti, è ben possibile che un Paese estero “corregga” la propria condotta fiscale solo rispetto ad una di queste situazioni e, pertanto, solo la relativa lista possa essere emendata, eliminando il medesimo Paese dal suo novero.

<sup>97</sup> Ricollegandosi alla nota n. 97, è ovvio che la cancellazione formale dall'anagrafe tributaria dei residenti sia un requisito necessario, ma non sufficiente, da solo, per riconoscere la perdita di residenza fiscale in Italia. In una sostanziale applicazione del principio di “prevalenza della sostanza sulla forma”, infatti, non basta il mero atto formale di cancellazione dal registro dei residenti (accompagnato, solitamente, dall'iscrizione all'anagrafe degli italiani all'estero, AIRE) perché se l'individuo mantiene in Italia una dimora abituale o il centro principale dei suoi affari e dei suoi interessi (non solo da un punto di vista economico, ma anche familiare/affettivo) egli sarà considerato ancora quivi residente. Si tratta, in questo caso, di elementi e circostanze di tipo fattuale, quali: il possesso di beni immobili, la permanenza della famiglia del contribuente in Italia, l'esistenza di conti correnti bancari, etc., la prova della cui presenza spetta all'amministrazione finanziaria, normalmente in sede di controllo/accertamento.

impositivo applicato nel *tax haven* di fittizia residenza, in quanto, non essendo più formalmente residenti, non erano più sottoposti alla sovranità fiscale italiana.

Il trasferimento nel Paese estero era spesso un atto fittizio, posto in essere con il solo intento di eludere la tassazione in Italia; da ciò era sorta la necessità di introdurre una misura che tutelasse la base imponibile italiana contro questo genere di condotte.

I diritti dei contribuenti sono comunque garantiti dalla facoltà di presentare le prove atte a dimostrare che la cancellazione dall'anagrafe tributaria dei residenti non è solo una formalità, ma che il trasferimento nel Paese estero (pur a regime fiscale privilegiato) è stato reale.

In questo caso, l'onere della prova è, evidentemente, ribaltato sui contribuenti stessi, in quanto non viene sostenuto, come di norma accade, dall'amministrazione finanziaria, in sede di controllo o accertamento.

\*\*\*\*\*

La seconda misura anti-elusiva presente nell'ordinamento italiano, fino all'avvento della legge di stabilità 2016, era la disciplina di indeducibilità dei costi sostenuti nei confronti di società localizzate in Paesi a fiscalità privilegiata, di cui all'articolo 110, commi da 10 a 12-bis del TUIR.

Fino al 31 dicembre 2014, infatti, il regime ordinario vigente in Italia era quello di totale indeducibilità dei costi e delle spese connessi alle transazioni effettuate con imprese residenti nei Paesi elencati nella *black list* di cui al D.M. 23 gennaio 2002.<sup>98</sup>

---

<sup>98</sup> Ai sensi dell'articolo 110, comma 10 del TUIR: “*Non sono ammessi in deduzione le spese e gli altri componenti negativi derivanti da operazioni intercorse con imprese residenti ovvero localizzate in Stati o territori diversi da quelli individuati nella lista di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell'articolo 168-bis. Tale deduzione è ammessa per le operazioni intercorse con imprese residenti o localizzate in Stati dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo inclusi nella lista di cui al citato decreto*”. Si ribadisce anche qui che, nonostante il riferimento alla (mai emanata) *white list* di cui all'articolo 168-bis, l'applicazione della misura anti-elusiva in commento è, di fatto, sempre avvenuta sulla base della *black list*.

Questo decreto era specularmente al D.M. 21 novembre 2001 contenente la *black list* ai fini della CFC rule ed era stato, pertanto, redatto sulla base dei medesimi criteri, vale a dire: il livello di imposizione sensibilmente inferiore a quello vigente in Italia e la mancanza di un adeguato scambio di informazioni.

Ai sensi del comma 11 dell'articolo 110, ai contribuenti era, però, data la possibilità di fornire all'amministrazione finanziaria la prova che: “(...) *le imprese estere svolgono prevalentemente un'attività commerciale effettiva, ovvero che le operazioni poste in essere rispondono ad un effettivo interesse economico e che le stesse hanno avuto concreta esecuzione*”.

In altri termini, i contribuenti potevano presentare un'istanza di interpello ai sensi dell'articolo 11, comma 13, della legge n. 413 del 1991 (cd. interpello anti-elusivo) fornendo tutta la necessaria documentazione atta a dimostrare una delle due esimenti contenute nel comma 11, vale a dire o l'effettivo esercizio di un'attività economica da parte dell'impresa estera; o la concreta effettuazione e l'interesse economico delle operazioni intercorse con la medesima società *black list*.

La disciplina di indeducibilità dei costi *black list* è stata oggetto di modifiche da parte dei medesimi atti normativi che sono intervenuti sulla CFC rule, vale a dire, soprattutto, la legge di stabilità 2015, il decreto internazionalizzazione e la legge di stabilità 2016.

La legge di stabilità 2015 interviene sui criteri fondanti la *black list* di cui al D.M. 23 gennaio 2002 eliminando il requisito della “tassazione sensibilmente inferiore”;<sup>99</sup> ciò significa che sono considerati a fiscalità privilegiata esclusivamente i Paesi che non scambiano informazioni e che non hanno, pertanto, stipulato trattati fiscali (Convenzioni contro la doppia imposizione o TIEA) con l'Italia.

In attuazione di questa disposizione, sono stati emanati due decreti, che hanno manipolato la *black list* nei seguenti termini:

---

<sup>99</sup> L'articolo 1, comma 678, della legge di stabilità 2015 prevede che ai fini dell'applicazione dell'articolo 110, comma 10 del TUIR: “(...) *l'individuazione dei regimi fiscali privilegiati è effettuata, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, con esclusivo riferimento alla mancanza di un adeguato scambio di informazioni*”.

- il D.M. 27 aprile 2015, pubblicato in G.U. n. 107 del 11 maggio 2015, ha rimosso dalla *black list* questi Stati: Alderney (Isole del Canale), Anguilla, ex Antille Olandesi, Aruba, Belize, Bermuda, Costa Rica, Emirati Arabi Uniti, Filippine, Gibilterra, Guernsey (Isole del Canale), Herm (Isole del Canale), Isola di Man, Isole Cayman, Isole Turks e Caicos, Isole Vergini britanniche, Jersey (Isole del Canale), Malesia, Mauritius, Montserrat, Singapore;
- il D.M. 18 novembre 2015, pubblicato in G.U. n. 279 del 30 novembre 2015, ha espunto dalla *black list* anche Hong Kong.

Come specificato dalla circolare dell’Agenzia delle entrate n. 39/E del 26 settembre 2016 (che fornisce chiarimenti sulle “*Modifiche normative in materia di deducibilità dei costi sostenuti in Paesi a fiscalità privilegiata*”),<sup>100</sup> l’articolo 110, comma 10, del TUIR continua a trovare applicazione in relazione alle operazioni intercorse con imprese localizzate negli Stati che sono stati espunti dalla *black list*, se queste hanno avuto luogo entro il giorno precedente l’entrata in vigore del relativo decreto modificativo.

È evidente come nel caso di specie ciò che rileva sia la data precisa in cui è stata effettuata la transazione commerciale, vale a dire, se essa è stata antecedente o posteriore alla data del decreto che elimina dalla *black list* il Paese di localizzazione della società estera.

Solo qualora l’operazione abbia avuto luogo dopo la pubblicazione del decreto, i relativi costi potranno essere integralmente dedotti, in quanto realizzati nei confronti di un’impresa che è localizzata in un Paese *white*.

Il decreto internazionalizzazione è intervenuto radicalmente sulla disciplina in commento, con il risultato che da un regime ordinario di totale indeducibilità dei costi *black list* si è passati ad un regime di deducibilità parziale, in base al quale i componenti negativi sono deducibili nei limiti del loro valore normale, così come determinato ai sensi dell’articolo 9 del TUIR.<sup>101</sup>

---

<sup>100</sup> Reperibile a sua volta sul sito Internet dell’Agenzia delle entrate, al seguente link: <http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/content/Nsilib/Nsi/Documentazione/Provvedimenti+circolari+e+risoluzioni/Circolari/Archivio+circolari/Circolari+2016/Settembre+2016>.

<sup>101</sup> Ai sensi dell’articolo 9, comma 3 del TUIR: “*Per valore normale, salvo quanto stabilito nel comma 4 per i beni ivi considerati, si intende il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e i servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono stati acquisiti o prestati, e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi. Per la determinazione del valore normale si fa riferimento,*

L'articolo 5, comma 1 del decreto internazionalizzazione ha, infatti, sostituito il previgente comma 10 dell'articolo 110 del TUIR nei seguenti termini: *“Le spese e gli altri componenti negativi derivanti da operazioni, che hanno avuto concreta esecuzione, intercorse con imprese residenti ovvero localizzate in Stati o territori aventi regimi fiscali privilegiati sono ammessi in deduzione nei limiti del loro valore normale”*.

In conseguenza di ciò, cambia anche, parzialmente, l'esimente prevista nel comma 11 dell'articolo 110, per permettere al contribuente di procedere alla deduzione della parte eccedente il valore normale (che è già stato, ovviamente, dedotto), tramite presentazione di interpello all'amministrazione finanziaria.

A proposito di ciò, occorre, altresì, specificare che l'interpello anti-elusivo di cui all'articolo 11, comma 13 della legge 413/90 è stato abrogato per effetto dell'intervento del decreto interpelli, che ha riorganizzato l'istituto nella sua generalità.

L'interpello ad hoc previsto dalla legge 413/90 è venuto meno e il contribuente può interpellare l'amministrazione finanziaria ai sensi del novello articolo 11 dello Statuto del contribuente.<sup>102</sup>

Ai sensi del nuovo comma 11: *“Le disposizioni di cui al comma 10 non si applicano quando le imprese residenti in Italia forniscano la prova che le operazioni poste in essere rispondono ad un effettivo interesse economico e che le stesse hanno avuto concreta esecuzione”*.

Appare evidente come rispetto alla formulazione vigente fino all'avvento del decreto internazionalizzazione,<sup>103</sup> le prove che il contribuente può fornire in sede di interpello, da due (attività commerciale effettiva svolta dalle imprese residenti nei Paesi *black list* o effettivo interesse economico e concreta esecuzione delle operazioni poste in essere) si sono ridotte ad una, vale a dire la sola seconda esimente.

Il punto centrale della riforma introdotta dal decreto internazionalizzazione consiste, evidentemente, nel fatto che qualora il contribuente voglia dedurre i costi *black list* nei

---

*in quanto possibile, ai listini o alle tariffe del soggetto che ha fornito i beni o i servizi e, in mancanza, alle mercuriali e ai listini delle camere di commercio e alle tariffe professionali, tenendo conto degli sconti d'uso”*.

<sup>102</sup> L'interpello per la disapplicazione dell'articolo 110, comma 10 del TUIR rientra nella categoria del cd. interpello probatorio, di cui all'articolo 11, comma 1, lettera b) dello Statuto del contribuente.

<sup>103</sup> Che, si ricorda, trova applicazione a decorrere dal periodo d'imposta in corso alla data del 7 ottobre 2015.

limiti del loro valore normale, egli potrà farlo senza dover dimostrare alcuna esimente; tale dimostrazione sarà, invece, necessaria qualora egli voglia la deduzione totale dei medesimi componenti negativi.

Il regime così introdotto ad opera del decreto internazionalizzazione, specularmente a quanto si è già visto in relazione alla disciplina CFC, è stato, in modo altrettanto inaspettato, sovvertito dalla legge di stabilità 2016, che ha operato la scelta drastica di optare per un regime di costi *black list* totalmente deducibili.

In altri termini, l'anno d'imposta 2015 costituisce un vero e proprio regime transitorio anche per la disciplina in commento; si può, anzi, affermare che, a partire dall'anno d'imposta 2016, la misura anti-elusiva venga drasticamente meno.

Per effetto dell'intervento dell'articolo 1, comma 142, della legge di stabilità 2016, i commi dal 10 al 12-bis dell'articolo 110 del TUIR sono abrogati e, pertanto, i costi, pur relativi ad operazioni effettuate con imprese localizzate in Paesi a fiscalità privilegiata<sup>104</sup>, sono adesso sempre totalmente deducibili.

In altri termini, non vi è più alcuna differenza, per le società residenti in Italia, se i costi da questa sostenuti siano stati conseguiti da operazioni intercorse con un soggetto residente in un Paese *black list* oppure no. Tutti i componenti negativi, di qualsiasi provenienza, saranno egualmente deducibili applicando le ordinarie regole di cui all'articolo 110 del TUIR (vale a dire, in base alla competenza, all'inerenza, all'effettività, etc. del costo stesso).

Appare, altresì, evidente come adesso non si prospetti più alcuna necessità di presentare istanza di interpello ai sensi dell'articolo 11 dello Statuto del contribuente.

L'intervento riformatore della legge di stabilità 2016 è stato inaspettato; ma nel caso della disciplina in commento, esso ha evidentemente ridotto gli oneri a carico dei contribuenti

---

<sup>104</sup> Sempre gli Stati elencati nel D.M. 23 gennaio 2003. Si precisa che le *black list* (sia ai fini della CFC rule sia ai fini dell'ineducibilità dei costi) non sono mai state, formalmente, abrogate; ma la loro operatività è venuta meno per effetto delle modifiche normative intervenute sulle discipline di cui agli articoli 167 e 110 del TUIR.

italiani, che non dovranno più preoccuparsi né di differenziare i costi a seconda della loro origine, né di dover attivarsi per interpellare l'amministrazione finanziaria.

In ciò risiede la maggiore differenza con la riforma della CFC rule che ha, invece, come è stato detto nel paragrafo precedente, lasciato più di un dubbio, tutt'ora irrisolto.

\*\*\*\*\*

Infine, qualche parola merita essere dedicata alla clausola di *switch-over*, che è presente in alcuni ordinamenti tributari esteri, fra cui, notoriamente, in Germania.

La *switch-over clause* è un tipo di misura anti-elusiva specifica (SAAR) che, analogamente alla CFC rule, opera nei casi in cui si realizza il fenomeno del *tax deferral*.

Si possono identificare due principali situazioni, in cui questa clausola è applicabile:<sup>105</sup>

- 1) quando il reddito derivante dalla distribuzione di dividendi da parte di una società controllata estera gode, nel Paese di residenza del socio controllante, del regime agevolato di *participation exemption* (PEX);
- 2) quando il reddito di una stabile organizzazione estera viene esentato da imposizione.

Nel primo caso, l'attenzione del legislatore fiscale si concentra sul livello di tassazione che hanno scontato i redditi della società controllata nel Paese di residenza della medesima.

Se tali redditi non sono stati ivi sottoposti ad un livello impositivo considerato congruo, viene negata l'applicazione del regime PEX nel Paese di residenza della società che li percepisce.<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> Cfr. IFA Cahier de droit fiscal international, Copenhagen Congress 2013, "The taxation of foreign passive income for groups of companies", General Report, op. cit.

<sup>106</sup> Va, peraltro, rilevato che normalmente i regimi PEX applicati negli Stati dovrebbero già contenere un implicito effetto di *switch-over*, per cui, se al livello della società controllata, non è stata imposta una tassazione congrua, la PEX non viene concessa. Nel caso italiano, il regime PEX è notoriamente disciplinato dall'articolo 87 del TUIR. Fra i requisiti richiesti dalla norma, il comma 1, lettera c) prevede il

Facendo una comparazione con la CFC rule, si può trarre la seguente conclusione per meglio individuare la portata della norma anti-elusiva in commento.

Com'è ben noto, applicando la CFC rule, la società controllante è immediatamente sottoposta a tassazione sui redditi conseguiti dalla controllata, che le vengono attribuiti per trasparenza.

La *switch-over clause* si differenzia in questo aspetto e cioè che, normalmente, la tassazione in capo al soggetto controllante non ha luogo fino al momento in cui i dividendi sono distribuiti. Bensì tale clausola ha come effetto che, quando i profitti sono distribuiti da un'entità estera e nel Paese in cui questa è localizzata è stato applicato un livello impositivo non adeguato, il regime PEX è successivamente negato.

Nella seconda ipotesi, la *switch-over clause* opera nei confronti dei redditi realizzati da una stabile organizzazione estera di una società residente. Di nuovo, per effetto della sua applicazione, qualora tale reddito non sia stato sufficientemente tassato nel Paese ove la stabile organizzazione è insediata, esso non potrà essere esentato nel Paese di residenza della società.

In altri termini, i redditi della stabile sono ivi immediatamente sottoposti a tassazione, senza alcun deferimento, in applicazione del principio di *worldwide taxation*; può essere eventualmente, concesso un credito d'imposta, a fronte del pagamento di qualche imposta nel Paese di insediamento della stabile organizzazione.

L'esempio della *switch-over clause* è stato qui scelto soprattutto in ragione del fatto che tale misura e, più precisamente, quella vigente nell'ordinamento tributario tedesco, è stata anch'essa oggetto di un'importante sentenza della Corte di Giustizia UE (*Columbus Container* del 6 dicembre 2007, C-298/05) che ne ha salvato l'applicabilità, trovandola compatibile con il diritto comunitario (a differenza della CFC rule britannica nella sentenza *Cadbury Schweppes*).

---

fatto che la società controllata non sia fiscalmente residente in uno Stato o territorio a regime fiscale privilegiato, di cui al comma 4 dell'articolo 167; o, qualora quivi residente, abbia presentato istanza di interpello e dimostrato l'esimente di cui all'articolo 167, comma 5, lettera b). E' evidente, dunque, il disvalore associato alla residenza della controllata in un paradiso fiscale, ove essa sconta un carico fiscale non congruo.



Si rimanda al successivo paragrafo VI per una più accurata analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia e di queste medesime decisioni.

In ultima battuta, è opportuno evidenziare come l'articolo 6 della direttiva ATAD preveda l'introduzione generalizzata della *switch-over clause* in tutti i Paesi membri, il che dovrebbe ingenerare delle conseguenze importanti anche sull'ordinamento italiano.<sup>107</sup>

Anche a questo riguardo, si fa presente che nel terzo capitolo del presente lavoro si tratterà del contenuto e dei possibili sviluppi della direttiva anti-elusiva.

#### **V) La giurisprudenza nazionale affronta il problema della compatibilità fra la CFC rule e le Convenzioni contro la doppia imposizione**

In questo paragrafo e nel successivo verrà affrontata l'importante tematica della compatibilità della CFC rule (e di altre misure anti-elusive) con le disposizioni delle Convenzioni contro la doppia imposizione e con il diritto comunitario nella prospettiva della giurisprudenza degli organi giurisdizionali deputati ad effettuare tali valutazioni, vale a dire i giudici nazionali e la Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Si è già descritto più sopra<sup>108</sup> quali siano le principali misure anti-elusive contenute all'interno dei trattati fiscali; può, dunque, trattarsi sia di clausole generali anti-abuso sia di misure specifiche, quali le LOB, atte a proteggere la corretta applicazione delle Convenzioni stesse.

Qualora tali misure vengano inserite nel corpo di un trattato, i benefici convenzionali possono essere negati nei casi di manipolazione od uso improprio del trattato stesso.

Si è anche già detto come gli Stati siano incoraggiati, sia da parte dell'OCSE che da parte delle istituzioni europee, a potenziare le proprie misure anti-elusive, per riuscire a

---

<sup>107</sup> Giova ricordare che sia la clausola in commento sia la CFC rule erano previste nella celebre proposta di direttiva CCCTB (Proposta di direttiva del Consiglio, del 16 marzo 2011, relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società), mai giunta a definitiva approvazione, ma di cui, sostanzialmente, la direttiva ATAD costituisce una costola.

<sup>108</sup> Capitolo I, paragrafo III).

perseguire efficacemente il comune obiettivo di lottare contro le pratiche abusive che conducono all'elusione fiscale illegittima.

La prevenzione dell'elusione e dell'evasione fiscale è considerata uno dei fini perseguiti dalle Convenzioni contro la doppia imposizione stipulate sulla base del Modello OCSE. Questa è, quanto meno, l'interpretazione per cui si propende in via generale, sebbene non vi sia alcuna disposizione del Modello che lo dichiari espressamente.

Il Commentario, da parte sua, si esprime più direttamente in questo senso, ma è notorio come esso non abbia effetti vincolanti, ma costituisca solo un aiuto interpretativo per gli Stati che adottano il Modello OCSE.<sup>109</sup>

Ad ogni modo, nonostante l'intento comune di opporsi ai fenomeni di *tax avoidance*, appare anche ovvio che le misure anti-elusive nazionali abbiano lo scopo precipuo di proteggere la base imponibile degli Stati contro i fenomeni erosivi legati, soprattutto, alla delocalizzazione delle attività economiche e dei vari fattori produttivi all'estero.

Le misure anti-elusive applicate all'interno dei Paesi della comunità internazionale sono, fondamentalmente, le medesime; si è già evidenziato come la CFC rule, per esempio, sia ormai presente all'interno di un gran numero di ordinamenti tributari.

Può apparire scontato osservare che nessun articolo del Modello di Convenzione OCSE contiene riferimenti alla CFC rule o ad altre misure anti-elusive nazionali; le clausole previste nei trattati sono, com'è naturale, volte alla protezione del contenuto della convenzione e assolvono un ruolo differente, rispetto alle disposizioni nazionali.

Da ciò, però, ne consegue il possibile insorgere di problemi di compatibilità fra le misure anti-elusive nazionali e le previsioni (bi o multilaterali) delle Convenzioni contro la doppia imposizione. In altri termini, possono verificarsi delle circostanze in cui la normativa domestica (anti-elusiva) di uno Stato "scavalca" (*overrules*) le disposizioni di uno o più trattati vigenti in quello Stato.

Questa circostanza è comunemente definita "*treaty-override*", e si sostanzia quando, nei casi che dovrebbero essere regolati sulla base delle disposizioni convenzionali (quindi le fattispecie *cross-border*) viene invece applicata la norma (fiscale anti-abusiva) nazionale.

---

<sup>109</sup> Si segnala peraltro che la Svizzera ha posto un'espressa obiezione, dichiarando di non condividere il punto di vista del Commentario quando ritiene che: "(...) *the purpose of double taxation conventions is to prevent tax avoidance and evasion*". Si tratta però di un'osservazione isolata.

L'argomento del *treaty-override* è molto complesso e richiederebbe un'analisi ben più approfondita dei brevi riferimenti che ne verranno fatti nel presente lavoro, ove si intende concentrare l'attenzione, soprattutto, sul problema della possibile incompatibilità fra normativa anti-abuso domestica ed internazionale, ponendo l'accento sulla CFC rule.<sup>110</sup>

In simili casi, l'eventuale conflitto non appare sempre facilmente risolvibile, nonostante in generale, all'interno dei singoli ordinamenti nazionali, vi sia una certa chiarezza in merito alla gerarchia delle fonti (in Italia, per esempio, la normativa internazionale dovrebbe prevalere su quella interna, in quanto gerarchicamente sovraordinata).

Se da una parte gli Stati devono essere incoraggiati (come, di fatto, lo sono, sia da parte dell'OCSE che dell'UE) a potenziare la propria legislazione anti-elusiva; di contro, sarebbe decisamente rivoluzionario ammettere che eventuali conflitti fra questa e i trattati fiscali siano risolvibili riconoscendo (sempre) la prevalenza delle misure nazionali anti-elusive, cioè "premiando" le finalità che esse perseguono.

Il contrasto potrebbe essere altrimenti risolto includendo all'interno dei trattati fiscali una o più disposizioni che facciano salve le misure nazionali, specie qualora queste abbiano una portata più ampia delle misure contenute nel trattato.

Oppure ci si potrebbe decidere a dare un maggior risalto, in modo espresso, al significato anti-elusivo delle Convenzioni (che finora, come si è già detto, è stato piuttosto ricavato in via interpretativa), andando decisamente al di là del loro scopo conclamato di risolvere i conflitti di doppia imposizione giuridica.

Per inquadrare meglio la problematica, vale la pena focalizzarsi sulla disciplina CFC, che si è spesso trovata al centro del dibattito sulla compatibilità con i trattati fiscali.

L'applicazione della CFC rule può, in primo luogo, dare origine a situazioni di doppia imposizione, in quanto i redditi delle società controllate sono tassati sia in capo ad esse, nel loro Paese di localizzazione, sia in capo alla società controllante, a prescindere

---

<sup>110</sup> Cfr., per un accurato lavoro focalizzato sul tema, C., De PIETRO "Tax Treaty Override", EUCOTAX, Wolters Kluwer, 2014.

Un chiaro esempio di *treaty-override* è stato, peraltro, il caso Columbus Container, relativo alla clausola di *switch-over* applicata in Germania e non alla CFC rule (cfr. il prossimo paragrafo). Nonostante si tratti di una causa comunitaria sollevata all'attenzione della Corte di Giustizia, nella fattispecie si era verificato uno "scavalco" delle disposizioni convenzionali contenute nel trattato fra Germania e Belgio da parte della norma tedesca (sul punto la Corte di Giustizia ha ritenuto, peraltro, di non pronunciarsi, giudicandosi priva di competenza).

dall'effettiva distribuzione. In genere, però, viene poi concesso un credito per le imposte pagate dalla CFC nel suo Stato di residenza.<sup>111</sup>

Il punto maggiormente controverso circa la disciplina CFC consiste nel principio stesso di sottoporre a tassazione in un determinato Stato (quello di residenza della controllante) i redditi realizzati da un'altra società, residente altrove; con ciò, evidentemente, ponendosi in contrasto con le regole di ripartizione della potestà impositiva stabilite nelle Convenzioni.

Naturalmente, rimangono pienamente valide tutte le osservazioni già compiute a proposito dello scopo della CFC rule e dell'affermazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma, nei casi in cui la società controllata non rappresenti un'effettiva realtà economica.

Ciò non toglie il fatto che la CFC sia una differente persona giuridica (a “*person*” secondo la definizione datane nel Modello di Convenzione OCSE) che realizza i propri redditi in uno Stato diverso dallo Stato di residenza della società controllante.

Da ciò ne consegue che potrebbero sorgere dei conflitti tra le CFC rules nazionali, qualora applicate, e gli articoli 7 (*business profit*) e 10 (*dividends*) del Modello.

È certo molto importante che la stessa OCSE abbia preso posizione, in modo espreso, nel tentativo di risolvere alla radice il problema di eventuali contrasti. Da ultimo questa posizione si è, infatti, attestata sulla non conflittualità di principio della CFC rule con gli articoli 7 e 10 del Modello di Convenzione.

Sin dall'aggiornamento del Modello occorso nel 2003 è stato diffusamente argomentato, all'interno del Commentario, che l'OCSE non ritiene che la disciplina CFC sia incompatibile con gli obblighi che seguono alla stipula di una Convenzione.<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> L. DE BROE, op. cit., pp. 377-460.

<sup>112</sup> Commentario all'articolo 1, paragrafo 23: “*The use of base companies may also be addressed through controlled foreign companies provisions. A significant number of member and non-member countries have now adopted such legislation. Whilst the design of this type of legislation varies considerably among countries, a common feature of these rules, which are now internationally recognised as a legitimate instrument to protect the domestic tax base, is that they result in a Contracting State taxing its residents on income attributable to their participation in certain foreign entities. It has sometimes been argued, based on a certain interpretation of provisions of the Convention such as paragraph 1 of Article 7 and paragraph 5 of Article 10, that this common feature of controlled foreign companies legislation conflicted with these provisions. For the reasons explained in paragraphs 14 of the Commentary on Article 7 and 37 of the Commentary on Article 10, that interpretation does not accord with the text of the provisions. It also does*”

Il punto non è, peraltro, pacificamente accolto da tutti gli Stati membri, alcuni dei quali hanno mosso delle obiezioni.<sup>113</sup>

Appare, perciò, interessante dare qui di seguito un rapido riscontro, descrivendo alcune sentenze,<sup>114</sup> di come la tematica della compatibilità della CFC con le Convenzioni sia stata affrontata dai giudici nazionali. In questi casi, la posizione dell'OCSE sul tema è stata talvolta disattesa.

Il primo caso che si illustra è occorso in Francia, quando è stata sollevata all'attenzione del giudice nazionale la questione di un possibile conflitto della CFC rule domestica con il trattato bilaterale stipulato tra Francia e Svizzera.

Si tratta della pronuncia del Conseil d'Etat (la Corte Suprema francese in materia di tassazione diretta e IVA) nella causa *Schneider Electric* (sentenza del 28 giugno 2002).

In essa, la Corte ha statuito che l'articolo 7 della Convenzione prevale sull'applicazione dell' articolo 209 B del Code général des impôts, dove è contenuta la disciplina CFC.<sup>115</sup>

---

*not hold when these provisions are read in their context. Thus, whilst some countries have felt it useful to expressly clarify, in their conventions, that controlled foreign companies legislation did not conflict with the Convention, such clarification is not necessary. It is recognised that controlled foreign companies legislation structured in this way is not contrary to the provisions of the Convention”.*

<sup>113</sup> Si riportano qui di seguito le osservazioni mosse a tal riguardo da Belgio, Irlanda e Paesi Bassi ancora nella versione del Modello di luglio 2014.

*“Belgium cannot share the views expressed in paragraph 23 of the Commentary. Belgium considers that the application of controlled foreign companies legislation is contrary to the provisions of paragraph 7 of Article 5, paragraph 1 of Article 7 and paragraph 5 of Article 10 of the Convention”.*

*“Concerning potential conflicts between anti-abuse provisions (including controlled foreign company—CFC—provisions) in domestic law and the provisions of tax treaties, Ireland considers that it is not possible to have a simple general conclusion that no conflict will exist or that any conflict must be resolved in favor of the domestic law. This will depend on the nature of the domestic law provision and also on the legal and constitutional relationship in individual member countries between domestic law and international agreements and law”.*

*“The Netherlands does not adhere to the statements in the Commentaries that as a general rule domestic anti-avoidance rules and controlled foreign companies provisions do not conflict with the provisions of tax conventions. The compatibility of such rules and provisions with tax treaties is, among other things, dependent on the nature and wording of the specific provision, the wording and purpose of the relevant treaty provision and the relationship between domestic and international law in a country”.*

<sup>114</sup> Si tratta di casistica esclusivamente nazionale, in quanto non esiste un tribunale internazionale competente che possa adottare un ruolo speculare a quello assunto dalla Corte di Giustizia UE nell'ambito del diritto comunitario.

<sup>115</sup> *“Considérant qu'en vertu du paragraphe 1 du A de l'article 25 de la convention fiscale franco-suisse, dans sa rédaction antérieure à l'avenant du 22 juillet 1997, les revenus visés au 1° de l'article 7 sont exonérés de l'impôt français sur les sociétés lorsqu'ils sont réalisés par une société qui, comme la société Paramer, a en Suisse le siège de sa direction effective et n'a pas d'établissement stable en France ; que l'objectif d'élimination des doubles impositions attribué à cette convention fiscale ne saurait justifier une*

A parte la decisione finale di incompatibilità, appare degno di nota questo estratto della sentenza: “*Considérant qu'à supposer même qu'il soit établi qu'un objectif de lutte contre l'évasion et la fraude fiscales ait été assigné à la convention franco-suisse, cet objectif ne permet pas, faute de stipulation expresse le prévoyant, de déroger aux règles énoncées par cette convention*”.

Da ciò si desume che il Conseil d'Etat abbia collocato in una posizione di subordinazione, rispetto agli obiettivi conclamati per cui viene stipulato una Convenzione contro la doppia imposizione, la finalità della lotta all'evasione e all'elusione fiscale, che è, invece, la ragion d'essere della disciplina CFC.

In altri termini, la norma nazionale anti-elusiva è stata giudicata incompatibile con una Convenzione che non ne preveda espressamente l'applicazione (come accade nella generalità dei casi).

A seguito di questa pronuncia, in Francia è stato sollevato anche il dubbio di possibile incompatibilità della CFC rule con il diritto comunitario, che ha portato alla modifica della disciplina nel corso del 2006, di poco anteriormente alla sentenza *Cadbury Schweppes*.

Va, peraltro, segnalato che, al fine di evitare futuri conflitti tra CFC rule e Convenzioni contro la doppia imposizione, i trattati fiscali più recentemente siglati dalla Francia contengono una clausola che consente, implicitamente o esplicitamente, di applicare l'articolo 209 B del Code général des impôts, nonostante le altre disposizioni del trattato.

Merita poi sicuramente attenzione la sentenza pronunciata dalla Suprema Corte amministrativa finlandese in data 11 aprile 2011, con cui è stata annullata una precedente decisione del 2002, che aveva ritenuto la CFC rule compatibile con la Convenzione contro la doppia imposizione Finlandia- Belgio.

---

*méconnaissance des stipulations susmentionnées au seul motif que l'imposition par la France des bénéfices de la société Paramer n'est pas établie au nom de la société suisse mais à celui de sa société mère, qui est une entité juridique distincte et à laquelle lesdits bénéfices n'ont pas été effectivement distribués ; que, par suite, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que les stipulations de l'article 7 de la convention fiscale franco-suisse s'opposent à l'application des dispositions de l'article 209 B du code général des impôts”.*

La fattispecie concerneva una società per azioni di diritto finlandese, quotata in Borsa, che controllava al 100 per cento una società residente in Belgio, la quale usufruiva del regime fiscale dei "centri di coordinamento" (per la prestazione di servizi finanziari, di contabilità, amministrativi, etc., a favore delle imprese del gruppo), a carattere estremamente agevolato. La disciplina CFC finlandese era stata applicata e, di conseguenza, i redditi della società belga controllata erano stati tassati per trasparenza in capo alla controllante finlandese.

La Suprema Corte Amministrativa, con sentenza del 20 marzo 2002 aveva deciso che, nel caso in oggetto, né la Convenzione contro la doppia imposizione conclusa tra Finlandia e Belgio, né il diritto comunitario costituivano un impedimento all'applicazione della CFC rule.

In seguito alla pronuncia della sentenza *Cadbury Schweppes* nel 2006, la società finlandese ha presentato alla Suprema Corte Amministrativa una richiesta di annullamento della sentenza del 2002, contestando la mancata presentazione alla Corte di Giustizia di una domanda di pronuncia pregiudiziale sulla compatibilità della CFC rule finlandese con il diritto comunitario.<sup>116</sup>

La Suprema Corte finlandese ha dato ragione al contribuente, riconoscendo, da una parte, di aver commesso un errore procedurale nel non aver proceduto al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, in quanto questa omissione aveva prodotto un impatto decisivo sulla decisione finale; d'altra parte, ammettendo il contrasto della decisione del 2002 con i principi fissati nella sentenza *Cadbury Schweppes*, in quanto la società controllata belga svolgeva un'effettiva attività economica.

Come si è verificato a seguito della sentenza *Cadbury Schweppes* in numerosi Stati europei, nel 2009 il legislatore finlandese si è poi preoccupato di riformare la disciplina CFC domestica per renderla compatibile con i principi enunciati dalla Corte di Giustizia.

Infine, una delle pronunce più recenti concerne proprio l'Italia, dove si perviene a risultati opposti rispetto alle sentenze sin qui descritte.

---

<sup>116</sup> Si rimanda al prossimo paragrafo per l'analisi dell'importantissima sentenza *Cadbury Schweppes*.

Si tratta della sentenza della Corte di Cassazione n. 25281 del 16 dicembre 2015, in cui la Corte ha stabilito che le Convenzioni contro la doppia imposizione non ostano all'applicazione della normativa italiana in materia di CFC di cui all'articolo 167 del TUIR.

Il caso presenta diversi profili di interesse, in quanto il conflitto sorge non a seguito di un accertamento o di un controllo posti in essere dall'amministrazione finanziaria, bensì da un'istanza di interpello.

Più nel dettaglio, una società residente aveva interpellato l'Agenzia delle entrate al fine di ottenere la disapplicazione dell'articolo 167, comma 1 del TUIR nei confronti della propria controllata estera localizzata a Cipro (che, al momento dell'istanza, faceva ancora parte della *black-list* di cui al D.M. 21 novembre 2001<sup>117</sup>).

Tale richiesta aveva avuto come esito un parere negativo, che il contribuente decideva di impugnare presso la Commissione Tributaria Provinciale, adducendo come motivi, fra gli altri, l'incompatibilità della CFC rule con la Convenzione fra Italia e Cipro e con la libertà di stabilimento di matrice comunitaria.

Interessante è subito notare la diversa valutazione operata prima dalla Commissione Tributaria Provinciale e poi dalla Commissione Tributaria Regionale in merito all'impugnabilità del parere dell'amministrazione finanziaria che, in genere, viene negata, alla luce della natura puramente interpretativa dell'attività di interpello e la non vincolatività della risposta se non nei confronti dell'amministrazione stessa.

La CTP ha rigettato il ricorso considerando il parere non impugnabile; la CTR, in sede di appello, l'ha invece accolto e ha, altresì, dismesso le ragioni del contribuente in punto di diritto, ritenendo la disciplina CFC perfettamente compatibile sia con la libertà di stabilimento che con le disposizioni della Convenzione bilaterale.

In punto di merito, la CTR ha, infine, ritenuto corretta la risposta negativa data dall'Agenzia delle entrate al contribuente, in quanto non era stato adeguatamente dimostrato lo svolgimento di un'effettiva attività commerciale a Cipro da parte della società controllata.

---

<sup>117</sup> Cipro è stato espunto dalla lista nel 2010.



La Corte di Cassazione, interpellata in ultimo grado, si è a sua volta espressa a favore della compatibilità della misura anti-elusiva domestica sia con i principi espressi dalla sentenza *Cadbury Schweppes* sia con le disposizioni convenzionali.

Su questo punto, in particolare, lo sviluppo del ragionamento della Corte è estremamente significativo.

La Corte esordisce statuendo che i trattati devono essere interpretati sulla base dei canoni ermeneutici dell'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23 maggio 1969,<sup>118</sup> vale a dire “(...) *secondo buona fede in conformità al senso ordinario da attribuire ai singoli termini del trattato nel loro contesto e alla luce del loro obiettivo e scopo*”.<sup>119</sup>

Circa lo scopo e l'obiettivo delle Convenzioni contro la doppia imposizione, la Corte ne individua, espressamente, due: “(...) *evitare il fenomeno della c.d. doppia imposizione giuridica, in materia di imposte sul reddito e di capitali, nonché prevenire l'evasione fiscale*”.<sup>120</sup>

Considerata la non unanimità di vedute sul punto, la presa di posizione della Corte di Cassazione circa le finalità anti-abusive delle Convenzioni appare degna di attenzione.

La Corte prosegue nel suo ragionamento, precisando che: “(...) *in questa prospettiva la prassi internazionale-tributaria ha elaborato il concetto di “beneficiario effettivo” ... che si può qualificare come una clausola generale dell'ordinamento fiscale internazionale, volta ad impedire che i soggetti possano abusare dei trattati fiscali attraverso pratiche di treaty shopping con lo scopo di far godere della protezione convenzionale contribuenti che, altrimenti, non ne avrebbero avuto diritto o che avrebbero subito un trattamento fiscale, comunque, meno favorevole. Alla luce di tale clausola e della stessa origine delle convenzioni fiscali, il self restraint, cui uno Stato nazionale acconsente sottoscrivendo una convenzione, non può, evidentemente, spingersi fino al punto di consentire un abuso della stessa convenzione che realizzerebbe, quindi, un fenomeno di doppia non imposizione altrettanto deprecabile quanto quello della doppia imposizione. Se ne deve desumere pertanto la possibilità, per lo Stato della fonte (nel caso di interesse, l'Italia),*

---

<sup>118</sup> La Convenzione di Vienna è resa esecutiva in Italia con la legge 12 febbraio 1974, n. 112 ed è entrata in vigore nel nostro Paese il 27 gennaio 1980.

<sup>119</sup> Cfr. paragrafo 16 della sentenza.

<sup>120</sup> Ibidem.

*di tassare i proventi diretti ad un residente cipriota nella misura in cui, se ciò non facesse, oltre a vedersi distorte le norme distributive convenzionali, relative all'esercizio del potere impositivo degli Stati, si consentirebbe una forma di pianificazione fiscale, non soltanto aggressiva per le ragioni erariali ma, al contempo, anche pregiudizievole per un corretto confronto concorrenziale tra operatori economici".*<sup>121</sup>

In altri termini, nonostante il riferimento al beneficiario effettivo appaia qui declinato in modo poco chiaro rispetto al caso di specie, dalla decisione della Corte di Cassazione traspare la volontà di considerare la CFC rule come uno strumento a disposizione degli Stati per impedire l'abuso dei trattati fiscali.

Sebbene si tratti di una misura unilaterale, essa appare preziosa per contrastare le pratiche elusive; ciò facendo, la CFC rule si muove in perfetta concordanza con le finalità delle Convenzioni.<sup>122</sup>

## **VI) La posizione della Corte di Giustizia sulle misure anti-elusive nazionali: excursus sulla giurisprudenza comunitaria. Focus sulle sentenze concernenti la disciplina CFC.**

In questo paragrafo intendo svolgere un excursus sulla giurisprudenza comunitaria allo scopo di descrivere quale sia la posizione della Corte di Giustizia dell'Unione europea nel campo, in particolare, delle misure anti-elusive nazionali.

La CFC rule è stata oggetto di alcune pronunce di estrema importanza, ma non è di certo la sola norma a carattere fiscale che sia stata passata al vaglio del giudice comunitario.

Ai fini del presente lavoro, mi interessa soprattutto riuscire ad evidenziare i principali concetti che sono stati introdotti nell'ordinamento comunitario grazie alle decisioni della Corte di Giustizia, in un settore che, notoriamente, sfugge alla competenza degli organi comunitari ed è rilasciato agli Stati membri, vale a dire la fiscalità diretta.

---

<sup>121</sup> Ibidem.

<sup>122</sup> Circa i rapporti tra la CFC rule italiana e i principi statuiti dalla Corte di Giustizia UE, specialmente nella sentenza *Cadbury Schweppes*, si rimanda al paragrafo successivo.

Vorrei, perciò, procedere all'analisi di alcune delle sentenze della Corte che considero più strettamente attinenti all'oggetto del presente lavoro, cercando anche di individuare quali siano state le conseguenze più rilevanti per gli Stati membri, anche ai fini degli eventuali sviluppi della loro legislazione tributaria.

L'esempio della CFC rule italiana sarà posto al centro del ragionamento, per valutarne anche possibili profili di non aderenza al diritto comunitario, nonostante essa non sia, ad oggi, stata sottoposta al vaglio della Corte europea.

\*\*\*\*\*

Una (rapida ed assolutamente non esaustiva) introduzione sul ruolo e sull'operato della Corte di Giustizia appare qui necessaria, pur circoscritta, per quanto possibile, alla sfera del diritto tributario.

L'armonizzazione fiscale in ambito europeo è fondata non solo sulla disciplina positiva recata da strumenti di diritto comunitario derivato (direttive e regolamenti), ma anche sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che è chiamata a pronunciarsi secondo il meccanismo del rinvio pregiudiziale sulla compatibilità delle disposizioni fiscali nazionali con i principi del diritto comunitario contenuti nel Trattato (cd. diritto comunitario primario).<sup>123</sup>

Non vi è, notoriamente, armonizzazione nel campo della legislazione fiscale per ciò che concerne le imposte dirette.

Quando la Comunità europea è stata costituita negli anni '50 la regolamentazione della fiscalità diretta non era vista come una priorità; il focus principale era posto, naturalmente, sulla rimozione delle distorsioni causate dalle barriere commerciali, che impedivano la costituzione di un mercato unico. In ciò, appariva molto più necessario pervenire, piuttosto, all'armonizzazione delle imposte indirette.<sup>124</sup>

---

<sup>123</sup> Vedasi, IFA Cahier de droit fiscal international, Copenhagen Congress 2013, “*The taxation of foreign passive income for groups of companies*”, European Report by A. ARMENIA e A. ZALANSKI, pp. 57-74.

Nel corso del tempo sono stati introdotti alcuni strumenti di legislazione tributaria concernente le imposte dirette, vale a dire, la direttiva Madre/Figlia, la direttiva Interessi/Canoni e la direttiva sulla tassazione dei redditi da risparmio<sup>125</sup>; la direttiva sullo scambio di informazioni e mutua assistenza<sup>126</sup>; la convenzione arbitrale.<sup>127</sup> Oltre a questi, meritano di essere citati il codice di condotta<sup>128</sup> e la proposta di direttiva CCCTB, nonostante questa non sia pervenuta ad un'approvazione finale.

L'Unione europea non ha competenza nel campo delle imposte dirette; gli Stati membri hanno mantenuto i loro pieni poteri, ma questi devono essere esercitati in modo compatibile con il diritto comunitario.

Generalmente parlando, i casi sollevati presso la Corte concernono situazioni in cui le disposizioni fiscali nazionali sono sospettate di essere incompatibili con le libertà fondamentali sancite dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea o con la disciplina comunitaria degli Aiuti di Stato.

Le libertà fondamentali sono, notoriamente, quattro: la libertà di circolazione dei beni (articolo 28 del TFUE); libertà di circolazione delle persone (suddivisa in due aspetti: libertà di circolazione dei lavoratori, art. 45 del TFUE e libertà di stabilimento, art. 49 del

---

<sup>124</sup> C.H.J.I. PANAYI *European Union Corporate Tax Law*, Cambridge Tax Law Series (2013), pp. 123-170.

Oltre a ciò, è evidente come sarebbe stato (e com'è tutt'ora) ben più difficile raggiungere una decisione unanime in seno al Consiglio in materia di imposte dirette.

<sup>125</sup> Si è già parlato nel capitolo I, paragrafo III (Cfr. anche le note n. 23, 26 e 28) delle direttive Madre/Figlia ed Interessi/Canoni per ciò che concerne le disposizioni anti-elusive ivi contenute. La direttiva 2003/48/CE del Consiglio del 3 giugno 2003 in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi aveva come obiettivo fondamentale di permettere alle amministrazioni finanziarie di avere accesso alle informazioni sui risparmiatori privati. La direttiva risparmio è stata abrogata in data 10 novembre 2015, a seguito dell'approvazione della nuova direttiva sullo scambio di informazioni (Cfr. nota seguente) con cui essa avrebbe finito, sostanzialmente, per sovrapporsi.

<sup>126</sup> Direttiva 2011/16/UE del Consiglio del 15 febbraio 2011 relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale conteneva le regole per lo scambio di informazioni tra le amministrazioni finanziarie dei Paesi membri dell'UE. Essa è stata emendata a più riprese, prima dalla direttiva n. 2014/107 e poi dalla direttiva n. 2015/2376, che ne hanno notevolmente rafforzato i contenuti. In particolare, in virtù delle più recenti modifiche, lo scambio automatico di informazioni è diventato la procedura ordinaria (non più solo opzionale) per scambiare informazioni sui ruling preventivi e sugli accordi di *transfer pricing*.

<sup>127</sup> Convenzione relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate, atto n. 90/436/CEE.

<sup>128</sup> Approvato dal Consiglio in data 1 dicembre 1997 nell'ambito del cd. "Pacchetto Monti" e contenente regole comuni sulla tassazione del reddito d'impresa, dirette, in particolar modo, ad osteggiare la concorrenza fiscale dannosa fra gli Stati membri.

TFUE); libertà di prestazione di servizi (art. 56 del TFUE); libera circolazione di capitali (art. 63 del TFUE).

Le libertà fondamentali impongono agli Stati membri dell'UE di trattare nello stesso modo le situazioni domestiche e quelle *cross-border* (comunitarie); in una prospettiva fiscale, questo significa che gli Stati dovranno sottoporre alla medesima tassazione le situazioni domestiche e quelle aventi luogo in un altro Stato membro (naturalmente qualora queste siano comparabili).

La maggior parte delle decisioni della Corte in ambito fiscale concerne l'IVA, visto il carattere "europeo" del tributo. In questo settore, la Corte mostra una tendenza prevalentemente "ricognitiva" delle norme esistenti, che si esprime attraverso l'analisi e l'interpretazione degli atti comunitari relativi a questa imposta, in particolare delle direttive riguardanti l'IVA.<sup>129</sup>

L'operato della Corte di Giustizia in ambito di imposizione diretta è stato, necessariamente, diverso, dotato di un carattere più "creativo", in ragione della scarsità della legislazione comunitaria nel settore della fiscalità diretta.

Come si vedrà di seguito, la Corte è stata chiamata spesso a pronunciarsi in relazione a casi concernenti l'applicazione di imposte dirette e le sue decisioni hanno rafforzato l'integrazione ed una sorta di armonizzazione anche in questo campo, che pure non è armonizzato.

Gli Stati, pur nell'esercizio delle competenze che sono ad essi rilasciate dai Trattati, non possono violare o restringere le libertà fondamentali.

È di estremo interesse valutare l'approccio della Corte nei confronti della tutela delle libertà fondamentali, minacciate dalle disposizioni tributarie nazionali. Questo approccio può essere suddiviso in alcuni momenti distinti.

---

<sup>129</sup> P., BORIA, *Diritto Tributario Europeo*, Giuffrè Editore (2010), pp. 120-124. Si ricorda qui, molto brevemente, che l'atto comunitario di riferimento dell'IVA è oggi la direttiva n. 2006/112/CE del 28 novembre 2006, per il cui tramite il legislatore comunitario ha riorganizzato l'intera materia. La disciplina IVA (che, com'è ben noto, è un tributo armonizzato) è stata oggetto di molteplici riforme, dopo l'emanazione della prima direttiva rilevante in materia, vale a dire la celebre Sesta direttiva del 17 maggio 1977.

In una prima fase, la Corte si è concentrata sulla definizione ed applicazione del principio di non discriminazione fiscale, che si verifica quando la normativa degli Stati membri realizza un trattamento discriminatorio nei confronti di un soggetto, in ragione della sua nazionalità, cittadinanza, residenza o, qualora si tratti di una persona giuridica, in base alla sua sede legale.

Il riconoscimento di un principio di “non discriminazione fiscale” tende a condannare la formazione di ostacoli e barriere di tipo tributario all’interno della Comunità europea, che disincentiverebbero il libero mercato e la libera circolazione di persone e fattori produttivi.

La prima decisione della Corte ove è stato applicato il principio di non discriminazione è stata la sentenza *Avoir fiscal* del 1968, che è, peraltro, anche la prima sentenza in assoluto in ambito di imposte dirette.<sup>130</sup>

In questa decisione la Corte ha, notoriamente, decretato l’incompatibilità di una norma tributaria francese che attribuiva un credito d’imposta solamente alle società che avessero la propria sede legale nel territorio dello Stato, escludendo le società estere che quivi avessero stabilito una stabile organizzazione e fossero assoggettate alle medesime modalità di tassazione.

In tale circostanza la Corte ha riconosciuto la violazione della libertà di stabilimento da parte della normativa tributaria francese.

Naturalmente, un punto fondamentale per lo sviluppo del ragionamento del giudice comunitario è il giudizio di comparabilità fra le situazioni in gioco; in altri termini, affinché possa essere riconosciuta o meno la discriminazione, le posizioni delle parti in causa (cioè dei soggetti residenti e non residenti) devono essere simili e, come tali, comparabili.

Come ha chiarito la Corte stessa nel celebre caso *Schumacker*<sup>131</sup> “una discriminazione può consistere solo nell’applicazione di norme diverse a situazioni analoghe ovvero nell’applicazione della stessa norma a situazioni diverse”.

---

<sup>130</sup> BORIA, op. cit., pp. 156-161.

<sup>131</sup> Causa C-279/93, sentenza del 14 febbraio 1995.

In una fase più recente, la Corte sembra aver spostato il proprio ragionamento dalla discriminazione vera e propria alla restrizione di una libertà comunitaria, con ciò ampliando il campo del proprio giudizio, dalle situazioni in cui si realizza (o si potrebbe realizzare) un ingiustificato trattamento differenziato tra soggetti residenti e non residenti; ai casi in cui è in questione l'effetto restrittivo della normativa nazionale su una delle libertà fondamentali.<sup>132</sup>

In altri termini, gli Stati membri non possono adottare una disciplina fiscale, seppure non discriminatoria, che abbia l'effetto di restringere una delle quattro libertà fondamentali, nel senso di ostacolare il libero mercato e la mobilità di cose e persone all'interno del mercato comune. Il focus è posto, pertanto, sul fatto che i cittadini europei siano limitati nell'esercizio dei loro diritti a causa delle disposizioni tributarie restrittive del loro Paese di residenza o di un altro o più altri Stati membri.

Poiché ciascuna delle libertà può essere oggetto di violazione e, quindi, di sindacato da parte della Corte, diviene, dunque, fondamentale stabilire quale fra esse è messa in causa dalla misura nazionale oggetto di scrutinio.

Di norma, le cause sollevate presso la Corte di Giustizia concernono situazioni infra-europee, ove, cioè, le parti in causa sono soggetti residenti in uno dei Paesi membri dell'UE.

Può ben darsi, però, che anche soggetti extra-europei si trovino coinvolti nei casi portati all'attenzione della Corte (nei quali, cioè, vi è questione di discriminazione o restrizione delle libertà fondamentali da parte della normativa tributaria di un Paese membro).

A questo proposito, è stato necessario stabilire se e in che termini la tutela delle libertà fondamentali possa essere estesa anche ai soggetti extra-europei, qualora così coinvolti.

Ai sensi dell'articolo 56 del TFUE, relativo alla libertà di circolazione dei capitali, il divieto di restrizione della medesima libertà si estende non solo ai movimenti di capitali

---

<sup>132</sup> BORIA, op. cit., pp. 133-147.

Vedasi anche A. FANTOZZI, *“Dalla non discriminazione all'eguaglianza in materia tributaria”*, in AA.VV. *“Per una costituzione fiscale europea”*, a cura di A. Di Pietro, CEDAM (2008), pp. 193-201.

che hanno luogo all'interno dei confini comunitari; bensì anche a quelli verso e provenienti da Paesi terzi.<sup>133</sup>

Per ciò che concerne l'altra libertà solitamente invocata nelle cause a carattere tributario, la libertà di stabilimento, gli articoli 49 e 54 del TFUE ne limitano espressamente il campo di applicazione alle persone fisiche e alle società residenti in un Paese membro UE.<sup>134</sup>

Da parte sua, anche la Corte di Giustizia ha statuito che gli effetti della libertà di stabilimento non si estendono al di fuori dei confini dell'Unione e che, pertanto, non possono essere invocati da terze parti.<sup>135</sup>

Nel caso, poi, in cui l'ambito di applicazione della libertà di circolazione dei capitali e quello della libertà di stabilimento coincidano nella controversia tributaria oggetto di scrutinio, occorre compiere la scelta se sia possibile applicarle congiuntamente o se, invece, una prevalga sull'altra, e quale.

La Corte di Giustizia ha optato per l'adozione del criterio di prevalenza, allo scopo di decidere quale delle due libertà fondamentali rilevi nella fattispecie concreta. La Corte ha creato, in sostanza, una sorta di ordinamento gerarchico, assegnando alla libertà di stabilimento una posizione prioritaria rispetto alla libera circolazione di capitali.

In altri termini, qualora entrambe possano essere invocate, il caso andrà deciso in base ad una sola di esse e, fra le due, la libertà di stabilimento normalmente ottiene la prevalenza e trova applicazione.

A fronte delle valutazioni di possibile non compatibilità, gli Stati membri hanno naturalmente la facoltà di giustificare le ragioni del trattamento discriminatorio o degli effetti restrittivi posti in essere dalla propria normativa interna. Tale giustificazione deve,

---

<sup>133</sup> Vedasi, ex multis, G. BIZIOLI, "Il principio di non discriminazione" in AA.VV. "I principi europei del diritto tributario", a cura di A. Di Pietro e T. Tassani, CEDAM (2013), pp. 224-231.

<sup>134</sup> Ai sensi dell'articolo 49 TFUE: "(...) le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate".

Ai sensi dell'articolo 54 TFUE: "Le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione, sono equiparate, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente capo, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri".

<sup>135</sup> Nella sentenza "Test claimants in the FII Group Litigation" (2006), C-446/04.



però, risultare ammissibile e proporzionata rispetto all'interesse tutelato dalle disposizioni oggetto di scrutinio da parte (di solito) della Commissione europea e poi della Corte di Giustizia.<sup>136</sup>

In materia fiscale, le giustificazioni adducibili dagli Stati membri sono, si potrebbe dire, di carattere più limitato rispetto alle cause genericamente individuate dal TFUE, vale a dire: la moralità pubblica, l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, la tutela della salute, etc.

Sin dalla sentenza *Avoir fiscal* la Corte ha espressamente riconosciuto che la normativa tributaria nazionale, pur discriminatoria, può essere giustificata da motivi imperativi di interesse generale, anche diversi da quelli elencati nel Trattato, fra cui, in particolare, il principio della coerenza del sistema fiscale.

Significativa è, in tal senso, soprattutto la celebre sentenza *Marks & Spencer* del 13 dicembre 2004, causa C- 446/2003, avente come oggetto la normativa britannica sul riporto delle perdite infragruppo.

Mentre la sentenza *Cadbury Schweppes* riguarda la tassazione del reddito delle società controllate estere, quindi un reddito "positivo"; la sentenza *Marks & Spencer* riguarda le perdite, quindi elementi "negativi", che possono a loro volta essere manipolate a fini elusivi (cd. *loss-trafficking*).<sup>137</sup>

Il trasferimento di perdite fra società di un medesimo gruppo è una mera operazione contabile, che non dà luogo ad alcuna reale transazione economica. La normativa britannica negava la possibilità di riportare le perdite all'interno di un gruppo, nel caso in cui le società non residenti che le realizzavano non svolgessero un'attività economica sul territorio UK per il tramite di una stabile organizzazione.

Chiamata a compiere una valutazione di compatibilità, la Corte ha affermato la giustificabilità del sistema britannico in ragione di tre diversi motivi, considerati

---

<sup>136</sup> BIZIOLI, op. cit., pp. 224-231.

<sup>137</sup> È noto come queste sentenze siano considerate come le due decisioni seminali della Corte nell'ambito dell'imposizione diretta, alla stregua della sentenza *Halifax* per l'IVA.

Cfr. TOM O'SHEA, "Tax avoidance and abuse of EU Law", *The EC Tax Journal*, Volume 11 (2010-11), p. 104-106.

congiuntamente: la salvaguardia di un'equilibrata ripartizione del potere impositivo fra gli Stati membri; il rischio di doppio uso delle perdite fiscali; il rischio di evasione fiscale.<sup>138</sup>

Bisogna, peraltro, ricordare che nel caso di specie il contribuente ha vinto la causa per ragioni di proporzionalità; vale a dire, che la normativa fiscale che impediva il riporto delle perdite, pur giustificabile alla luce dei fini perseguiti, è stata però considerata sproporzionata (in quanto non consentiva alla società che realizzava le perdite e che aveva esaurito ogni mezzo di riporto nel proprio Paese di residenza di trasferirle a terzi).

In via generale, è necessario che le misure nazionali soddisfino una serie di condizioni, per poter essere considerate ammissibili nonostante il loro effetto restrittivo:

- 1) la restrizione non deve produrre effetti discriminatori;
- 2) la restrizione deve essere giustificata sulla base di ragioni imperative di interesse generale;
- 3) le misure nazionali devono essere adatte a raggiungere gli obiettivi prefissi (per esempio, prevedere od impedire comportamenti elusivi);
- 4) le medesime disposizioni non devono oltrepassare il limite di quanto è necessario per conseguire tali obiettivi.<sup>139</sup>

Circa il secondo punto, la prevenzione dell'elusione e dell'evasione fiscale può costituire una valida ragione e sin dalla sentenza *Marks & Spencer* è stata applicata, da parte degli Stati membri, alle cause tributarie sollevate presso la Corte di Giustizia.

Qualora manchino di giustificazioni accettabili o non siano proporzionali rispetto alle finalità dichiarate, le disposizioni tributarie nazionali non potranno che essere giudicate incompatibili con il diritto comunitario. Da ciò ne consegue la necessità che lo Stato membro le elimini dal proprio ordinamento o ne riveda la portata.

---

<sup>138</sup> Cfr. punti 43 e seguenti della sentenza. In particolare, i punti 49 e 50 considerano in tal modo la giustificazione di contrasto all'evasione fiscale: "*Quanto, infine, al terzo elemento di giustificazione, relativo al rischio di evasione fiscale, si deve ammettere che la possibilità di trasferire le perdite di una controllata non residente a una società residente comporta il rischio che all'interno di un gruppo di società vengano organizzati trasferimenti di perdite in direzione delle società registrate negli Stati membri che applicano i tassi di imposizione più elevati ed in cui, di conseguenza, è maggiore il valore fiscale delle perdite. Un'esclusione dello sgravio di gruppo per le perdite subite da controllate non residenti osta a tali pratiche, che possono essere ispirate dalla constatazione di differenze sensibili tra i tassi di imposizione applicati nei diversi Stati membri*".

<sup>139</sup> C.H.J.I. PANAYI, op. cit.

Questo elenco di criteri è stato espresso dalla Corte nel paragrafo 37 della sentenza *Gebhard* del 30 novembre 1995, causa C-55/94.

In conclusione, appare evidente come, tramite il suo operato, la Corte tenti di favorire l'armonizzazione anche nel settore delle imposte dirette, seppure non in modo "positivo". Questa precisazione è d'obbligo, perché in qualità di giudice incaricato della tutela del diritto comunitario mediante l'interpretazione e l'applicazione del diritto, la Corte può intervenire solo in maniera puntuale e non certamente a livello generale di elaborazione della norma.

Quando la Corte è chiamata ad intervenire, tramite un quesito pregiudiziale (ex art. 267 del TFUE) o attraverso una procedura per inadempimento (ex articoli 259 e 265 del TFUE), non può farlo in modo (direttamente) costruttivo, adattando i sistemi fiscali nazionali gli uni gli altri, ma solo con effetto di erodere e scalfire il diritto tributario nazionale dei singoli Stati.<sup>140</sup>

In questo senso, pertanto, il processo di armonizzazione dei sistemi fiscali attuato dalla Corte di Giustizia è chiamato "*integrazione negativa*".

Con ciò, in pratica, la Corte ha confermato l'equivalenza delle imposte indirette e dirette come ostacoli alle libertà fondamentali, a prescindere dal fatto che ci sia armonizzazione dei tributi oppure no.

\*\*\*\*\*

Le sentenze della Corte di Giustizia in materia fiscale sono numerose, ma in questa sede ci si concentrerà su alcuni casi e pronunce concernenti la tematica dell'elusione fiscale nella tassazione diretta.<sup>141</sup>

La giurisprudenza della Corte di Giustizia in argomento riguarda principalmente alcune misure anti-elusive nazionali, quali la *thin-cap rule* (decisione del 13 marzo 2007, causa C- 524/04, *Thin Cap Group Litigation*), l'*exit tax* (decisione del 29 novembre 2011, causa C-371/10, *National Grid Indus*), la clausola di *switch over* (già citata *Columbus*

---

<sup>140</sup> UCKMAR, op. cit., pp. 21-24.

<sup>141</sup> Cfr., ex multis, I. MITROYANNI, "*Integration approaches to group taxation in the European Internal Market*", EUCOTAX Series on European Taxation, Kluwer Law International (2008), pp. 5-60.

*Container*) e la CFC rule; nonché i prezzi di trasferimento (decisione del 21 gennaio 2010, causa C- 311/08, *SGI*).

Si ricorda brevemente che in ambito IVA la decisione di riferimento per ciò che concerne l'elusione fiscale è la sentenza *Halifax* del 21 febbraio 2006 (causa C-255/02), in cui la Corte ha confermato che il principio di prevenzione delle pratiche abusive è applicabile anche all'IVA comunitaria.<sup>142</sup>

Anche nel campo della fiscalità diretta, la Corte è chiamata a valutare la compatibilità delle previsioni anti-elusive domestiche con le libertà fondamentali sancite nei Trattati.

Nell'esaminare le misure anti-elusive portate alla sua attenzione, la Corte valuta se esse operino una restrizione su una o più delle libertà fondamentali e se tale restrizione sia giustificabile oppure no. Per stabilirne la legittimità o l'illegittimità, la Corte compie un giudizio di proporzionalità fra il contenuto delle disposizioni nazionali e lo scopo che esse si prefiggono di raggiungere.

Tale giudizio è adottato con parametri piuttosto ristretti, specie da parte della giurisprudenza comunitaria di più recente data (sentenze *Halifax* e *Cadbury Schweppes*), ove la Corte ha sviluppato il concetto di costruzione di puro artificio (*wholly artificial arrangement*).

Questo significa che la misura anti-elusiva nazionale può considerarsi proporzionale (e quindi ammissibile) solo quando il suo scopo precipuo sia di prevenire le costruzioni di puro artificio, vale a dire, solitamente, quelle situazioni in cui le entità estere controllate non svolgono alcuna attività economica effettiva e dimostrabile, ma sono di interesse per i soggetti residenti solo in quanto permettono di conseguire un *tax deferral* della propria tassazione interna.<sup>143</sup>

---

<sup>142</sup> Paragrafi 69-71: “L'applicazione della normativa comunitaria non può, infatti, estendersi fino a comprendere i comportamenti abusivi degli operatori economici, vale a dire operazioni realizzate non nell'ambito di transazioni commerciali normali, bensì al solo scopo di beneficiare abusivamente dei vantaggi previsti dal diritto comunitario. Questo principio di divieto di comportamenti abusivi si applica anche al settore IVA. La lotta contro ogni possibile frode, evasione ed abuso è, infatti, un obiettivo riconosciuto e promosso dalla sesta direttiva”.

Cfr. O'SHEA, op. cit., pp. 107-109.

<sup>143</sup> Cd. conduit o base company, cfr. cap. 1, par. II, sottopar. i). Vedasi anche lo schema n. 1.

Per illustrare compiutamente il ragionamento della Corte e i concetti che sono stati da essa elaborati' sul tema, si analizzerà qui di seguito la sentenza di riferimento per ciò che riguarda la fiscalità diretta e l'elusione fiscale, la ben nota *Cadbury Schweppes*, che è il caso seminale della Corte di Giustizia in ambito di CFC rule.

In via preliminare e in modo speculare a quanto già detto per ciò che concerne i rapporti fra CFC rule e Convenzioni contro la doppia imposizione, l'esigenza di valutare l'incidenza della CFC rule interna rispetto all'ordinamento comunitario discende dal fatto che, in sede di applicazione della normativa nazionale, potrebbero sorgere contrasti fra la misura anti-elusiva nazionale e il diritto UE.

A prescindere dalla tipologia di struttura CFC adottata (*transactional* o *entity*) l'analisi va incentrata sul criterio di proporzionalità della disciplina vigente nel singolo ordinamento nazionale rispetto alle previsioni comunitarie.

In particolare, si possono porre in evidenza due casi:

- 1) qualora il soggetto residente controlli un'impresa localizzata in uno Stato membro della comunità;
- 2) qualora il socio residente controlli una società localizzata in un Paese a fiscalità privilegiata.<sup>144</sup>

Si è già detto come l'applicazione della CFC rule sulla base di una *black list* sia solo una delle possibilità a disposizione degli Stati che vogliano introdurre tale misura nel proprio ordinamento. Ben possono darsi i casi in cui uno Stato decida di tassare per trasparenza i redditi delle società controllate da propri residenti a prescindere dal loro effettivo luogo di localizzazione.

La decisione della Corte nel caso *Cadbury Schweppes* ha messo in evidenza alcune delle difficoltà che gli Stati membri UE possono incontrare nel delineare i propri sistemi fiscali all'interno del mercato comune.<sup>145</sup>

---

<sup>144</sup> O anche, controlli una società residente in un Paese UE che ha, a sua volta, una stabile organizzazione ubicata in un *tax haven*.

<sup>145</sup> T. O'SHEA, "The UK's CFC rules and the freedom of establishment: *Cadbury Schweppes plc and its IFSC subsidiaries – Tax avoidance or tax mitigation?*", Ec. Tax Review 2007/1, pp. 13-21.

La Corte si trova a fronteggiare il compito di bilanciare il diritto degli Stati membri di proteggere la propria base imponibile da transazioni *cross-border* con i diritti dei cittadini comunitari che vogliono stabilirsi in un Paese dell'UE di loro scelta, esercitando così le libertà fondamentali stabilite nel Trattato, allo scopo di beneficiare delle regole fiscali più favorevoli applicate in quello Stato.

Il caso *Cadbury Schweppes* è un esempio rappresentativo delle circostanze testé descritte.

Innanzitutto, giova ricordare che la disciplina portata all'attenzione della Corte di Giustizia era la CFC rule applicata nel Regno Unito.

Nel caso di specie, la società di diritto britannico Cadbury Schweppes plc aveva stabilito due società controllate indirettamente in Irlanda, nell'*International Financial Services Centre* (IFSC), dove esse erano sottoposte alla tassazione agevolata del 10 per cento e dove si occupavano principalmente di servizi di tesoreria infragruppo.

La conseguenza di aver localizzato le controllate nell'IFSC era, ovviamente, che i redditi realizzati dalle medesime non solo non venivano tassati nel Regno Unito, ma usufruivano anche, in Irlanda, di un'imposizione estremamente agevolata.

L'amministrazione finanziaria britannica aveva ritenuto di applicare la CFC rule e di tassare in UK i redditi delle due controllate estere di Cadbury Schweppes plc.

Normalmente le società residenti in UK che stabiliscono le proprie controllate all'estero non sono tassate per i redditi da queste realizzate se non nel momento in cui tali redditi vengono rimpatriati nel Regno Unito.

Quando trova applicazione la CFC rule, però, i redditi delle società controllate sono attribuiti alla società madre anche se non vi è concretamente stata alcuna distribuzione di dividendi e sono tassati in UK, con l'eventuale riconoscimento del credito d'imposta estero.

La CFC rule britannica scatta quando le società controllate che sono localizzate in un Paese estero sono qui sottoposte ad un "*lower level of taxation*", nella seguente misura: le imposte pagate dalle controllate sono inferiori ai tre quarti delle imposte britanniche che sarebbero state pagate qualora le società estere fossero state residenti in UK.

È evidente come il meccanismo di applicazione della CFC rule britannica non si differenzi particolarmente dalla disciplina italiana.

La CFC rule britannica prevede, però, alcune eccezioni:<sup>146</sup>

- 1) “*an acceptable distribution policy*”, vale a dire, se il 90 per cento dei redditi delle società controllate sono distribuiti alla controllante entro 18 mesi e tassati in UK, la CFC rule non si applica;
- 2) il cd. “*exempt activities test*”, in forza del quale alcune tipologie di attività, fra cui, per esempio, il trading, sono escluse;
- 3) il “*de minimis test*”, per cui la CFC rule non si applica ai redditi della controllata se questi non eccedono 50.000 sterline;
- 4) se la controllata è una società quotata in borsa e il 35 per cento dei diritti di voto è nelle mani del pubblico;
- 5) il cd. “*motive test*”, che costituisce una caratteristica precipua della legislazione CFC britannica. Esso si suddivide in due passaggi, che il contribuente deve essere in grado di superare per poter evitare l’applicazione della CFC rule. In primo luogo, egli deve dimostrare che, anche se c’è stata una riduzione del carico fiscale in conseguenza delle transazioni commerciali effettuate con la società localizzata all’estero, tale riduzione dell’imposta britannica non è stata, però, la ragione principale per la quale tali transazioni sono state effettuate. Il secondo aspetto del *motive test* richiede che il contribuente dimostri che la sottrazione dei redditi della società controllata dalla base imponibile UK non è stata la ragione principale per la quale la medesima controllata è stata costituita.

È importante sottolineare come in UK l’applicazione della CFC rule non fosse assoluta ed incondizionata, ma fossero previste delle eccezioni atte a mitigarne gli effetti.

Il significato di queste eccezioni è piuttosto palese e si lega ad una serie di ragioni: i redditi esteri sono di ammontare irrisorio; vi è un maggiore controllo dovuto alla quotazione in borsa della società; il rischio di comportamenti elusivi è ridotto in quanto i dividendi vengono distribuiti alla controllante residente in UK.

---

<sup>146</sup> Si sta descrivendo il panorama normativo vigente nel periodo in cui il caso è stato sollevato all’attenzione della Corte di Giustizia; la normativa britannica è stata rivista e parzialmente modificata successivamente alla sentenza. Cfr. T. O’SHEA, “*CFC Reforms in the UK- Some EU law comments*”, The EC Tax Journal, Volume 13, p. 65/89 (2013).

Come già accennato nei paragrafi precedenti, anche l'articolo 167 del TUIR prevede la possibilità di disapplicare la disciplina CFC fornendo le prove atte a dimostrare che la società controllata estera svolge un'effettiva attività economica o che non vi sono comunque stati effetti elusivi (esimenti di cui al comma 5 dell'articolo 167, lettere a) e b)).

Il contribuente italiano ha la possibilità di fare valere queste prove tramite la presentazione di istanza di interpello all'amministrazione finanziaria o in sede di controllo/ accertamento (specialmente dopo la riforma che ha reso l'interpello facoltativo).

È anche di rilievo sottolineare che, originariamente, in virtù della presenza della *black list* di cui al D.M. 21 novembre 2001 come elemento fondante l'applicazione della CFC rule, non vi era, in realtà, grande pericolo di contrasto col diritto comunitario, perché i Paesi UE ivi inclusi erano in numero assolutamente irrisorio.<sup>147</sup>

L'estensione della CFC rule ai "Paesi *white*", fra cui sono ricompresi tutti gli Stati membri dell'UE, è avvenuta proprio per effetto della sentenza *Cadbury Schweppes* tramite l'inserimento del comma 8-bis nel testo dell'articolo 167 del TUIR. Naturalmente, come è già stato sopra chiarito, le condizioni di applicazione sono più stringenti rispetto a quelle relative ai Paesi *black list*.<sup>148</sup>

Ritornando alla descrizione del caso, la società Cadbury Schweppes plc aveva contestato l'accertamento delle maggiori imposte da parte dell'amministrazione finanziaria, obiettando che la CFC rule britannica non fosse compatibile con il diritto comunitario.

La Commissione tributaria (*Special Commissioners of Income Tax*) aveva deciso di portare la questione al vaglio della Corte di Giustizia, per valutare se la disciplina CFC britannica effettivamente ponesse in essere una discriminazione o una restrizione delle libertà fondamentali; e, ove questo fosse il caso, "*se la legislazione sulle società estere controllate possa essere giustificata da motivi di lotta all'evasione fiscale, dato che*

---

<sup>147</sup> Per meglio dire, il solo Lussemburgo si trovava incluso nella *black list*, nell'articolo 3, in ragione del regime fiscale speciale legato alle società holding del 1929.

<sup>148</sup> Ricordiamo che le due condizioni richieste per l'applicazione del comma 8-bis dell'articolo 167 del TUIR sono: il conseguimento, per più del 50 per cento, di passive income; e la sottoposizione ad un livello impositivo inferiore alla metà delle imposte italiane.



*intende prevenire la riduzione o la distrazione degli utili imponibili nel Regno Unito; e, in caso di risposta affermativa, se tale normativa sia davvero una misura proporzionata, tenuto conto della sua finalità e delle deroghe all'imposizione di cui possono beneficiare attraverso il «motive test» le società che, diversamente dalla Cadbury Schweppes, riescono a dimostrare di non perseguire l'obiettivo di evadere le tasse”.*<sup>149</sup>

In merito alle valutazioni espresse circa la questione pregiudiziale, assume assoluto rilievo, insieme al corpus della decisione finale, anche l'opinione dell'Avvocato Generale Léger, che la Corte ricalca nel sviluppare poi il proprio ragionamento.

In primo luogo, in merito a quale delle libertà fondamentali fosse in gioco, viene determinato che è la libertà di stabilimento ad essere al centro della fattispecie. Eventuali effetti sulla libertà di prestare servizi o di circolazione dei capitali sono conseguenze inevitabili dell'eventuale restrizione sulla libertà di stabilimento, che non ne giustificerebbe un esame indipendente.<sup>150</sup>

Il nodo fondamentale da sciogliere è se la società Cadbury Schweppes plc abbia commesso un abuso della libertà comunitaria, decidendo di localizzare le proprie controllate in Irlanda allo scopo di usufruire del regime fiscale più favorevole ivi vigente.

Sia l'Avvocato Generale che la Corte ritengono concordemente che questo comportamento non sia, di per sé, abusivo, posto che le controllate svolgano effettivamente, nello Stato di residenza, un'attività economica genuina.

Il livello di tassazione applicato in un ordinamento è senza dubbio uno dei fattori di localizzazione che le società possono prendere in considerazione nel momento in cui decidono se costituire, e dove, una società controllata.

In assenza di regole armonizzate a livello comunitario per quanto concerne le aliquote tributarie degli Stati membri, è inevitabile che si instauri una certa competizione fiscale anche all'interno del mercato comune europeo e che le società valutino i vantaggi che possono derivare da un ordinamento piuttosto che da un altro.<sup>151</sup>

---

<sup>149</sup> Paragrafo 27 della sentenza.

<sup>150</sup> Cfr. paragrafo 36 dell'opinione dell'Avvocato Generale e paragrafo 33 della sentenza.

<sup>151</sup> Paragrafi 35-36 della sentenza: “Un cittadino comunitario, persona fisica o giuridica, non può, tuttavia, essere privato della possibilità di avvalersi delle disposizioni del Trattato solo perché ha inteso approfittare dei vantaggi fiscali offerti dalle norme in vigore in uno Stato membro diverso da quello in cui risiede.

Passando a valutare la disciplina CFC applicata nel Regno Unito, l'effetto discriminatorio sulla libertà di stabilimento appare, invece, piuttosto evidente agli occhi della Corte (e dell'Avvocato Generale), in quanto il trattamento fiscale a cui sono soggette le società britanniche cambia a seconda che esse costituiscano una controllata in UK (o in un altro Stato il cui livello di tassazione sia considerato congruo) oppure in uno Stato (europeo o terzo) in cui si applichi una tassazione "*much lower*" di quella britannica.

Nel primo caso, infatti, la società residente sarà tassata sui profitti della controllata solo dopo la loro distribuzione; nel secondo caso, i profitti saranno attribuiti alla controllante nel momento in cui sono realizzati e assoggettati immediatamente ad imposizione in UK.

Riportando le parole dell'Avvocato Generale: "*A Member State could not treat differently its resident companies which establish subsidiaries in other Member States depending on the tax rate applicable in the host State*";<sup>152</sup> questo trattamento differenziato costituisce un caso di restrizione della libertà di stabilimento.

L'ultima questione concerne, perciò, la verifica delle cause di giustificazione addotte dal Regno Unito a difesa della propria misura fiscale restrittiva.

Appare piuttosto comprensibile che gli Stati cerchino di difendere la propria base imponibile dai fenomeni erosivi che inevitabilmente conseguono alla maggiore mobilità di cose, persone e attività; ma è anche fuori di dubbio che i contribuenti abbiano ogni diritto di porre in essere la pianificazione fiscale ad essi più conveniente, nei limiti in cui non sconfinino nell'elusione fiscale e nell'abuso.

Il semplice desiderio da parte di uno Stato di evitare la riduzione delle entrate fiscali, in conseguenza dello spostamento di attività economiche al di fuori del proprio territorio, non è una giustificazione ammissibile, agli occhi delle istituzioni comunitarie.

Il principale caposaldo di difesa del Regno Unito nei confronti della propria normativa consisteva, però, nel fatto che la CFC rule fosse stata adottata per combattere contro l'elusione fiscale realizzata tramite la diversione artificiale dei profitti delle società residenti in giurisdizioni tributarie più favorevoli.

---

*Quanto alla libertà di stabilimento, la Corte ha già dichiarato che la circostanza che la società sia stata creata in uno Stato membro per fruire di una legislazione più vantaggiosa non costituisce per se stessa un abuso di tale libertà".*

<sup>152</sup> Paragrafo 81 dell'opinione dell'Avvocato Generale Léger.

La giustificazione di “*counter tax avoidance*” è riconosciuta come ammissibile e valida, da parte della Corte; tuttavia, la legislazione nazionale anti-abusiva non può essere di portata troppo generica, senza tenere in considerazione le specificità delle singole situazioni. In altri termini, occorre procedere ad un’analisi caso per caso (“*on a case-by-case basis*”<sup>153</sup>), fondata su fattori e prove oggettivi, per determinare se le società controllate localizzate in un Paese estero qui esercitino una genuina attività economica o siano, invece, delle costruzioni di puro artificio.

Questo significa che la legislazione nazionale, le cui giustificazioni sono pure ammissibili, deve anche risultare proporzionata rispetto al fine che persegue, che, nel caso di specie, è di colpire i “*wholly artificial arrangements*”.

Sia l’Avvocato Generale che la Corte pongono una serie di criteri al fine di stabilire se l’entità estera possa essere considerata genuina oppure no; nello specifico, tale constatazione “*deve poggiare su elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi, relativi, in particolare, al livello di presenza fisica della società controllata estera in termini di locali, di personale e di attrezzature*”.<sup>154</sup>

Se la verifica dei questi elementi portasse alla conclusione che la CFC consiste in “*un’installazione fittizia che non esercita alcuna attività economica effettiva sul territorio dello Stato membro di stabilimento*”,<sup>155</sup> questa deve essere ritenuta una costruzione di puro artificio. Potrebbe trattarsi, per esempio, di società “fantasma” o “schermo”, caratterizzata dalla totale (o quasi) mancanza di struttura fisica ed imprenditoriale (nessun dipendente, nessun consumo sostenuto, nessuno spazio in cui svolgere l’attività dichiarata, etc.).

Di contro, “*la circostanza che le attività corrispondenti agli utili della SEC ben avrebbero potuto essere effettuate anche da una società stabilita sul territorio dello Stato membro in cui si trova la società residente non può permettere di concludere per l’esistenza di una costruzione di puro artificio*”.<sup>156</sup>

In altri termini, come si è già detto, in applicazione della libertà di stabilimento, la società Cadbury Schweppes (come qualsiasi altra società residente in uno Stato UE) aveva ogni

---

<sup>153</sup> Paragrafo 91 dell’opinione dell’A.G.

<sup>154</sup> Paragrafo 67 della sentenza.

<sup>155</sup> Paragrafo 68 della sentenza.

<sup>156</sup> Paragrafo 69 della sentenza.

facoltà di ubicare le proprie controllate nella giurisdizione estera di sua preferenza, anche per ragioni di conclamata natura fiscale. Spetta, anzi, alla stessa società residente di produrre le prove necessarie per dimostrare che le società controllate svolgano un'effettiva attività economica, senza dimenticare che in virtù della direttiva sulla mutua assistenza, l'amministrazione fiscale britannica avrebbe potuto chiedere le necessarie informazioni alla sua controparte irlandese, per la verifica di tali prove.

In conclusione, la Corte di Giustizia non si pronuncia apertamente sul fatto se la CFC rule britannica sia incompatibile col diritto comunitario oppure no, ma solleva un evidente dubbio di proporzionalità con il requisito della "costruzione di puro artificio".

Il nocciolo della questione pare essere se il "*motive test*" previsto dalla disciplina CFC britannica possa essere interpretato in modo tale da restringere il campo di applicazione della misura anti-elusiva alle costruzioni di puro artificio, oppure no; in questo caso, la misura non sarebbe proporzionale e, quindi, risulterebbe incompatibile.

In ogni caso, tale valutazione viene demandata al giudice nazionale britannico di rinvio.

La sentenza *Cadbury Schweppes* è di grande importanza, per una serie di motivi.

Innanzitutto, effettua una netta distinzione tra l'elusione fiscale e la cd. *tax mitigation*, vale a dire il tentativo, da parte delle società residenti, di ridurre il proprio carico fiscale approfittando dei regimi tributari vigenti in altri ordinamenti, purché nel rispetto delle libertà fondamentali.

La Corte di Giustizia conferma che, a questa condizione, il "*forum shopping*" e il "*rule shopping*" sono comportamenti perfettamente ammissibili anche all'interno del mercato comune.<sup>157</sup>

---

<sup>157</sup> T. O'SHEA, "The UK's CFC rules and the freedom of establishment: *Cadbury Schweppes plc and its IFSC subsidiaries – Tax avoidance or tax mitigation?*", op. cit., pp. 21-33.

Tale orientamento era già stato espresso, piuttosto chiaramente, nella sentenza *ICI* del 16 luglio 1998, causa C- 264/1998, vertente a sua volta sulla libertà di stabilimento e sul trasferimento da una società ad un'altra, in seno ad un gruppo, del diritto ad uno sgravio fiscale per perdite commerciali.

Anche nella sentenza *Halifax* la Corte si occupa della medesima problematica, statuendo, al paragrafo 73, che: "A un soggetto passivo che ha la scelta tra due operazioni la sesta direttiva non impone di scegliere quella che implica un maggiore pagamento IVA. Al contrario, il soggetto passivo ha il diritto di scegliere la forma di conduzione degli affari che gli permette di limitare la sua contribuzione fiscale".

Da ciò ne consegue che una generale presunzione di elusione fiscale e una legislazione tributaria, da parte degli Stati di residenza, che non tenga conto delle specificità dei singoli casi siano inevitabilmente restrittivi della libertà di stabilimento e come tali, difficilmente supererebbero il vaglio del giudizio di compatibilità.

Per quanto concerne l'ordinamento italiano, l'introduzione, nel 2009, del comma 8-bis all'interno dell'articolo 167 del TUIR e, soprattutto, le esimenti di cui al successivo comma 8-ter si pongono in linea con la decisione della Corte in quanto, seppure il campo di applicazione della CFC rule italiana venga esteso anche agli Stati Membri dell'UE (o meglio, ai Paesi *white list*), i contribuenti possono provare all'amministrazione finanziaria che *“l'insediamento all'estero non rappresenta una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale”*.

Si deve porre in risalto, poi, come a seguito della riforma del 2015 i Paesi UE siano stati espressamente esclusi dall'applicazione dell'articolo 167, comma 1, vale a dire dalla disciplina CFC che era, precedentemente, indirizzata ai Paesi *black list*.

Da una parte, questo appare in linea di continuità col precedente sistema basato sulle liste, in quanto, come già accennato, quasi nessun Stato europeo risultava inserito nell'elenco dei regimi fiscali privilegiati. Di contro, non bisogna dimenticare che a seguito dell'eliminazione della lista, il comma 1 dell'articolo 167 colpisce tutte le giurisdizioni agevolate in virtù dell'aliquota ivi applicata (inferiore al 50 per cento dell'IRES più IRAP italiane) nonché tutte i regimi fiscali speciali. Appare inverosimile che fra questi non rischiassero di rientrarvi anche gli Stati Membri UE (o almeno alcuni di essi), in quanto è virtualmente impossibile che all'interno di un ordinamento tributario non vi siano dei sotto-regimi a carattere agevolativo.

Di fatto, l'espressa esclusione dei Paesi UE ha risolto il problema alla radice.

In sostanza, con ciò si vuole sottolineare come la CFC rule italiana appaia, alla luce dei criteri stabiliti dalla Corte di Giustizia, compatibile con il diritto comunitario, sia dal punto di vista della proporzionalità della norma, sia dal punto di vista della possibilità lasciata al contribuente di provare l'effettiva bontà dell'insediamento estero.<sup>158</sup>

---

<sup>158</sup> Nonostante le complicazioni sorte a seguito della recente riforma, per la disamina delle quali si rimanda al capitolo II, paragrafo IV.

In generale, va rilevato come la Corte di Giustizia abbia valutato che la CFC rule sia una misura fiscale che:“(...) *permette di contrastare pratiche intese a null'altro che ad eludere l'imposta normalmente dovuta sugli utili generati da attività realizzate sul territorio nazionale. Una tale legislazione è dunque idonea a raggiungere l'obiettivo per il quale è stata adottata*”.<sup>159</sup>

In altri termini, la sua presenza all'interno degli ordinamenti nazionali non può che essere incoraggiata.

La CFC rule britannica era incorsa in un dubbio di incompatibilità con il diritto comunitario (per lo meno, ai tempi in cui la causa è stata sollevata al vaglio della Corte) per la mancanza di proporzionalità, in quanto guardava alle transazioni *cross-border* da un punto di vista prettamente protezionistico e non nella prospettiva di un mercato unico comunitario.

Non ci poteva essere condotta elusiva, nel caso di specie, solo per il fatto che le controllate fossero state localizzate in Irlanda, dove godevano del regime agevolato dell'IFSC. Le conseguenze di questo dislocamento all'estero erano, senza dubbio, una riduzione della base imponibile UK e un buon risparmio d'imposta a favore della società residente; ma questo non è certamente sinonimo di elusione fiscale.

La lotta all'elusione fiscale è, dunque, pienamente riconosciuta come un valore fondamentale per gli Stati Membri e l'intera Unione, ma la Corte ha circoscritto il concetto proprio per impedire che diventi una giustificazione per legittimare nuove barriere ed ostacoli al mercato comune.

\*\*\*\*\*

Fra le molteplici sentenze della Corte di Giustizia in ambito fiscale, concentrandosi sui casi concernenti le misure anti-elusive nazionali, merita di essere, brevemente, commentata anche la sentenza *Columbus container* del 6 dicembre 2007 (causa C-298/05), relativa all'applicazione della *switch-over clause* tedesca.

---

<sup>159</sup> Paragrafo 59 della sentenza.

Questa decisione è stata oggetto di numerosi commenti, soprattutto per il fatto che, pur temporalmente contigua alla sentenza *Cadbury Schweppes* e avente come oggetto, a sua volta, una misura anti-elusiva vigente in uno Stato Membro, ha portato ad un esito parzialmente differente.

La fattispecie presenta una serie di fattori piuttosto interessanti.<sup>160</sup>

Columbus Container era una “limited partnership” residente in Belgio, ma le cui azioni erano detenute, direttamente od indirettamente, da soggetti residenti in Germania.

In Belgio le limited partnership erano considerate come entità non trasparenti e sottoposte all'imposta sulle società; in Germania, invece, Columbus era trattata come una partnership trasparente, i suoi profitti erano attribuiti pro quota agli azionisti e tassati in capo a questi.

La doppia imposizione delle partnership era regolata dalla Convenzione fiscale fra Germania e Belgio, in virtù della quale veniva concessa un'esenzione fiscale sui redditi dei soggetti residenti in Germania che derivassero dal Belgio e fossero qui regolarmente sottoposti a tassazione.

L'intervento della normativa fiscale tedesca anti-elusiva modificava, però, questo stato di cose, optando per la concessione di un credito d'imposta (invece che l'esenzione) nei casi in cui i redditi derivassero da entità estere detenute da soggetti residenti che sarebbero state sottoposte alla CFC rule qualora avessero la forma giuridica societaria.

Com'è noto, una delle condizioni fondanti la disciplina CFC, in generale, è la sottoposizione delle società estere ad un livello di tassazione considerato non congruo. Nel caso della CFC rule tedesca, tale livello era fissato in un'aliquota inferiore al 30 per cento.

Columbus Container scontava in Belgio una tassazione inferiore a questo livello; pertanto sarebbe stata soggetta, in Germania, alla CFC rule, se fosse stata una società e non una partnership.

---

<sup>160</sup> Cfr., ex multis, T., O'SHEA, “*German CFC rules held compatible with EU law*”, Tax Notes International, Volume 48, Number 13, 24 December 2007, pp. 1203- 1208.

In virtù dello *switch-over* fra il metodo dell'esonazione e il credito d'imposta, l'esonazione dei redditi di Columbus distribuiti ai soci tedeschi era negata e a questi veniva "solamente" concesso un credito per le imposte pagate in Belgio.

In altri termini, la Convenzione fra Germania e Belgio veniva "scavalcata" unilateralmente dalla normativa nazionale tedesca.

Columbus sollevava la questione presso la Corte di Giustizia, contestando il trattamento meno favorevole subito in Germania a causa dell'applicazione del metodo del credito d'imposta invece che dell'esonazione e lamentando che ciò violava la libertà di stabilimento.

La Corte di Giustizia ha, innanzi tutto, immediatamente precisato di non avere alcuna giurisdizione per interferire su una questione concernente l'applicazione di una Convenzione contro la doppia imposizione, poiché tale questione ricade al di fuori del campo del diritto comunitario.<sup>161</sup>

La Corte sottolinea che il proprio compito è di interpretare il diritto comunitario e di non avere alcuna competenza per esaminare la relazione fra la disciplina domestica tedesca (vale a dire, il meccanismo del credito adottato tramite la clausola di *switch-over*) e le disposizioni contenute nella Convenzione fra Belgio e Germania (metodo dell'esonazione); né, tanto meno, per decidere se questo *treaty override* da parte della Germania sia compatibile con la Convenzione bilaterale.

In questo aspetto, la giurisprudenza della Corte è coerente con decisioni antecedenti di impatto simile.<sup>162</sup>

La Corte concentra le proprie valutazioni sulla possibile restrizione della libertà di stabilimento da parte della misura anti-elusiva tedesca.

Nella fattispecie, appare chiaro come la normativa sulle partnership non fa nessuna distinzione nella tassazione dei profitti realizzati da partnership localizzate in Germania oppure altrove. Il metodo del credito applicato in virtù della *switch-over clause* assicura

---

<sup>161</sup> Paragrafo 46 della sentenza: "Se gli Stati membri, nell'ambito delle loro competenze, hanno concluso numerose convenzioni bilaterali (...) ciò non toglie che la Corte non è competente, nell'ambito dell'art. 234 CE, a pronunciarsi sull'eventuale violazione delle disposizioni di tali convenzioni da parte di uno Stato contraente".

<sup>162</sup> Vedasi la sentenza *Gilly* (causa C-336/96) e la sentenza *ACT IV GLO* (causa C-374/2004).



semplicemente che i redditi realizzati dalle partnership stabilite in un Paese con regime fiscale considerato non congruo siano assoggettate al medesimo livello impositivo delle partnership stabilite in Germania. Di conseguenza, Columbus non ha subito uno svantaggio fiscale rispetto alle partnership residenti in Germania.

In conclusione, la Corte di Giustizia ha deciso che la normativa tributaria tedesca in oggetto non ha effetti restrittivi sulla libertà di stabilimento.

È qui interessante operare un rapido confronto con la sentenza *Cadbury Schweppes*, che, ripetiamo, è di pochissimi mesi antecedente rispetto alla sentenza *Columbus*. Il punto chiave che ha determinato la sostanziale differenza di giudizio da parte della Corte <sup>163</sup> consiste nel fatto che mentre la CFC rule britannica compiva una discriminazione fra le società controllate localizzate in UK e quelle estere, la normativa tedesca trattava tutte le partnership nello stesso modo. Per meglio chiarire, l'applicazione del metodo del credito semplicemente assicurava che i profitti realizzati dalle partnership stabilite in “regimi fiscalmente privilegiati” fossero soggetti al medesimo livello di tassazione scontato dalle partnership stabilite in Germania. In altri termini, Columbus non scontava un trattamento svantaggioso rispetto alle partnership tedesche.

Senza dubbio, la *switch-over clause* applicata nella fattispecie costituisce un chiaro caso di *treaty-override*, mentre per quanto concerne la compatibilità della CFC rule con le Convenzioni fiscali, come si è visto nel paragrafo precedente, non vi sono certezze.

Ad ogni modo, è anche evidente che la CFC rule e la clausola di *switch-over* perseguano il medesimo obiettivo e siano entrambe inquadrabili nella categoria delle misure nazionali anti-elusive; per questo motivo, la differente decisione a cui è pervenuta la Corte di Giustizia a loro riguardo ha suscitato qualche perplessità.

---

<sup>163</sup> In *Cadbury Schweppes* appare, infatti, innegabile che la disciplina CFC britannica sia stata virtualmente valutata non proporzionale, sebbene la decisione espressa sulla sua compatibilità con il diritto comunitario sia stata rimandata al giudice del rinvio.  
Cfr. J., MONSENEGO, “*Taxation of foreign business income within the European Internal Market*”, IBFD Doctoral Series (2012), pp. 153-176.

## CAPITOLO TERZO. RIFLESSIONI FINALI SULLA CFC RULE E LE SUE POSSIBILI PROSPETTIVE FUTURE, ALLA LUCE DELLE RECENTI INIZIATIVE INTERNAZIONALI.

### I) Alcune considerazioni sulla ratio della CFC rule.

Si è già, in precedenza,<sup>164</sup> spesa qualche parola sulla ratio dell'introduzione della CFC rule all'interno degli ordinamenti nazionali, ponendo l'accento sulla sua valenza anti-elusiva, vale a dire il suo essere una misura fiscale atta ad intervenire per impedire ai contribuenti di deferire la tassazione dovuta nel proprio Stato di residenza.

La finalità anti-elusiva giustificherebbe così l'imputazione del reddito di una società estera alla società controllante, in una circostanza ove manca, evidentemente, qualsiasi criterio di collegamento fra la CFC e lo Stato di residenza della controllante (in circostanze ordinarie, solo la presenza di un simile criterio consentirebbe l'esercizio della potestà impositiva di questo Stato).

La finalità anti-elusiva è stata, per l'appunto, la giustificazione principale adottata di fronte alla Corte di Giustizia da parte del Regno Unito (sostenuta anche da altri Paesi UE) quando, per la prima volta, è stata sollevata una questione di incompatibilità della CFC rule (britannica) con il diritto comunitario, nella causa *Cadbury Schweppes*.

La Corte ha ammesso senza remore la bontà di tale giustificazione, ma ha anche posto l'accento sul concetto di "costruzione di puro artificio", sia nell'ambito dell'imposizione diretta, sia in campo IVA (causa *Halifax*).

La Corte ha, insomma, circoscritto la portata della CFC rule nazionale ai casi in cui questa serva effettivamente a colpire le situazioni totalmente prive di consistenza economica e ne ha condannato, invece, gli aspetti che eccedono questo limite.

Naturalmente le disposizioni sulle CFC adottate all'interno dei singoli ordinamenti presentavano (e presentano tutt'ora) alcuni elementi di differenza fra loro; si è visto, per esempio, come in UK vigessero una serie di criteri, fra cui il cd. *motive test*, finalizzati

---

<sup>164</sup> Cfr. capitolo secondo, paragrafo II).

alla disapplicazione della misura; come in Francia e in Italia la disciplina CFC colpisca tutti i redditi delle società estere e non solo i passive income; e si è lungamente parlato dell'istituto dell'interpello (ai tempi obbligatorio), che è presente solo nel nostro ordinamento.

Ciononostante, sostanzialmente, i tratti principali della CFC rule sono i medesimi, quali sono stati già più sopra delineati.

Non può, soprattutto, negarsi il fatto che l'interesse di tutti gli Stati sia di allargare il più possibile il raggio d'azione di una misura anti-elusiva come la CFC rule, nell'ottica di evitare il *tax deferral* delle proprie imposte e di arginare la sottrazione di redditi dal proprio territorio.

Inevitabilmente, a seguito della sentenza *Cadbury Schweppes* numerosi Paesi UE hanno dovuto riadattare la disciplina CFC domestica per renderla compatibile con i principi contenuti nella medesima pronuncia e con i parametri, piuttosto restrittivi, della Corte.

Da parte sua, appare evidente (né peraltro la Corte stessa ne fa mistero, nello svolgimento dei propri ragionamenti) che il giudice comunitario non abbia come scopo primario di colpire i comportamenti che conducono al *tax deferral* e all'erosione della base imponibile degli Stati.

La Corte ha, infatti, statuito con una certa chiarezza che la pianificazione fiscale rientra nei sacrosanti diritti dei cittadini europei e che la concorrenza fiscale tra Stati membri è inevitabile, vista l'essenza di armonizzazione nelle imposte dirette.

L'intento anti-elusivo è lodevole e meritevole di tutela, ma le CFC rule nazionali sono proporzionali nei limiti in cui servono a proteggere l'idea comunitaria di concorrenza e competitività.

Il nocciolo della questione è che la "*competition*" debba essere, comunque, salvaguardata, nei limiti in cui, però, vi sia un sostrato economico-commerciale effettivo, una genuina attività condotta dalla CFC nello Stato in cui viene localizzata.

Non deve trattarsi, per l'appunto, di un "*wholly artificial arrangement*", di un involucro vuoto, che condurrebbe ad un effetto distorsivo della concorrenza, attuato da parte dei contribuenti.

Il ragionamento della Corte è orientato alla salvaguardia delle libertà fondamentali della Comunità Europea, vale a dire ad impedire che la fluidità del mercato unico sia compromessa. Questa continua, in ogni caso, ad essere il focus perenne degli sforzi di armonizzazione compiuti dalle istituzioni europee, alla luce anche dei numerosi fallimenti in cui sono incorse parecchie altre politiche all'interno dell'UE.

In ciò la Corte si rivela indubbiamente più restrittiva rispetto alle intenzioni nazionali, ma questo, a mio modo di vedere, appare piuttosto inevitabile e logico.

Per non incorrere in ulteriori rischi di incompatibilità, gli Stati membri dell'UE sono stati chiamati a riadattare la propria legislazione fiscale interna ai dettami delle sentenze comunitarie, limitando, in tal senso, il campo di applicazione della CFC rule alle costruzioni di puro artificio.

Così è accaduto, per esempio, in Francia.

La CFC rule francese attualmente vigente prevede alcune eccezioni alla regola generale di imputazione dei redditi delle società estere controllate, fra cui spicca il caso in cui le entità estere siano localizzate all'interno dell'Unione europea. Più precisamente, l'articolo 209 B del Code général des impôts non si applica se la CFC è stabilita o costituita in un altro Paese membro dell'UE, eccezion fatta per i casi in cui l'entità estera (pur "europea") è una costruzione artificiale avente come scopo di eludere la tassazione francese.

Ovviamente la nozione di "*montage artificial*" va interpretata alla luce dei principi giurisprudenziali della Corte di Giustizia, e in particolare della sentenza *Cadbury Schweppes*.

Anche in Germania (dove la CFC rule si applica solo ai passive income realizzati in giurisdizioni a bassa fiscalità) la legge finanziaria del 2008 (Jahressteuergesetz 2008) ha adattato la CFC rule esistente alla nota decisione della Corte di Giustizia.

In via generale, la misura trova applicazione anche nei confronti di società estere che hanno la propria sede legale o direzionale in un Paese dell'Unione europea, ma se ricorrono i seguenti requisiti, i redditi della CFC non saranno imputati alla società controllante residente in Germania:

- 1) la CFC svolge un'attività economica genuina, di cui è possibile dare prova concreta;
- 2) i suoi redditi devono essere ingenerati da questa stessa attività in conformità con l'*arm's-length principle*;
- 3) il Paese estero di localizzazione della CFC deve scambiare informazioni e rendere assistenza amministrativa alla Germania.

Quanto a UK, vi è stata una (lungamente dibattuta) riforma della CFC rule, che ha portato ad una nuova disciplina, in vigore dal 2013, ove le numerose peculiarità del sistema nazionale sono state parzialmente confermate e parzialmente modificate (per esempio, è rimasta la regola del *de minimis test*, mentre il problematico *motive test* è stato abbandonato <sup>165</sup>).

La CFC rule italiana è stata analizzata nel dettaglio nel corso del precedente capitolo, ma merita qui fare alcune osservazioni finali.

Innanzitutto, sicuramente positiva è stata l'eliminazione dell'obbligo di presentare l'interpello preventivo all'amministrazione finanziaria, perché ha avvicinato il nostro ordinamento alle dinamiche esistenti negli altri Stati per l'applicazione della CFC rule.

L'interpello costituiva non solo un aggravio degli oneri posti a carico del contribuente, ma creava una certa sovrapposizione e confusione rispetto all'attività di accertamento, che sicuramente ha strumenti più efficaci per valutare gli eventuali elementi disapplicativi della CFC rule.

Per ciò che concerne possibili conflitti di compatibilità con il diritto comunitario, ritengo che, in rapporto ai principi espressi dalla Corte di Giustizia, non se ne rinverranno, neppure dopo la riforma del 2015 e nonostante questa sia piuttosto problematica.

Dal comma 1 dell'articolo 167 del TUIR, infatti, sono esplicitamente esclusi i Paesi UE e quelli SEE; anche in precedenza, peraltro, durante la vigenza della *black list* di cui al D.M. 21 novembre 2001, l'elenco delle giurisdizioni privilegiate non contemplava (o quasi) Stati europei.

---

<sup>165</sup> Nessun riferimento, invece, alla dottrina del "*wholly artificial arrangement*" né altri punti di avvicinamento ai dettami della Corte di Giustizia. Le regole applicative della CFC rule britannica post riforma 2013 sono molto complesse e a se stanti, tanto che, personalmente, ritengo che il legislatore tributario non vi tornerà ulteriormente sopra, dopo l'uscita del Regno Unito dall'UE.

Per quanto concerne il comma 8-bis (che è rimasto invariato dopo la recente riforma), si è già detto come esso colpisca solo le controllate estere che realizzano passive income, indipendentemente dal loro Paese di localizzazione.

I rischi di incompatibilità con il diritto comunitario sono, però, scongiurati dal fatto che, nel rispetto dei principi enucleati dalla Corte nella sentenza *Cadbury Schweppes*, la CFC rule non si applica se il soggetto controllate dimostra che: “(...) *l’insediamento estero non rappresenta una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale*”.

Il legislatore fiscale italiano ha, perciò, in seno ai commi 8-bis e 8-ter dell’articolo 167, aderito sia al metodo *transactional*, in base al quale sono imputati al socio residente solo i passive income; sia ai dettami della Corte di Giustizia per quanto riguarda la dottrina della “costruzione di puro artificio”.

Ad ogni modo, le maggiori ragioni di perplessità concernono l’applicazione della CFC rule di cui al 1 comma dell’articolo 167, vale a dire, l’applicazione “generale” della misura stessa, che un tempo colpiva le società estere localizzate nella *black list*, senza mettere in nessun conto la tipologia di redditi da esse realizzati.

Questo metodo, cd. *jurisdictional*, sembra, al momento, confliggere con gli indirizzi recentemente espressi sia in ambito UE (ove la CFC rule contenuta sia nella, ormai datata, proposta di direttiva CCCTB che nella direttiva ATAD, colpisce i soli passive income) che in sede OCSE (vedasi le raccomandazioni espresse nell’Action 3 del BEPS).

Qualora, infatti, la CFC svolga un’effettiva attività operativa, industriale o commerciale che sia, la genuinità di tale attività e della sua struttura appaiono facilmente comprovabili, in termini di personale, locali, macchinari, etc.; imporre la tassazione per trasparenza dei redditi così conseguiti in capo al soggetto residente costituisce una sorta di ostacolo alla fluidità delle transazioni economiche.

Inoltre, l’intento anti-elusivo di una misura fiscale che non sia concentrata a colpire i cd. *tainted income* appare a sua volta messo in dubbio.

In tal senso, è di rilievo l’esempio della CFC rule applicata nel Regno Unito ove il metodo *jurisdictional* viene sfumato dall’esclusione di alcune tipologie di redditi, fra cui i *business* e i *trading profit*.

In sostanza, la CFC rule britannica non si limita a colpire solo i passive income, in applicazione del metodo *transactional* puro; ma, tramite l'esclusione di certi redditi, riconosce espressamente l'inverosimiglianza del fatto che essi realizzino effetti elusivi.

Si è anche già ampiamente parlato nel corso del precedente capitolo delle problematiche sollevate dall'introduzione, nel comma 1 dell'articolo 167, del criterio dell'aliquota nominale estera (inferiore al 50 per cento della tassazione italiana) e della "novella" categoria dei regimi speciali.

Questi due nuovi criteri sostitutivi della *black list* di cui al D.M. 21 novembre 2001 hanno ampliato il raggio di applicazione della CFC rule "generale", in quanto la gran parte degli Stati esteri (pur non appartenenti all'UE) si ritroveranno adesso compresi nel comma 1, specialmente per effetto dell'esistenza di qualche regime speciale all'interno del loro ordinamento.<sup>166</sup>

Fra questi Stati ve ne saranno, senza dubbio, parecchi con cui l'Italia scambia da lungo tempo ogni tipo di informazione fiscale, nel rispetto dei parametri sviluppati dall'OCSE negli ultimi anni.

In altri termini, un vecchio caposaldo per l'individuazione dei Paesi a fiscalità privilegiata, fondato sulla segretezza e sulla riottosità a condividere informazioni fiscali con gli altri membri della comunità internazionale, viene, poco opportunamente, meno. La categoria dei regimi speciali costruita su parametri puramente nominali costituisce, in pratica, una sorta di nuova barriera fra questi ordinamenti e l'Italia, con possibili conseguenze economiche e politiche di rilievo.

Anche in questo caso, l'intento anti-elusivo della riforma, francamente, sfugge.

Merita concludere il presente paragrafo con una breve riflessione sui rapporti fra la clausola generale anti-abuso, ove presente, e la CFC rule (e le altre eventuali misure anti-elusive).

---

<sup>166</sup> Oltre al non trascurabile fatto che il criterio della tassazione nominale non è rappresentativo del carico fiscale "reale" scontato dalla CFC nel suo Paese di localizzazione quanto lo sarebbe, invece, il calcolo della tassazione effettiva.

Una GAAR viene usualmente inserita all'interno delle Convenzioni contro la doppia imposizione, a protezione dei benefici convenzionali; in virtù dell'applicazione del *substance over form principle*, qualora si realizzi una situazione abusiva, tali benefici non saranno concessi, seppure formalmente spettanti.

L'introduzione di una GAAR è divenuta prassi comune, sia a livello europeo (si pensi alle direttive Madre/Figlia e ATAD) sia all'interno dei trattati fiscali stipulati sulla scorta del Modello OCSE.

In entrambi i casi, la clausola generale appare uno strumento fondamentale per proteggere l'atto normativo stesso in cui essa è contenuta contro le condotte dei contribuenti miranti a trarre profitto, illegittimamente, dalle direttive e dalle Convenzioni.

Per quanto concerne il nostro ordinamento, si è già accennato brevemente come una clausola generale anti-abuso sia stata introdotta all'interno dello Statuto del contribuente, all'articolo 10-bis, da parte del decreto interpellì.

Si tratta di una misura posta a protezione dell'ordinamento tributario italiano contro le condotte abusive (descritte come “*operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti*”) che non siano, però, già state identificate in altre disposizioni specifiche, quali la CFC rule, l'exit tax, le norme contro l'estero-vestizione, etc.

La CFC rule è una misura che colpisce le transazioni *cross-border*, indirizzandosi espressamente alle circostanze descritte nell'articolo 167 del TUIR; i requisiti fondanti (società estera controllata, tassazione bassa nel Paese di localizzazione, mancanza di genuinità nella struttura e nelle transazioni economiche) sono elementi necessari per la sua applicazione e devono ricorrere congiuntamente

Qualora uno di questi venga meno e non si possa invocare l'articolo 167, in forza dell'articolo 10-bis dello Statuto è concesso all'amministrazione fiscale di disconoscere e sanzionare le operazioni abusive od elusive realizzate dal contribuente, in sede di accertamento ed eventuale successivo contenzioso.

Tali operazioni non sono, infatti, opponibili all'amministrazione finanziaria; qualora il contribuente (in buona fede) versi nel dubbio circa la loro bontà, ha la possibilità di



chiedere chiarimenti all'amministrazione finanziaria ai sensi del successivo l'articolo 11 dello Statuto, che, come noto, disciplina l'istituto dell'interpello.

La risposta favorevole da parte dell'amministrazione lo metterebbe al riparo da eventuali censure successive.

La clausola di cui all'articolo 10-bis svolge una funzione di espressa salvaguardia avverso i casi di abuso non attaccabili tramite misure specifiche. Si può dunque ritenere che la GAAR e la CFC rule (e le altre misure anti-elusive) non rischino di accavallarsi: se i requisiti fondamentali della disciplina CFC sono presenti, troverà applicazione l'articolo 167 del TUIR; qualora manchino, l'amministrazione finanziaria potrà attaccare le condotte abusive tramite la clausola generale.

In ogni caso, non sfugge l'intento di fondo comune ad entrambe: colpire le situazioni in cui non si realizza alcuna realtà economica genuina o sostanziale.

Mentre l'articolo 10-bis dello Statuto punta il dito, espressamente, contro i vantaggi fiscali indebiti conseguiti dal contribuente tramite una struttura artificiosa; nel caso dell'articolo 167 del TUIR questi costituiscono, piuttosto, una conseguenza implicita: localizzando la società controllata in un Paese a bassa fiscalità, ove essa non svolge un'attività economica di rilievo, il socio residente ottiene un risparmio d'imposta non ammissibile.

In entrambi i casi si travalica il confine della pianificazione fiscale legittima; sia la GAAR che la CFC rule intervengono a proteggere l'economia del Paese e la sua base imponibile dagli abusi.

## **II) La lotta contro l'evasione fiscale nell'UE: l'azione della Commissione europea e i parallelismi con l'OCSE. La direttiva anti-elusiva e l'Action 3 BEPS.**

Le più recenti iniziative internazionali nel campo della lotta contro l'evasione fiscale hanno visto sia l'Unione europea che l'OCSE agire in modo parallelo e affine, con il

dichiarato intento di potenziare le misure fiscali anti-elusive (in senso lato) a disposizione dei rispettivi Stati membri (che spesso, come nel caso dell'Italia, fanno parte di entrambe).

Da un punto di vista cronologico, è intervenuto per primo il BEPS Plan dell'OCSE, di cui non è certo facile trattare in poche parole, a causa dell'estrema vastità e varietà dei temi presi in considerazione.

Volendo, però, inquadrare l'intero progetto in poche frasi, si può fare riferimento al documento pubblicato nel 2013 “*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*”,<sup>167</sup> che ha lanciato l'intero piano.

L'assunto di partenza compie una riflessione piuttosto interessante e condivisibile:

*“The international common principles drawn from national experiences to share tax jurisdiction may not have kept pace with the changing business environment. Domestic rules for international taxation and internationally agreed standards are still grounded in an economic environment characterised by a lower degree of economic integration across borders, rather than today’s environment of global taxpayers, characterised by the increasing importance of intellectual property as a value-driver and by constant developments of information and communication technologies”.*<sup>168</sup>

Nel corso del presente lavoro è stato più volte ribadito come uno dei problemi principali che gli Stati e le rispettive amministrazioni finanziarie hanno incontrato in questi anni sia stata, e sia tuttora, la difficoltà di affrontare in maniera efficace le situazioni potenzialmente evasive ed elusive che sorgono nel contesto economico moderno (quasi totalmente cross-border e digitalizzato).

Anche nel report introduttivo del piano BEPS non si fa, peraltro, mistero di ciò: “*Current international tax standards may not have kept pace with changes in global business practices, in particular in the area of intangibles and the development of the digital economy. For example, today it is possible to be heavily involved in the economic life of another country, e.g. by doing business with customers located in that country via the internet, without having a taxable presence there or in another country that levies tax on profits. In an era where non-resident taxpayers can derive substantial profits from*

---

<sup>167</sup> OECD 2013, *Addressing Base Erosion and Profit shifting*, OECD Publishing.

<sup>168</sup> *Addressing Base Erosion and Profit shifting*, cit., p. 5

*transacting with customers located in another country, questions are being raised on whether the current rules are fit for purpose. Further, as businesses increasingly integrate across borders and tax rules often remain uncoordinated, there are a number of structures, technically legal, which take advantage of asymmetries in domestic and international tax rules.”*<sup>169</sup>

La conseguenza principale delle condotte elusive dei contribuenti è l’erosione della base imponibile nazionale: *“Base erosion constitutes a serious risk to tax revenues, tax sovereignty and tax fairness for OECD member countries and non-members alike. While there are many ways in which domestic tax bases can be eroded, a significant source of base erosion is profit shifting”.*<sup>170</sup>

Nel BEPS Plan, l’OCSE si preoccupa, pertanto, di concentrare le forze con l’obiettivo di contenere il fenomeno del *profit shifting*, ovvero la sottrazione (abusiva) dei redditi dalla potestà impositiva degli Stati e la conseguente, evidente perdita di risorse finanziarie a danno dei medesimi.

Vengono sviluppate alcune tematiche considerate di primaria importanza, quali: il transfer pricing, l’economia digitale, la concorrenza fiscale dannosa e, soprattutto, ciò che qui interessa maggiormente, vale a dire *“the effectiveness of anti-avoidance measures, in particular GAARs, CFC regimes, thin capitalisation rules and rules to prevent tax treaty abuse”.*<sup>171</sup>

Non si tratta di alcunché di estremamente innovativo, a mio modo di vedere, e anche l’Action Plan, pubblicato a sua volta nel corso del 2013,<sup>172</sup> affronta il tema delle misure anti-elusive con un approccio a carattere piuttosto tradizionale.

Certamente, si deve riconoscere che l’impegno profuso in seno all’OCSE è un passo in avanti rispetto alle iniziative intraprese dagli Stati singolarmente intesi.

L’OCSE sottolinea, per l’ennesima volta, la necessità che ogni Paese membro introduca nel proprio ordinamento delle misure fiscali atte a contenere le condotte abusive, per proteggere sia la base imponibile del medesimo Paese, che la competitività dell’economia internazionale.

---

<sup>169</sup> Idem, p. 7

<sup>170</sup> Idem, p. 5.

<sup>171</sup> Idem, p. 6

<sup>172</sup> OECD 2013, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.

Il Piano BEPS si articola complessivamente in quindici Azioni, di cui una si occupa specificamente della CFC rule, la numero 3, denominata: “*Strengthen CFC rules. Develop recommendations regarding the design of controlled foreign company rules*”.

Il report finale dell’Action 3, pubblicato nel 2015 con la denominazione “*Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*”<sup>173</sup> si attesta su una linea piuttosto possibilista e poco innovativa rispetto agli spunti che erano trapelati nei lavori intermediari.<sup>174</sup>

Ciascun Paese ha proprie peculiarità e l’OCSE non può, certamente, imporre una linea piuttosto che un’altra (a meno, forse, di modifiche al Modello di Convenzione).

L’OCSE ammette, sostanzialmente, una gamma di possibilità, pur manifestando preferenza per una scelta piuttosto che per altre.

Per quanto concerne l’assetto della CFC rule giudicato ottimale, si rilevano le seguenti raccomandazioni, espresse nel report finale.

La prima concerne il criterio della tassazione effettiva a cui è sottoposta la società estera, nel senso che andrebbero esentate le CFC sottoposte ad un livello impositivo effettivo “*sufficiently similar*” a quello applicato nello Stato di residenza della controllante; mentre dovrebbero essere imputati per trasparenza i redditi esteri che hanno scontato un “*effective tax rate meaningfully below*”.

Il criterio della tassazione effettiva potrebbe essere combinato con l’utilizzo di una *white list*, per dare maggiori garanzie ai contribuenti.<sup>175</sup>

Viene caldeggiata anche l’opportunità di esentare i redditi delle CFC in base ad alcuni criteri oggettivi, quale può essere, per esempio, quello di stabilire una soglia minima di reddito estero, al di sotto del quale la CFC rule non verrebbe applicata (cd. *de minimis test*); o di fissare un “*anti-avoidance requirement*”, in virtù del quale la CFC rule si applicherebbe solo alle circostanze ove il rischio di elusione è elevato.<sup>176</sup>

Il punto più delicato concerne, però, l’identificazione dei redditi delle società controllate soggetti ad imputazione per trasparenza; in merito, il report finale lascia, di nuovo, la scelta ai singoli Stati in base al “*degree of BEPS risk*” che ciascuno di essi si trova a fronteggiare.<sup>177</sup>

---

<sup>173</sup> OECD (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015. Final Report*.

<sup>174</sup> Di interessante consultazione potrebbe essere, a questo proposito, il documento: OECD 2015, *BEPS Action 3: Strengthening the CFC rules*, Public discussion draft, del 12 maggio 2015.

<sup>175</sup> Final report Action 3, chapter 3, pp. 33-40.

<sup>176</sup> Ibidem.

<sup>177</sup> Idem, chapter 4, pp. 43-52.

Nulla vieta, dunque, che si opti per un metodo *jurisdictional* puro, pur essendo fuor di dubbio che tramite questo metodo possano essere “catturate” situazioni dove i rischi di elusione sono minimi.

L’approccio seguito dall’OCSE è di focalizzarsi sui redditi che danno adito a maggiori preoccupazioni di carattere “BEPS”, che, quindi, includerebbero: i redditi delle società holding, i servizi finanziari e bancari, i redditi derivanti dalla proprietà intellettuale (royalties) e dall’economia digitale, i servizi infragruppo.<sup>178</sup>

Come si è già detto all’inizio del secondo capitolo, l’OCSE ha da sempre ritenuto che la CFC rule dovrebbe, generalmente, applicarsi nei confronti dei redditi che “*have been separated from the underlying value creation to obtain a reduction in tax*”, vale a dire, tipicamente, i passive income.

Una gamma di fattori sono individuabili per riuscire a valutare meglio i rischi di elusività delle situazioni cross-border oggetto di scrutinio da parte delle amministrazioni finanziarie: la mobilità del reddito; se si tratta di servizi fra parti correlate; il tipo di attività svolta dalla CFC; il Paese della fonte, etc.

Ciascuno Stato si concentra su uno o più di questi fattori, a seconda delle priorità domestiche, sia economiche che politiche.

Le ragioni per le quali, nelle sue raccomandazioni, l’OCSE insista sempre sui passive o tainted income sono condivisibili, per quanto si è più volte detto sulla facilità di sottrarre (indebitamente) a tassazione redditi molto mobili o del tutto immateriali, piuttosto che attività produttive o commerciali di stampo tradizionale.

Un rischio finale da scongiurare è, naturalmente, quello della doppia imposizione, che nel caso di applicazione della CFC rule, può incorrere facilmente, per esempio quando i redditi della CFC hanno scontato delle imposte nel Paese di localizzazione della medesima; e quando la società estera ha distribuito i dividendi alla sua controllante, che però ha tassato per trasparenza i redditi della controllata.

I rimedi adottati dagli Stati sono, di solito: nel primo caso, la concessione di un credito per le imposte pagate all’estero; nel secondo, l’esenzione del dividendo da imposizione.

---

<sup>178</sup> I lavori sulla CFC rule vanno, in tal senso, coordinate con altre Actions del BEPS Plan, quali: l’Action 1 (*Addressing the tax challenges of the digital economy*), l’Action 2 (*hybrid mismatch arrangements*), l’Action 4 (*Interest deductions*), l’Action 5 (*Countering harmful tax practices*) e le Actions 8-10 (*Transfer pricing*).

Qualunque sia il metodo prescelto, l'OCSE sottolinea che: *“The overall recommendation for this building block is to design CFC rules to ensure that they do not lead to double taxation”*.<sup>179</sup>

Si è già detto come la riforma dell'articolo 167 del TUIR ha, per certi aspetti, allontanato la disciplina CFC italiana dai parametri internazionali raccomandati dall'OCSE e ribaditi nel report finale dell'Action 3.

Il punto di contrasto più critico, secondo la mia opinione, riguarda il comma 1 dell'articolo 167 e i requisiti per individuare i regimi fiscali agevolati; soprattutto il riferimento alla tassazione nominale appare assolutamente non conforme alle raccomandazioni dell'OCSE.

Questa riflessione verrà ulteriormente approfondita nel prossimo blocco, dopo aver esaminato il contenuto della direttiva ATAD.

\*\*\*\*\*

In data 28 gennaio 2016 la Commissione Europea ha pubblicato il cd. pacchetto anti-elusione, ovvero un insieme di proposte finalizzate all'attuazione di un approccio coordinato degli Stati membri per ciò che riguarda la lotta all'elusione fiscale nell'ambito dell'Unione Europea (cd. *“Anti Tax Avoidance Package”*).

Uno degli elementi costitutivi del pacchetto era la proposta di Direttiva “recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno”, che è stata da molti etichettata come la risposta europea al BEPS Plan.

L'importanza e l'attualità delle tematiche in gioco, l'appartenenza di numerosi Paesi membri UE anche all'OCSE e le inevitabili conseguenze del BEPS Plan sui loro ordinamenti hanno reso necessaria un'azione decisa e coerente da parte dell'UE.

Questa non è certo stata la prima iniziativa europea nel campo della lotta contro l'elusione e l'evasione fiscale internazionali. Occorre ricordare che anche all'interno della proposta di direttiva CCCTB era inclusa una parte relativa alle misure anti-abuso, strutturata sui consueti due livelli: la clausola generale e le misure specifiche, fra cui la CFC rule, la *switch-over clause*, l'indeducibilità degli interessi provenienti da Paesi terzi, etc.

---

<sup>179</sup> Final report Action 3, chapter 7, pp. 65-69.

I problemi della direttiva CCCTB sono noti a tutti; la proposta era forse troppo ampia e il raggiungimento del consenso sul suo articolato non è stato possibile.<sup>180</sup>

Di contro, concentrata l'attenzione sulla parte abusiva/elusiva, i lavori sulla proposta di direttiva ATAD sono proseguiti con (inaspettata) celerità e in data 12 luglio 2016 è entrata in vigore la Direttiva n. 2016/1164 recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno (cd. direttiva anti-elusiva o ATAD).

L'obiettivo della direttiva è sostanzialmente quello di *“trovare soluzioni comuni, seppur flessibili, a livello dell'UE in linea con le conclusioni OCSE sul BEPS”* e di sostenere *“un'attuazione efficace, rapida e coordinata delle misure anti-BEPS a livello dell'UE”* in quanto le direttive possono essere *“lo strumento preferenziale per l'attuazione delle conclusioni dell'OCSE a livello UE”*.<sup>181</sup> In altri termini, la direttiva ATAD mira a fornire un quadro comune per l'attuazione coordinata dei risultati del BEPS Plan nelle legislazioni nazionali degli Stati membri.

Gli articoli 7 e 8 della direttiva prevedono un regime relativo alle società controllate estere, i cui contenuti sono sostanzialmente volti a recepire le indicazioni fornite nell'Action 3 del BEPS Plan.

La CFC rule delineata in questi articoli si fonda su due criteri fondamentali:

- 1) la tassazione effettiva estera;
- 2) il criterio del passive income test e dei redditi derivanti da costruzioni non genuine.

Il criterio della tassazione effettiva era definito con maggiore precisione nel testo della proposta, piuttosto che nell'articolato finale della direttiva ATAD.

La normativa CFC era, in origine, contenuto nell'articolo 8 e 9 della proposta di direttiva, ove veniva stabilito che: *“Nell'ambito del regime generale applicabile nel paese dell'entità, gli utili sono soggetti a un'aliquota effettiva dell'imposta sulle società inferiore al 40 per cento dell'aliquota effettiva che sarebbe stata applicata nell'ambito del sistema di imposizione delle società vigente nello Stato membro del contribuente”*.

---

<sup>180</sup> La proposta non è mai stata però completamente accantonata ed è adesso in via di riformulazione, come si evince dalle notizie fornite dalla Commissione Europea ([https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/business/company-tax/common-consolidated-corporate-tax-base-ccctb\\_en](https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/common-consolidated-corporate-tax-base-ccctb_en)).

<sup>181</sup> Cfr. secondo considerando della direttiva ATAD.

Nel testo che è stato infine approvato, i parametri sono stati sfumati, in quanto, ai sensi dell'articolo 7, comma 1, lettera b) della direttiva ATAD:

*“L'imposta sulle società realmente versata sui suoi utili dall'entità o dalla stabile organizzazione è inferiore alla differenza tra l'imposta sulle società che sarebbe stata applicata all'entità o alla stabile organizzazione nell'ambito del sistema di imposizione delle società vigente nello Stato membro del contribuente e l'imposta sulle società realmente versata sui suoi utili dall'entità o dalla stabile organizzazione”.*

Si può, verosimilmente, immaginare che non sia stata raggiunto un accordo unanime sulle percentuali di riferimento che definiscano quando la tassazione effettiva estera può essere considerata adeguata.

Ad ogni modo, di sicuro non si fa menzione di parametri puramente nominali, alla stregua dell'articolo 167 comma 1 del TUIR; maggiori analogie sono, invece, presenti con il regime CFC contenuto nel comma 8-bis.

Per ciò che concerne la relazione fra controllante e CFC, l'ATAD chiede il requisito del controllo formale (articolo 7, comma 1, lettera a): *“Il contribuente, da solo o insieme alle sue imprese associate, detiene una partecipazione diretta o indiretta di oltre il 50 per cento dei diritti di voto o possiede direttamente o indirettamente oltre il 50 per cento del capitale o ha il diritto di ricevere oltre il 50 per cento degli utili di tale entità”.*

Su questo aspetto l'ordinamento italiano appare pienamente in linea.

Il nodo centrale della disciplina riguarda, come di consueto, quali siano le tipologie di redditi esteri suscettibili di essere imputate per trasparenza al socio residente.

Ai sensi dell'articolo 7, comma 2 della direttiva:

*“Lo Stato membro del contribuente include nella base imponibile:*

*a) i redditi non distribuiti dell'entità o i redditi della stabile organizzazione rientranti nelle seguenti categorie: i) interessi o qualsiasi altro reddito generato da attivi finanziari; ii) canoni o qualsiasi altro reddito generato da proprietà intellettuale; iii) dividendi e redditi derivanti dalla cessione di azioni; iv) redditi da leasing finanziario; v) redditi da attività assicurativa, bancaria e altre attività finanziarie; vi) redditi da società di fatturazione che percepiscono redditi da vendite e servizi derivanti da beni e servizi*



*acquistati da e venduti a imprese associate, e aggiungono un valore economico scarso o nullo.*

*La presente lettera non si applica se la società controllata estera svolge un'attività economica sostanziale sostenuta da personale, attrezzature, attivi e locali, come evidenziato da circostanze e fatti pertinenti*

*o*

*b) i redditi non distribuiti di un'entità o di una stabile organizzazione derivanti da costruzioni non genuine che sono state poste in essere essenzialmente allo scopo di ottenere un vantaggio fiscale.*

*Ai fini della presente lettera una costruzione o una serie di costruzioni è considerata non genuina nella misura in cui l'entità o la stabile organizzazione non possiederebbe gli attivi o non avrebbe assunto i rischi che generano la totalità o una parte dei suoi redditi se non fosse controllata da una società in cui le funzioni significative del personale che sono pertinenti per tali attivi e rischi sono svolte e sono funzionali al fine di generare i redditi della società controllata”.*

Questo comma della direttiva offre molteplici spunti di riflessione.

Innanzitutto, la lettera a) individua, espressamente, le tipologie di reddito estero che dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della CFC rule. Si tratta, evidentemente, dei passive income, nelle consuete forme di: dividendi, canoni, redditi immateriali e servizi infragruppo.

Un'ipotesi di esclusione dalla tassazione per trasparenza è, in senso avverso, stabilita nel caso in cui la società estera svolga un'attività economica sostanziale, dimostrabile tramite mezzi concreti, quali la presenza di personale, attrezzature, locali, etc.

La lettera b) apporta un elemento di innovazione, in quanto vengono attratti nel perimetro di applicazione della CFC rule i redditi derivanti da “costruzioni non genuine”.

A questo proposito, è estremamente interessante il concetto di costruzione non genuina adottato dalla direttiva ATAD, che si fonda sulla mancanza di assunzione dei rischi relativi all'attività svolta da parte della società estera.

La direttiva pone in rilievo le circostanze in cui i rischi connessi all'attività d'impresa ricadono, invece, in capo alla società controllante, il cui personale (inteso come figure

manageriali o apicali, amministratori, etc.) prende in realtà le decisioni significative in relazione all'attività della CFC.

In altri termini, l'entità estera non è indipendente e libera, ma sottomessa alle deliberazioni della sua controllante; in conseguenza di ciò, i redditi esteri devono essere imputati per trasparenza alla controllante stessa.

L'autonomia decisionale della società estera riveste un ruolo fondamentale in seno alla direttiva ATAD, in quanto è uno dei requisiti per stabilire se la costruzione è genuina od artificiale.

La definizione così elaborata sembra discostarsi da quella della Corte di Giustizia nella sentenza *Cadbury Schweppes*, ove si pone l'accento su altri elementi, per valutare la genuinità della CFC.<sup>182</sup>

Si può pertanto ritenere che la direttiva ATAD ponga, in modo più evidente, il principio di libera concorrenza come un criterio dirimente per la verifica dell'abuso, in quanto i casi in cui la *competition* viene falsata dalla mancanza di indipendenza delle controllate estere rientrano pienamente nel raggio d'azione della CFC rule.

I criteri stabiliti dalla Corte di Giustizia nella *Cadbury Schweppes* sembrano essere stati, piuttosto, espressi in relazione alla lettera a) del comma 2, dove diventa causa di esclusione dal regime CFC il fatto che la controllata estera svolga un'effettiva attività economica impiegando macchinari, personale dipendente, locali, etc.; in altri termini, quando si tratta di active income (attività produttiva o commerciale).

Passando a verificare se vi sono differenze tra la CFC rule italiana e le disposizioni della direttiva testé commentate, si possono svolgere considerazioni separate a proposito della lettera a) e della lettera b) dell'articolo 7, comma 2 della direttiva.

Rispetto all'elenco di redditi di cui alla lettera a), la disciplina italiana si discosta parzialmente dai parametri europei, perché è indubbio che il comma 1 dell'articolo 167 ricomprenda, invece, ogni tipo di reddito.

I commi 5-bis e 8-bis dell'articolo 167 mettono, invece, in rilievo i casi in cui la società estera realizza passive income.

Emerge, a questo proposito, una differenza fra questi e le disposizioni della direttiva: da una parte, la normativa italiana richiede che più del 50 per cento dei redditi complessivi della società estera siano costituiti da passive income. Di contro, l'articolo 7, comma 3

---

<sup>182</sup> Cfr. sopra, capitolo secondo, paragrafo vi).

dell'ATAD permette, invece, la non applicazione della CFC rule “*se non oltre un terzo dei redditi ottenuti dall'entità o dalla stabile organizzazione rientra nelle categorie di cui al paragrafo 2, lettera a)*” o, nel caso di società finanziarie, “*se non oltre un terzo dei redditi dell'entità appartenenti alle categorie di cui al paragrafo 2, lettera a), deriva da operazioni con il contribuente o le sue imprese associate*”.

In altri termini, la soglia fissata a livello europeo è più bassa di quella italiana, perché è sufficiente una percentuale inferiore al 50 per cento (di passive income) per attirare i redditi della CFC a tassazione.

Questa è, pur sempre, una mera facoltà di esclusione lasciata agli Stati membri, ma la direttiva fissa dei parametri più restrittivi rispetto alla normativa italiana, che quindi potrebbe trovarsi a dover rivedere i suoi valori.

Per quanto concerne la definizione di costruzione di puro artificio di cui alla direttiva ATAD, è indubbio che la CFC rule italiana individui questa nozione (all'articolo 167, comma 8-bis del TUIR) sulla base della giurisprudenza elaborata dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Cadbury Schweppes*.

Merita, però, di essere segnalato che la prassi dell'amministrazione finanziaria ha da lungo tempo riservato un'attenzione particolare alla necessità che la società controllata estera sia dotata di autonomia decisionale.

Come espresso dalla circolare dell'Agenzia delle entrate n. 51/2010, “*nel rispetto delle finalità antielusive della disciplina in esame, (...) per la dimostrazione della prima esimente il socio residente nel territorio dello Stato deve provare il radicamento della propria partecipata nel Paese o territorio estero di insediamento, oltre ovviamente alla disponibilità in loco da parte della stessa di una struttura organizzativa idonea allo svolgimento dell'attività commerciale dichiarata, dotata peraltro di autonomia gestionale*”.<sup>183</sup>

L'amministrazione finanziaria, in sede di analisi delle istanze di interpello per la disapplicazione dell'articolo 167 del TUIR, ha, da sempre, avuto cura di richiedere le prove necessarie per dimostrare che la società controllata prende le proprie decisioni manageriali e commerciali in perfetta autonomia.

---

<sup>183</sup> Cfr. p. 10 della Circolare.

Particolare attenzione è posta sui casi in cui gli amministratori della controllante sono i medesimi soggetti che gestiscono la CFC o in cui il personale della controllata è semplicemente distaccato dall'Italia e non ha nessun legame con il territorio estero di insediamento.

Si ritiene, pertanto, che la revisione comunitaria del concetto di costruzione di puro artificio, in cui l'autonomia gestionale e decisionale delle CFC riveste un ruolo di primo piano, sia in armonia con quanto già espresso dall'ordinamento italiano.

Il comma 4 dell'articolo 7 della direttiva stabilisce un'eventuale soglia di reddito minimo, nei seguenti termini: *“Gli Stati membri possono escludere dall'ambito di applicazione del paragrafo 2, lettera b), un'entità o una stabile organizzazione: a) con utili contabili non superiori a 750 000 EUR e redditi non derivanti da scambi non superiori a 75 000 EUR; o b) i cui utili contabili non ammontano a più del 10 per cento dei suoi costi di esercizio nel periodo d'imposta”*.

Personalmente, ritengo che la fissazione di un limite di reddito minimo escluso dall'applicazione della CFC rule sia una scelta intelligente, che ridurrebbe i costi amministrativi e lascerebbe fuori una buona gamma di situazioni di scarso rilievo economico.

Vi sarebbe, così, uno spiraglio anche per quello che attiene i regimi speciali di cui all'articolo 167, comma 1, perché parecchi, fra questi, non sono altro che regimi rivolti all'imprenditoria agricola, a contribuenti “minimi”, ad altre forme agevolative per le aree svantaggiate, etc., il cui valore economico è di importo quasi irrilevante.<sup>184</sup>

Escluderli a priori sarebbe in linea con gli obiettivi anti-elusivi e concorrenziali perseguiti dalla CFC rule e darebbe, al tempo stesso, maggiore certezza ai contribuenti italiani.

L'articolo 8 della direttiva si occupa, infine, dei rimedi contro la doppia imposizione.

Ai sensi del comma 7: *“Lo Stato membro del contribuente consente la detrazione dell'imposta versata dall'entità o dalla stabile organizzazione dal debito d'imposta del*

---

<sup>184</sup> Nei consideranda della direttiva ATAD si dice espressamente che: *“Al fine di limitare l'onere amministrativo e i costi di conformità, dovrebbe essere accettabile che gli Stati membri esentino talune entità con scarsi utili o uno scarso margine di profitto che comportano rischi minori di elusione fiscale”*.

*contribuente nello Stato in cui risiede a fini fiscali o è situato. La detrazione è calcolata conformemente al diritto nazionale”.*

Questo appare in linea con la disciplina del credito d'imposta estero di cui all'articolo 165 del TUIR.

La disciplina CFC contenuta nella direttiva ATAD è sviluppata in un duplice senso: come regola fiscale atta a contrastare i comportamenti elusivi dei contribuenti, che generano rischi di erosione della base imponibile nazionale; e come misura a protezione della concorrenza all'interno del mercato comune.

Come si legge, ancora, nei consideranda, “(...) *al fine di rispettare le libertà fondamentali, le categorie di reddito dovrebbero essere combinate con un'esclusione basata sulla sostanza economica intesa a limitare, all'interno dell'Unione, l'impatto delle norme ai casi in cui la società controllata estera non svolge un'attività economica sostanziale*”.

Ci si deve concentrare, perciò, sia sulle categorie di redditi maggiormente suscettibili di essere delocalizzati, sia sul concetto di entità estere non genuine, nei termini sopra descritti.

La direttiva si mostra aperta anche nei confronti dell'ipotesi che “(...) *gli Stati membri ricorrano a un sistema di liste bianca, grigia e nera di paesi terzi, che siano compilate sulla base di determinati criteri stabiliti dalla presente direttiva e possano comprendere il livello di aliquota di imposta sulle società, oppure ricorrano a liste bianche di Stati membri redatte su tale base*”.

Ad oggi, il legislatore italiano non ha ancora predisposto le misure di allineamento delle norme in materia di CFC agli articoli 7 e 8 della direttiva; né appare chiaro il grado di flessibilità concesso agli Stati membri nel recepimento di queste disposizioni.

Si può ipotizzare che gli Stati membri abbiano la facoltà di introdurre misure interne più restrittive, in quanto la direttiva costituisce un livello di protezione minimo per i regimi nazionali

Ciò, ovviamente, nei limiti in cui l'applicazione della CFC rule rimanga circoscritta alle costruzioni di puro artificio e non sia, per l'ennesima volta, espressione di un puro istinto protezionistico da parte dei singoli Stati.

### **III) Conclusioni.**

Resta, insomma, da vedere se e in che termini gli ordinamenti nazionali adatteranno la propria normativa anti-elusiva alle raccomandazioni OCSE e alle disposizioni dell'ATAD.

A mio modo di vedere, è di fondamentale importanza che OCSE e UE si siano mosse in modo coordinato, condividendo obiettivi e numerosi aspetti sostanziali.

La dottrina della Corte di Giustizia rimane una guida riservata ai Paesi membri dell'UE, ma non sembra confliggere con nessuno degli orientamenti espressi dall'OCSE.

Ritengo poi, personalmente, che la CFC rule delineata negli articoli 7 e 8 della direttiva ATAD contenga degli spunti importanti, che prendono in debita considerazione alcuni aspetti innovativi che si sono sviluppati nel panorama economico e sociale moderno, anche superando, parzialmente, le concezioni espresse dalla Corte di Giustizia.

I principi della sentenza *Cadbury Schweppes* rimangono un caposaldo, ma dopo quasi undici anni, era tempo che vi fosse una rielaborazione e che, soprattutto, questa avvenisse tramite uno strumento normativo comunitario.

Per quanto concerne l'Italia, si è ampiamente parlato della nuova CFC rule e della scia di dubbi, applicativi e sostanziali, che essa ha lasciato dietro di sé.

Il mio personale parere è che una serie di aggiustamenti siano necessariamente da effettuare, per non incontrare né la riprovazione degli altri Stati della comunità internazionale (in particolare, quelli che si sono visti, inaspettatamente, colpire dai nuovi parametri applicativi della CFC rule italiana), né le censure di incompatibilità vera e propria con la direttiva ATAD.

Peraltro, il fermento in Commissione e in Consiglio è ancora vivo e al momento sono in discussione, sui tavoli di lavoro europei, sia la cosiddetta ATAD 2 che una nuova proposta di direttiva CCCTB.

L'Italia non è mai stata la prima della classe, quanto a tempista di recepimento delle direttive; ma un intervento del legislatore appare inevitabile, viste le contrapposizioni fra la disciplina CFC attualmente in vigore con quanto espresso nel panorama internazionale e comunitario.

Il criterio dell'aliquota nominale, i regimi speciali e (probabilmente) una riconsiderazione circa i passive income sono, a mio parere, i punti che necessitano di una revisione più accurata.

Resta da vedere, ripeto, in quali termini e tempi il legislatore italiano deciderà di intervenire.

## **Bibliografia.**

### **Dottrina**

- AA.VV. *Per una costituzione fiscale europea*, a cura di A. Di Pietro, CEDAM (2008).
- AA.VV. *I principi europei del diritto tributario*, a cura di A. Di Pietro e T. Tassani, CEDAM (2013).
- ARIEMME, V.- CROATTO M., *Identificazione dei Paesi a fiscalità privilegiata, CFC rule e obblighi dichiarativi*, *Il Fisco*, n. 34/2016.
- BADER, R.G., *CFC Legislation in the European Union and the Alternative CSC Concept*, tesi di dottorato presso l'Università di Tilburg, <https://pure.uvt.nl/portal> (2012).
- BORIA, P. *Diritto Tributario Europeo*, Giuffrè Editore (2010).
- DE BROE, L. *International Tax Planning and Prevention of Abuse - A Study Under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in Relation to Conduit and Base Companies*, IBFD Doctoral Series, vol. 14 (2008).
- DE PIETRO, C., *Tax Treaty Override*, EUCOTAX, Wolters Kluwer, 2014.
- DRAGONETTI, A., PIACENTINI, V., SFONDRINI, A. (a cura di), *Manuale di fiscalità internazionale*, IPSOA Wolters Kluwer, V Edizione (2012)
- KUIPER, W.G., *Definizione e analisi dei principi generali che regolano la fiscalità internazionale*, pp. 3-24
  - KUIPER, W.G., *La pianificazione fiscale internazionale*, pp. 127-138.
  - KUIPER, W.G., *Misure fiscali anti-elusive*, pp. 139-156.
- FAULHABER, L., *Sovereignty, Integration, and Tax Avoidance in the European Union: Striking the Proper Balance*, intervento alla Harvard Law School (2009).
- GREGGI, M., *The Dawn of a General Anti Avoidance Rule: The Italian Experience* (December 30, 2015), SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2709304>
- IFA, *Limits on the use of law-tax regimes by multinational businesses*, Cahiers de droit fiscal international, vol. 86/B, IFA 2001 San Francisco Congress
- ARNOLD B.J., DIBOUT P., *General Report* (pp. 25-89).



IFA, *Tax Treaties and Tax Avoidance: Application of Anti-avoidance Provisions*, Cahiers de droit fiscal international, vol. 95a, IFA 2010 Rome Congress

- VAN WEEGHEL, S., *General Report* (pp. 19-55).

IFA, *The taxation of foreign passive income for groups of companies*, Cahiers de droit fiscal international, vol. 98/A, IFA 2013 Copenhagen Congress

- DAHLBERG M., WIMAN B. *General Report* (pp. 19-56)

- ARMENIA A., ZALASINSKI A., *EU Report* (pp. 57-74).

LANG, M. (a cura di), *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law* EUCOTAX Series on European Taxation, Kluwer Law International (2004)

- AIGNER H-J., SCHEUERLE U., STEFANER M., *General report* (p. 15-62).

LANG, M. (a cura di), *The EU's external dimension in direct tax matters*, EUCOTAX Series on International Tax Law (2010)

- DAURER V., SIMADER K., *Justifying Restrictions on the Free Movement of Capital under the Rule of Reason in Third-country Relationships: Anti-abuse, Harmful Tax Competition, Effectiveness of Fiscal Supervision and Tax Collection* (pp. 185-208)

- LUNA A.A., *The Relevance of the Open Skies Decisions and Tax Treaty LOB Clauses* (pp. 209-228).

MALHERBE J., MALHERBE P., RICHELLE I., TRAVERSA E., *The impact of the rulings of the European Court of Justice in the area of direct taxation 2010*, study for the European Parliament- Directorate General for Internal Policies (2011).

MITROYANNI, I. *Integration approaches to group taxation in the European Internal Market*, EUCOTAX Series on European Taxation, Kluwer Law International (2008).

MONSENEGO, J. *Taxation of foreign business income within the European Internal Market*, IBFD Doctoral Series (2012).

O'SHEA, T., *Thin Cap GLO and Third-Country Rights: Which Freedom Applies?*, Tax Notes International- Tax Analysts, pp. 259-275, (2007).

O'SHEA, T., *The UK's CFC rules and the freedom of establishment: Cadbury Schweppes plc and its IFSC subsidiaries – Tax avoidance or tax mitigation?*, Ec Tax Review 2007/1, pp. 13/33.

- O'SHEA, T., *German CFC rules held compatible with EU law*, Tax Notes International, Volume 48, Number 13, 24 December 2007, pp. 1203- 1208.
- O'SHEA, T., *Freedom of establishment tax jurisprudence: Avoir Fiscal re-visited*, EC Tax Review 2008/6, pp. 259-275.
- O'SHEA, T., *Limitation on benefit (LOB) clauses and the EU*, International Tax Report, October 2008.
- O'SHEA, T., *ECJ Clarifies Issues Raised in Connection with U.K. Dividend Tax, CFC Rules*, Tax Analysts 2008 WTD 98-1 (2008).
- O'SHEA, T., *Tax avoidance and abuse of EU Law*, The EC Tax Journal, Volume 11, p. 77-115 (2011).
- O'SHEA, T., *European Tax Controversies: A British-Dutch Debate: Back to Basics and Is the ECJ Consistent?*, World Tax Journal, pp.100-127 (2013).
- O'SHEA, T., *CFC Reforms in the UK- Some EU law comments*, The EC Tax Journal, Volume 13, p. 65/89 (2013).
- PANAYI, C.H.J.I. *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty Shopping and the European Community*, EUCOTAX Series on European Taxation, Kluwer Law International (2007).
- PANAYI, C.H.J.I. *European Union Corporate Tax Law*, Cambridge Tax Law Series (2013).
- PISTONE, P., *L'abuso del diritto nella giurisprudenza tributaria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, Diritto e Pratica Tributaria Internazionale, Vol. IX- N. 2, pp. 431-461, CEDAM (2012).
- SACCHETTO C. (a cura di), *Principi di diritto europeo e internazionale*, Giappichelli (2011)
- PAGANUZZI M., *La CFC legislation* (pp. 343-364).
- TOSI L., BAGGIO R., *Lineamenti di Diritto Tributario Internazionale*, CEDAM (2011).
- UCKMAR, V., CORASANITI G., DE' CAPITANI DI VIMERCATE P., CORRADO OLIVA, C., *Diritto Tributario Internazionale: Manuale*, CEDAM (2012).

## **Documenti della Commissione Europea e del Consiglio.**

DIRETTIVA (UE) 2015/121 DEL CONSIGLIO del 27 gennaio 2015 che modifica la direttiva 2011/96/UE concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi

DIRETTIVA (UE) 2016/1164 DEL CONSIGLIO del 12 luglio 2016 recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno.

COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL CONSIGLIO, AL PARLAMENTO EUROPEO E AL COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO. L'applicazione di misure antiabuso nel settore dell'imposizione diretta – all'interno dell'UE e nei confronti dei paesi terzi

RACCOMANDAZIONE DELLA COMMISSIONE del 6 dicembre 2012 concernente misure destinate a incoraggiare i paesi terzi ad applicare norme minime di buona governance in materia fiscale (2012/771/UE)

COMUNICAZIONE DALLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO E AL CONSIGLIO. An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion, COM (2012) 722 final.

COMUNICAZIONE DALLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO E AL CONSIGLIO. Un regime equo ed efficace per l'imposta societaria nell'Unione europea : I 5 settori principali dell'intervento., COM (2015) 302 finale.

RISOLUZIONE DEL CONSIGLIO, dell'8 giugno 2010 sul coordinamento delle norme sulle società estere controllate (SEC) e sulla sottocapitalizzazione nell'Unione europea (2010/C 156/01)

Council of the European Union, ECOFIN report to the European Council on Tax issues, n. 16753, 11 December 2014.

## **Sentenze della Corte di Giustizia UE.**

28 gennaio 1986, causa 270/83, *Avoir Fiscal*

5 novembre 2002, cause C-466/98, C-467/98, C-468/98, C-469/98, C-471/98, C-472/98, C-475/98, C-476/98, *cd. Open Skies*

12 dicembre 2002, causa C- 324/00, *Lankhorst-Hohorst*

13 dicembre 2004, causa C- 446/2003, *Mark & Spencer*

21 febbraio 2006, causa C- 255/02, *Halifax*

12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes*

12 dicembre 2006, causa C- 446/04, *Test Claimants in FII Group Litigation*

12 dicembre 2006, causa C- 374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*

13 marzo 2007, causa C- 524/04, *Thin Cap Group Litigation*

18 luglio 2007, causa 231-05, *Oy AA*).

6 dicembre 2007, causa C-298/05, *Columbus Container*

23 aprile 2008, causa C 201-05, *CFC GLO*

21 gennaio 2010, causa C- 311/08, *SGI*

29 novembre 2011, causa C-371/10, *National Grid Indus*

29 marzo 2012, causa C- 417/10, *3M Italia*

## **Sentenze delle Corti nazionali.**

Conseil d'Etat della Repubblica Francese, Assemblée du 28 juin 2002, n. 232276, *Schneider*

Suprema Corte Amministrativa Finlandese, KHO: 2002:26, 20 marzo 2002, *A Oyi Abp*

Suprema Corte Amministrativa Finlandese, KHO:2011:38, 11 aprile 2011

Corte di Cassazione, Sezione Tributaria, sentenza n. 25281 del 25 novembre 2015

## **Prassi dell'Agenzia delle entrate.**

Circolare n. 39/E del 26 settembre 2016, *Modifiche normative in materia di deducibilità dei costi sostenuti in Paesi a fiscalità privilegiata – Chiarimenti.*

Circolare n. 35/E del 4 agosto 2016, *Disciplina delle controlled foreign companies, modifiche ai criteri di individuazione dei Paesi a fiscalità privilegiata, trattamento degli utili provenienti da tali Paesi e disciplina del credito d'imposta estero- Chiarimenti.*

Circolare n. 51/E del 6 ottobre 2010, *Disciplina relativa alle controlled foreign compagnie (CFC) - Dividendi provenienti e costi sostenuti con Stati o territori a fiscalità privilegiata – Chiarimenti.*

## **Documenti OCSE**

OECD, *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue* (OECD, 1998).

OECD, *Double Taxation Convention and the Use of Base Companies* (OECD, 1987).

OECD, *Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies* (OECD, 1987).

OECD 2013, *Addressing Base Erosion and Profit shifting*, OECD Publishing.

OECD 2013, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.

OECD 2014, *BEPS Action 6: Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances*, Public discussion draft (4 marzo- 9 aprile 2014).

OECD 2015, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, Action 6 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

OECD 2015, *BEPS Action 3: Strengthening the CFC rules*, Public discussion draft (12 maggio 2015).

OECD 2015, *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, Action 3- 2015: Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.