

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

**DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO TRIBUTARIO EUROPEO**

Ciclo 33

Settore Concorsuale: 12/D2 – DIRITTO TRIBUTARIO

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/12 – DIRITTO TRIBUTARIO

**IL REGIME TRIBUTARIO DELLE CFC: EVOLUZIONE
NELL'ESPERIENZA ITALIANA E NEL CONTESTO DEL
DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA**

Presentata da: Claudio Galdi

Coordinatore Dottorato

Andrea Mondini

Supervisore

Andrea Mondini

Esame finale anno 2021

A Maria Rosaria

Indice

1. Capitolo I – Dal progetto BEPS alla ATAD: punto di partenza per una nuova strategia di contrasto alle CFC	9
1.1. Introduzione ai lavori BEPS in tema di CFC	9
1.2. BEPS 3 – Metodo di lavoro e sviluppo delle raccomandazioni.....	15
1.2.1. Le regole di definizione di una <i>controlled foreign company</i>	16
1.2.2. Esenzioni e livello minimo per l'applicazione delle norme CFC.....	20
1.2.3. Definizione del “reddito da CFC”.....	21
1.2.3.1. L'importanza delle categorie reddituali.....	21
1.2.3.2. L'analisi funzionale – <i>substance analysis</i>	23
1.2.3.3. Le differenze tra “ <i>approccio per entità</i> ” e “ <i>approccio per transazione</i> ”	26
1.2.4. La quantificazione del “reddito da CFC”.....	28
1.2.5. L'attribuzione del reddito alle entità del paese dell'azionista	30
1.2.6. Gli strumenti per evitare la doppia tassazione.....	32
1.3. La Direttiva ATAD 1164/2016	33
1.3.1. Ambito soggettivo di applicazione	37
1.3.2. Prima condizione di ingresso – requisito del controllo.....	39
1.3.3. Seconda condizione di ingresso – <i>tax rate</i>	42
1.3.4. Definizione “reddito da CFC” e quantificazione: i due approcci alternativi	43
1.3.4.1. Il Modello A – per categorie reddituali.....	44
1.3.4.2. Il Modello B – del test del vantaggio principale.....	48
1.3.5. Tassazione del reddito da CFC – disposizioni comuni al Modello A e Modello B	52
1.3.6. Il recepimento della Direttiva nei paesi dell'Unione Europea.....	53
2. Capitolo II – I modelli di CFCrule nell'esperienza internazionale.....	57
2.1. Il modello tedesco	57
2.1.1. Caratteristiche generali – tipologia del controllo – condizioni di accesso	58
2.1.2. Definizione di regime fiscale privilegiato	59
2.1.3. Determinazione del “reddito da CFC” – catalogo dei redditi attivi.....	59
2.1.4. Redditi derivanti da investimenti – <i>holding quota</i>	61
2.1.5. Esimenti e prova contraria	62
2.1.6. Modalità di tassazione del reddito e attribuzione all'azionista residente	63
2.1.7. Recepimento ATAD	64
2.2. Il modello inglese	65
2.2.1. Caratteristiche generali – tipologia di controllo – condizioni di accesso	67
2.2.1.1. Esimente in base al livello di tassazione.....	70
2.2.1.2. Esimente in base al territorio di insediamento della CFC.....	70
2.2.1.3. Esimente in base al limite minimo del reddito.....	71
2.2.1.4. Esimente in base al limite minimo dell'EBIT.....	71
2.2.1.5. Esimente per periodo post – acquisizione.....	71
2.2.2. Determinazione del “reddito da CFC” – i <i>gateway charge</i>	72
2.2.2.1. Profitti attribuibili ad attività UK (<i>Chapter 4</i>).....	72
2.2.2.2. Profitti finanziari (<i>Chapter 5</i>).....	74
2.2.2.3. Profitti da attività bancaria e assicurativa (<i>Chapter 6</i>)	77
2.2.2.4. Attività assicurativa <i>captive</i> (<i>Chapter 7</i>)	77
2.2.2.5. <i>Solo consolidation</i> (<i>Chapter 8</i>).....	77
2.2.3. Recepimento ATAD	78
2.3. Il modello francese	80
2.3.1. Caratteristiche generali – tipologia di controllo – condizioni di accesso	81
2.3.2. Definizione di regime fiscale privilegiato	82
2.3.3. Determinazione del “reddito da CFC”	82
2.3.4. Esimenti e prova contraria	83

2.3.5.	Recepimento ATAD	84
2.4.	Il modello statunitense	85
2.4.1.	Caratteristiche generali – tipologia del controllo – condizioni di accesso	86
2.4.2.	Definizione di CFC ed azionista statunitense	86
2.4.3.	Determinazione del “reddito da CFC” (<i>Subpart F income</i>).....	87
2.4.3.1.	<i>Foreign personal holding company income</i>	87
2.4.3.2.	<i>Foreign base company sales income</i>	89
2.4.3.3.	<i>Foreign base company services income</i>	90
2.4.4.	Tassazione del “reddito da CFC”	90
2.4.5.	Tassazione dei reinvestimenti (<i>Investments of earnings in US property</i>)	91
2.4.6.	I nuovi strumenti per il contrasto dell’elusione: <i>GILTI e BEAT</i>	92
3.	Capitolo III – La disciplina CFC domestica: l’art. 167 del TUIR	99
3.1.	L’esperienza italiana dall’introduzione della CFCrule nell’ordinamento al recepimento della ATAD	99
3.1.1.	Il primo modello <i>jurisdictional</i> introdotto nel 2000	99
3.1.2.	La riforma 2009 con il nuovo comma 10-bis: la CFC <i>white list</i>	100
3.1.3.	La riforma del 2015 del modello <i>jurisdictional</i> ed abrogazione della <i>black list</i>	102
3.1.4.	La riforma del 2016 e il criterio del livello di tassazione nominale	102
3.2.	Il recepimento della ATAD: il nuovo art. 167	103
3.3.	L’ambito soggettivo.....	104
3.4.	La variabile del controllo.....	106
3.5.	Le condizioni di ingresso nel regime CFC	108
3.5.1.	Prima condizione di ingresso – il calcolo del <i>tax rate</i>	109
3.5.2.	Seconda condizione di ingresso – le categorie reddituali.....	113
3.6.	Dimostrazione esimente per disapplicazione: il test di sostanza economica.....	119
3.7.	Possibilità di fornire prova contraria: il regime dell’interpello, la richiesta di chiarimenti e l’obbligo di motivazione rafforzata	126
3.7.1.	Le specificità della norma CFC in relazione alla clausola antiabuso dell’art. 10-bis dello Statuto	129
3.7.2.	Aspetti procedurali – l’obbligo del contraddittorio preventivo del nuovo art. 5-ter del D.Lgs. 218/1997.....	131
3.8.	Gli adempimenti dichiarativi	133
3.9.	Le modalità di tassazione del reddito “estero” in Italia	135
3.10.	Interrelazioni con la disciplina dei dividendi da paesi a fiscalità privilegiata	139
3.11.	Considerazioni sulla modalità di recepimento in Italia della Direttiva ATAD	142
4.	Capitolo IV – Profili di compatibilità delle CFCrule con le libertà fondamentali dell’Unione Europea	147
4.1.	Rapporti tra disciplina CFC e le libertà fondamentali tutelate dai Trattati: stabilimento e circolazione dei capitali.....	147
4.1.1.	La libertà di stabilimento	149
4.1.2.	La libertà di circolazione di capitali	151
4.2.	Rapporti tra libertà di stabilimento e libertà di circolazione di capitali.....	152
4.3.	Il principio di non discriminazione.....	154
4.4.	<i>Rule of reason test</i> e cause di giustificazione alle restrizioni.....	157
4.4.1.	Causa C-196/04 <i>Caldbury Sewepes</i> – restrizioni giustificate per costruzioni di puro artificio..	163
4.4.2.	Causa C-135/17 <i>X GmbH</i> – ampliamento del concetto di costruzione di puro artificio e ragioni commerciali della partecipazione.....	164
4.5.	Rapporti della Direttiva ATAD con le libertà fondamentali.....	166
4.5.1.	Le costruzioni “parzialmente artificiose”	167
4.5.2.	I rapporti dell’Unione con i paesi terzi	171

4.5.3.	Applicazione della CFCrule alle partecipazioni di minoranza in soggetti UE.....	173
4.6.	Ulteriori considerazioni sul rapporto tra nuovo art. 167 TUIR e libertà fondamentali	174
4.6.1.	La ripartizione dell'onere della prova.....	176
5.	Capitolo V – Rapporto CFCrule con altri strumenti al contrasto dell'abuso e dell'erosione fiscale.....	179
5.1.	Approcci alternativi al contrasto dell'abuso e dell'erosione: le principali differenze	179
5.1.1.	CFCrule e regole di <i>Transfer pricing</i>	179
5.1.2.	CFCrule e regole di esteroinvestizione delle società.....	186
5.1.3.	CFCrule e tassazione in uscita.....	189
5.1.4.	Erosione attraverso operazioni con parte correlata <i>off shore</i> – la cancellazione della norma sui costi <i>black list</i>	193
5.2.	Competizione fiscale dannosa e CFCrule.....	196
5.3.	Oltre il progetto BEPS: la proposta GLOBE (<i>Pillar two</i>).....	197
5.4.	Specificità delle strutture CFC negli schemi di pianificazione fiscale aggressiva.....	204
5.4.1.	Cash company	207
5.4.2.	IP Company	208
5.4.3.	Invoice company.....	209
5.4.4.	Holding	209
	Conclusioni.....	213
	Bibliografia	221

1. Capitolo I – Dal progetto BEPS alla ATAD: punto di partenza per una nuova strategia di contrasto alle CFC

1.1. Introduzione ai lavori BEPS in tema di CFC

La presente ricerca vede il suo punto di partenza nell’emanazione delle raccomandazioni del gruppo di lavoro OCSE sul tema dei BEPS (*Base Erosion e Profit Shifting*)¹. Reduci da anni di crisi economica e conseguenti sforzi a carico dei bilanci pubblici per arginare gli effetti sociali della recessione, gli Stati membri dell’OCSE hanno avviato nel 2013 – e concluso nel 2015 – l’importante progetto volto al contrasto, da attuarsi con strumenti coordinati, alle pratiche di *erosione della base imponibile e spostamento dei profitti*. Rispetto al passato, in questa occasione è stato forte l’impatto **dell’opinione pubblica**, fortemente sensibilizzata al tema della ripartizione dei costi delle politiche fiscali su tutta la società e, conseguentemente, alla necessità di preservare la giustizia sociale. Dal lato degli Stati partecipanti, l’esigenza riscontrata nel contrastare gli schemi di pianificazione fiscale aggressiva risultava quella di definire un approccio unitario, rispetto ad azioni isolate e frammentate da parte dei diversi paesi, le cui sovrapposizioni o aree vacanti risultavano essere sfruttate dagli operatori per pratiche elusive².

Oggetto di attenzione è stato anche l’aggiornamento delle **regole fiscali internazionali**, disegnate oltre un secolo addietro, e che si ritenevano³ (e ritengono ancora in larga parte) anacronistiche ed inadatte a disciplinare i fenomeni economici che hanno assunto, con il passare degli anni, una dimensione globale, divenendo prevalentemente scollegati dalla sfera materiale e caratterizzati dall’ampio sfruttamento di intangibili, sempre più interconnessi da processi totalmente o parzialmente digitalizzati⁴.

¹ OECD/G20 BEPS – *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3: Final Report*, 2015

² Baker Philip, *The BEPS Project: Disclosure of Aggressive Tax Planning Schemes*, In Intertax, vol. 43, 2015, “[...] The concept of aggressive tax planning seems to have originated within the OECD in the work of the Forum on Tax Administration which was established in July 2002 to bring together the heads of tax authorities in the OECD member countries and some non-OECD countries. The ‘Seoul Declaration’, issued after the meeting of the Forum in Seoul in September 2006, mentioned the development of a directory of aggressive tax planning schemes, and also the establishment of a study of the role of tax intermediaries in unacceptable tax minimization arrangements [...]”.

³ Cfr. Biasco S. – *I danni della concorrenza fiscale in Europa* – in rassegna tributaria n. 1/2015; Antonacchio Fabio, *Pianificazione fiscale aggressiva nell’era post-BEPS*, in Il Fisco, n. 9/2020; Pistone Pasquale, *Diritto Tributario Internazionale*, G. Giappichelli Editore, 2019; Sacchetto Claudio, *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, G. Giappichelli Editore, 2016.

⁴ Cfr. OECD/G20 BEPS – *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy* – ACTION 1: 2015 Final Report; Romano C. – Conti D. – *La fiscalità della “digital economy” all’indomani degli studi beps* – in Corriere Tributario – 4/2016

Con il progetto BEPS si è tentato di definire uno standard comune⁵, in circa 15 macroaree, tra i paesi partecipanti, fondando le conclusioni ed il percorso argomentativo su tre pilastri: **coerenza** (delle regole e tra le regole); **sostanza** (come principio di collegamento tra valore prodotto e tassazione); **trasparenza** (delle politiche adottate dagli operatori transnazionali). A fronte di ogni area di intervento il progetto ha previsto una specifica raccomandazione, dettagliata in un report, per intervenire sullo specifico fenomeno oggetto di osservazione. Ogni report contiene al suo interno le opzioni teoriche, messe a disposizione dei legislatori, per intervenire in un determinato ambito della fiscalità internazionale, con l'illustrazione dei *pro* e *contro* delle possibili alternative legislative. Sono risultate diverse le modalità di trasposizione, da parte dei paesi partecipandi, delle raccomandazioni BEPS: attraverso l'introduzione di regole nazionali, l'aggiornamento di quelle preesistenti o l'adozione di regole sovranazionali quali le **Direttive Europee**.

Uno dei punti più importanti dell'intero progetto (*action 3*) è stato lo studio di misure omogenee, a livello internazionale, per il contrasto all'utilizzo delle cosiddette società *off-shore* che, nella legislazione tributaria, assumono la denominazione di **controlled foreign companies (CFC)**. Nel report che definiva la conclusione dei lavori per il BEPS 3⁶ è stato individuato un set di raccomandazioni per gli stati OCSE utile a progettare, in modo confacente, le proprie regole interne per fronteggiare l'utilizzo delle CFC. I lavori sono stati avviati – nel 2013 – sulla base del piano BEPS: *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. Sebbene l'Action 3 non rientri nel *minimum standard* dell'OCSE per il progetto BEPS, le raccomandazioni formulate sono state prese in seria considerazione specialmente all'interno dell'Unione Europea che ne ha previsto subito una rapida implementazione.

⁵ “[...] gli stati hanno piuttosto inteso stabilire uno standard comune da attuare a livello multilaterale per effetto del coordinamento fiscale internazionale, deviando almeno parzialmente da quegli equilibri negoziati a livello bilaterale che avevano probabilmente facilitato il verificarsi dello sfruttamento delle disparità transnazionali al fine di ottenere indebiti vantaggi fiscali [...]”, Pistone Pasquale, *Diritto Tributario Internazionale*, G. Giappichelli Editore, 2019

⁶ Suddividendo idealmente le azioni BEPS in tre gruppi, le novità in tema di CFC sono all'interno del “terzo gruppo” di raccomandazioni. Da alcuni commentatori è stata anche rimarcata una specificità delle raccomandazioni BEPS 3 che, paradossalmente, perseguono obiettivi opposti a quelli del progetto BEPS, perché di fatto sposta la potestà impositiva dallo stato di creazione del valore (seppur opinabile) allo stato di residenza dell'investitore.

L'utilizzo da parte degli operatori transnazionali di strutture societarie CFC è funzionale al conseguimento di una serie di vantaggi, prevalentemente di carattere societario e fiscale, che gli ordinamenti nazionali ritengono illegittimi o, ad ogni modo, non degni di tutela, e pertanto si prefiggono di contrastare. Nel cercare di catalogare le **tipologie di pratiche vietate** è possibile individuare principalmente quattro macrocategorie in cui inquadrare le finalità perseguite dalle norme CFC:

- **Contrasto ai “paradisi fiscali”** – Il vantaggio derivante dall'utilizzo di tali strutture societarie è insito in due aspetti principali: 1) conseguimento di un sensibile risparmio d'imposta dato dalle aliquote ridotte; 2) conservazione dell'opacità societaria e fiscale derivante dal mancato scambio di informazioni con il paese della casa madre. Le norme CFC possono scoraggiare anche la semplice delocalizzazione di attività economiche in paradisi fiscali (quest'ultima è una eventualità anche remota in quanto, generalmente, i paradisi fiscali non sono caratterizzati da sistemi economici che garantiscono migliori condizioni per lo svolgimento effettivo di importanti attività industriali, commerciali o di servizi). In base allo stato dell'osservatore (in questa sede trattasi dello Stato alla cui base imponibile sono stati sottratti dei margini di profitto), le strutture societarie CFC sono anche funzionali all'effettuazione di operazioni *estero su estero*, magari tra più società off-shore, che beneficiando dell'opacità finanziaria possono garantire l'impossibilità di intercettazione da parte dell'autorità fiscale dello Stato dell'investitore.
- **Contrasto all'elusione fiscale internazionale** – L'impiego di società che sono prive di sostanza economica è spesso strumentale alla creazione di strutture (catene societarie) volte al conseguimento di indebiti vantaggi fiscali aggirando norme e principi degli ordinamenti tributari. Il tema dell'elusione o abuso del diritto è rivolto a comportamenti o strutture realizzate da contribuenti che sono volte esclusivamente a conseguire un vantaggio fiscale, essendo prive di ragioni economiche apprezzabili. L'impiego di società estere connota le pratiche elusive di una dimensione transnazionale, determinando un fondamentale fattore di ostacolo alla messa in atto di controlli da parte delle amministrazioni finanziarie degli stati (in particolar modo alla luce della non collaborazione dello stato di insediamento della CFC). Attraverso operazioni elusive è possibile creare

artificialmente perdite o deduzioni per mezzo delle quali *compensare*⁷ redditi che sarebbero da assoggettare a tassazione.

- **Contrasto al differimento della tassazione** – Tassando i dividendi provenienti da società estere solo al momento dell'incasso, il differimento della distribuzione da parte di queste può comportare un vantaggio fiscale dato dallo spostamento nel tempo della tassazione – parziale – in capo al soggetto nazionale⁸. Il mancato assoggettamento a tassazione può essere anche di natura *permanente* laddove il reddito maturato in capo al soggetto estero controllato non subisca alcun prelievo nel paese in cui è stato prodotto. Fino a quando il reddito prodotto non viene *rimpatriato*, oppure l'azionista non dispone delle quote della società controllata estera (alienandole), non sorgono presupposti per la tassazione di quel reddito nel paese dell'azionista.
- **Contrasto a fenomeni di erosione della base imponibile** – Attraverso pratiche di erosione viene ridotta la base imponibile dei paesi in cui le attività economiche sono esercitate. La possibilità per gli azionisti di società CFC è quella di operare la spoliatura della base imponibile del loro paese di residenza (o di paesi terzi), per dirottare verso paesi a fiscalità di vantaggio⁹. L'erosione attraverso strutture CFC può essere volta a danneggiare non solo la base imponibile del paese della casa madre ma anche quella di paesi terzi in cui vengono svolte, in modo genuino, effettive attività economiche. Tale fattispecie si verifica in particolar modo attraverso la frammentazione della catena del valore, parcellizzando il gruppo aziendale in molteplici entità societarie che, svolgendo funzioni eterogenee, soggiacciono, ai fini della determinazione della loro redditività, alle regole sui prezzi di trasferimento. L'utilizzo di strutture CFC è strumentale a sfruttare i

⁷ Nel diritto interno e nella prassi amministrativa, in riferimento alla compensazione con poste negative create *ad hoc*, si parla anche della creazione di perdite o deduzioni per “*scudare*” i redditi conseguiti.

⁸ Storicamente, l'introduzione di regimi CFC risale alla norma adottata negli Stati Uniti, nel 1937, per la tassazione delle holding estere detenute da persone fisiche. Il sistema, che prevedeva la tassazione dei dividendi virtuali generati dalla holding estera, era basato sul principio di garantire parità di trattamento tra i contribuenti che investivano negli Stati Uniti e quelli che investivano attraverso holding estere. Cfr. Lang Michael, *Controlled Foreign Company Legislation*, IBFD – WU Institute for Austrian and International Tax Law, n. 17 European and International Tax Law and Policy Series, 2020

⁹ European Commission, *Commission Staff Working Document – Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – Anti Tax Avoidance Package: Next Steps towards delivering effective taxation and greater tax transparency in the EU*, COM (2016) final.

disallineamenti o le lacune delle norme sul *transfer pricing*, per dirottare margini di profitto su entità *off shore*.

A fronte di tali fenomeni, gli ordinamenti si dotano dunque di **CFCrule** che si caratterizzano da un approccio *automatico* basato su criteri oggettivi e, a volte, prevedono l'analisi approfondita delle ragioni economiche e fiscali che hanno condotto alla costituzione ed all'utilizzo della CFC. Le strutture societarie sono valutate, nella prospettiva del diritto tributario, come soggetti d'imposta distinti, a differenza di quanto avviene quando si adotta un approccio meramente economico, alla luce del quale un gruppo di società può essere osservato nella sua interezza, attraverso il procedimento di consolidamento dei bilanci, esaminandolo nel suo complesso come se fosse un'unica grande entità societaria¹⁰. Le **CFCrule** determinano l'attrazione del reddito maturato all'estero, assimilando la società estera (CFC) ad una **stabile organizzazione** della casa madre, con conseguente emersione di materia imponibile e debito di imposta in capo a quest'ultima. In questo senso lo strumento della **CFCrule** deroga all'ordinario criterio di tassazione degli utili maturati da una società estera (imponibili nel paese dell'investitore solo dopo la loro effettiva distribuzione) attivando un meccanismo di attrazione che supera il vincolo derivante dall'assenza di un criterio di collegamento della CFC con lo stato della casa madre.

È importante sottolineare come la *ratio* delle norme CFC sia principalmente quella di deterrenza verso strutture di pianificazione fiscale aggressiva, non quello di garantire l'integrità della base imponibile del paese dell'investitore attraverso il recupero di gettito. Nel corso degli ultimi decenni si è assistito ad un **progressivo slittamento** delle finalità della normativa CFC da contrasto a mero utilizzo dei paradisi fiscali a strumento di contrasto a pianificazione elusiva/erosiva¹¹. L'utilizzo dei paradisi fiscali era volto principalmente al *tax deferral* ed alla delocalizzazione mentre, con l'evoluzione del sistema finanziario internazionale, oggi sono principalmente orientati all'erosione del reddito rispetto ai paesi produttori.

¹⁰ Si prescinde, in tal caso, dagli schermi giuridici societari tra i componenti del gruppo.

¹¹ Della Carità Antonio, Bonfanti Luca, *Paradossi e insana (in)coerenza nella CFC delineata dallo schema di decreto di recepimento dell'ATAD*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, n. 12/2018

In quest'ottica è comprensibile anche la portata estensiva delle norme CFC che non sono più rivolte a censurare delocalizzazioni nei cosiddetti *tax haven*, bensì anche verso paesi con aliquote di imposta ridotte, addirittura all'interno del contesto unionale europeo. Solo da una attenta analisi e scelta di quali fenomeni si cerca di contrastare può scaturire la formulazione di progetti normativi efficaci e coerenti. Efficacia e coerenza che si misurano anche in relazione alla capacità, da parte degli operatori, di poter mettere in piedi *contromisure* per aggirare¹² le *CFCrule* e non ricadere nell'ambito di applicazione della *trasparenza forzata*; tra queste:

- scelta strumentale della forma legale della CFC, in quanto le regole CFC esistenti potrebbero prevedere un perimetro limitato di soggetti esteri a cui si applicano e lasciare degli spazi di non applicazione;
- frammentazione del controllo e strutturazione di catene societarie opache che rendano oneroso intercettare i rapporti di collegamento e di controllo tra i soggetti del gruppo, specie in circostanze in cui non c'è un obbligo di consolidamento dei conti o nelle quali il controllo è operato attraverso accordi parasociali e di concerto;
- suddivisione e dirottamento dei redditi in numerose società attraverso la citata frammentazione della catena del valore.

Nella progettazione di efficaci regole CFC i legislatori si trovano a dover effettuare scelte che ricadono in inevitabili bilanciamenti di esigenze contrapposte e nella ricerca di punti di *trade off*. Se ne possono segnalare due, particolarmente evidenti.

Il primo è quello che **contrappone la flessibilità applicativa delle *CFCrule* al contenimento dei costi di *compliance* e di *fiscal audit***. Quanto minore è l'automatismo con cui si applicano le norme CFC e maggiore è il grado di approfondimento e di indagine sulle specifiche circostanze che viene richiesto all'amministrazione finanziaria, tanto maggiore saranno sia i costi di *compliance* da parte degli operatori economici, sia i costi per le autorità fiscali per applicare con efficacia la norma.

¹² Cfr. European Commission, *Commission Staff Working Document – Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – Anti Tax Avoidance Package: Next Steps towards delivering effective taxation and greater tax transparency in the EU*, COM (2016) final.

Il secondo è quello che rapporta una **effettiva deterrenza verso comportamenti abusivi** contro **la competitività del sistema fiscale**: quanto più stringenti saranno le disposizioni CFC tanto maggiore sarà la probabilità che gruppi multinazionali di imprese, anche incidentalmente, vedranno ricadere proprie entità nella qualifica di CFC, con evidenti oneri di tassazione anticipata oppure di difesa amministrativa e giudiziaria. Per il paese dell'investitore questa circostanza determina un chiaro disincentivo all'attrazione di capitali e di insediamento di operatori multinazionali. Di contro il sistema fiscale sarà dotato di forti disincentivi alla delocalizzazione strumentale o fittizia. Per entrambi questi *trade off*, le scelte si orienteranno verso soluzioni tecniche che possano garantire un sano bilanciamento, anche in relazione alle finalità politiche complessivamente perseguite dagli stati nazionali.

Il punto di partenza del percorso di analisi realizzato nell'ambito del presente lavoro saranno pertanto, necessariamente, le conclusioni dei lavori BEPS, che hanno convogliato le esperienze e le esigenze di numerosi Paesi, economicamente sviluppati dell'area OCSE, tese a cercare di far evolvere la disciplina CFC verso uno strumento largamente condiviso e tecnicamente efficace nel contrasto dei fenomeni di erosione della base imponibile e spostamento dei profitti.

1.2.BEPS 3 – Metodo di lavoro e sviluppo delle raccomandazioni

Il metodo seguito dall'OCSE per strutturare le raccomandazioni in tema di CFC è stato quello di delineare sei blocchi/pilastri omogenei di tematiche che le norme CFC si trovano ad affrontare. Per ognuno di questi aspetti sono fornite indicazioni sintetiche circa le migliori pratiche da adottare e, contestualmente, il percorso logico seguito per addivenire a tali conclusioni esplicitando vantaggi e svantaggi delle diverse soluzioni sul tavolo. Non mancano nel documento finale dell'OCSE anche riferimenti alle esperienze ed alle normative nazionali dalle quali si è preso spunto per trarre delle conclusioni quanto più estendibili possibili.

Un importante paragrafo dedicato è dedicato alle ripercussioni che la disciplina CFC nazionale determina all'interno dell'Unione Europea e, in particolare, agli effetti in tema di compatibilità che, a partire dal 2006, si sono manifestati con la Sentenza della Corte di Giustizia *Cadbury Schweppes* C-196/04. Questo ha comportato la necessità di

valutare, già in sede OCSE, le modalità per rendere coerenti le raccomandazioni BEPS per i paesi UE, affinché potessero non incorrere in giudizi di incompatibilità con le libertà fondamentali sancite dai trattati¹³. La presenza di regole e principi europei determina l'emersione di vantaggi e svantaggi competitivi degli operatori economici, rispetto alla loro collocazione o meno, all'interno dell'Unione Europea: teoricamente i soggetti UE potrebbero essere soggetti ad un regime CFC meno robusto rispetto ad altri paesi del mondo.

1.2.1. Le regole di definizione di una *controlled foreign company*

Il primo blocco/pilastro è relativo alle regole preliminari da definire in una norma CFC, ovvero a quali condizioni ed a quali caratteristiche deve corrispondere un'entità estera per poter essere qualificata come CFC ai fini dell'applicazione della relativa disciplina. Le raccomandazioni invitano i legislatori degli stati a ragionare su due diverse dimensioni:

- 1) svolgere un esame per **tipologia di soggetto** (in base alle caratteristiche che riveste l'entità¹⁴) per definire quali rispecchiano le caratteristiche di una CFC;
- 2) verifica dell'esistenza di **un'influenza sufficiente** del soggetto partecipante – *casa madre* – che possa comportare il controllo rispetto all'entità estera.

In relazione alla scelta della tipologia di soggetti, se necessario, qualora ricorrano perplessità circa la predisposizione di schemi erosivi (non catturati con altre norme antiabuso), le raccomandazioni suggeriscono l'estensione dell'applicazione della *CFCrule*, oltre che a soggetti societari, anche ad *entità trasparenti e stabili organizzazioni*. In particolare, riguardo alle SO, queste possono comportare rischi ai fini della disciplina CFC se il paese della casa madre le esenta da tassazione considerandole alla stregua di società estere: in tal caso l'applicazione della *CFCrule* si ritiene auspicabile¹⁵.

¹³ Kemmeren E – *Where is EU Law in the OECD BEPS Discussion?* – in EC Tax review – 4/2014

¹⁴ E/o l'ordinamento in cui l'entità è incorporata.

¹⁵ “[...] PEs may need to be subject to CFC rules in two circumstances. First, CFC rules should be broad enough to potentially apply to a situation where a foreign entity has a PE, in another country. Second, where a parent jurisdiction exempts the income of that PE could potentially raise the same concerns as income arising in a foreign subsidiary. Where this is the case, the parent jurisdiction could address this either by denying the exemption or by applying CFC rules to the PE [...]”, OECD/G20 BEPS – *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3: Final Report*, 2015, par. 2.2.1

Il suggerimento di includere entità come *trust, partnership, permanent establishment*, è legata alla volontà di evitare che il soggetto investitore possa eludere la CFCrule semplicemente cambiando la forma giuridica dell'entità estera. In quest'ottica anche la Direttiva ATAD sembra offrire una adeguata copertura, almeno con riguardo alle P.E. esenti.

In merito ai requisiti che deve avere **il controllo esercitato sulla CFC**, le raccomandazioni invitano a definire sia la **tipologia** del controllo che il **livello** del controllo stesso. Per la tipologia è uso suddividere il controllo nelle seguenti categorie:

- **Legale** – si analizza la percentuale di diritti di voto detenuti dall'azionista residente nel capitale della CFC, in quanto direttamente collegate alla possibilità di eleggere il CDA e di indirizzare il governo societario. Il report, tuttavia, invita a porre attenzione agli strumenti di *governance* societaria che possono distorcere il controllo rispetto al mero concetto di controllo legale
- **Economico** – si analizza invece il possesso di diritti economici (invece di quelli amministrativi) da parte del socio di maggioranza, dati dalla percentuale di ripartizione degli utili o, eventuali, forme di privilegio in caso di scioglimento e liquidazione della società. Tale principio è stato anche utilizzato nel modello di norma CFC contenuta nella Direttiva ATAD¹⁶ che prevede l'applicazione di tale disciplina ai soggetti con il 50% dei diritti agli utili di una entità estera.
- **Di fatto** – in base a chi prende le decisioni strategiche del soggetto o chi ne indirizza l'operatività su base *day by day*. Una ulteriore ipotesi può essere quella della presenza di ingombranti vincoli contrattuali attraverso i quali è possibile condizionare le decisioni di governo del soggetto. Può essere visto come un criterio di chiusura (o antiabuso) nel caso in cui i gruppi si strutturino per eludere le due tipologie di controllo (legale e economico);
- **Basato sulle regole di consolidamento dei bilanci** – richiama i tre precedenti anche se attiene all'applicazione dell'IFRS 10 per il la redazione del bilancio

¹⁶ L'art. 7, primo comma della ATAD, prevede, ai fini dell'integrazione del controllo se “[...] a) nel caso di un'entità, 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 [...]”.

consolidato, che utilizza criteri simili a quelli sopra descritti per individuare il perimetro di consolidamento contabile¹⁷ del gruppo.

In generale le raccomandazioni OCSE suggeriscono un approccio combinato¹⁸, rispetto a quale tipologia di controllo richiedere, mentre è più sfumato il suggerimento relativo a quale debba essere il **livello di controllo minimo** ritenuto sufficiente per attivare le norme CFC, specificando solo che per controllo si intende sia quello *diretto* che quello *indiretto*: in generale sarebbe necessaria la percentuale del 50%, salvo casi eccezionali.

Riguardo alla soglia dell'investimento partecipativo, in dottrina e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁹ gli investimenti si possono suddividere in due categorie: **investimenti diretti** ed **investimenti di portafoglio**. Con l'espressione *investimenti diretti* si indica una forma di investimento in un'impresa, in termini di contribuzione al capitale, che consenta di partecipare effettivamente alla gestione e, potenzialmente, al controllo dell'amministrazione. Con gli investimenti di portafoglio, viceversa, sono indicati impieghi di carattere finanziario, destinati ad un rapido smobilizzo per conseguire plusvalori, e che non sono destinati a perdurare nel capitale dell'impresa finanziata, verso la quale l'investitore non ha interesse nell'esercitare influenza sulla

¹⁷ Con la redazione del bilancio consolidato (che è un onere del soggetto controllante) viene esposta, in un solo documento contabile, la situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'intero gruppo, osservato nel suo insieme come se si fosse di fronte ad un'unica entità, non ripartita nelle singole società di cui è composta. Il processo di consolidamento contabile prevede, innanzitutto, l'identificazione dei soggetti controllati e collegati, i cui saldi contabili andranno a confluire in un unico bilancio, secondo le diverse tipologie di consolidamento previste dai principi contabili (integrale o proporzionale). Sul tema si veda anche, Quagli Alberto, *Bilancio e principi contabili*, IPSOA, 2020. Lo IAS 27 – Bilancio consolidato e separato – dispone che: “[...] Il bilancio consolidato è il bilancio di un gruppo presentato come se fosse il bilancio di un'unica entità economica [...]”. Al paragrafo 13, in relazione al controllo necessario per inserire una entità nel perimetro di consolidamento, è specificato che: “[...] Si presume che esista il controllo quando la capogruppo possiede, direttamente o indirettamente attraverso le proprie controllate, più della metà dei diritti di voto di un'entità a meno che, in casi eccezionali, possa essere chiaramente dimostrato che tale possesso non costituisce controllo. Il controllo esiste anche quando la capogruppo possiede la metà, o una quota minore, dei diritti di voto esercitabili in assemblea se essa ha: a) il controllo di più della metà dei diritti di voto in virtù di un accordo con altri investitori; (b) il potere di determinare le politiche finanziarie e gestionali dell'entità in forza di uno statuto o di un accordo; (c) il potere di nominare o di rimuovere la maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione o dell'equivalente organo di governo societario, ed il controllo dell'entità è detenuto da quel consiglio o organo; o (d) il potere di esercitare la maggioranza dei diritti di voto nelle sedute del consiglio di amministrazione o dell'equivalente organo di governo societario, ed il controllo dell'entità è detenuto da quel consiglio o organo [...]”.

¹⁸ Si rinvia ai paragrafi ed ai capitoli successivi in riferimento alle scelte adottate dal legislatore europeo nella ATAD e da quello nazionale nella nuova formulazione dell'art. 167 del TUIR.

¹⁹ Cfr. Sent. X GmbH C- 135/17, par. 26, “[...] Costituiscono movimenti di capitali ai sensi di tale disposizione, segnatamente, gli investimenti diretti sotto forma di partecipazione ad un'impresa attraverso un possesso di azioni che consenta di partecipare effettivamente alla sua gestione e al suo controllo (investimenti c.d. «diretti»), nonché l'acquisto di titoli sul mercato dei capitali effettuato soltanto per realizzare un investimento finanziario, senza intenzione di influenzare la gestione e il controllo dell'impresa (investimenti c.d. «di portafoglio») [v., in tal senso, sentenza del 28 settembre 2006, Commissione/Paesi Bassi, C-282/04 e C-283/04, EU:C:2006:608, punti 18 e 19, e parere 2/15 (Accordo di libero scambio con Singapore), del 16 maggio 2017, EU:C:2017:376, punti 80 e 227 [...]”.

gestione. L'orientamento OCSE è quello di prediligere, come standard minimo, normative CFC rivolte solo ad investimenti diretti (i.e. di controllo). È importante osservare come la modulazione del livello di controllo minimo influenza, considerevolmente, il collocamento di tale norma nel quadro giuridico dell'Unione Europea: al diminuire della soglia minima del livello di controllo, in ambito UE le norme CFC impattano oltre che in relazione alla restrizione della libertà di stabilimento anche sulla libertà di circolazione di capitali.

Il report richiede anche di porre attenzione al controllo esercitato per mezzo di parti correlate (auspicabile una *Related party rule*) e del concerto tra azionisti investitori (*Acting in concert rule*). Naturalmente queste ultime disposizioni aumentano sensibilmente sia i costi di compliance che di controllo, perché richiedono inevitabilmente una analisi caso per caso, approfondita, dei sociogrammi aziendali.

In aggiunta le raccomandazioni pongono attenzione anche all'opportunità di una “regola di concentrazione” per la quale, in caso di azionariato frammentato, tutte le partecipazioni detenute da azionisti residenti si sommano al fine di definire una sorta di controllo “diffuso”. Questa teoria, definita anche del *domestic control*²⁰, prevede che ad una entità estera sia applicata la norma CFC se azionisti domestici, **anche non correlati**²¹, detengono la maggioranza delle quote della società estera. L'approccio, di derivazione statunitense (*US Subpart F Regulations*), è basato sull'assunto che se la maggioranza delle quote di una società estera sono detenute da azionisti residenti, la società non è realmente un soggetto estero ma domestico, con il conseguente diritto per

²⁰ Cfr. Bonn Jens Schönfeld, *CFC Rules and Anti-Tax Avoidance Directive*, in EC Tax Review, 2017/3, par. 3, “This represents a significant deviation from usual CFC rules, for CFC rules typically (in keeping with their historical roots in the US Subpart F regulations) are based on domestic control, i.e. whether unrelated domestic shareholders, together or any individual shareholder holds more than 50% of a foreign company. It therefore typically suffices if several domestic shareholders hold more than 50% regardless of any personal or economic relationship. This view of control is based on the notion that a foreign company controlled by domestic shareholders is not actually a foreign company, but rather a domestic company, which, it is argued, gives the country of residence of the shareholders the right to tax the income generated by that company (‘control theory’).⁷ This idea is not foreign to American tax law since nationality is such an important criterion for taxation in the US. For us, on the other hand, this is somewhat unusual, but this notion was nevertheless simply incorporated into many CFC regimes [...]”.

²¹ Per parti correlate si intende, in ottica aziendale e societaria, lo status di due soggetti societari, legati da vincoli di appartenenza allo stesso gruppo. Questa circostanza si manifesta o quando c'è un rapporto di controllo diretto (o indiretto) tra le due società oppure quando sono sottoposti al controllo dello stesso soggetto risalendo nella catena di partecipazione. Il concetto di correlazione tra parti è rilevante per un insieme vasto di finalità: consolidamento dei bilanci, applicazione della normativa sui prezzi di trasferimento; adozione di obblighi informativi nel bilancio e di segnalazione per le operazioni economiche quando le parti si definiscono correlate.

lo stato dell'azionista di tassarne gli utili. Un punto di incoerenza di tale approccio (anche con rispetto alla nozione di controllo definita in ambito europeo nella ATAD) è che un soggetto residente potrebbe esser tassato per i redditi conseguiti da una società estera, pur non disponendo della possibilità di esercitare di fatto una influenza sulla sua gestione²² (magari per il solo fatto che, insieme ad altri soggetti residenti ma non correlati, ha integrato la soglia del 50% di partecipazione).

1.2.2. Esenzioni e livello minimo per l'applicazione delle norme CFC

Il secondo blocco è relativo alle *esenzioni* ed alle *soglie minime* che sarebbe opportuno inserire nelle normative CFC per evitare che le stesse si applichino a fattispecie che determinano un basso rischio di comportamenti abusivi/erosivi, lasciando focalizzare l'attenzione verso i soli casi connotati da alta rischiosità. Il fine di tali disposizioni è bilanciare il costo dell'onere della prova per gli operatori ed i costi di controllo da parte della autorità fiscali. Il report evidenzia tre tipologie di *regole di esenzione*:

- **Soglia minima di applicazione.** Attraverso tale meccanismo se il parametro economico prestabilito della CFC non eccede l'ammontare soglia, non si applicano le regole CFC. L'OCSE prevede, in abbinamento ad una soglia minima, anche la previsione di una norma *anti-frammentazione*, per evitare che artificialmente possano essere moltiplicate le CFC per eludere la norma.
- **Applicazione norma CFC alle sole strutture che hanno una finalità elusiva.** Questa disposizione sebbene possa essere molto precisa nell'individuare fattispecie a rischio sconta un elevato grado di onerosità in termini di risorse da impiegare, per le amministrazioni finanziarie, nell'applicazione della disciplina e, di contro, per i contribuenti nel dotarsi di un idoneo apparato informativo per giustificare la "non elusività" della struttura.
- **Applicazione solo a paesi con un *tax rate* significativamente inferiore (*tax rate exemption*).** Questo, tra i tre, è il principio preferito dall'OCSE. In base a tale criterio le regole CFC sono rivolte solo verso entità in paesi con un basso livello di tassazione. Il livello minimo può essere previsto in valore assoluto o come un rapporto con quello del paese dell'azionista investitore. La comparazione con il livello minimo può esser svolta attraverso un'analisi del

²² E di conseguenza, presumibilmente, non aver progettato schemi elusivi o di pianificazione fiscale aggressiva.

tasso nominale o del tasso effettivo della CFC; nel primo caso i costi di *compliance* potrebbero essere significativamente ridotti. Il report OCSE conclude la raccomandazione con l'invito ad utilizzare il parametro della **tassazione effettiva** in luogo della **tassazione nominale**. Mentre il confronto della tassazione nominale prende in considerazione un mero raffronto tra le aliquote di imposta adottate dai due diversi ordinamenti, il criterio della tassazione effettiva richiede il raffronto tra le imposte effettivamente prelevate nel paese di incorporazione della CFC e quelle che sarebbero teoricamente dovute se fosse stata applicata la disciplina fiscale di un altro ordinamento. Tale regola del confronto tra i *tax rate*, implementabile anche attraverso una serie di liste per giurisdizione (*black* o *white*), non assicura comunque che non possa esserci una erosione della base imponibile, laddove la spoliazione sia fatta verso una giurisdizione con un livello di tassazione che non scende al di sotto della soglia che farebbe scattare la disciplina CFC.

1.2.3. Definizione del “reddito da CFC”

Dopo aver qualificato come CFC la società controllata estera, è necessario capire se il reddito complessivo che ha maturato è formato da tipologie reddituali che possono manifestare un alto rischio di deviazione su società a basso livello di tassazione. Tali redditi possono essere geograficamente mobili, quindi distratti da una giurisdizione ad un'altra per meri fini fiscali. Generalmente, nei principali modelli di *CFC rule* nel mondo, le componenti reddituali oggetto della norma sono caratterizzate dal fatto di essere **avulse dal processo di creazione del valore**. A fronte di tale rischio, le indicazioni del documento OCSE suggeriscono di adottare regole chiare che possano *attirare* nel paese della casa madre i flussi reddituali che sarebbero stati – artificialmente – distratti a favore di un soggetto CFC; le normative CFC debbono pertanto definire, con precisione, e quantificare il ‘reddito CFC’ da imputare all'azionista controllante.

1.2.3.1. L'importanza delle categorie reddituali

Le variabili che l'OCSE suggerisce di considerare, nell'approccio suggerito **per categorie** (*Categorical Analysis*), sono tre:

- classificazione legale del reddito;

- conseguimento dello stesso da parti correlate;
- fonte del reddito.

La classificazione più semplice è quella legata alla natura giuridica del reddito e, pertanto, il report individua, senza pretesa di esaustività, le seguenti voci:

- **Dividendi** – Non sono problematici in tre casi: se c'è un'attività effettiva della società fonte; se il paese della casa madre avrebbe comunque esentato i dividendi se li avesse ricevuti direttamente; se la CFC è una società attiva nel settore finanziario e si occupa di compravendere titoli e partecipazioni. La categoria dei dividendi è quella che desta maggiori perplessità in quanto l'applicazione di norme CFC potrebbe avere ad oggetto dividendi già tassati e che, comunque, sarebbero esclusi dalla base imponibile della casa madre qualora il flusso fosse diretto. Le *CFCrule* necessitano dunque di un importante impianto di coordinamento con altre norme dell'ordinamento, in relazione alla categoria dei dividendi. La criticità principale è quella che vede l'insorgenza di doppia tassazione, specie nel caso di catene societarie lunghe. La correttezza dell'attrazione della componente reddituale dei dividendi dipende dunque, fondamentalmente, dalla tassazione che hanno scontato nel paese della fonte.
- **Interessi** – Destano perplessità soprattutto se conseguiti verso parti correlate e se la CFC risulta sovracapitalizzata. I problemi di coordinamento sorgono, in questo caso, tra la disposizione CFC e quella che limita la deduzione degli interessi passivi (anch'essa parte delle azioni BEPS);
- **Premi assicurativi** – Sebbene il settore assicurativo sia oggetto di stringente regolamentazione, il conseguimento di ricavi derivanti da premi può essere preoccupante quando il beneficiario della polizza ed il rischio coperto sono situati in paesi diversi, ed a fronte della copertura assicurativa l'assicurato deduce fiscalmente il premio corrisposto.
- **Royalty e proprietà intellettuale** – I proventi dallo sfruttamento dei beni intangibili, in generale, possono determinare criticità stante l'elevata facilità con la quale gli IP possono essere trasferiti, da un paese all'altro, comportando di conseguenza lo spostamento, pianificato, dei ricavi da essi generati. Questa categoria di reddito può essere particolarmente insidiosa, nel contesto di strutture di pianificazione fiscale aggressiva, in quanto il valore generato dagli intangibili

è di difficile quantificazione e spesso i costi sostenuti per sviluppare l'IP non sono un *driver* efficace per ottenere una stima attendibile del suo valore. Tale valore può essere, a volte, addirittura incorporato rispetto ai beni e servizi scambiati e, trasformato quindi da reddito passivo a reddito attivo, non divenendo intercettabile da una legislazione CFC che adotti un *criterio legale* di classificazione dei redditi delle società controllate²³.

- **Servizi di vendita** – Le cosiddette *invoicing company* (società di fatturazione) sono soggetti che rivendono beni e servizi prodotti, da parti correlate, in altri paesi e che sono stati precedentemente acquistati dalla CFC. A fronte della rivendita, con importante margine di guadagno, le società di fatturazione hanno aggiunto scarso valore o addirittura nullo. È evidente, invece, come problematiche di erosione non sussistano quanto i beni e servizi sono prodotti nel territorio stesso della CFC.

Un concetto importante che è ripreso profondamente dalle legislazioni CFC, e dalla disciplina dell'Unione, è quello della distinzione tra **redditi attivi** e **redditi passivi**²⁴, identificandosi i primi nei profitti conseguibili dall'esercizio di un'attività di impresa che contempi il dislocamento di una struttura organizzativa sul territorio di insediamento, mentre i secondi sono riferibili al conseguimento di redditi (prevalentemente interessi, canoni, royalty) derivanti dal godimento di beni che non hanno un diretto collegamento col territorio.

1.2.3.2. L'analisi funzionale – *substance analysis*

In questo tipo di disposizioni, ragionevolmente trasponibili in italiano con '*analisi funzionali*²⁵', vengono utilizzati degli indicatori per indagare se la CFC ha la capacità,

²³ Cfr. OECD/G20 BEPS – *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3: Final Report*, 2015, par. 4.2.1.1.

²⁴ Cfr. Lang Michael, *Controlled Foreign Company Legislation*, IBFD – WU Institute for Austrian and International Tax Law, n. 17 European and International Tax Law and Policy Series, 2020, “[...] *In the 1920s, Edwin Seligman, a Columbia University economist who played a central role in the design of the first model tax treaties, had endorsed a view that income should be dissected into “active” and “passive” income categories with the source country having primary taxing rights over active income and the residence country having significant taxing rights over passive income. This view was adopted by the Committee of Experts responsible for the design of the first model tax treaty, and it continues to be reflected in today’s OECD and UN model tax treaties [...]*”. Tale classificazione dei redditi è stata adottata dal legislatore dell'Unione per la stesura del modello A della Direttiva ATAD ed è stata scelta anche dal legislatore nazionale, come sarà esaminato nei paragrafi successivi.

²⁵ Cfr. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, 2017, capitolo I – principio di libera concorrenza, par. D.1.2 “*Nell’ambito delle transazioni tra due imprese indipendenti la remunerazione rifletterà in generale le funzioni svolte da ciascuna impresa (considerando i beni utilizzati e i rischi assunti). Di conseguenza, per delineare la transazione tra le imprese associate e per determinare la loro*

in termini di personale, asset e rischi assunti, di conseguire il reddito maturato e, in caso di esito negativo, tale reddito o porzione di reddito è attratto a tassazione nel paese della casa madre²⁶. L'analisi può utilizzare numerosi indicatori (*proxy*) per determinare se la CFC è una costruzione genuina ma, nella maggior parte dei casi, questi riflettono i principi adottati per la **determinazione dei prezzi di trasferimento**²⁷. Questo tipo di

comparabilità con una transazione tra parti indipendenti o tra un'entità associata e un'entità indipendente, è necessario effettuare un'analisi funzionale. Tale analisi funzionale mira a identificare le attività economicamente significative e le responsabilità assunte, i beni utilizzati o apportati e i rischi assunti dalle parti che realizzano le transazioni. L'analisi si focalizza su cosa effettivamente facciano le parti e sulle capacità che esprimono. Tali attività e capacità comprendono il processo decisionale, incluse le decisioni sulle strategie di business e sui rischi. A tal fine, può essere utile comprendere la struttura e l'organizzazione del gruppo multinazionale e in che modo le stesse influenzino il contesto nel quale l'impresa multinazionale opera. In particolare, è importante capire come sia generato valore da parte del gruppo nel suo complesso, l'interdipendenza tra le funzioni svolte dalle imprese associate nei rapporti con il resto del gruppo e il contributo apportato dalle singole imprese associate alla creazione di tale valore. Sarà anche importante determinare quali siano i diritti e gli obblighi giuridici di ciascuna delle parti nello svolgimento delle proprie funzioni. Nonostante una parte possa svolgere un gran numero di funzioni rispetto a quelle svolte dall'altra parte della transazione, ciò che rileva è il significato economico di quelle funzioni in termini di frequenza, natura e valore per le rispettive parti delle transazioni [...] Pertanto, il processo di identificazione delle caratteristiche economicamente rilevanti delle relazioni commerciali o finanziarie dovrà tenere in considerazione le capacità delle parti, come tali capacità incidano sulle opzioni realisticamente disponibili e se simili capacità siano rinvenibili in accordi di libera concorrenza potenzialmente comparabili [...] L'analisi funzionale dovrà prendere in considerazione la tipologia di beni utilizzati, come impianti e attrezzature, l'utilizzo di beni immateriali di valore, le attività finanziarie ecc., nonché la natura dei beni utilizzati, come la vetustà, il valore di mercato, l'ubicazione, la possibilità di tutelare i diritti di proprietà eccetera [...] Dall'analisi funzionale potrebbe emergere che il gruppo multinazionale ha frammentato, tra diverse imprese del gruppo, funzioni altamente integrate. Potrebbero esserci significative interdipendenze tra le funzioni che sono state frammentate [...] Pertanto, nello svolgimento dell'analisi funzionale volta a identificare le relazioni commerciali e finanziarie, in presenza di attività frammentate, sarà importante stabilire se tali attività siano altamente connesse e, nel caso, stabilire la natura di tali interdipendenze e come sia coordinata l'attività commerciale, al cui svolgimento contribuisce l'impresa associata [...]”.

²⁶ “[...] Regardless of which proxies they consider, substance analyses are generally asking the same fundamental question, which is whether the CFC had the ability to earn the income itself [...]”. OECD/G20 BEPS – Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3: Final Report, 2015, par. 4.2.2

²⁷ Sul tema si veda, senza pretesa di esaustività: OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, 2017; Valente Piergiorgio, *Manuale del transfer pricing*, IPSOA, 2018; Uckmar Victor e AAVV, *Diritto tributario internazionale: manuale*, CEDAM, 2012; AA.VV. Dragonetti, Piacentini, Sfondrini, *Manuale di fiscalità internazionale*, IPSOA, 2019; AA.VV. Committeri, Pallaria, Scifoni, *Transfer pricing e paradisi fiscali*, IPSOA, 2013; AA.VV. Ceppellini, Lugano & Associati, *Testo unico delle imposte sui redditi 2019*, Gruppo 24 Ore, 2019. Per una definizione sintetica della tematica relativa alla congruità dei prezzi di trasferimento infragruppo, le linee guida OCSE specificano al Capitolo 1 – Principio di libera concorrenza quanto segue: “[...] Quando imprese indipendenti pongono in essere tra di loro delle transazioni, le condizioni dei loro rapporti commerciali e finanziari (per esempio, il prezzo dei beni trasferiti o dei servizi forniti e le condizioni di tali operazioni) sono generalmente determinati dalle forze di mercato. Quando imprese associate effettuano transazioni tra di loro, i loro rapporti commerciali e finanziari potrebbero non essere direttamente influenzati allo stesso modo da forze di mercato esterne, sebbene le imprese associate tendano spesso a riprodurre le dinamiche delle forze di mercato nelle loro transazioni [...] L'amministrazione fiscale non dovrebbe presupporre sistematicamente che le imprese associate abbiano cercato di manipolare i propri utili. Potrebbe esistere un'autentica difficoltà nel determinare in maniera accurata un prezzo di mercato in assenza di forze di mercato o nel caso in cui si adotti una particolare strategia commerciale. È importante ricordare che la necessità di effettuare rettifiche per conformarsi a condizioni di libera concorrenza sorge indipendentemente da qualsivoglia obbligo contrattuale in base al quale le parti si impegnano a pagare un determinato prezzo o indipendentemente da qualsiasi intenzione delle parti di ridurre le imposte. Per questo motivo, una rettifica fiscale sulla base del principio di libera concorrenza non inciderebbe sugli obblighi contrattuali che intercorrono tra le imprese associate a fini non fiscali e potrebbe risultare appropriata anche quando non esiste l'intento di ridurre o di evadere le imposte. La valutazione del transfer pricing non deve essere confusa con la valutazione dei problemi relativi alla frode o all'elusione fiscale, anche se le politiche in materia di prezzi di trasferimento possono essere

norma appare più complessa nell'applicazione rispetto all'approccio per categorie e può essere implementata nella modalità proporzionale o totale, in base alla parte di profilo funzionale genuina della CFC. In particolare, la *substance analyses* utilizza **parametri di tipo qualitativo**, indagando **fatti e circostanze** della CFC, come evidenziato nel paragrafo specifico del report BEPS: “[...] *Substance analyses highlight this consideration since they typically rely on more qualitative measures than categorical analyses, and they are often included in CFC rules because they may be more accurate than a purely mechanical approach [...]*”.

È possibile anche adottare una combinazione con l'approccio *transactional*, includendo o escludendo determinate categorie di reddito dall'analisi funzionale, concentrandola solo sulla parte rimanente del profilo aziendale della CFC. Anche al fine di mitigare la complessità della norma e gli oneri di *compliance* e di controllo, le raccomandazioni BEPS suggeriscono quattro opzioni di implementazione:

- soglie per **parametri quantitativi** (ad es. personale) che, laddove superate, possano certificare l'effettiva contribuzione alla produzione del reddito da CFC;
- analisi del profilo funzionale e delle persone che svolgono **funzioni significative**, per considerare genuina una parte (o tutto il reddito della CFC), sulla base del confronto con analoghe funzioni esercitate da imprese indipendenti. Il modello avente ad oggetto le *significant people function*²⁸ è stato scelto dal legislatore europeo per disegnare il modello b) della direttiva ATAD.
- analisi del numero di **persone e di locali** per il conseguimento del reddito;
- adozione di un approccio simile a quello del **nexus approach** per definire se c'è un effettivo collegamento con gli IP posseduti dalla CFC ed il reddito da questi ritratto. Per *nexus approach* si intende nella prassi OCSE²⁹, appunto un criterio

utilizzate a tali scopi [...] Quando i prezzi di trasferimento non riflettono le forze di mercato e il principio di libera concorrenza, gli obblighi fiscali delle imprese associate e le entrate fiscali dei Paesi ospitanti possono risultare alterati. Perciò, i Paesi membri dell'OCSE hanno convenuto che, a fini fiscali, gli utili delle imprese associate possono essere rettificati nella misura necessaria a correggere tali distorsioni e ad assicurare che il principio di libera concorrenza sia soddisfatto. I Paesi membri dell'OCSE considerano che sia possibile formulare una rettifica adeguata determinando le condizioni commerciali e finanziarie che si presume esistano tra imprese indipendenti nell'ambito di operazioni comparabili e in circostanze comparabili”.

²⁸ “[...] *A second option would look at all the significant functions performed by entities within the group to determine whether the CFC is the entity which would be most likely to own particular assets, or undertake particular risks, if the entities were unrelated [...]*”. OECD, *ibid.*

²⁹ Si veda, per quanto attiene la definizione del concetto il documento OECD/G20 BEPS – *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5: Final Report*, 2015. Il documento ha ad oggetto i lavori OCSE per contrastare le pratiche fiscali dannose messe in atto dagli Stati

– di matrice economico-aziendale – che individua il nesso tra le attività di ricerca e sviluppo, i beni immateriali generati ed il reddito a questi riferibile, affinché eventuali regimi agevolativi o di detassazione possano ritenersi legittimi.

1.2.3.3. Le differenze tra “*approccio per entità*” e “*approccio per transazione*”

Come evidenziato nelle conclusioni dell’*action 3*, indipendentemente dal criterio utilizzato per definire il reddito CFC, gli ordinamenti devono scegliere se applicare tale criterio a tutta l’entità oggetto di indagine (*entity basis*) oppure separatamente a singoli flussi reddituali (*transactional basis*)³⁰.

In un approccio *entity basis* (o approccio per entità) se la società estera consegue un reddito CFC sotto una determinata soglia o svolge alcune attività, nessuna parte del ‘reddito CFC’ verrà attribuito alla controllante, anche se una parte del reddito della CFC

attraverso l’utilizzo di regimi preferenziali per la detassazione del reddito da intangibili. Il documento delinea quelli che potrebbero essere gli approcci ritenuti, invece, corretti al fine di ancorare il vantaggio fiscale concesso allo svolgimento di un’attività sostanziale del contribuente avente ad oggetto i suddetti beni intangibili. Tra gli approcci, alternativi, presi in considerazione, il report suggerisce il *nexus approach* come *metodo* condiviso dai paesi facenti parte del progetto. Al Capitolo 4, par. 28, il *nexus approach* è definito come segue: “[...] *This approach looks to whether an IP regime makes its benefits conditional on the extent of R&D activities of taxpayers receiving benefits. The approach seeks to build on the basic principle underlying R&D credits and similar “front-end” tax regimes that apply to expenditures incurred in the creation of IP. Under these front-end regimes, the expenditures and benefits are directly linked because the expenditures are used to calculate the tax benefit. The nexus approach extends this principle to apply to “backend” tax regimes that apply to the income earned after the creation and exploitation of the IP. Thus, rather than limiting jurisdictions to IP regimes that only provide benefits directly to the expenditures incurred to create the IP, the nexus approach also permits jurisdictions to provide benefits to the income arising out of that IP, so long as there is a direct nexus between the income receiving benefits and the expenditures contributing to that income. This focus on expenditures aligns with the underlying purpose of IP regimes by ensuring that the regimes that are intended to encourage R&D activity only provide benefits to taxpayers that in fact engage in such activity. Expenditures therefore act as a proxy for substantial activities. It is not the amount of expenditures that acts as a direct proxy for the amount of activities. It is instead the proportion of expenditures directly related to development activities that demonstrates real value added by the taxpayer and acts as a proxy for how much substantial activity the taxpayer undertook. The nexus approach applies a proportionate analysis to income, under which the proportion of income that may benefit from an IP regime is the same proportion as that between qualifying expenditures and overall expenditures. In other words, the nexus approach allows a regime to provide for a preferential rate on IP-related income to the extent it was generated by qualifying expenditures. The purpose of the nexus approach is to grant benefits only to income that arises from IP where the actual R&D activity was undertaken by the taxpayer itself. This goal is achieved by defining “qualifying expenditures” in such a way that they effectively prevent mere capital contribution or expenditures for substantial R&D activity by parties other than the taxpayer from qualifying the subsequent income for benefits under an IP regime [...]”.*

³⁰ “[...] *Under the entity approach, an entity that does not earn a certain amount or percentage of attributable income or an entity that engages in certain activities will be found not to have any attributable income, even if some of its income would be of an attributable character. Under the transactional approach, in contrast, the character of each stream of income is assessed to determine whether that stream of income is attributable. The difference between the two approaches is that, under the entity approach, either all or none of the income will be included depending on whether the majority falls within the definition of CFC income. Under the transactional approach, some income can still be included even if the majority does not fall within the definition of CFC income, and some income can be excluded even if the majority does fall within this definition [...]”.* OECD/G20 BEPS – *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3: Final Report*, 2015, par. 4.2.4

potrebbe avere le caratteristiche per l’attribuzione. L’approccio in esame è anche definito “*all or nothing*” in quanto prevede l’attribuzione o di tutto il reddito della CFC o di nessuna parte³¹.

In un approccio *transactional basis* (o approccio transazionale) si attribuiscono i flussi di reddito CFC in base alle caratteristiche di ciascun flusso, indipendentemente da come è qualificata la maggioranza del reddito della controllata. Quindi potrebbero verificarsi ipotesi in cui, anche in presenza di una maggioranza di reddito genuino, ci sia attribuzione di una minoranza con caratteristiche di reddito da CFC e, viceversa, una non attribuzione di reddito genuino, anche se la maggioranza del reddito ha le caratteristiche di ‘reddito da CFC’.

La principale criticità dell’*approccio per entità* è data dal fatto che lo stesso, attribuendo tutto o nessuna parte del reddito della CFC, si espone rispettivamente al rischio di essere eccessivamente inclusivo (attribuendo anche reddito derivante da operazioni economicamente genuine) o eccessivamente esclusivo (non attribuendo nemmeno il reddito derivante da flussi che possono essere ad alto rischio di manipolazione)³². In questo modo un soggetto può evitare di veder attratto il reddito derivante da flussi reddituali “a rischio” conseguiti da una CFC, anche di entità significativa, semplicemente annacquando tali flussi con componenti di reddito genuine. Il vantaggio di una riduzione dei costi di *compliance*³³ e dei costi di controllo per le amministrazioni finanziarie potrebbe non valere il depotenziamento della norma CFC e, soprattutto, un’*applicazione iniqua* della stessa, date le distorsioni sopra evidenziate.

Per questa serie di considerazioni il report ha raccomandato ai paesi l’adozione dell’approccio *transactional* in quanto **maggiormente accurato**, in considerazione dell’analisi flusso per flusso, che però comporta un più elevato costo in termini di oneri

³¹ Come si evidenzierà in modo più approfondito nel successivo capitolo, questo approccio ha contraddistinto e caratterizza tutt’oggi l’impianto normativo CFC domestico italiano.

³² “[...] For example, an entity that engages primarily in activities that generate active income may be able to shield a large amount of passive income from CFC rules [...]”. OECD/G20 BEPS – *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3: Final Report*, 2015, par. 4.2.4

³³ Lo stesso documento OCSE giudica come potenzialmente insufficienti i vantaggi legati ai costi di *compliance*, in quanto gli operatori, anche nel confronto con un siffatto approccio, si troverebbero comunque nella necessità di dover analizzare e quantificare i singoli flussi reddituali, per verificare una loro ricaduta nel regime, fino a pervenire al raggiungimento della soglia di esenzione.

amministrativi³⁴, sia per i contribuenti che per le autorità fiscali. L’approccio in questione, essendo maggiormente preciso nella delimitazione del perimetro del reddito da attrarre, è anche considerato uno strumento più equo, coerente e proporzionale alla finalità antierosione della norma CFC; questa considerazione è importantissima in riferimento alla compatibilità delle normative CFC degli Stati membri UE rispetto al quadro di libertà fondamentali, così come riconosciuto anche dall’OCSE nella stesura del report finale: “[...] *It is also possible to attribute only that income that raises BEPS concerns, and this greater proportionality suggests that the transactional approach may be more consistent with both the goals of Action Item 3 and EU law [...] Although the European Court of Justice (ECJ) has not yet considered genuine economic activities on a transaction-by-transaction basis, it appears that CFC rules that attribute income on a transactional basis would be more narrowly focused on income that raises concerns and therefore may be more consistent with EU law*³⁵ [...]”.

Tuttavia, le raccomandazioni OCSE suggeriscono di inserire comunque una soglia minima (*threshold*) nelle normative CFC, anche con l’approccio transactional, al fine di evitare che flussi reddituali anomali di piccola entità possano essere attratti nel regime del ‘reddito da CFC’.

1.2.4. La quantificazione del “reddito da CFC”

Il quarto blocco di raccomandazioni è relativo al trattamento del reddito da CFC, una volta aver definito le regole per la sua qualificazione come da suggerimenti del blocco precedente. In particolare, sono discusse le regole fiscali di computo a cui assoggettare il reddito nel paese dell’azionista investitore. Nello sviluppo dei lavori sono state individuate quattro opzioni:

- Regole dell’ordinamento della casa madre. La soluzione è quella preferibile per l’OCSE ed è coerente con le finalità *anti-BEPS*, in quanto è proprio il reddito del paese della casa madre ad essere soggetto ad erosione e, pertanto, la sua attrazione per mezzo della norma CFC è ragionevole che sia effettuata con il

³⁴ “[...] *For instance, if CFC rules set too high a threshold when considering if a CFC is lowly taxed and apply a proportionate substance analysis, they may bring a large number of companies within the scope of CFC rules and this may be compounded if they also apply CFC rules on a transactional basis [...]*”. OECD/G20 BEPS – *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3: Final Report*, 2015, par. 4.2.4

³⁵ OECD/G20 BEPS – *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3: Final Report*, 2015, par. 4.2.4

calcolo secondo le regole fiscali dell'ordinamento danneggiato in termini di base imponibile.

- Regole del paese della CFC. Tale opzione risulterebbe incoerente, di difficile applicazione e forte complessità per le autorità fiscali che dovessero trovarsi a praticarla.
- Far scegliere ai contribuenti le regole da applicare. L'approccio appare eccessivamente permissivo anche in considerazione del disvalore derivante dall'utilizzo di strutture CFC.
- Utilizzare uno standard internazionale come IFRS. Risulterebbe ad alto costo di *compliance*/controllo in quanto non tutti i paesi utilizzano gli IFRS che comunque, di per sé, sono caratterizzate da un grado di complessità elevato.

Un secondo aspetto trattato riguarda il suggerimento di escludere, dalle regole fiscali del paese della casa madre applicabili alla CFC, quelle che attengono il riporto delle perdite. È auspicabile, dunque, che si definisca normativamente una previsione di limitazione all'utilizzo di perdite derivanti da soggetti CFC. In caso contrario le strutture CFC potrebbero diventare, in contrasto con lo spirito della norma, dei mezzi per veicolare perdite fiscali di difficile esame da parte degli ordinamenti dell'azionista. La limitazione nell'utilizzo delle perdite può essere di due tipologie:

- Può prevedersi un utilizzo delle perdite CFC solo verso, futuri, redditi CFC;
- Differenziare per qualità i redditi e le perdite, separando le perdite attive da quelle passive ed i redditi attivi da quelli passivi³⁶, del contribuente e della sua CFC. La previsione normativa dovrebbe pertanto essere volta a garantire la compensazione solo tra redditi e perdite della medesima natura.

³⁶ Come per la distinzione dei redditi, tra attivi e passivi, è possibile qualificare le perdite rispetto al *ramo gestionale* che le avrebbe generate. Una applicazione coerente della disciplina CFC dovrebbe prevedere che a fronte dell'attrazione dei soli redditi passivi nel paese della casa madre, non possano essere compensate o riportate, quando realizzate, le perdite della CFC in riferimento ai redditi attivi. Anche in riferimento alle perdite dovrebbe pertanto essere effettuata una valutazione sulla loro genesi affinché siano qualificate come attive o passive.

1.2.5. L'attribuzione del reddito alle entità del paese dell'azionista

Una volta quantificato il reddito della CFC è necessario definire i criteri per l'attribuzione di tale reddito agli azionisti. In letteratura³⁷ si individuano i seguenti tre criteri per la concreta tassazione del reddito della CFC:

- a) **Finzione di distribuzione di dividendi (*deemed dividend*)**. In questo caso la dignità giuridica della società estera viene preservata, ma si applica una *fiction iuris* di distribuzione dividendi verso l'azionista, anche se in realtà nulla è stato distribuito. L'effetto dell'applicazione di un siffatto modello è equivalente alla distribuzione effettiva di dividendi. La complessità di tale approccio deriva dal fatto che l'ordinamento che applica la *CFCrule* potrebbe trattare il flusso di dividendi – riqualificato – in modo disomogeneo per i diversi istituti della fiscalità interna³⁸ e, pertanto, sono necessarie regole per definire per quali norme il reddito CFC è “visto” come un dividendo simulato e per quali non lo è. Inoltre, in ambito europeo, ci si è interrogati sulla compatibilità di una siffatta presunzione con la Direttiva Madre-Figlia³⁹.
- b) **Attribuzione di un reddito per trasparenza**. Mentre lo stato di residenza della CFC la qualifica come una entità separata, per lo stato dell'azionista la CFC è una entità trasparente, il cui reddito è automaticamente attribuito all'azionista (*c.d. look-through approach*). Tale approccio, in ragione della finalità antiabuso della *CFCrule*, sovverte le ordinarie regole di ripartizione della potestà

³⁷ Cfr. Lang Michael, *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, Kluwer Law International, 2004; Blum Daniel W., *Controlled Foreign Companies: Selected Policy Issues –or the Missing Elements of BEPS Action 3 and the Anti-Tax Avoidance Directive*, in Intertax, n. 46, 2018; Lang Michael, *Controlled Foreign Company Legislation*, IBFD – WU Institute for Austrian and International Tax Law, n. 17 European and International Tax Law and Policy Series, 2020; Bonn Jens Schönfeld, *CFC Rules and Anti-Tax Avoidance Directive*, in EC Tax Review, 2017/3.

³⁸ Rispetto ad un reale ed effettivo flusso di dividendi in ingresso che, in quanto tale, assume la stessa qualificazione per ogni istituto o norma dell'ordinamento fiscale interno.

³⁹ La Direttiva 2011/96/UE concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi, è finalizzata a tutelare gli investimenti effettuati da operatori economici, tra diversi paesi dell'Unione, garantendo gli stessi contro la doppia tassazione, nel caso di investimenti diretti. Il collegamento con la disciplina CFC è insito nella considerazione per la quale il reddito CFC potrebbe essere tassato come una distribuzione fittizia di dividendi nello stato membro dell'azionista e se, a fronte di una tale distribuzione, si renderebbero applicabili le prerogative della Direttiva. Essendo l'obiettivo della direttiva quello di evitare la doppia tassazione (non appare bensì corretta l'applicazione nel caso di doppia non tassazione), lo stesso si raggiunge in modo efficace attraverso la concessione del *foreign tax credit*. Inoltre, la Direttiva parla di “dividendi distribuiti” mentre la norma CFC, per sua natura, è volta a catturare il reddito non distribuito della società controllata estera. Nel momento in cui una *CFCrule* ha in seno le modalità di risoluzione del rischio di doppia imposizione, non pare sussistere – oggi – un tema di conflitto con la Direttiva Madre Figlia, anche alla luce della derivazione da analoga fonte normativa (Direttiva ATAD) della regola per l'eliminazione della doppia imposizione (due norme di pari rango).

impositiva tra gli stati in quanto, in base alle convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni⁴⁰ redatte sul modello OCSE, il reddito d'impresa è tassato nel paese di residenza o in quello di produzione per mezzo del criterio di collegamento dato dalla presenza di una stabile organizzazione.

- c) Trattare la CFC come una società residente **pienamente responsabile** da un punto di vista fiscale (*unlimited tax liability*), alla stregua di un soggetto passivo residente.

Il progetto BEPS identifica cinque variabili da definire per gli ordinamenti, al fine di perfezionare le modalità di imputazione del reddito:

- **Which taxpayers should income be attributed to?** La variabile individua a quale azionista della catena attribuire il reddito della CFC. L'approccio consigliato dall'OCSE, per ragioni di semplificazione, è quello di attribuire il reddito all'azionista che supera la soglia minima per il controllo della CFC. Questo criterio si espone al rischio di escludere azionisti di minoranza che potrebbero comunque avere una influenza sulla CFC. Sebbene l'OCSE suggerisca di legare l'attribuzione alle regole per determinare il controllo, alcuni paesi hanno regole separate per il calcolo del controllo e per il calcolo dell'attribuzione.
- **How much income should be attributed?** Essendo pacifico che il reddito viene attribuito in proporzione alle quote di partecipazione, l'OCSE evidenzia che alcuni paesi calcolano il reddito in base alle quote di partecipazione all'ultimo giorno dell'anno, mentre altri le calcolano in proporzione al mantenimento delle quote durante l'anno, specificato tuttavia che entrambi gli approcci sono validi.
- **When should the income be included in tax returns?** Rispetto a quando includere il reddito nella dichiarazione del paese dell'azionista, alcuni ordinamenti

⁴⁰ Dall'applicazione della *CFCrule* potrebbe derivare una modifica dei criteri di ripartizione della potestà impositiva delineata dai trattati contro le doppie imposizioni. La dottrina suggerisce la possibilità dell'inserimento di una "clausola di salvaguardia nei trattati"; anche se, generalmente, la *CFCrule* ha carattere di norma domestica e non di derivazione pattizia, quindi derivante da accordi tra stati. Le risposte a questo conflitto sono di due tipi. Il primo orientamento prevede la prevalenza della norma CFC sui trattati. La norma CFC riguarderebbe i redditi della casa madre, prodotti all'estero per mezzo di un veicolo CFC, e non quelli della società CFC. Le fattispecie sono diverse e pertanto non potrebbe esservi un profilo di incompatibilità. Inoltre, i trattati rilevarebbero per la doppia tassazione giuridica e non per quella economica. Le convenzioni altresì non possono riguardare fattispecie di abuso e, pertanto, le norme volte a contrastare pratiche elusive sarebbero sempre compatibili con la disciplina pattizia dei trattati. Secondo l'OCSE le regole CFC non determinano un conflitto rispetto ai trattati, anche se tale circostanza non è specificata in clausole dei trattati e, per tale ragione, il report BEPS action 6 – prevede introduzione di una clausola specifica nei trattati. Un orientamento minoritario invece postula la prevalenza dei trattati sulla norma CFC in base alla gerarchia delle fonti.

prevedono che ricada nell'esercizio della casa madre in cui la CFC chiude il suo anno contabile; altri prevedono uno slittamento, e l'OCSE precisa che entrambi gli approcci sono validi.

- **How should the income be treated?** Le raccomandazioni sottolineano la differenza tra l'approccio del dividendo simulato (*deemed dividend*) e la tassazione per trasparenza, specificando che entrambi sono ugualmente appropriati.
- **What tax rate should apply to CFC income?** In merito all'aliquota da applicare generalmente è utilizzata quella che sarebbe applicabile alla casa madre nel paese di residenza. Il report evidenzia comunque che, alcuni ordinamenti, tassano le CFC solo per la differenza tra l'imposizione effettiva e l'aliquota soglia per l'applicazione della norma. Questo trattamento di favore, sebbene non sia pienamente conforme alle finalità perseguite dalla norma, è congeniale a preservare un certo grado di competitività per il paese della casa madre.

1.2.6. Gli strumenti per evitare la doppia tassazione

L'ultimo blocco delle raccomandazioni BEPS – Action 3, riguarda i metodi per fronteggiare il rischio di doppia tassazione che, come evidenziato nel documento, rappresenta un “[...] ostacolo evidente alla competitività dei sistemi economici, alla crescita ed allo sviluppo economico [...]”. Le norme di contrasto alle strutture CFC, per loro stessa natura, determinano un rischio implicito di insorgenza di doppia tassazione (economica e giuridica) che gli ordinamenti, in misura diversa, si prefiggono di sterilizzare.

Senza voler dettagliare le misure previste dalla normativa dell'Unione in tema di eliminazione della doppia tassazione, che saranno esposte nel seguito della trattazione, è sufficiente in questa fase sintetizzare quelle che possono essere le ipotesi più comuni di doppia tassazione derivante dall'applicazione di norme CFC.

- a) In un primo caso il reddito della CFC assorbito nella base imponibile dell'ordinamento del paese di residenza dell'azionista è sottoposto, seppur in misura sensibilmente ridotta, ad imposizione anche nel paese di residenza della CFC. Tale circostanza appare estremamente probabile soprattutto in un contesto come quello “post – ATAD” nel quale sono assoggettabili al regime entità

sottoposte a tassazione inferiore ad almeno il 50% del *tax rate* del paese che adotta la *CFCrule*.

- b) Due ordinamenti applicano proprie regole CFC ad una stessa entità. Tale circostanza può verificarsi per la presenza di diverse *sub-holding*, radicate in paesi diversi, lungo la catena di controllo della CFC, oppure nel caso di asimmetrie nella verifica delle condizioni di controllo per attivare tale normativa (ad es. un paese vede il controllo della CFC perché il proprio azionista detiene la maggioranza dei diritti di voto, mentre un altro paese vede il controllo del proprio azionista in quanto titolare della maggioranza dei diritti economici sulla CFC).
- c) La CFC distribuisce dividendi dopo aver attribuito, precedentemente, il reddito alla casa madre proprio per l'applicazione delle presunzioni CFC, oppure è la casa madre stessa a disporre delle azioni della CFC, maturando una plusvalenza dalla loro alienazione.
- d) Un'ultima ipotesi di doppia tassazione può realizzarsi con la sovrapposizione della *CFCrule* con le regole *transfer pricing*, nel caso in cui una entità sia contestualmente sottoposta a rettifica, a sfavore dei prezzi di trasferimento, ed il cui reddito ante rettifica sia invece attratto dal paese dell'azionista.

Le linee guida OCSE suggeriscono, per i casi a) e b), l'utilizzo dello strumento del *tax credit* per risolvere il conflitto di doppia tassazione, in quanto metodo più opportuno, rispetto a quello dell'esenzione, in quanto la regola CFC colpisce di fatto il reddito spostato su un altro soggetto (azionista). Le raccomandazioni si curano di verificare che le imposte sopportate nell'altro paese abbiano carattere di definitività e non siano sottoponibili a richiesta di rimborso.

Per le ipotesi c) e d) le raccomandazioni suggeriscono invece il rimedio dell'**esenzione** (dei dividendi o della plusvalenza) in misura pari a quanto già tassato attraverso l'applicazione della regola in studio.

1.3.La Direttiva ATAD 1164/2016

Il contesto politico nel quale nasce la Direttiva antielusione vede la conclusione dei lavori BEPS e l'emanazione delle 15 azioni, le quali hanno un diverso grado di priorità rispetto all'adozione comune dei paesi OCSE partecipanti. L'adozione di queste misure,

nell'ordinamento giuridico europeo, avviene in un quadro di fiscalità, delle imposte dirette, non armonizzato o almeno non completamente armonizzato a livello di Unione. Nonostante la mancata armonizzazione⁴¹ tra le priorità del momento politico europeo vi è stata quella di assicurare una maggiore equità sociale, prevedendo una cornice di regole che potesse garantire che “[...] l'imposta sia versata nel luogo in cui gli utili e il valore sono generati⁴² [...]”, dissuadendo le condotte predatorie da parte di soggetti multinazionali.

La finalità perseguita al legislatore europeo con l'introduzione del **pacchetto antielusione** è stata quella di perfezionare l'**integrazione del mercato unico**, individuando nella competizione fiscale scorretta tra operatori un dannoso fenomeno di concorrenza sleale⁴³. Il tentativo degli Stati membri di contrastare le pratiche elusive di operatori transnazionali, con strumenti unilaterali differenti da Stato a Stato, rischia di determinare al contrario la frammentazione del mercato unico⁴⁴; in tal senso l'esigenza di omogeneità delle regole fiscali a livello europeo ha assunto, negli anni immediatamente recenti, una significativa rilevanza.

Il recepimento delle raccomandazioni BEPS, a livello di Unione Europea, non è stato omogeneo in riferimento alla **tipologia di strumento adottato**: in alcuni casi è stata emessa una direttiva, strumento preferenziale⁴⁵, in altri è stato invece scelto di procedere invece con una mera raccomandazione. In particolare, è emersa l'esigenza di coordinamento nelle risposte degli Stati membri alle raccomandazioni BEPS per evitare degli approcci diversificati ed eterogenei che avrebbero paradossalmente potuto, in

⁴¹ Cfr. Cordewener A. – *Anti-Abuse Measures in the Area of Direct Taxation: Towards Converging Standards under Treaty Freedoms and EU Directives?* – in EC Tax review – 2/2017

⁴² ATAD, considerando 1

⁴³ “The objective of the Anti-Tax Avoidance Package is to enhance the smooth functioning of the Single Market and thereby support the ability of the Single Market to secure sustainable growth, employment and competitiveness”. Cfr. EU Commission, Staff Working Document.

⁴⁴ “[...] In un mercato di economie altamente integrate si avverte l'esigenza di approcci strategici comuni e di un'azione coordinata al fine di migliorare il funzionamento del mercato interno e massimizzare gli effetti positivi dell'iniziativa contro il BEPS. Inoltre, solo un quadro comune potrebbe impedire una frammentazione del mercato e porre fine ai disallineamenti e alle distorsioni del mercato attualmente esistenti. Infine, misure nazionali di attuazione che seguono una linea comune in tutta l'Unione fornirebbero ai contribuenti la certezza giuridica della compatibilità di dette misure con il diritto dell'Unione [...]”, ATAD, considerando 2

⁴⁵ “[...] Le relazioni finali sulle 15 azioni dell'OCSE contro il BEPS sono state pubblicate il 5 ottobre 2015. Tali risultati sono stati accolti con favore dal Consiglio nelle sue conclusioni dell'8 dicembre 2015, nelle quali sottolinea l'esigenza di trovare soluzioni comuni, seppur flessibili, a livello dell'UE in linea con le conclusioni dell'OCSE sul BEPS, sostiene inoltre un'attuazione efficace, rapida e coordinata delle misure anti-BEPS a livello dell'UE e ritiene che le direttive dell'UE debbano essere, se del caso, lo strumento preferenziale per l'attuazione delle conclusioni dell'OCSE sul BEPS a livello dell'UE [...]”, ATAD, considerando 2

evidente contrasto con le finalità del progetto, determinare ulteriori disallineamenti tra paesi membri UE e l'emersione di ulteriori zone non regolate del mercato. È apparso in tale sede anche un importante fattore politico: il timore di alcuni Stati membri per l'introduzione di norme antiabuso più stringenti, tra le quali quelle CFC, per l'insorgenza dei cosiddetti *location disadvantages*. Inoltre, i paesi UE che avevano fondato le proprie economie sull'importante fattore concorrenziale dato dalle normative fiscali, avrebbero potuto perdere tali vantaggi con conseguenti effetti negativi a livello di sistema paese.

Il 12 luglio 2016, il Consiglio ha adottato la Direttiva 1164 recante *norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno*, denominata di seguito ATAD (*Anti Tax Avoidance Directive*). La ATAD rende obbligatorio un *minimum standard* di protezione per i paesi UE; questi sono comunque liberi di adottare misure di protezione più elevate e restrittive rispetto a quelle previste dalla direttiva. L'obbligo di recepimento delle disposizioni della Direttiva è stato fissato per il 31 dicembre 2018⁴⁶. È fondamentale, per le finalità della Direttiva, che sia comunque assicurato un "*level playing field*" tra i vari Stati membri e per tutto il mercato unico. Ogni Stato membro ha potuto optare per un ventaglio di possibilità nell'implementazione della Direttiva, in modo che gli strumenti giuridici di contrasto ai BEPS potessero conformarsi in maniera ottimale ai diversi sistemi economici e giuridici nazionali. Per contrastare "*[...] l'erosione della base imponibile nel mercato interno e il trasferimento degli utili al di fuori del mercato interno*"⁴⁷ "*[...]*" la Direttiva prevede interventi normativi sui seguenti istituti fiscali degli Stati membri:

- limiti alla deducibilità degli interessi;
- imposizione in uscita;
- norma generale antiabuso;
- norme sulle società controllate estere CFC;
- norme per contrastare i disallineamenti da ibridi.

⁴⁶ ATAD, art. 11, co. 1, "*Gli Stati membri adottano e pubblicano, entro il 31 dicembre 2018, le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva. Essi comunicano senza ritardo alla Commissione il testo di tali disposizioni. Essi applicano tali disposizioni a decorrere dal 1o gennaio 2019 [...]*".

⁴⁷ ATAD, considerando 5

Gli articoli 7 e 8 della Direttiva sono quelli contenenti la disciplina delle *controlled foreign company*. L'inclusione della materia delle CFC in una direttiva dell'Unione riveste un significato importante in quanto, per la prima volta, l'ordinamento europeo valorizza lo strumento della *CFCrule* come elemento necessario per uniformare i sistemi fiscali nazionali. In passato, viceversa, erano state proprio le norme CFC nazionali poste all'attenzione ed allo scrutinio della Corte di Giustizia Europea, per sindacare la loro compatibilità con le libertà fondamentali dell'Unione, quali norme limitanti la piena realizzazione del mercato unico. La ATAD, sotto questo aspetto, segna un decisivo cambio di prospettiva.

Al momento dell'emanazione della Direttiva *antiabuso* circa metà dei paesi membri non annoverava, nei propri ordinamenti giuridici, alcuna regola per prevenire l'abuso delle strutture CFC⁴⁸. L'intervento del legislatore europeo si è reso pertanto necessario da un lato per definire un livello minimo di protezione per tutti gli Stati membri e, dall'altro, per tentare di omogeneizzare le *CFC rule* già esistenti all'interno dei paesi dell'Unione. La finalità della Direttiva, e nello specifico della disciplina CFC da questa introdotta, può pertanto essere individuato nella volontà di tutelare non la base imponibile di un solo Stato membro, bensì quella dell'intera unione. In questo senso la protezione invocata non è soltanto quella della base imponibile dello Stato membro della società controllante ma anche quella degli altri stati membri, scongiurando il rischio di avere molteplici approcci tra di essi non coerenti, con il rischio di creare, nell'esercizio del potere impositivo e di *protezione* degli Stati membri, zone di sovrapposizione delle regole CFC o di mancata applicazione delle stesse. Contestualmente, le innovazioni delle normative nazionali CFC avrebbero dovuto puntare anche ad evitare di far insorgere, incidentalmente, ostacoli illegittimi al mercato unico, come ad esempio i rischi di doppia imposizione. Si può inquadrare, inoltre, il tentativo di omogeneizzare le regole CFC anche al perseguimento di una *external strategy* dell'Unione, rivolta verso paesi terzi, sebbene la *black list* europea⁴⁹ non sia strettamente utilizzabile per l'applicazione delle *CFCrule*.

⁴⁸ European Commission, Commission Staff Working Document – Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – Anti Tax Avoidance Package: Next Steps towards delivering effective taxation and greater tax transparency in the EU, COM (2016) final.

⁴⁹ Bonarelli Piero, Garbarino Carlo, *L'Unione Europea pubblica la black list dei Paesi non cooperativi*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, n. 4/2018

Con l’emanazione della direttiva si è assistito al riconoscimento di diversi modelli di CFC, come espressamente sottolineato del considerando 12 della Direttiva per il quale: “[...] *In funzione delle priorità politiche di tale Stato, le norme sulle società controllate estere possono riguardare un'intera controllata soggetta a bassa imposizione o specifiche categorie di reddito oppure essere limitate ai redditi artificialmente dirottati verso la controllata [...]*”. Il considerando richiama nell’ordine un approccio per entità prima e successivamente due approcci transazionali, uno basato su categorie reddituali, ed un altro su un test funzionale. Questi ultimi fanno parte della direttiva: il modello transazionale, come gran parte della disciplina CFC prevista dalla Direttiva, è stato mutuato dalla norma in vigore nell’ordinamento tedesco mentre, il *modello TP-based/Funzionale* dalla disciplina del Regno Unito. In generale, i punti della Direttiva in riferimento alle norme CFC sono stati strutturati prendendo in esame le conclusioni BEPS in materia.

1.3.1. Ambito soggettivo di applicazione

Nel definire l’ambito soggettivo di applicazione della norma CFC, l’art. 7, co. 1, della Direttiva dispone che la stessa è adottata dallo “[...] *Stato membro di un contribuente [...]*” dove per la nozione di ‘*contribuente*’ deve operare il richiamo all’art. 1 il quale specifica che la Direttiva “[...] *si applica a tutti i contribuenti che sono soggetti all'imposta sulle società in uno o più Stati membri, comprese le stabili organizzazioni situate in uno o più Stati membri di entità residenti a fini fiscali in un paese terzo*”.

La prima circostanza che emerge dall’analisi combinata dei due articoli è che la direttiva è obbligatoria solo per i contribuenti che sono sottoposti al reddito sulle società, quindi esclusivamente per quelli che operano in regime di impresa ed in forma associata (assoggettati a *corporate tax* nella stesura in lingua inglese) e non ai soggetti persone fisiche (*natural person*). La stessa affermazione si rinviene nei considerando della direttiva, ergo pare di capire che sia quello il *minimum standard* previsto dalla stessa, lasciando libertà agli Stati membri di prevedere disposizioni *più ampie* rispetto al requisito soggettivo (come d'altronde l’Italia che si sarebbe – ad avviso di molti commentatori – opportunamente discostata). Sorprende in effetti l’importante limitazione, prevista dal *minimum standard*, dell’ambito di applicazione solo ai soggetti

che producono reddito impresa: pare non avere una *ratio* di fondo e si presta a creare un'ampia zona di *protezione* data dal non assoggettamento delle persone fisiche alla disciplina CFC.

Sempre relativamente al **profilo soggettivo**, riguardo alla forma del contribuente assoggettato a *corporate tax*, questa può assumere, come da art. 1 della Direttiva, sia quella societaria che quella della stabile organizzazione. Si parlerà nel primo caso (forma societaria) di soggetti fiscalmente residenti in uno Stato membro caratterizzati da “***unlimited tax liability***”, ovvero soggetti residenti e quindi assoggettati a tassazione per i redditi ovunque prodotti. Nel secondo caso della stabile organizzazione si tratta di soggetti caratterizzati da “***limited tax liability***”, ovvero collegati territorialmente nello SM di insediamento ed ivi tassati per i soli redditi prodotti dalla stabile in quel territorio. In quest'ultimo caso la Direttiva va applicata obbligatoriamente anche verso i contribuenti azionisti (*shareholder*) che rivestono la forma di una **stabile organizzazione di un soggetto residente in un paese terzo**. In questo caso, il *minimum standard* pare piuttosto alto, e ci si interroga⁵⁰ se è giustificata una regola così estensiva che invoca la tassazione di CFC sia verso contribuenti residenti che verso contribuenti non residenti nello Stato membro⁵¹.

Nel caso delle disposizioni sul contrasto alle CFC il *contribuente* rappresenta in un primo caso la *holding* o la società in generale che esercita il controllo di una società estera costituita in una forma giuridica autonoma (si parla di *legal entity* o, nel caso dell'art. 7 della Direttiva, di *entity* o entità nella versione italiana). Il richiamo al termine *entity* appare di natura estensiva e ricomprenderebbe, oltre alle società di capitali, anche le *partnership*. In una seconda ipotesi il contribuente può essere la *casa madre* di una stabile organizzazione detenuta in un paese estero. Per entrambe le ipotesi la condizione per l'applicazione della norma CFC è che gli utili dell'entità o della stabile

⁵⁰ Cfr. De Groot Isabella, Larking Berry, *Implementation of Controlled Foreign Company Rules under the EU Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164)*, in European Taxation – IBFD, June 2019; Blum Daniel W., *Controlled Foreign Companies: Selected Policy Issues –or the Missing Elements of BEPS Action 3 and the Anti-Tax Avoidance Directive*, in Intertax, n. 46, 2018; Moser Till, Hentschel Sven, *The Provisions of the EU Anti-Tax Avoidance Directive Regarding Controlled Foreign Company Rules: A Critical Review Based on the Experience with the German CFC Legislation*, in Intertax, 2017/45.

⁵¹ La Germania limita l'applicazione solo a soggetti societari residenti – *unlimited tax liability* – prima del recepimento della Direttiva.

organizzazione detenuta all'estero non siano soggetti ad imposta o siano esenti da imposta nello Stato membro del contribuente.

La CFC che può assumere quindi sia la forma di un'entità societaria che di una stabile organizzazione, può essere collocata sia in un paese dell'UE sia in un paese terzo (essendo esclusa l'applicazione della norma a contesti *interni* rispetto allo Stato membro della casa madre⁵²). Ovviamente la direttiva è applicabile ad ipotesi in cui la CFC estera non è tassata nel paese della casa madre: “*Lo Stato membro di un contribuente tratta un'entità o una stabile organizzazione i cui utili non sono soggetti ad imposta o sono esenti da imposta in tale Stato membro [...]*” (art. 7, comma 1, ATAD). Riguardo questo punto l'implementazione della direttiva anche alle stabili organizzazioni estere dipende, in larga parte, dalla tipologia di sistema fiscale dello Stato membro in quanto, in base al principio della tassazione *worldwide*, le stabili organizzazioni estere sarebbero già assoggettate a tassazione. Ulteriore variabile può essere quella dell'esistenza di convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni che possano in qualche modo esentare il reddito conseguito dalle SO all'estero, rendendo in tal modo necessaria la norma CFC verso stabili estere.

1.3.2. Prima condizione di ingresso – requisito del controllo

Riguardo alle caratteristiche che deve avere la società estera per poter essere considerata una *società estera controllata*, l'art. 7, primo comma della ATAD, prevede, che il requisito del controllo è integrato⁵³ se “[...] a) nel caso di un'entità, il contribuente, da solo o insieme alle sue imprese associate, detiene una partecipazione diretta o indiretta⁵⁴ di oltre il 50 per cento dei diritti di voto o possiede direttamente o

⁵² De Groot Isabella, Larking Berry, *Implementation of Controlled Foreign Company Rules under the EU Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164)*, in *European Taxation – IBFD*, June 2019

⁵³ Naturalmente le stabili organizzazioni all'estero di società residenti, si considerano automaticamente come soggetti controllati.

⁵⁴ Rispetto al concetto di partecipazione indiretta, la Direttiva non specifica in che modalità gli Stati Membri abbiano il dovere di declinare la nozione all'interno delle normative nazionali. In particolare, le due opzioni a disposizione sarebbero le seguenti: a) codificare una nozione di controllo che preveda, nel caso di controllo indiretto, la demoltiplicazione della partecipazione nella CFC rispetto ai diversi livelli societari del gruppo; b) una nozione di controllo che faccia riferimento alla partecipazione detenuta nella CFC rispetto ad ogni livello societario, quindi anche se la casa madre ha una partecipazione inferiore al 50% per effetto della demoltiplicazione. Cfr. De Groot Isabella, Larking Berry, *Implementation of Controlled Foreign Company Rules under the EU Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164)*, in *European Taxation – IBFD*, June 2019, p. 261, “[...] One possibility is that the control test needs to be satisfied at each ownership level, even if the parent has less than a controlling interest on a proportional basis. The OECD's BEPS Action 3 Final Report recommends this approach and gives the example of a parent company holding a 70% interest in company A that holds a 60% interest in company B.

indirettamente oltre il 50 per cento del capitale o ha il diritto di ricevere oltre il 50 per cento degli utili di tale entità [...]”.

Riguardo alle tipologie di controllo, la direttiva richiama alcune delle ipotesi del documento BEPS Action 3, e prevede uno standard minimo piuttosto alto legato alla soglia di “*oltre il 50%*” dei diritti di voto (**controllo legale**); del capitale⁵⁵ o dei profitti (**controllo economico**); è ben chiaro che gli Stati membri sono stati lasciati liberi di scegliere anche soglie più basse, come ad esempio l’Italia con la previsione di cui all’art. 167 che prevede anche il controllo di fatto o in base a vincoli contrattuali⁵⁶. In dottrina⁵⁷ è diffusa l’opinione per la quale i richiami al capitale o ai profitti, nell’art. 7 della ATAD, rischiano di essere parametri inappropriati per una efficace e funzionale norma CFC, in quanto per il perseguimento di strategie erosive o abusive è necessario che il veicolo estero sia **effettivamente controllato**, ovvero solo in base ad un parametro che consideri il controllo legale. In tal senso la Direttiva almeno non richiede che le norme CFC si applichino anche agli investimenti di portafoglio o, come nel previgente art. 168 del TUIR, alle partecipazioni di collegamento (sebbene norme analoghe siano presenti negli ordinamenti europei e, in particolare, in quello tedesco). Sotto il profilo temporale, la Direttiva non stabilisce in **quale momento** sia necessario effettuare il test di controllo, lasciando spazio al recepimento discrezionale degli Stati membri.

Un aspetto importante è quello dato dal fatto che la Direttiva prevede, ai fini della sussistenza del controllo, la presenza di una concentrazione di quote tra imprese associate, discostandosi in modo significativo dalla nozione di *controllo domestico*⁵⁸ di matrice statunitense o tedesca⁵⁹. Riguardo alla definizione di impresa associata, la

Under this approach, Company B would be controlled by the parent, even though the parent’s economic interest is only 42% (70% x 60%). The alternative approach would look at the overall proportional interest held [...]”.

⁵⁵ Non sempre maggioranza coincidente con quella dei diritti di voto, nel caso di emissione di strumenti partecipativi che non prevedano la partecipazione alla *governance* della società.

⁵⁶ Cfr. AA.VV. Ceppellini, Lugano & Associati, *Testo unico delle imposte sui redditi 2019*, Gruppo 24 Ore, 2019; Sacchetto Claudio, *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, G. Giappichelli Editore, 2016.

⁵⁷ Cfr. *supra*, De Groot Isabella; Blum Daniel W., Moser Till.

⁵⁸ Cfr. paragrafo sul primo dei *Six building blocks*.

⁵⁹ Cfr. Moser Till, Hentschel Sven, *The Provisions of the EU Anti-Tax Avoidance Directive Regarding Controlled Foreign Company Rules: A Critical Review Based on the Experience with the German CFC Legislation*, in *Intertax*, 2017/45, par. 3.2.2, “[...] For example, the current German CFC Rules only focus on the control of a foreign corporate entity by German tax residents, irrespective of whether the CFC is used in a coordinated manner or if domestic control occurs by chance through a random accumulation of domestic freefloat investments. Since the scope of the German CFC Rules goes way beyond its actual intention, they are rightly criticized for being way too excessive [...]”.

Direttiva ne prevede espressamente la definizione, ovvero: "[...] a) un'entità nella quale il **contribuente detiene** direttamente o indirettamente una partecipazione in termini di diritto di voto o proprietà del capitale pari o superiore al **25 per cento** o ha il diritto di ricevere una percentuale degli utili di tale entità pari o superiore al 25 per cento; b) un **individuo o un'entità che detiene** direttamente o indirettamente **nel patrimonio di un contribuente** una partecipazione in termini di diritto di voto o proprietà del capitale pari o superiore al 25 per cento o ha il diritto di ricevere una percentuale degli utili del contribuente pari o superiore al 25 per cento. [...] Se un individuo o un'entità detiene direttamente o indirettamente nel patrimonio di un contribuente e in una o più entità una partecipazione pari o superiore al 25 per cento, tutte le entità interessate, contribuente compreso, sono considerate imprese associate [...]". Dalla lettura della disposizione emerge che nella nozione di imprese associate **figurano anche le persone fisiche**, ai fini del disegno del gruppo societario di controllo, sebbene la normativa CFC ATAD individui come soggetti passivi solo le società. Il criterio che la direttiva adotta per la nozione di *impresa associata*⁶⁰ fa sì che il requisito del controllo sia potenzialmente integrato indipendentemente dal fatto che i soggetti partecipanti nella CFC siano residenti nello stesso paese o che agiscano di comune concerto: in tale ottica non appare pertanto necessario che il controllo sia esercitato *esclusivamente* dal soggetto passivo e, se la partecipazione è detenuta per mezzo di *imprese associate*⁶¹, nemmeno che il soggetto residente eserciti un controllo effettivo sulla CFC. Si ipotizzi l'esempio di una società A che detiene una partecipazione del 40% in una holding B che a sua volta detiene una partecipazione del 60% in una CFC. La holding B è considerata, in riferimento al criterio ATAD, come *impresa associata* e pertanto le partecipazioni da questa detenute saranno rilevanti al fine della verifica del requisito del controllo in capo alla società A. In tal senso l'ATAD, con la definizione *ampia* di *impresa associata* definisce un concetto di controllo di gruppo in senso lato, determinando la possibile

⁶⁰ Cfr. De Groot Isabella, Larking Berry, *op. cit.*, "[...] By way of illustration, assume two companies, A and B, resident in Member States A and B respectively, are both wholly-owned subsidiaries of a third company. A and B are, therefore, associated enterprises. If A and B each own 30% of a company C, resident in another jurisdiction, C will be controlled by each of A and B for purposes of their respective CFC rules [...]".

⁶¹ Per effetto che del fatto che la soglia minima per associare le imprese è del 25% e non una soglia del 51%. Cfr. De Groot Isabella, Larking Berry, *op. cit.*, "[...] Thus, for example, a parent with a 40% interest in Company A holding an 80% interest in Company B would be treated as having an 80% (i.e. controlling) interest (80% held through an associated enterprise). Under this approach, the taxpayer does not necessarily (need to) have *de facto* control, as demonstrated in the previous example, where the parent would only have an effective 32% (40% x 80%) interest [...]".

ricaduta nel regime CFC di soggetti sui quali l'azionista non è in grado di esercitare effettivamente un'influenza dominante sulla gestione.

1.3.3. Seconda condizione di ingresso – *tax rate*

La condizione di ingresso prevista dalla direttiva prevede una comparazione tra l'imposta effettivamente versata dalla CFC nel paese di radicamento e l'imposta che sarebbe stata versata qualora la società avesse avuto residenza nel paese che applica la norma CFC (del soggetto controllante). L'art. 7, co. 1, lett. b) dispone infatti che “[...] *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 [...]*”. In questo senso, la Direttiva ritiene come la metà dell'aliquota praticata ordinariamente negli Stati membri sia una soglia limite per identificare condotte di pianificazione fiscale, richiedendo la censura da parte degli ordinamenti. Il dettato della direttiva richiama solo, ed espressamente, l'imposta sul reddito delle società ai fini della verifica della condizione del *tax rate* e non anche altre imposte e tasse prelevate⁶²; questo comporta il rischio che il meccanismo possa essere disfunzionale in ordinamenti dove il carico fiscale sulle società prevede un livello di imposta sulle società basso, ma l'applicazione di altri tributi di “effetto equivalente”.

Tra le possibilità di recepimento di questa condizione è stata discussa quella di introdurre una soglia fissa (i.e. con una specifica aliquota percentuale) al di sotto della quale l'imposizione nello stato della CFC è da ritenere di vantaggio con il conseguente effetto di applicazione della *CFCrule*. Questa modalità è certamente più chiara, in termini di *compliance*, nei confronti degli operatori ma, per essere conforme alla ratio della Direttiva, necessita di un continuo adeguamento dell'aliquota che deve però

⁶² Una contraddizione analoga si può verificare laddove uno Stato Membro utilizzi aliquote diverse, per diverse fonti di reddito. Inoltre, nello sviluppo del test sul *tax rate*, sono da disciplinare le regole circa gli utilizzi delle perdite pregresse (della controllante e della CFC) nel computo del carico fiscale netto.

oscillare simultaneamente al cambiamento del tasso di imposta previsto nello Stato membro.

Il criterio introdotto dalla Direttiva ha il vantaggio di essere alquanto flessibile definendo un perimetro mobile dei paesi “a fiscalità di vantaggio” nei quali, per il solo fatto di esservi localizzate, le società sono considerate CFC. D’altro canto, invece, determina l’impossibilità di una applicazione omogenea del regime CFC negli Stati membri in quanto, lo stesso soggetto estero controllato può ricadere nel regime CFC di uno Stato (in quanto ordinamento con elevato *tax rate*) e non in un altro Stato (in quanto il *tax rate* è invece basso). Il confronto con livello di tassazione effettivo interno condurrà, verosimilmente, all’applicazione di soglie diverse per ogni paese UE. Questa circostanza potrebbe dar luogo, nel medio termine, a due tipologie di effetti contrapposti:

- In una prima ipotesi, per avvantaggiare i gruppi societari, gli Stati membri potrebbero abbassare le proprie aliquote al fine di allargare quanto più possibile la platea di soggetti esonerati dall’applicazione delle regole CFC. Questa dinamica potrebbe comportare un’ulteriore corsa verso il basso delle aliquote dei paesi membri in un’ottica di concorrenza fiscale spinta tra di essi, finendo per risultare incoerente rispetto allo spirito della direttiva che è quello di assicurare un’applicazione omogenea della norma CFC in tutta l’Unione.
- Una seconda ipotesi potrebbe essere quella che vede una convergenza delle aliquote fiscali verso un livello medio europeo, con una spinta verso l’alto delle stesse da parte degli Stati membri che puntano a preservare, dall’applicazione della disciplina CFC, i soggetti societari radicati nelle proprie giurisdizioni. Questa dinamica potrebbe essere virtuosa in quanto spingerebbe gli Stati membri con aliquote basse o prossime allo zero ad elevare le stesse per non sopportare conseguenze negative da un punto di vista commerciale rispetto alla struttura dei gruppi aziendali.

1.3.4. Definizione “reddito da CFC” e quantificazione: i due approcci alternativi

Una volta qualificata la società estera come una CFC la direttiva prevede che l’azionista dello Stato membro includa nella sua base imponibile i redditi della CFC determinati in

base a due modelli alternativi⁶³. Gli Stati membri hanno avuto la possibilità di scegliere tra due diversi approcci molto diversi tra loro: **categorical** (o per categorie reddituali) e **substantive** (o funzionale/*transfer pricing based*); la dottrina⁶⁴, per comodità, si esprime in riferimento al **Modello A** o **Modello B**, in base alle lettere del comma 2 a cui, rispettivamente, fanno riferimento. Si è discusso, nel lasso temporale dall’emanazione della Direttiva al suo recepimento, se gli Stati membri avessero la possibilità di optare solo per uno tra i due approcci o, viceversa, potessero implementarli entrambi oppure, addirittura, applicando un *mix* dei due. I due approcci sono dettagliati dall’art. 7 della ATAD che opera in combinazione con l’art. 8 il quale si occupa di normare le modalità di quantificazione dei redditi, così come precedentemente definiti dall’art. 7.

1.3.4.1. Il Modello A – per categorie reddituali

Il modello a) prevede l’identificazione tassativa di una serie di redditi ‘*passivi*’ caratterizzati da un elevato rischio di distrazione verso società residenti in paesi a fiscalità di vantaggio. La direttiva prevede che, qualora un soggetto sia qualificato come CFC, lo Stato membro del contribuente include nella base imponibile i “**redditi non distribuiti**” dell’entità.

I *passive income* citati dall’articolo sono i seguenti:

- 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.*

L’elencazione ricorda la classificazione già suggerita dall’azione BEPS 3, con qualche variante. È importante notare come, in questo passaggio, il legislatore europeo abbia operato definendo i *redditi passivi*, invece che, al contrario, che cosa si intende per

⁶³ Definiti dalla dottrina come ‘*passive income catalogue*’ e ‘*principal purpose test*’.

⁶⁴ Cfr. Lang Michael, *Controlled Foreign Company Legislation*, IBFD – WU Institute for Austrian and International Tax Law, n. 17 European and International Tax Law and Policy Series, 2020.

reddito attivo. La nozione di *redditi passivi* o *redditi non derivanti da un'attività propria*, tuttavia, non è nuova all'ordinamento giuridico europeo in quanto contenuta anche in pronunce della Corte di Giustizia, quali ad esempio il caso X GmbH⁶⁵.

Circa le modalità di recepimento di tale disposizione negli ordinamenti nazionali, gli Stati membri hanno avuto libertà di scelta se adottare una lista positiva (elenco di redditi 'passivi' rischiosi da includere nella base imponibile CFC) o una lista negativa (elenco di redditi 'attivi' non rischiosi da non includere nella base imponibile CFC)⁶⁶. Un elenco dei redditi attivi (come presente, ad esempio, nella legislazione tedesca) consente di prevenire eventuali aggiramenti della norma, da parte di gruppi multinazionali, attraverso la creazione di fonti 'atipiche' di reddito; infatti operando per esclusione, la lista di redditi attivi determina l'inserimento nel reddito da CFC di tutto ciò che non è tassativamente previsto come reddito attivo. Il rischio di tale impostazione, sebbene più stringente, è quello di dover costantemente aggiornare l'elenco affinché non risulti anacronistico rispetto all'evoluzione del mondo economico e, in assenza di aggiornamento, rischia di essere una barriera all'investimento e di aumentare i costi di *compliance*. Una lista di redditi passivi, così come delineata dalla direttiva ATAD e riportata nella legislazione italiana, è invece maggiormente 'aggirabile' ma non richiede un aggiornamento costante.

Indipendentemente dal fatto che la normativa preveda una lista "attiva" o "passiva", il solo fatto che venga segnata la differenza di trattamento tra queste due categorie di reddito impone degli *oneri per la quantificazione* al contribuente. I soggetti passivi devono pertanto munirsi di un sistema di contabilità analitica – industriale che sia in grado di allocare i componenti di reddito (costi e ricavi), rispetto alla fonte che li ha generati e calcolare il relativo reddito attivo o passivo. Il risultato generalmente è predisposto in un **bilancio divisionale** che separa il risultato economico d'esercizio complessivo nei diversi rami gestionali⁶⁷.

⁶⁵ Causa C-135/17.

⁶⁶ Moser Till, Hentschel Sven, *The Provisions of the EU Anti-Tax Avoidance Directive Regarding Controlled Foreign Company Rules: A Critical Review Based on the Experience with the German CFC Legislation*, in Intertax, 2017/45.

⁶⁷ Per le esigenze di informativa contabile e gestionali, le aziende generalmente operano la suddivisione nel bilancio divisionale rispetto ai diversi business in cui le società operano, al fine di determinare il risultato operativo conseguito da ogni singolo ramo di attività. Per la finalità di questa trattazione, la separazione contabile dovrà

Il modello per categorie prevede, a questo punto, una clausola di disapplicazione (esimente) definita dalla dottrina come “*Test Cadbury Schweppes*”: il penultimo capoverso della lettera a) recita che “*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*”. Il dettato della norma è chiaramente ispirato dalla giurisprudenza comunitaria della pronuncia *Schweppes*⁶⁸, la quale in relazione alle possibili cause di giustificazione della libertà di stabilimento all'interno del contesto unionale, sanciva che CFC rule restrittive potessero essere compatibili solo laddove fossero rivolte a strutture di puro artificio prive dei requisiti economici e di risorse minimi.

Riguardo alla formulazione dell'esimente, non appare immediatamente chiaro se i quattro elementi (personale, attrezzature, attivi e locali) devono necessariamente coesistere tutti o è sufficiente la presenza solo di alcuni di essi. Il legislatore europeo ha previsto la possibilità, per gli Stati membri, di non adottare questa clausola di disapplicazione nel caso in cui la società CFC sia residente in un paese terzo, al di fuori dell'accordo SEE, in un'ottica maggiormente restrittiva: “[...] se la società controllata estera è residente o situata in un paese terzo che non è parte contraente dell'accordo SEE, gli Stati membri possono decidere di astenersi dall'applicazione del comma precedente [...]”. Questa facoltà deriva essenzialmente dalla natura della clausola che è strettamente insita nella protezione delle libertà fondamentali previste nel Trattato, riflesse nella giurisprudenza della corte di giustizia europea. La disposizione relativa all'astensione dall'applicazione della regola *Cadbury Schweppes* a CFC collocate al di

prevedere, da un lato, la quantificazione dei redditi attivi da gestione “tipica” della società e, dall'altro, le diverse tipologie di redditi passivi (dividendi, canoni e royalties, leasing, oltre ai redditi derivanti dall'attività di trading e prestazione di servizi *intercompany*). La presenza di un ventaglio così ampio di categorie reddituali pone una serie di complicazioni nell'individuazione dei criteri – *driver* – per l'allocazione dei costi indiretti (generali). Le difficoltà si manifestano soprattutto per l'isolamento dei redditi derivanti dalla vendita di beni e prestazione di servizi *intercompany*, in quanto i componenti reddituali legati a questa categoria di redditi passivi sono *mescolati* indistintamente con quelli relativi ai redditi attivi.

⁶⁸ Causa C-196/04 *Cadbury Schweppes*. Sul tema si veda Morri Stefano, Guarino Stefano, *CFC e libertà di stabilimento tra normative italiana e garanzie europee*, in *Corriere Tributario*, n. 32-33, 2016; Valente Piergiorgio, Salvatore Mattia, *CFC rule per le costruzioni di puro artificio*, in *Corriere Tributario*, n. 42/2010; Beghin Mauro, *La sentenza Cadbury Schweppes e il malleabile principio della libertà di stabilimento*, in *Rassegna Tributaria*, n. 3/2007; Valente Piergiorgio, *Sede di direzione effettiva: profili comunitari negli interventi della Corte di Giustizia*, in *Il Fisco*, n. 28/2008; Rossi Pierpaolo, *Aperta la via della concorrenza fiscale in ambito UE. Per la Corte UE, le regole CFC confliggono con la libertà di stabilimento*, in *Il fisco* 2006; Romano Carlo, *Using Tax Haven under European Law: Cadbury Schweppes and CFC rules*, in *Rivista di diritto tributario internazionale*, 2007.

fuori dell'Unione è una regola molto importante che comunque incide fortemente nella limitazione, verso paesi terzi, della libertà di circolazione dei capitali, garantita da precedenti pronunce della Corte di Giustizia europea. Sorge pertanto il dubbio che tale disposizione possa risultare contraria alla normativa primaria dell'Unione con tutti gli aspetti in termini di potenziale censura.

L'art. 8 della direttiva, al primo comma, in riferimento all'approccio per categorie, dispone che *“Ove si applichi l'articolo 7, paragrafo 2, lettera a), i redditi da includere nella base imponibile del contribuente sono calcolati in conformità delle norme della legge sull'imposta societaria dello Stato membro in cui il contribuente è residente a fini fiscali o è situato. Le perdite dell'entità o della stabile organizzazione non sono incluse nella base imponibile ma possono essere riportate, conformemente al diritto nazionale, e prese in conto nei periodi d'imposta successivi”*.

La disposizione chiarisce che, nel calcolo dell'imponibile, si applicano le regole del paese dell'investitore (casa madre): sia regole contabili che di normativa fiscale, al fine di evitare misure di aggiramento legate ad artifici di bilancio. Come già richiamato nei paragrafi dedicati ai *Six building blocks*, questa disposizione, seppur godendo di elevata precisione e carattere dissuasivo, comporta un alto costo di *compliance* per gli operatori che sono costretti a *richiudere* i bilanci delle CFC in base alle regole nazionali ed a riliquidarne le relative imposte. A questo va aggiunto che è difficile non prevedere che gli Stati membri adotteranno anche misure di “aggiustamento” dell'imponibile delle CFC, delineando una serie di regole domestiche che non si applicheranno nella quantificazione del reddito della società controllata estera: ad esempio potrebbero non applicarsi tutte le misure di agevolazione destinate a soggetti passivi residenti come, al contrario, non si applicheranno altre norme “restrittive” quali le misure sulle società non operative. Il comma si preoccupa altresì di limitare l'attribuzione alla casa madre solo ai redditi CFC e non delle perdite, per prevenire possibili manovre di pianificazione all'estero, con la costruzione di perdite fittizie da compensare con il reddito della casa madre. La disposizione della direttiva prevede la *registrazione* ed il riporto delle perdite della CFC in avanti per la sola compensazione dei futuri redditi della stessa CFC.

La ATAD prevede infine, al terzo comma dell'art. 7⁶⁹, anche una clausola che limita l'applicazione del Modello A ai soli soggetti che conseguono redditi passivi **per più di un terzo** dei redditi complessivi. Evidentemente, i soggetti passivi che si troveranno a verificare se ricadono o meno nella soglia, avranno la necessità di dotarsi di apposita contabilità analitica al fine di *separare* le diverse componenti reddituali del bilancio d'esercizio.

1.3.4.2. Il Modello B – del test del vantaggio principale

Il secondo modello definito dalla Direttiva – *principal purpose test (PPT)* – è quello delineato dalla lettera b) del comma 2, art. 7, che dispone l'inclusione nella base imponibile dello Stato membro dei “*redditi non distribuiti di un'entità o di una stabile organizzazione derivanti da costruzioni non genuine che sono state poste in essere essenzialmente allo scopo di ottenere un vantaggio fiscale*”. Rispetto al modello della lettera a), quello del PPT è principalmente orientato alla valutazione delle finalità intrinseche della costruzione CFC e, nel caso in cui la stessa rivesta carattere di artificialità, ne comporta l'assoggettamento alla normativa antielusiva. Non viene rappresentata una lista – catalogo – di categorie reddituali ma solo un principio di applicazione: *lo scopo essenziale del conseguimento del vantaggio fiscale*. Caso per caso deve essere oggetto di valutazione se la CFC è stata costruita con lo scopo essenziale di generare un vantaggio fiscale.

La Direttiva declina anche il significato di *costruzione non genuina*, mutuando la definizione dalla precedente giurisprudenza della Corte di Giustizia, ma riempiendola di un contenuto che rimanda alle regole sui prezzi di trasferimento e sull'allocazione dei profitti alla stabile organizzazione: “[...] *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*⁷⁰ *che sono pertinenti per tali attivi e rischi sono svolte e sono*

⁶⁹ “Qualora, secondo la legislazione di uno Stato membro, la base imponibile di un contribuente sia calcolata a norma del paragrafo 2, lettera a), lo Stato membro può scegliere di non trattare un'entità o una stabile organizzazione come una società controllata estera a norma del paragrafo 1 se non oltre un terzo dei redditi ottenuti dall'entità o dalla stabile organizzazione rientra nelle categorie di cui al paragrafo 2, lettera a)”.

⁷⁰ “[...] In particolare, al fine di assicurare che le norme sulle società controllate estere rappresentino una risposta proporzionata alle preoccupazioni in materia di BEPS, è essenziale che gli Stati membri che limitano le loro

funzionali al fine di generare i redditi della società controllata". In pratica, in base a quello che viene definito **test di genuinità**, si esamina se parte o tutto il reddito della CFC è conseguito a fronte di funzioni svolte dalla casa madre, in base ad un approccio di libera concorrenza (*arm's-length approach*); qualora parte del reddito fosse ascrivibile all'attività della casa madre lo Stato membro di quest'ultima ha la facoltà di attrarlo a tassazione. Ad essere sottoposti a valutazione sono quindi, bilateralmente, sia il profilo funzionale dell'azionista sia quello della CFC, in quanto solo dall'analisi congiunta degli stessi è possibile evincere eventuali spostamenti di base imponibile. È da notare come il reddito da includere nella base imponibile dell'azionista domestico può ricomprendere sia **flussi passivi che flussi attivi**, rispetto alla definizione del modello a), che in questo caso è ininfluente.

Il principale vantaggio di questo approccio, rispetto a quello *transactional*, risiede nella **maggiore flessibilità** nell'intercettare schemi inediti di pianificazione fiscale, non essendo ancorato ad uno schema applicativo fisso che, in considerazione proprio della sua immutabilità, può essere valutato *ex ante* ed aggirato dagli operatori multinazionali. Il modello del *PPT* lascia dunque una maggiore autonomia allo Stato membro per le politiche di contrasto ai BEPS. L'altra faccia della medaglia di un siffatto approccio è la **rilevante incertezza applicativa** che rischia di *demandare* alle concrete azioni delle amministrazioni finanziarie ed alle regole di *soft law* dei prezzi di trasferimento, la concreta definizione del perimetro applicativo del modello.

La sovrapposizione con la normativa sui prezzi di trasferimento rischia, a sua volta, di generare un duplice effetto: positivo, se si considerano le sinergie per le amministrazioni finanziarie nell'applicazione di un set di regole ormai ampiamente conosciute ed interiorizzate; negativo, se lo strumento diventa una mera sovrapposizione di regole già esistenti non apportando alcun reale effetto dissuasivo specifico. In più la reale motivazione del contribuente, per la quale ha insediato una società nell'ordinamento estero, è un elemento difficile da valutare e, di conseguenza, da accertare.

norme sulle società controllate estere ai redditi che sono stati artificialmente dirottati verso la controllata puntino precisamente alle situazioni in cui la maggior parte delle funzioni decisionali che hanno generato il dirottamento dei redditi a livello della società controllata sia svolta nello Stato membro del contribuente [...]", ATAD, considerando 12.

Anche in questo caso, gli Stati membri nel decidere il modello da implementare, hanno soppesato i vantaggi auspicati con i costi amministrativi per aziende ed autorità finanziaria.

Per quanto attiene la quantificazione del reddito da attrarre, l'art. 8, comma 2, descrive in maniera più dettagliata il criterio da utilizzare che, già nell'art. 7, trova chiaramente la sua matrice nella disciplina del *transfer pricing*: “[...] i redditi da includere nella base imponibile del contribuente sono **limitati agli importi generati dagli attivi e dai rischi collegati alle funzioni significative del personale svolte dalla società controllante**. L'attribuzione dei redditi di una società controllata estera è calcolata secondo il **principio di libera concorrenza**”.

Anche questo secondo modello non è caratterizzato da un approccio *all or nothing*, ritenuto dalle raccomandazioni BEPS anacronistico ed iniquo, ma delinea un modello transactional, non strutturato per *categorie reddituali*, bensì da un'analisi funzionale. Il modello in esame è stato mutuato dalla normativa **CFC inglese**⁷¹ e suggerito, tra le altre alternative, dalle raccomandazioni finali del progetto BEPS ed ha, altresì, il pregio di essere vicino alla formulazione dell'art. 7 del modello di convenzione OCSE per la ripartizione del potere impositivo tra gli stati⁷².

Anche il modello B implicitamente suddivide il reddito della CFC tra componenti “attive” e “passive”, ma con una logica del tutto differente rispetto a quella del modello

⁷¹ L'attuale modello britannico di CFC rule trova le sue origini nel Taxation International and Other Provision Act (TIOPA) del 2010, in virtù del quale è stato sostituito il modello di CFC introdotto con l'Income and Corporation Taxes Act (ICTA) del 1988 che operava con un approccio entity based. Sul tema vedasi Lang Michael, *Controlled Foreign Company Legislation*, IBFD – WU Institute for Austrian and International Tax Law, n. 17 European and International Tax Law and Policy Series, 2020, chapter 41, “[...] very broadly under the TIOPA 2010, gateway provision, a CFC charge may arise in the United Kingdom when significant function in relation to a CFC's assets and associated risks are actually performed by people in the United Kingdom; because of the nature of those arrangements, profits should then be attributed to the United Kingdom over and above those that may be expected to arise prima facie under any intra-group contractual arrangements [...] the UK's TIOPA 2010 CFC rules came into being well in advance of ATAD I. Article 7(2)(b) of ATAD I refers to the kind of CFC provisions found in the United Kingdom in relation to countering non-genuine found in arrangements and the so-called gateway provisions [...]”. Sul punto si veda anche Majdowski Filip, Bronzewska Katarzyna, *Revolutionary Changes to the Arm's Length Principle under the OECD BEPS Project: Have CFC Rules Become Redundant?*, in Intertax n. 46/2018, par. 3.3, “[...] The above description of the transactional approach is rather generic, compared to its inspirational source, i.e. the UK CFC legislation, which runs more than 100 pages of legal provisions and the HMRC's accompanying explanations [...]”.

⁷² “[...] An example of the second option can be found in the UK's CFC rules, which has used the concepts and guidance developed by the OECD for Article 7 to identify the group's significant people functions associated with each asset, so that it can be determined whether the CFC undertakes those functions [...]”. Cfr. OECD/G20 BEPS – Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3: Final Report, 2015, par. 4.2.2, nota 12

a). Infatti, sarebbe più opportuno suddividere le componenti reddituali in: **componenti genuine (attive)**, ovvero quelle derivanti, in condizioni di libera concorrenza, dal profilo funzionale della CFC; **componenti erose (passive)**, ossia quelle che maturano in capo alla società controllante e sono artificialmente trasferite alla CFC.

Come sopra rappresentato, si assiste ad un intreccio tra la normativa *transfer pricing* e quella CFC. Oltre alla semplice applicazione delle regole di *transfer pricing* va ricordato tuttavia che lo spirito del modello previsto dalla Direttiva è quello di contrastare costruzioni artificiali quindi necessità di un *innesco* rispetto alla sola previsione della libera concorrenza. Dalla lettura della lett. b) tuttavia l'artificialità richiamata è riscontrabile solo dall'**alterazione del principio di libera concorrenza**, quindi sembra che anche lievi o modesti importi derivanti da transazioni non a valore normale, possano essere oggetto di artificialità e di assoggettamento a regole CFC. Da un punto di vista pratico il reddito da attrarre è sempre quantificato in base all'attività svolta dall'azionista ma non è secondario, ai fini del trattamento delle diverse fattispecie, se assoggettarle a mere regole TP oppure definire come CFC una entità estera.

La regola richiama le funzioni svolte dalla società controllante e, a tal proposito, sorge un interrogativo: cosa accade in caso di costruzioni artificiali nelle quali le funzioni significative sono svolte da altre società del gruppo e non dalla controllante **capogruppo**? In tal caso l'adozione del *modello b*, replicando testualmente il testo della direttiva, lascerebbe aperto un varco per l'erosione da parte di CFC che *assorbono* reddito dagli azionisti di minoranza o da altre società consorelle. Il modello mal si presterebbe a contrastare l'utilizzo di CFC inquadrato in uno schema di erosione *orizzontale*⁷³.

Infine, si rimarca una sensibile differenza tra i modelli in quanto, rispetto al modello A, il modello B non lascia agli Stati membri la possibilità di distinguere le condizioni di applicazione del modello – e relative esimenti – rispetto alla collocazione della CFC all'interno o all'esterno dell'Unione Europea⁷⁴. Il modello B, inoltre, al pari del modello

⁷³ Si usa distinguere il reddito eroso dalla base imponibile dello Stato della casa madre – *diverted from parent jurisdiction* – rispetto a quello eroso da altre giurisdizioni – *foreign to foreign*.

⁷⁴ Spazio Economico Europeo (SEE).

A, prevede una soglia minima⁷⁵ (*threshold*) di applicazione nel caso in cui i profitti della società CFC non siano di entità significativa in valore assoluto o rispetto al volume di costi operativi registrati nell'esercizio.

1.3.5. Tassazione del reddito da CFC – disposizioni comuni al Modello A e Modello B

L'art. 8, comma 3, dispone che “*I redditi da includere nella base imponibile sono calcolati in **proporzione alla partecipazione del contribuente nell'entità, quale definita all'articolo 7, paragrafo 1, lettera a)***”. Nel delineare, dunque, il criterio della tassazione del reddito in proporzione alla quota di partecipazione, la Direttiva sancisce anche un importante principio di *simmetria* tra quella che è la quota percentuale di partecipazione rilevante ai fini del controllo e quella rilevante ai fini dell'imputazione del reddito (principio non scontato e che, le raccomandazioni OCSE, non suggeriscono espressamente lasciando spazio anche a modalità differenti).

La mancata previsione di un livello di tassazione minimo, a cui sottoporre il reddito attratto a tassazione, può determinare un formale adempimento nel recepimento della direttiva ma, di fatto, un depotenziamento del fattore di deterrenza della *CFCrule*. Teoricamente, in un'ottica di neutralità all'esportazione di capitali, la tassazione del reddito CFC dovrebbe essere allineata con quella che sopportano i contribuenti domestici.

I commi 5, 6 e 7 dell'art. 8 sono dedicati agli strumenti per evitare la doppia tassazione. I primi due si occupano di evitare la doppia tassazione derivante dallo sfasamento temporale tra la tassazione, per attrazione, del reddito CFC che fisiologicamente precede la tassazione dei dividendi derivanti dalla società estera o delle plusvalenze conseguite a seguito della sua alienazione. I due commi sono dedicati, rispettivamente, a queste due fattispecie: “

⁷⁵ Anche in questo caso, le modalità di calcolo della soglia minima di applicazione derivano dall'esperienza anglosassone nel modello di *CFCrule* britannica. L'art. 7, co. 4, della ATAD prevede infatti che “*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 [...]*”.

5. Se l'entità distribuisce utili al contribuente, e tali utili distribuiti sono inclusi nel reddito imponibile del contribuente, gli importi dei redditi precedentemente inclusi nella base imponibile a norma dell'articolo 7 **sono dedotti dalla base imponibile** in sede di calcolo dell'importo dell'imposta dovuta sugli utili distribuiti, al fine di evitare una doppia imposizione.

6. Se il contribuente cede la sua partecipazione nell'entità o le attività svolte dalla stabile organizzazione, e una qualsiasi parte dei proventi derivante dalla cessione è stata precedentemente inclusa nella base imponibile a norma dell'articolo 7, tale importo **è dedotto** dalla base imponibile in sede di calcolo dell'importo dell'imposta dovuta su tali proventi, al fine di evitare una doppia imposizione”.

Il comma 7 invece è volto ad evitare la doppia imposizione nel caso in cui la CFC sopporti un prelievo per tassazione (ipotesi oggi più frequente data l'estensione del regime a società collocate anche in ordinamenti collaborativi ma con aliquote di imposta basse): “Lo Stato membro del contribuente consente **la detrazione dell'imposta versata dall'entità o dalla stabile organizzazione** dal debito d'imposta del contribuente nello Stato in cui risiede a fini fiscali o è situato. La detrazione è calcolata conformemente al diritto nazionale”. Il tema del *tax credit*, presenta due criticità: (i) come si scongiura la doppia imposizione se il reddito della CFC viene tassato in più paesi europei, per effetto dell'applicazione di diverse *CFCrule*? (ii) non è chiaro se, nell'imposta pagata all'estero, sono da computare anche le ritenute (*withholding*).

1.3.6. Il recepimento della Direttiva nei paesi dell'Unione Europea

Rispetto all'implementazione della *CFCrule*, la ATAD non ha vietato agli Stati membri di attrarre *più reddito* rispetto a quello previsto dai due modelli tipizzati nella direttiva ovvero di introdurre misure maggiormente restrittive; si ritiene che tale condotta esponga tuttavia gli Stati membri ad eventuali censure della Corte di Giustizia in riferimento alla proporzionalità delle misure rispetto alla finalità antiabuso perseguita. Gli Stati dell'Unione nella fase di recepimento si sono collocati su un livello di bilanciamento⁷⁶ tra competitività del sistema fiscale verso l'esigenza di preservare

⁷⁶ Idealmente potremmo definire i seguenti livelli di implementazione: livello elevato di sicurezza; livello intermedio; livello basso; minimum standard previsto dalla direttiva. Cfr. Herzfeld Mindy, *Can GILTI + BEAT = GLOBE?*, in Intertax, n. 47, p. 504, “[...] Many EU member countries have chosen the less restrictive choices for enacting CFC regimes. Ireland, for example, has introduced CFC rules that adopt the second approach, attributing to the parent company undistributed income of the CFC that arises from nongenuine arrangements put

l'integrità della propria base imponibile, il tutto coerentemente con la propria strategia di "sistema-paese". Circa metà dei paesi membri dell'UE disponeva già di regole CFC, con caratteristiche disomogenee e non inserite in un quadro unico sistematico; tale aspetto apriva la possibilità di sfruttamento per pianificazione fiscale. Il tentativo di omogeneizzare le regole da parte della Commissione, con la possibilità di prevedere un "livello di protezione" più alto non deve però sfociare nella compressione delle libertà fondamentali.

Alla data di adozione della Direttiva i seguenti paesi dell'Unione non avevano norme CFC⁷⁷: Bulgaria, Croazia, Repubblica Ceca, Lettonia, Romania, Repubblica Slovacca, Austria, Belgio e Olanda. Tre importanti paesi – Germania, Spagna e Danimarca – non hanno invece apportato modifiche sensibili ai rispettivi ordinamenti, ritenendoli già conformi al dettato della ATAD in tema di CFCrule⁷⁸. Riguardo al modello di CFCrule, gran parte dei paesi ha scelto il modello A rispetto al modello B⁷⁹, con delle varianti e approcci ibridi in alcuni casi⁸⁰. Un elenco sistematico delle norme nazionali di recepimento della Direttiva ATAD nei paesi dell'Unione, in riferimento alla disciplina CFC, è contenuto nella bozza di circolare dell'Agenzia delle Entrate in corso di consultazione.

L'introduzione di una generalizzata norma CFC nei paesi europei, avente le caratteristiche di ingresso definite dalla ATAD, pone anche un tema di oneri di *compliance*, di gruppi internazionali europei, **verso società controllate residenti in Italia**. Nell'ultimo decennio si è assistito all'introduzione di misure fiscali agevolative, chiaramente volte a far crescere la competitività e l'attrattiva del *sistema Italia*, principalmente legate ai nuovi investimenti⁸¹, alla ricerca e sviluppo⁸² ed alla Patent Box⁸³. Queste misure hanno abbassato sensibilmente il livello di tassazione in Italia, per

in place for the essential purpose of obtaining a tax advantage. Belgium, in adopting its CFC rules, followed a similar approach. And Luxembourg made a similar choice in its initial adoption of CFC rules [...]".

⁷⁷ Sebbene Austria, Belgio e Olanda avessero altre normative volte al contrasto dei fenomeni oggetto della CFCrule. Si veda in tal senso Lang Michael, *Controlled Foreign Company Legislation*, IBFD – WU Institute for Austrian and International Tax Law, n. 17 European and International Tax Law and Policy Series, 2020

⁷⁸ Cfr. *ibidem*

⁷⁹ I paesi che hanno optato per il "Modello B" sono Belgio, Cipro, Estonia, Ungheria, Irlanda, Lettonia, Lussemburgo, Malta, Repubblica Slovacca, Regno Unito.

⁸⁰ Cfr. *ibidem*

⁸¹ Introdotto all'art. 2, del D.Lgs 147/2015, "Decreto internazionalizzazione"

⁸² DL 145 del 23 dicembre 2013.

⁸³ Introdotta dalla Legge di stabilità 2015, L. n. 190 del 23/12/2014, art. 1, commi da 37 a 45.

i soggetti che ne hanno beneficiato, garantendo un contesto favorevole a nuovi investimenti nazionali ed esteri. Le nuove società tecnologiche residenti in Italia potrebbero dunque integrare facilmente le due condizioni di ingresso nella disciplina CFC: livello di tassazione effettiva molto basso; conseguimento di redditi passivi dati dalle royalties incassate. Questo scenario le rende immediatamente qualificabili come CFC da parte delle legislazioni di controllanti europee. Queste ultime si troveranno quindi a dover predisporre un *set* informativo adeguato a rappresentare, alle rispettive autorità fiscali, che le controllate italiane non rivestono, nella sostanza, la natura di CFC, con il sostenimento dei relativi costi per adempiere a tale onere.

2. Capitolo II – I modelli di CFCrule nell’esperienza internazionale

Il capitolo è volto ad esaminare, in chiave di raffronto, quattro normative CFC nazionali che sono frutto di un consolidamento della disciplina avvenuto in diversi decenni. Sono oggetto di analisi la disciplina in vigore negli Stati Uniti e quella di tre paesi importanti dell’Unione Europea quali Germania, Francia e Regno Unito⁸⁴ (fino al momento della sua uscita dall’Unione). Le caratteristiche delle rispettive legislazioni in materia di *controlled foreign company* hanno ispirato i lavori del progetto BEPS in materia e sono poste alla base del disegno normativo della ATAD, con i due modelli alternativi di CFCrule. I modelli evidenziano anche delle similarità tra di essi, come emerge in particolare dal confronto tra la norma francese e quella italiana, oppure, nel raffronto tra gli approcci transazionali/funzionali della disciplina statunitense e di quella britannica. Ogni legislazione nazionale prevede una o più circostanze esimenti (*exemption*), con diversi gradi di tolleranza, anche differenziate rispetto alla localizzazione della CFC (se all’interno o al di fuori dell’Unione Europea).

2.1. Il modello tedesco

La normativa CFC tedesca è stata tra le prime ad essere introdotte negli ordinamenti di paesi dell’Unione Europea, risalendo a circa 50 anni fa (introdotta con la legge del 1972⁸⁵ *sulle relazioni fiscali esterne – German Foreign Tax Transaction Act FTTA* – sezioni dalla 7 alla 14) ed è tra le prime al mondo, insieme alla CFCrule statunitense. Obiettivo primario dell’iniziale versione della norma è stato quello del contrasto al *tax deferral* delle compagnie tedesche ed era qualificabile come norma *di sistema*, non come norma sanzionatoria di comportamenti abusivi. Il principio cardine è costituito dall’obbligo, per i contribuenti tedeschi (sia società che persone fisiche) di tassare i profitti realizzati e non distribuiti, conseguiti all’estero – in territori a fiscalità privilegiata – attraverso le c.d. “*intermediate company*”.

⁸⁴ Ricadendo la data della c.d. *brexit* oltre il termine di recepimento della Direttiva ATAD, il Regno Unito ha adottato misure legislative per adeguarsi comunque alla normativa dell’Unione in materia di CFC.

⁸⁵ Cfr. Lampert Steffen, Bittermann Jan-Niklas, Harms Bastian, Il regime CFC in Germania, in Studi Tributari Europei, n. 1/2013, p. 24, “[...] La legislazione CFC tedesca è contenuta negli artt. 7-14 della Legge del 1972 sulle “Relazioni Fiscali Esterne” (“Außensteuergesetz” o “Foreign Tax Act”, d’ora in poi “FTA”) [...]”.

2.1.1. Caratteristiche generali – tipologia del controllo – condizioni di accesso

Affinché una società estera sia qualificabile come CFC, ai sensi della norma tedesca, (Section 7(2) del FTFA⁸⁶) uno o più soggetti passivi residenti in Germania (*taxpayers with unlimited tax liability*) devono detenere più del 50% dei diritti di voto della società o, alternativamente, delle quote del capitale sociale⁸⁷. Tra gli azionisti residenti non è necessario che vi siano vincoli di correlazione o che gli stessi agiscano congiuntamente: la **comune residenza tedesca** determina l’attivazione del presupposto della norma CFC (principio definito della *german majority ownership*, quale criterio di *domestic control*). Questo criterio è suscettibile di critica nella misura in cui può non esserci unità di governo della CFC, nell’ipotesi in cui l’azionariato sia polverizzato e, individualmente, i singoli azionisti possono trovarsi nella concreta condizione di non poter influenzare (o addirittura conoscere) le scelte strategiche della società estera in cui detengono la partecipazione⁸⁸. Lo stesso articolo⁸⁹ del FTFA prevede che, ai fini della verifica del controllo, si considerino anche le partecipazioni detenute, dagli azionisti residenti, attraverso delle società/partnership, secondo un approccio *top-down*⁹⁰ e considerando gli effetti demoltiplicativi della catena societaria.

⁸⁶ Section 7(2) del FTFA: “*Taxpayers with unlimited tax liability are deemed to hold a stake in a foreign company amounting to more than one half [...] if more than 50 percent of the shares or voting rights in the foreign company are attributable to them, either alone or jointly with individuals as described in section 2 [...]*”.

⁸⁷ Cfr. Lampert Steffen, op. cit., “[...] Ai fini dell’applicazione del regime in esame, una società estera si considera controllata da un azionista/partecipante (o da un gruppo di azionisti/partecipanti) se egli (o essi) detiene (o detengono) almeno il 50% più uno del capitale della detta società o dei relativi diritti di voto (art. 7, commi 1°, 2° FTA). Invece, nel caso in cui la società estera non possieda capitale nominale o non assegni diritti di voto ai propri soci, saranno decisive le proporzioni di distribuzione dei beni della società medesima (art. 7, comma 2°, frase 3 FTA). Inoltre nel calcolo della soglia del 50%, devono essere computati anche le porzioni di capitale sociale e i diritti di voto eventualmente detenuti da una società intermediaria o fiduciaria, in proporzione alla parte di capitale riconducibile al soggetto tedesco nella detta intermediaria (art. 7, comma 2°, frase 2° FTA). Una simile valutazione dei pacchetti azionari viene effettuata anche nel caso in cui, quale società intermediaria, vi sia una società trasparente (art. 7, comma 3° FTA), in quanto quest’ultima non è considerata come entità tassabile in relazione all’imposta sul reddito personale o delle società. Di conseguenza, tutte le partecipazioni che siano, anche indirettamente, detenute da una persona fisica o giuridica tedesca devono essere prese in considerazione, prescindendo dalla dimensione del pacchetto azionario o dal numero di entità interconnesse [...]”.

⁸⁸ Nei casi in cui siano assoggettati ad accertamento, possono manifestarsi anche difficoltà importanti nel reperire i dati per la controdeduzione delle circostanze esimenti.

⁸⁹ Section 7(2) del FTFA: “[...] When applying the preceding sentence, such shares or voting rights are also taken into account for which another company acts as an intermediary, more precisely in the ratio corresponding to the shares or voting rights in the intermediary company in relation to all shares or voting rights in this company; this applies mutatis mutandis in cases where several companies act as intermediaries for shares or voting rights [...]”.

⁹⁰ Senza considerare dunque gli effetti allargati dell’appartenenza ad un gruppo dell’azionista residente: quindi non attribuendo le partecipazioni detenute da consorelle o dalla controllante.

La principale caratteristica distintiva del modello tedesco è che esso non si applica indistintamente a tutti gli utili conseguiti da una CFC, ma esclusivamente a quelli definibili redditi passivi, secondo un puro approccio transazionale.

2.1.2. Definizione di regime fiscale privilegiato

Ai sensi dell'art. 8, comma 3, del FTFA⁹¹, la condizione del regime fiscale privilegiato si realizza qualora l'aliquota di tassazione dei *passive income* sia inferiore alla soglia del 25%. Tale soglia è un limite fisso, non dipendente dunque dal livello di tassazione del paese – la Germania – che adotta la regola CFC. L'articolo specifica che la condizione si ritiene realizzata anche nel caso in cui l'aliquota di tassazione applicata sia superiore al 25% ma, di fatto, il prelievo delle imposte non viene materialmente effettuato oppure è ridotto in virtù di esenzioni e rimborsi⁹².

2.1.3. Determinazione del “reddito da CFC” – catalogo dei redditi attivi

Il modello tedesco di CFC prevede che solo i *redditi passivi* possano essere oggetto della disciplina CFC ma questi vengono definiti, dalla norma tedesca, in *negativo*, attraverso tutto ciò che non rientra nella lista di redditi attivi (*active income catalogue*): “*A foreign company is an intermediate company with respect to income which is subject to low taxation and which does not originate from: [...]*” (Section 8 (1) FTFA). La *ratio* di fondo è insita nel fatto che sono assunte come non pericolose le tipologie di reddito derivanti da **alcuni settori specifici**, come agricoltura, industria, banca, assicurazione. Per altre categorie, come *trading*, *servizi* e *leasing*, sono richiesti ulteriori requisiti funzionali, affinché possano rientrare nella categoria dei redditi attivi. Rispetto alla definizione di una lista di redditi passivi, la scelta del legislatore tedesco è ritenuta meno aggirabile da parte degli operatori economici: ogni tipologia di reddito che non

⁹¹ Section 8(3) del FTFA: “*Low taxation as described in subsection (1) is deemed to exist if the foreign company's income is subject to income taxation of less than 25 percent [...] The calculation of the tax burden includes any relief that, in the case of a profit distribution by the foreign company, the state or jurisdiction of the foreign company grants the taxpayer with unlimited tax liability or another company in which the taxpayer holds a direct or indirect stake. Low taxation as described in subsection (1) is also deemed to exist if income taxation of at least 25 percent is legally owed but not actually levied*”.

⁹² Cfr. Lampert Steffen, Bittermann Jan-Niklas, Harms Bastian, Il regime CFC in Germania, in Studi Tributari Europei, n. 1/2013, p. 24, “[...] *La precisa individuazione del reale carico fiscale sul reddito avviene con riferimento all'aliquota residuale effettiva. Conseguentemente, anche laddove la società estera sia, nella realtà dei fatti, sottoposta ad un'aliquota del 25%, si rinviene, tuttavia, un'imposizione privilegiata, secondo quanto prescritto dall'art. 8 FTA, se detta aliquota diminuisce per effetto di speciali riduzioni o esenzioni. Inoltre, il reddito passivo imponibile, generato dalla società estera, deve essere incluso nella base imponibile con lo stesso ammontare che risulterebbe dall'applicazione delle norme tributarie tedesche sulla determinazione del reddito [...]*”.

appartiene alla lista dei redditi attivi è automaticamente assoggettato alla disciplina CFC tedesca. I redditi maturati rispetto a nuovi *modelli di business*, per come è strutturata la condizione di ingresso, ricadono dunque nell'ambito di applicazione della disciplina. Le tipologie di redditi attivi previste dalla norma CFC sono le seguenti:

- 1) agricoltura e silvicoltura;
- 2) manifattura, produzione di energia ed estrazione di minerali⁹³;
- 3) attività bancaria ed assicurativa con struttura commerciale organizzata⁹⁴;
- 4) commercio, in presenza di appositi requisiti funzionali⁹⁵;
- 5) servizi⁹⁶;
- 6) noleggi e leasing⁹⁷;

⁹³ FTTA, Section 8 (1), n. 2 “*the manufacture, processing, working or assembly of objects, the generation of energy or the exploration for and extraction of minerals*”.

⁹⁴ FTTA, Section 8 (1), n. 3, “*the operation of credit institutions or insurance companies which maintain a commercially organised operation for their activities, unless the activities are predominately conducted with taxpayers with unlimited tax liability who hold a stake in the foreign company under section 7, or with parties related to such taxpayers as described in section 1 (2)*”.

⁹⁵ FTTA, Section 8 (1), n. 4, “*trading, unless*

a) a taxpayer with unlimited tax liability who holds a stake in the foreign company as described in section 7, or a party related to such taxpayer as described in section 1 (2) who is liable to tax within the jurisdiction governed by this Act on income therefrom, procures the right of disposal over the traded goods or merchandise for the foreign company, or

b) the foreign company procures the right of disposal over the goods or merchandise for such taxpayer or for such related party,

unless the taxpayer proves that the foreign company maintains a commercially organized business operation for such commercial activities and is engaged in general economic activity, and that the foreign company carries out the tasks pertaining to the preparation, conclusion and execution of the activities without the cooperation of such taxpayer or of such related party”.

⁹⁶ FTTA, Section 8 (1), n. 5, “*services, unless*

a) the foreign company avails itself, for the service, of a taxpayer with unlimited tax liability who holds a stake in it in accordance with section 7, or of a party related to such taxpayer as described in section 1 (2) who is liable to tax within the jurisdiction governed by this Act in respect of income derived from the service contributed by such related party,

or

b) the foreign company renders the service to such taxpayer or to such related party, unless the taxpayer proves that the foreign company maintains a business operation organised for performing such services that is engaged in general economic activity, and that the foreign company carries out the tasks pertaining to the service without the cooperation of such taxpayer or of such related party”.

⁹⁷ FTTA, Section 8 (1), n. 6, “*renting and leasing, excluding*

a) the granting of the use of rights, plans, designs, processes, experience and knowledge, unless the taxpayer proves that the foreign company utilises the results of its own research and development which is undertaken without the cooperation of a taxpayer who holds a stake in the company in accordance with section 7, or of a party related to such taxpayer as described in section 1 (2),

b) the renting or leasing of immovable property, unless the taxpayer proves that the income therefrom would be tax exempt under an agreement for the avoidance of double taxation if the income were received directly by taxpayers with unlimited tax liability who hold a stake in the foreign company as set out in section 7, and

c) the renting or leasing of movable property, unless the taxpayer proves that the foreign company maintains a commercial renting or leasing business operation that is engaged in general economic activity and performs all the activities attached to such a commercial renting or leasing business without the cooperation of a taxpayer with unlimited tax liability who holds a stake in it as set out in section 7, or of a party related to such taxpayer as described in section 1 (2)”.

- 7) raccolta ed impiego di capitali⁹⁸;
- 8) distribuzione di utili⁹⁹;
- 9) plusvalenze da cessione di azioni¹⁰⁰;
- 10) operazioni di riorganizzazione aziendale¹⁰¹.

2.1.4. Redditi derivanti da investimenti – *holding quota*

Per la ricaduta nel regime CFC è necessario che azionisti tedeschi detengano almeno il 50% delle azioni di una società estera, tuttavia è prevista una disciplina specifica per le partecipazioni detenute in *società holding estere*. In base alla disposizione dell'art. 7, commi 6 e 6(a) del FTTA, se la società estera (*intermediate company*) consegue proventi finanziari passivi propri della gestione delle holding (*intermediary income of a capital investment nature*), allora è sufficiente anche una quota di partecipazione dell'1%¹⁰², da parte del soggetto residente, per essere assoggettato alla disciplina CFC. I redditi passivi delle holding estere sono, questa volta, definiti dal legislatore tedesco *in positivo* da uno specifico elenco¹⁰³ (art. 7, comma 6(a) FTTA).

Questa disposizione, specifica per le *holding*, va largamente oltre a quanto previsto dal *minimum standard* dell'ATAD ed ha posto, negli anni, problemi ai contribuenti tedeschi che, stante la quota minima di partecipazione detenuta nella *holding*, non sono

⁹⁸ FTTA, Section 8 (1), n. 7, “*the borrowing and lending of capital which the taxpayer proves was raised exclusively on foreign capital markets and not from a party related to the taxpayer or to the foreign company as described in section 1 (2) and is transferred to businesses or permanent establishments located outside the jurisdiction governed by this Act which derive their gross proceeds exclusively or almost exclusively from activities falling under numbers 1 to 6 above, or to businesses or permanent establishments located within the jurisdiction governed by this Act*”.

⁹⁹ FTTA, Section 8 (1), n. 8, “*profit distributions of corporations*”.

¹⁰⁰ FTTA, Section 8 (1), n. 9, “*the sale of a share in another company as well as from its dissolution or the reduction of its capital, insofar as the taxpayer proves that the capital gains are allocable to assets of the other company which serve the purpose of activities other than those specified in number 6 (b) above, insofar as this is income of a company as described in section 16 of the REIT Act, or activities other than those specified in section 7 (6a); this applies mutatis mutandis insofar as the gains are allocable to such assets of a company in which the other company holds a stake; losses from the sale of shares in the other company as well as from its dissolution or the reduction of its capital are taken into account only insofar as the taxpayer proves that they can be traced back to assets which serve the purpose of activities as described in number 6 (b) above, insofar as this is income of a company as described in section 16 of the REIT Act, or of activities as described in section 7 (6a)*”.

¹⁰¹ FTTA, Section 8 (1), n. 10, “*reorganisations which, notwithstanding section 1(2) and section 1(4) of the Reorganisation Tax Act, could be carried out at book values; this does not apply insofar as a reorganisation covers a share in a corporation the sale of which would not fulfil the prerequisites set out in number 9 above*”.

¹⁰² La quota di partecipazione può anche essere inferiore all'1%, laddove la holding estera consegua quasi esclusivamente redditi passivi di natura finanziaria.

¹⁰³ FTTA, Section 7 (6a), “[...] *Passive income of an investment nature is income of a foreign intermediate company (section 8) which originates from holding, administering, maintaining the value or increasing the value of instruments of payment, receivables, securities, stakes [...] or similar assets, unless the taxpayer proves that it originated from an activity serving one of the foreign company's own activities falling under section 8 (1) [...]*”.

concretamente in grado di raccogliere le informazioni sul soggetto estero, in virtù delle quali richiedere la disapplicazione del regime speciale CFC.

2.1.5. Esimenti e prova contraria

Il contribuente tedesco che ricade in una fattispecie di conseguimento di *passive income*, per il tramite di una *intermediate company*, può invocare la circostanza esimente (FTTA section 1 (2)) che è strutturata come un *substance test* di matrice giurisprudenziale della Corte di Giustizia UE (*Cadbury Schweppes*). Pertanto, se la CFC consegue redditi passivi, ma dimostra di svolgere una **effettiva attività economica**, tali redditi non saranno attratti a tassazione dall'ordinamento tedesco. La possibilità di usufruire dell'esimente è garantita, tuttavia, solo per le controllate estere che risiedono all'interno dell'Unione Europea; tale limitazione alla possibilità di disapplicare la disciplina è giudicata come molto restrittiva rispetto agli insediamenti societari extra UE, ponendosi in potenziale contrasto con la libertà di movimento dei capitali¹⁰⁴. Riguardo invece alle modalità con cui è articolato il confronto, tra contribuente ed autorità fiscale, in tema di CFC residenti in paesi dell'Unione, la dottrina¹⁰⁵ critica la norma tedesca nella parte in cui fa ricadere l'onere della prova, della genuinità dell'insediamento estero, sul contribuente. Al contrario potrebbe essere invece l'amministrazione finanziaria, con l'utilizzo degli strumenti di cooperazione internazionale nell'ambito dell'Unione, a motivare l'artificialità della struttura estera al fine di applicare la norma CFC.

¹⁰⁴ Cfr. Lampert Steffen, Bittermann Jan-Niklas, Harms Bastian, Il regime CFC in Germania, in Studi Tributari Europei, n. 1/2013, p. 24, “[...] A seguito delle ultime modifiche all’art. 8, comma 2° FTA, apportate nel 2013, la normativa CFC offre ora la possibilità di controprova nei casi di “reddito derivante da investimenti”⁶⁶ ex art. 7, commi 6°, 6a° FTA. Nonostante tale previsione sia stata introdotta al fine di scongiurare violazioni del diritto europeo, la sua effettività è, ad oggi, discutibile. Infatti, secondo l’art. 63 TFUE, la libertà di circolazione di capitali trova applicazione anche agli investimenti derivanti da stati terzi e, dal momento che il nuovo art. 8, comma 2 FTA esclude le base o letter box companies situate in paesi terzi, è ancora possibile che il regime CFC si ponga in violazione della libertà di circolazione di capitali [...]”.

¹⁰⁵ Cfr. Lampert Steffen, op. cit., “[...] Ebbene l’art. 8, comma 2° FTA è chiaramente fondato su tale considerazione, laddove prescrive che il contribuente può dimostrare che la società persegue reali scopi di natura economica. Tuttavia, la dottrina tedesca sovente critica il fatto che l’onere della prova, in merito all’effettività di detta attività economica, ricada sul contribuente – quantomeno laddove non vi siano fatti oggettivi che facciano supporre l’assenza di una reale attività economica. Pertanto secondo questa opinione, le autorità fiscali dovrebbero assumersi l’onere della prova e poiché l’obbligo di cooperazione con l’Amministrazione tributaria risulta essere più ampio per le strutture fiscali straniere, secondo quanto prescritto dall’art. 90, comma 2° dell’Abgabenordnung (legge generale sull’imposizione), fintanto che tale obbligo di cooperazione venga adempiuto, l’onere della prova dovrebbe ricadere sulle autorità fiscali [...]”.

2.1.6. Modalità di tassazione del reddito e attribuzione all'azionista residente

Se sono realizzate le condizioni per l'applicazione della normativa, si procede con la determinazione del reddito da CFC, computando **esclusivamente i redditi passivi**¹⁰⁶. La quantificazione del reddito da CFC da imputare (*add-back amount*) segue quelle che sono le ordinarie regole di determinazione tedesche del reddito d'impresa: FTTA, section 10 (3): “*The income underlying the add-back amount is determined under application of the provisions of German tax law [...]*”. È tuttavia concessa facoltà al contribuente di scegliere se determinare il *reddito da CFC* secondo le regole ordinarie di contabilità, oppure per mezzo di quelle relative alla contabilità per cassa¹⁰⁷. Lo stesso articolo 10 – comma 4 – specifica che si possono computare in diminuzione esclusivamente le spese connesse ai redditi passivi attratti a tassazione; la disposizione è di fondamentale importanza in quanto, una conseguenza del modello *transactional* è che il contribuente è tenuto a *separare*¹⁰⁸ la contabilità della CFC per imputare a ciascuna categoria di reddito esattamente i costi ad essa correlati. L'art. 14 assicura la tassazione anche qualora la partecipazione nella CFC sia detenuta per il tramite di una *sub-holding* estera: in tal caso si considera l'effetto *demoltiplicativo* che scaturisce dall'allungamento della catena di controllo.

Il reddito della CFC è qualificato come un **dividendo simulato**¹⁰⁹, si presume conseguito immediatamente al termine dell'esercizio della società controllata estera¹¹⁰ ed è tassato seppur non realmente percepito. Il regime di attribuzione, invece, delle perdite della CFC presenta significative restrizioni. In primo luogo, non è possibile compensare perdite della CFC maturate nel periodo con i redditi propri dell'azionista residente; tuttavia, tali perdite possono essere *registrate* dall'azionista e compensate con i futuri redditi provenienti dalla CFC. È consentita la compensazione tra perdite ed utili

¹⁰⁶ La selettività nella limitazione dei redditi della CFC da includere nella base imponibile tedesca, fa della norma CFC un tipico modello transazionale, attraendo solo i redditi che per natura sarebbero qualificabili come “pericolosi” da un punto di vista di elusione internazionale, abuso o *tax deferral*.

¹⁰⁷ FTTA, Section 10 (3), “[...] *Profit determination in accordance with the principles set out in section 4 (3) of the Income Tax Act is deemed to be equivalent to profit determination under section 4 (1) or section 5 of the Income Tax Act [...]*”.

¹⁰⁸ Per mezzo di contabilità analitica/industriale, costruendo appositi *rami contabili* del conto economico.

¹⁰⁹ Per alcuni commentatori il sistema tedesco è qualificabile come un ibrido, Cfr Lang Michael, op. cit., Cap. 17, “[...] *the German CFC legislation can be classified as a hybrid between a deemed dividend and the piercing-the-veil approach [...]*”.

¹¹⁰ FTTA, Section 10 (2), “[...] *The add-back amount is income as described in section 20 (1), no 1 of the Income Tax Act and is deemed to have been received immediately following the end of the foreign company's relevant fiscal year [...]*”.

tra i diversi *comparti contabili* della CFC, a condizione, però, che facciano entrambi riferimento a redditi passivi¹¹¹. Tale limitazione è volta ad evitare la commistione tra i risultati economici della *gestione attiva* della CFC rispetto a quella *passiva*. In ultimo, non è consentito per l'azionista residente compensare utili e perdite di diverse CFC nelle quali detiene le partecipazioni e sono previsti strumenti di eliminazione della doppia imposizione¹¹² che, inevitabilmente, si genera al momento della distribuzione e dell'incasso dei dividendi effettivi provenienti dalla CFC.

Infine, si evidenzia che, al fine di razionalizzare la concreta funzionalità della norma, è presente una soglia minima di applicazione¹¹³, volta a semplificare il regime CFC per le società tedesche che conseguono prevalentemente redditi attivi. In base a tale regola non sono assoggettati alla tassazione CFC i redditi passivi quando, contestualmente:

- l'ammontare dei redditi passivi non supera il limite di 80.000,00 euro;
- i proventi lordi¹¹⁴ che li hanno generati non superano il 10% del totale dei proventi lordi.

2.1.7. Recepimento ATAD

La Germania non ha ancora adottato provvedimenti legislativi di recepimento della direttiva ATAD, sebbene il termine di adozione sia spirato il 31 dicembre 2018, ritenendo la legislazione vigente già ampiamente coerente con il *minimum standard* previsto dalla Direttiva (in molti punti è ritenuta notevolmente più protettiva). Sono in

¹¹¹ Cfr. Lang Michael, *Controlled Foreign Company Legislation*, IBFD – WU Institute for Austrian and International Tax Law, n. 17 European and International Tax Law and Policy Series, 2020, Cap 17, “[...] *If a CFC generates negative passive income in one area and positive passive income in another, these shall be offset in accordance with general principles [...]*”.

¹¹² Al momento della tassazione del dividendo simulato il contribuente tedesco può optare per la deduzione delle imposte pagate dalla CFC all'estero oppure detrarle come credito di imposta (section 10 e 12 FTFA). Al momento della distribuzione effettiva di dividendi da parte della CFC, il contribuente tedesco beneficia dell'esenzione dalla tassazione nei limiti della base imponibile, derivante dalla CFC, nell'esercizio in corso e nei sette precedenti. Cfr. Lang Michael, *op.cit.*, p. 17.1.5.5

¹¹³ La soglia opera come un limite *de minimis*; FTFA Section (9), “[...] *When applying section 7 (1), income with respect to which a foreign company is an intermediate company is not taken into account if the gross proceeds underlying it amounts to no more than 10 percent of the company's total gross proceeds, provided that the amounts not taken into account for a company or a taxpayer under this provision do not exceed a total of €80,000 [...]*”. Tale limite minimo è previsto anche nel caso di attribuzione di redditi passivi derivanti da attività di investimento (*holding*) ai sensi della Section (7), co. 6.

¹¹⁴ Rispetto alla disciplina domestica italiana, il testo norma tedesca differenzia nettamente il concetto di reddito (*income*) da quello di provento lordo (*gross proceeds*).

corso di esame e discussione, a livello governativo, delle bozze di riforma per l'adeguamento della norma interna al modello europeo¹¹⁵.

Il requisito del controllo della CFC *rule* tedesca, come è stato esaminato sopra, è sensibilmente diverso da quello delineato dalla ATAD: il secondo è incentrato, invece che sul *controllo domestico*, sul controllo effettivo, di un unico soggetto economico di riferimento, per mezzo di parti correlate.

In merito alla soglia minima di tassazione, quella prevista dalla norma tedesca è piuttosto alta (soglia del 25% in valore assoluto) rispetto a quella che sarebbe adottata utilizzando il criterio della ATAD (7,5%, ovvero metà dell'aliquota dell'imposta sulle società). Un importante punto di differenza è dato dal fatto che, la norma tedesca considera esclusivamente il livello di tassazione dei *passive income*, mentre quella europea considera il livello di tassazione dell'intero reddito della CFC (questa caratteristica dell'ATAD si ritiene possa rappresentare un punto di vulnerabilità, permettendo l'effettuazione di arbitraggi e compensazioni tra il livello di tassazione dei redditi attivi e passivi, con conseguente rischio di elusione della norma CFC).

Il sistema di classificazione dei redditi attivi della norma tedesca differisce sia dal Modello A che dal Modello B dell'ATAD. Analizzando a specchio la lista della norma tedesca, con quella dell'ATAD Modello A, si evince tuttavia che le stesse corrispondono per la gran parte, fatta salva la qualificazione dei dividendi e capital gain che per la ATAD sono sempre passivi, mentre la norma tedesca li considera come redditi attivi¹¹⁶.

2.2. Il modello inglese

La legislazione corrente britannica in materia di CFC è contenuta nel *Taxation (International and Other provisions) Act* (TIOPA) – Part 9/A – del 2010, entrato in vigore dal 1° gennaio 2013¹¹⁷. L'introduzione della nuova normativa è servita, in primo luogo, a rispondere alle esigenze del tessuto economico inglese, per assicurare competitività su scala internazionale e mantenere attrattivo, il territorio del Regno Unito,

¹¹⁵ Draft Bill of the German Federal Tax Ministry of 10 Dec. 2019 entitled, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie (ATAD-Umsetzungsgesetz – ATADUmsG). Cfr. Eckl Petra, Schill Felix, *Reform of the German Controlled Foreign Company Rules*, in *European Taxation*, 2020, p. 247.

¹¹⁶ Cfr. Lang Michael, *Controlled Foreign Company Legislation*, IBFD – WU Institute for Austrian and International Tax Law, n. 17 *European and International Tax Law and Policy Series*, 2020, Cap 17, “[...] *The question arises whether it can be interpreted in such a way that dividends and capital gains can continue to be regarded as active in light of the German exemption system [...]*”.

¹¹⁷ Che ha sostituito l'*Income and Corporation Taxes Act* (ICTA) del 1988.

per l’insediamento delle case madri (*headquartes*) dei gruppi internazionali. Nondimeno, la riforma è stata necessaria per adeguare la precedente norma CFC ai requisiti di compatibilità con l’ordinamento europeo, in particolar modo per quanto attiene al tema di libertà di stabilimento, a seguito della pronuncia *Cadbury Schweppes*¹¹⁸. La nuova norma CFC del Regno Unito rispetto alla normativa italiana¹¹⁹, francese e tedesca, è fortemente particolareggiata nelle **sezioni relative alla disciplina delle società finanziarie, bancarie ed assicurative**, presumibilmente anche in ragione del diverso peso specifico di tali settori nei diversi paesi e del ruolo strategico che rivestono nell’economia britannica.

La nuova disciplina è applicabile alle sole società residenti in UK che partecipano in una società localizzata all’estero: non è prevista la tassazione in capo alle persone fisiche che partecipano nella CFC, il presupposto nasce **solo in capo a soggetti societari**. L’incremento del reddito per effetto dell’attribuzione di una quota di profitti – **nozionali** – della CFC non è qualificato come un *dividendo simulato*, bensì come un incremento della base imponibile della società britannica, quantificato sulla base degli standard contabili adottati¹²⁰. La struttura di CFCrule del modello inglese differisce sensibilmente da quelle continentali (Francia, Italia e Germania), con una elevata complessità della disciplina, articolandosi in una fitta rete di *condizioni di ingresso ed esimenti* che si applicano, separatamente, alle diverse *linee di attività* della CFC oggetto di *assessment*. L’approccio separato ai diversi rami aziendali della società controllata evoca il principio dell’analisi *transaction by transaction*¹²¹ propria delle regole OCSE sulla determinazione dei prezzi di trasferimento delle multinazionali.

¹¹⁸ La novella normativa è stata introdotta a seguito di specifica richiesta da parte della Commissione Europea. Cfr. European Commission – Taxation: Commission requests UK to further amend its treatment of controlled foreign corporations (CFCs).

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/ip_11_606/IP_11_606_EN.pdf

È interessante notare come il legislatore britannico, per rispondere alle esigenze di conformità della norma domestica rispetto ai principi della Corte di Giustizia, abbia *attinto* ai concetti di determinazione delle condizioni di libera concorrenza propri della disciplina dei prezzi di trasferimento.

¹¹⁹ Il nuovo articolo 167 non prevede disposizioni specifiche in relazione a tali settori.

¹²⁰ Cfr. Lang Michael, op. cit., Cap. 41, IFRS oppure i principi contabili adottati nel Regno Unito Financial Reporting Standard.

¹²¹ Per effetto del quale non è consentito, ai fini della valutazione, procedere al raggruppamento di più transazioni eterogenee, bensì è necessaria un’analisi separata rispetto al profilo funzionale proprio di ciascuna transazione. Cfr. OECD Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions, february 2020; Par. 3.9 “[...] *Ideally, in order to arrive at the most precise approximation of arm’s length conditions, the arm’s length principle should be applied on a transaction-by-transaction basis. However, there are often situations where separate transactions are so closely linked or continuous that they cannot be evaluated adequately on a separate basis [...]*”.

2.2.1. Caratteristiche generali – tipologia di controllo – condizioni di accesso

La norma CFC del regno Unito si inquadra in un sistema di tassazione nazionale incentrato sul **criterio della territorialità**¹²², e la stessa qualifica come *società estere controllate* tutte le società¹²³ residenti all'estero che sono **controllate da soggetti residenti in UK**¹²⁴. Sebbene le persone fisiche non siano imputabili di un *CFC charge*, esse rilevano invece¹²⁵ al fine di determinare se sussiste il controllo di una società estera e, pertanto, se la stessa rientra nel regime CFC¹²⁶. La nozione di controllo, rilevante ai fini della disciplina, impiega criteri – approssimativamente – simili per la definizione del perimetro di controllo in materia di *transfer pricing*: rilevano dunque le nozioni di controllo **di diritto**, il controllo **economico** e controllo in base ai **principi contabili nazionali**¹²⁷. Al fine della verifica del controllo di diritto ed economico, si considerano non solo le partecipazioni *dirette* ma anche quelle *indirette* e, in particolare, anche quelle detenute per il tramite di *imprese associate*: proprio la definizione di quest'ultimo concetto di *impresa associata* è stata una delle modifiche apportate alla disciplina a seguito del recepimento della ATAD. Di seguito sono analizzati i tre criteri di controllo previsti dal TIOPA:

¹²² Che si contrappone al criterio della residenza, in cui il soggetto residente è tassato su tutti i redditi ovunque prodotti (*worldwide principle*); si usa anche distinguere tra *sistema della fonte* e *sistema della residenza*. Cfr. Uckmar Victor e AAVV, *Diritto tributario internazionale: manuale*, CEDAM, 2012, p. 107, “[...] *al contrario del principio di CEN, l’esonazione dei redditi esteri mira a consentire ai soggetti residenti di competere sui mercati esteri a parità di condizioni con i soggetti ivi operanti [...] Taluni paesi europei attuano, in via unilaterale o per politica convenzionale, il metodo dell’esonazione: si tratta in particolare di Francia e Germania [...]*”.

¹²³ Oltre alle stabili organizzazioni estere di soggetti residenti che godono dell’esonazione alla tassazione nel Regno Unito.

¹²⁴ Cfr. HMRC Internal Manual – International Manual – INTM236000 - Controlled Foreign Companies: Control: contents; “[...] *If a non-UK resident company is controlled by a UK resident person or persons then the non-UK resident company is a CFC*”.

¹²⁵ Insieme alle *company*.

¹²⁶ Anche se, di fatto, non possono essere titolari di un reddito da CFC. Cfr. HMRC Internal Manual – International Manual – INTM236100 - Controlled Foreign Companies: Control: Introduction.

¹²⁷ Cfr. HMRC Internal Manual – International Manual – INTM191100 - Controlled Foreign Companies: Introduction to the CFC rules: Overview; “[...] *Legal control - a test that uses shareholdings and other legal documents to determine whether UK persons control the CFC [...] Economic control - a test that looks to establish whether “economically” the CFC is controlled by UK persons. Even if persons do not own enough of the shares in the CFC to meet the legal control test, they would still be expected to retain the economic benefit of the CFC’s activity through rights to profits, rights to assets in the event of a winding up and rights to the proceeds on the disposal of the CFC [...] Accounting control - a test using an accounting definition of a parent undertaking to determine whether the CFC is a subsidiary [...]*”.

Controllo di diritto: il controllo è integrato quando l'azionista (o gli azionisti), in virtù dei diritti di voto posseduti, è (sono) in grado di determinare ed indirizzare la gestione della società estera.

Controllo economico – il soggetto o i soggetti integrano il requisito del controllo economico se è ragionevole supporre che ricevano la maggioranza di uno dei seguenti elementi: il ricavato della cessione delle quote della società in caso di alienazione dell'intero pacchetto di partecipazioni; l'utile in caso di distribuzione dello stesso; i beni nell'ipotesi di liquidazione e scioglimento.

Controllo in base ai principi contabili¹²⁸ – sussiste se l'azionista ha l'obbligo di consolidare, nel proprio bilancio, il risultato conseguito dalla CFC ai sensi dei principi contabili adottati nel Regno Unito (*Financial Reporting Standard 102*).

La condizione del controllo, di diritto ed economico, si realizza anche quando due o più soggetti residenti in UK, **congiuntamente**, detengono diritti superiori al 50% nella società estera, indipendentemente dall'esistenza di rapporti di correlazione tra i due (o più) soggetti¹²⁹. È inoltre prevista una regola specifica, nel caso di *joint venture*, dove un azionista sia residente nel Regno Unito ed un altro in un paese estero, definita “regola del 40%”. In base alla disposizione [371RC – TIOPA] la società partecipata è trattata come una CFC se: (i) due soggetti la controllano, di cui uno residente in UK; (ii) il soggetto inglese detiene il 40% dei diritti della società estera; (iii) il socio estero detiene una partecipazione non inferiore al 40% ma non superiore al 55%.

Una volta verificata la presenza del controllo e quindi la potenziale qualifica del soggetto estero come CFC, la norma fissa i requisiti che deve avere l'azionista residente per poter essere un soggetto titolare di un *reddito da CFC*. I soggetti nazionali che possono dunque essere esposti al rischio di un *CFC charge* (incremento della propria

¹²⁸ Financial Reporting Standard n. 102.

¹²⁹ Section 371RB (7), Chapter 18, Part 9/A, TIOPA, “If two or more persons, taken together, meet the requirement of subsection (1) or (2) for controlling a company, those persons are taken to control the company”. Cfr. HMRC Internal Manual – International Manual – INTM236225 - Controlled Foreign Companies: Control: Legal and economic control: Legal control; “[...] Legal control is extended so that where two or more persons taken together have the power to secure that the affairs of a company are conducted in accordance with their wishes, they are treated as having control of it. The two (or more) persons do not have to be connected to each other to be taken to have control and so two unconnected persons holding 30% of a company's voting power each will be treated as controlling the company [...]”.

base imponibile per effetto dell'applicazione della CFCrule) sono le **società UK** residenti che hanno un **interesse partecipativo di almeno del 25%**¹³⁰ in una CFC (“**Relevant interest**” ai sensi del Chapter 15 – Part 9/A – TIOPA).

In linea generale, il sistema CFC inglese prevede l'attribuzione di reddito all'azionista residente quando le *funzioni significative* in relazione al reddito della CFC e gli *associati rischi*, sono rispettivamente esercitati e riconducibili a persone nel Regno Unito. La legge inglese, per tali fini, fa esplicito riferimento ai criteri definiti nel report OCSE sulla quantificazione dei profitti da attribuire alle stabili organizzazioni. L'analisi funzionale per adempiere ai requisiti della norma e della regolamentazione britannica è per i contribuenti piuttosto onerosa¹³¹, oltre ad essere articolata su una lunga serie di *step* procedurali.

Laddove un reddito da CFC sia imputabile ad una società residente, il calcolo di tale reddito è effettuato in base alle generali regole fiscali del Regno Unito. È possibile la compensazione delle perdite generate dall'attività *domestica* della società per compensare i redditi da CFC, solo però su base annuale ed è concesso un credito di imposta per le imposte assolute all'estero dalla società controllata.

Per semplificare l'applicazione del regime, sono previste una serie di esimenti che tendono ad escluderlo a priori, in presenza di determinate condizioni¹³² (*entity level exemption*). Il sistema di esimenti a *livello di entità* della CFCrule britannica prevede che, quando un contribuente ritiene di ricadere in una o più delle fattispecie di esclusione, può evidenziare tale circostanza in dichiarazione, indicando la causale dell'esimente invocata. Nel caso di presenza di più di una circostanza esimente, il contribuente dovrà scegliere quale indicare (può essere espressa un'unica causale). Se a seguito dell'attività dell'autorità fiscale britannica l'esimente invocata si ritiene

¹³⁰ Da sole o insieme ad imprese associate.

¹³¹ Si veda il *flowchart* dell'autorità fiscale britannica al link:

<https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm191100#IDAEVDPD>

¹³² Nell'ipotesi in cui una condizione esimente sia verificata il contribuente potrà non applicare direttamente la norma CFC, senza procedere alla successiva analisi funzionale. Cfr. Smith Paul – *New UK CFC Rules* – in *European Taxation* – IBFD, 2013, pag. 127, “[...] These may be referred to as “entity level exemptions” because if a CFC qualifies for one of these exemptions then the entire income of the CFC will be outside the scope of the CFC rules and the group need not concern itself with the CFC provisions in relation to this company [...]”.

insussistente, solo allora potrà essere invocata un’altra esimente¹³³. Oltre alle esimenti in oggetto, previste a livello di *legal entity*, la norma CFC prevede anche **clausole esimenti/di esclusione specifiche** in ognuna delle condizioni di accesso (*gateway*) al regime. La struttura delle esimenti appare pertanto nidificata: prima vengono le esimenti a livello di entità, successivamente si verificano le condizioni di accesso e, infine, in ognuna di queste condizioni sono previste ulteriori specifiche esimenti.

2.2.1.1. Esimente in base al livello di tassazione

Prioritariamente rispetto al resto delle analisi, la norma CFC inglese non si applica se è dimostrabile che la CFC è sottoposta ad un livello di *tassazione normale*, ovvero **pari almeno al 75%** di quello a cui sarebbe sottoposta se fosse stata residente nel Regno Unito¹³⁴. Il confronto va effettuato tra l’ammontare dell’imposta effettivamente sostenuta dalla CFC – *local tax amount*¹³⁵ – e l’ammontare di imposta virtuale – *corresponding UK tax* – a cui la CFC sarebbe stata sottoposta qualora fosse stata residente in UK. Questa esimente definisce – in negativo – le caratteristiche che deve avere un regime fiscale estero per poter essere qualificato, ai sensi della disciplina UK, come un paese a fiscalità privilegiata: un livello di tassazione effettiva inferiore al 75% di quella domestica.

2.2.1.2. Esimente in base al territorio di insediamento della CFC

Questa esimente (*excluded territories exemption* - ETE) opera escludendo, automaticamente, dal regime CFC le società controllate in alcuni paesi che sono ritenuti a basso rischio dalla legislazione inglese, quando le società sono contestualmente caratterizzate da determinate condizioni. L’elenco dei paesi ritenuti affidabili è definito dal regolamento¹³⁶ 3024 del 2012. Il regolamento individua anche una **white list**

¹³³ Cfr. HMRC Internal Manual – International Manual – INTM224000 Controlled Foreign Companies: Entity Exemptions: contents.

¹³⁴ Cfr. HMRC Internal Manual – International Manual – INTM226000 Controlled Foreign Companies: Entity Exemptions: Chapter 14 – the Tax exemption: content, “*The purpose of this entity level exemption is to easily exclude a CFC from having to apply the CFC rules to its profits when it pays a normal to high level of tax in its territory of residence. Any CFC that satisfies the tax exemption, does not need to be included in a chargeable company’s corporation tax return*”. Cfr. TIOPA, Part 9A, Chapter 14, Section 371NB, “[...] *The tax exemption applies if the local tax amount is at least 75% of the corresponding UK tax [...]*”.

¹³⁵ Cfr. HMRC Internal Manual – International Manual – INTM226000 Controlled Foreign Companies: Entity Exemptions: Chapter 14 – the Tax exemption: the basic rule, “[...] *The local tax amount taken into account for the purposes of the tax exemption is the tax paid under the law of the CFC’s territory of residence on its profits, exclusive of any capital gains or losses (i.e. the CFC’s “local chargeable profits”) [...]*”.

¹³⁶ Controlled Foreign Companies (Excluded Territories) Regulations 2012 SI 3024 (The Regulations).

semplificata, le cui condizioni richieste sono meno stringenti, che riguarda i seguenti paesi sviluppati: Australia, Canada, Francia, Germania, Giappone e Stati Uniti.

2.2.1.3. Esimente in base al limite minimo del reddito

L'esimente in questione è relativa al caso in cui, a seguito dei bassi profitti registrati dalla controllata estera, la stessa non è ritenuta per l'ordinamento inglese ad alto rischio elusivo. Affinché possa essere invocata tale esimente devono essere presenti, congiuntamente, le seguenti due condizioni:

- i profitti complessivi contabili della CFC non devono eccedere i 500.000 GBP;
- i profitti derivanti da attività non commerciale non devono eccedere i 50.000 GBP.

Tale esimente (*low profits exemption*) opera come una soglia *de minimis* al di sotto della quale non è ritenuto conveniente applicare il regime delle CFC. Resta ad ogni modo per l'azionista britannico l'obbligo di effettuare una *disclosure* dichiarativa dell'elenco delle società controllate che ricadono all'interno di tale soglia di esclusione.

2.2.1.4. Esimente in base al limite minimo dell'EBIT

L'esimente opera nel caso in cui i profitti della CFC, prima della deduzione degli interessi, siano meno del 10% delle spese operative¹³⁷, intese come COGS e OPEX, ad eccezione dei beni non effettivamente utilizzati/venduti nel paese di incorporazione della CFC. L'esimente opera a livello di *legal entity* ed è rivolta alle CFC che svolgono un'attività sostanziale e funzioni relativamente a basso valore aggiunto al di fuori del Regno Unito, quali: *back-office functions, local marketing and distribution operations, toll manufacturing, or call or data- processing centres*.

2.2.1.5. Esimente per periodo post – acquisizione

L'esimente in oggetto è volta a disapplicare la norma CFC, generalmente per i dodici mesi successivi, rispetto all'acquisizione della società da parte di un gruppo britannico.

¹³⁷ Cfr. HMRC Internal Manual – International Manual – INTM225750 - Controlled Foreign Companies: Entity Exemptions: Chapter 13 - The Low Profit Margin Exemption; “[...] *The exemption applies if the CFC’s accounting profits are (or the profit margin is) no more than 10 per cent of its relevant operating expenditure (as defined for the purposes of the exemption) for the relevant accounting period of the CFC [...] Relevant operating expenditure is operating expenditure included in the accounts for the relevant accounting period of the CFC excluding: (i) costs of goods purchased by the CFC unless those goods are actually used by the CFC in its territory of residence (such as use for manufacturing or physical delivery and sale in the CFC’s territory of residence), and (ii) any expenditure giving rise directly or indirectly to income of a person related to the CFC [...]*”.

L’esimente può essere invocata solo qualora la società acquisita eserciti un’**effettiva attività economica**. La *ratio* della previsione legislativa in questione è quella di dare il tempo, alla CFC entrata a far parte del gruppo, di riorganizzare i propri processi affinché non determinino la ricaduta nel regime CFC.

2.2.2. Determinazione del “reddito da CFC” – i gateway charge

Il pilastro su cui è fondata la CFCrule britannica è dato dalle diverse **condizioni di accesso** al regime: i **CFC gateway charge**, o *portali*¹³⁸ per la tassazione. Questi esprimono le modalità attraverso le quali i profitti della CFC diventano tassabili in capo al soggetto residente¹³⁹, e sono collegate alle **attività svolte**¹⁴⁰ dalla società, al suo **profilo funzionale** oltre ad alcune **caratteristiche** che sono proprie della CFC. Per ogni condizione di accesso/*portale* sono previsti dei **filter test**, per verificare la ricaduta o meno dell’attività della CFC in quel *portale*, oltre ad ulteriori **esimenti specifiche**¹⁴¹ per disapplicare il regime in presenza di determinate caratteristiche (generalmente di natura funzionale) della CFC. In linea di principio, le attività svolte da una CFC possono ricadere in una o più *condizioni di accesso/portali*: il principio cardine è che, nell’analisi (*assessment* fiscale), vanno considerate le attività della CFC prese singolarmente, non rilevando quale, tra di esse, sia l’attività principale esercitata dalla società. Tendenzialmente non ricadono in queste *condizioni di accesso* le sole componenti derivanti da gestione di patrimoni immobiliari al di fuori del Regno Unito.

2.2.2.1. Profitti attribuibili ad attività UK (Chapter 4)

Il *portale* entra in funzione quando si verifica una distrazione di profitti dal Regno Unito al paese di insediamento della CFC, per mezzo di una separazione – artificiosa – degli asset e rischi allocati sulla CFC rispetto alle attività sottostanti ad essi, che continuano ad essere svolte all’interno del Regno Unito. Per effetto di questa allocazione artificiosa di asset e rischi si determina una allocazione inappropriata di profitti tra la casa madre britannica¹⁴² e la CFC, sovradimensionando i profitti imputati a quest’ultima. Affinché

¹³⁸ Nella trasposizione italiana del termine inglese.

¹³⁹ Cfr. Lang Michael, *Controlled Foreign Company Legislation*, IBFD – WU Institute for Austrian and International Tax Law, n. 17 European and International Tax Law and Policy Series, 2020, Cap 41, par. 41.1.3, “[...] The reference to “gateway” in this respect is to the ways in which profits become chargeable under the CFC provisions [...]”.

¹⁴⁰ Il riferimento è alle attività, non ai redditi ed alla loro qualificazione tra attivi e passivi.

¹⁴¹ Diverse ed ulteriori rispetto alle esimenti a livello di *legal entity* analizzate nel paragrafo precedente.

¹⁴² Ovvero altre società del gruppo residenti in UK.

l'attività di una CFC possa ricadere in questo specifico *portale*, sono previsti **quattro filter test**: il regime CFC si applica solo se nessuna delle quattro esclusioni (da A a D) si verifica.

Filter test A – La CFC non detiene *asset* o sopporta rischi in funzione di una costruzione (*arrangement*) la cui principale finalità, o una delle principali, è ridurre o eliminare il carico fiscale di un soggetto passivo UK e, specularmente, sussiste l'aspettativa che il carico fiscale in un territorio estero sia ridotto o eliminato in funzione della costruzione.

Filter test B – La CFC non detiene *asset* o sopporta rischi la cui **gestione** è effettuata per il tramite di personale localizzato in UK (*relevant UK activities*).

Filter test C – La CFC è capace **autonomamente** di realizzare un'attività **commerciale effettiva** in condizioni di indipendenza, senza ricorrere a rapporti economici con parti correlate del gruppo. Quello in questione è un *test di indipendenza* della società, al fine di appurare se la struttura è ancillare e dipendente dalla casa madre oppure è dotata di autonomia economica, operativa e gestionale.

Filter test D – La CFC consegue solo profitti finanziari (in tal caso si applicano gli specifici *portali*) o profitti da gestione di proprietà immobiliari.

Il processo per l'attribuzione del reddito all'azionista residente consta di 8 *step* per la verifica delle condizioni di tassazione che sono incentrati sull'analisi delle funzioni significative esercitate dal personale UK (*significant people functions*). La tassazione della parte di reddito avviene attraverso la *simulazione giuridica* dell'esistenza di una **stabile organizzazione della CFC** radicata nel territorio del Regno Unito, in base alle funzioni svolte ed ai rischi gestiti dalle persone UK, seguendo, per la quantificazione del reddito, l'approccio ufficiale OECD in materia. È importante sottolineare come, in base alle istruzioni di prassi, ci si aspetta che vengano prioritariamente applicate le disposizioni sul *transfer pricing*, come primo argine alla distrazione di profitti¹⁴³ e, solo

¹⁴³ Cfr. HMRC Internal Manual – International Manual – INTM197200 - Controlled Foreign Companies: The CFC Charge Gateway Chapter 3 - Determining which (if any) of Chapters 4 to 8 apply: Does Chapter 4 apply?: contents; “[...] *Transfer pricing legislation [...] is the primary remedy to inappropriate division of profit between companies within a group of companies. Chapter 4 applies where transfer pricing cannot remedy such inappropriate division. This will be in situations where individual transactions are correctly priced but the circumstances are such that profit attaches to foreign owned assets or risks that have been artificially separated from UK activity [...]*”.

laddove i disallineamenti non siano stati rimossi, l’applicazione della disciplina CFC. Il *portale* in esame prevede tre ulteriori esimenti specifiche che, laddove presenti, possono evitare al contribuente la predisposizione dell’analisi complessiva.

2.2.2.2. Profitti finanziari (*Chapter 5*)

Questi profitti conseguiti dalla CFC passano attraverso il relativo *portale* se hanno le caratteristiche di proventi finanziari¹⁴⁴, ad esclusione di quelli derivanti dall’esercizio di attività bancaria o assicurativa (per le quali è previsto uno specifico *portale*). Sono oggetto di questa categoria i profitti finanziari conseguiti dalla CFC che derivano da:

- (i) asset e rischi le cui funzioni significative (SPF) sono svolte da soggetti residenti in UK, ricalcando, in generale, il principio¹⁴⁵ contenuto nel *Chapter 4*;
- (ii) operazioni finanziarie i cui capitali sono derivanti dal Regno Unito (*relevant UK funds or other assets*), da soggetti parti correlate del gruppo, indipendentemente dallo svolgimento o meno di funzioni significative del personale;

¹⁴⁴ Cfr. HMRC Internal Manual – International Manual – INTM197700 - Controlled Foreign Companies: The CFC Charge Gateway Chapter 3 - Determining which (if any) of Chapters 4 to 8 apply: Does Chapter 5 apply?: What are non-trading finance profits?

“[...] Interest income on loans not made for a trade purpose;

Related transactions i.e. disposals or acquisition (in whole or in part) of rights or liabilities under a loan relationship;

Exchange gains and losses arising on loan relationships;

Repos and stock lending;

Relevant non-lending relationships;

Disguised interest;

Derivative contracts and related transactions;

Non-trading finance profits arising on relevant finance leases and

Any amounts that would be chargeable to corporation tax under Part 9A of CTA 2009 (company distributions)

[...]”.

¹⁴⁵ In relazione alle funzioni significative del personale, relativamente ai processi finanziari il report OCSE sull’allocazione dei profitti alle stabili organizzazioni parla di *KERT functions* (*key entrepreneurial risk-taking functions*).

(iii) operazioni di finanziamento realizzate nei confronti di società britanniche del gruppo, la cui finalità¹⁴⁶ è quella di rimpatriare dalla CFC capitali con uno strumento diverso rispetto alla naturale – e più onerosa fiscalmente – distribuzione di dividendi¹⁴⁷;

(iv) operazioni di *leasing* verso parti correlate nel Regno Unito, realizzate per finalità di vantaggio fiscale¹⁴⁸ e non come modalità preferita, rispetto ad altre, per l’acquisizione del bene.

Anche questo *portale* prevede delle esimenti specifiche e, in particolare, è concessa una soglia di *safe harbor* nel caso in cui la CFC eserciti un’attività commerciale ed i proventi finanziari abbiano carattere di accessorietà: il limite per l’esclusione dal regime dei profitti finanziari è il 5% rispetto al totale dei profitti della CFC¹⁴⁹ (*incidental non-trading finance filter test*).

Al fine di promuovere lo sviluppo dei gruppi multinazionali britannici (con quartier generale nel territorio dello stato), il TIOPA¹⁵⁰ prevede, in riferimento ai profitti

¹⁴⁶ Cfr. HMRC Internal Manual – International Manual – INTM203700 - Controlled Foreign Companies: The CFC Charge Gateway Chapter 5 - Non-trading finance profits: Arrangements in lieu of dividends; “[...] *The condition is intended to limit the application of TIOPA10/S371ED to profits from arrangements that have been used to repatriate funds to the UK rather than passing those funds up to the UK by way of a distribution. Profits from such an arrangement will pass through the CFC charge gateway if it is reasonable to suppose that the arrangement has been made as an alternative to making a dividend or other form of distribution, directly or indirectly, to the UK and that the main reason or one of the main reasons for adopting the alternative arrangement is a reason relating to any UK or non-UK tax liability. This is not a test of purpose of the arrangement itself (which is likely to be to repatriate funds to the UK), but instead a test to determine the reason why the funds were repatriated in the form of a loan to the UK rather than a dividend being paid to the UK. The test will catch, for example, a loan being made by the CFC to the UK to repatriate funds to the UK instead of paying those funds back by way of a dividend because a dividend paid to the UK would have attracted withholding tax [...]*”.

¹⁴⁷ Che potrebbero scontare una ritenuta alla fonte nel paese di provenienza.

¹⁴⁸ Cfr. HMRC Internal Manual – International Manual – INTM203800 - Controlled Foreign Companies: The CFC Charge Gateway Chapter 5 - Non-trading finance profits: Leases to UK resident companies; “[...] *The rule is limited to those cases where it is reasonable to suppose that the main reason or one of the main reasons for entering into the relevant finance lease (or any other arrangement which would not be a relevant finance lease or involve the CFC, but involves the UK party to the arrangement directly or indirectly purchasing rights to use the asset) rather than purchasing the asset is a UK or non-UK tax reason. It is not a test of purpose for the finance lease, which is likely to be to provide funds to the UK, but instead a test of the reason why a finance lease was entered into rather than another means of acquiring the asset [...]*”.

¹⁴⁹ Cfr. HMRC Internal Manual – International Manual – INTM197760 - Controlled Foreign Companies: The CFC Charge Gateway Chapter 3 - Determining which (if any) of Chapters 4 to 8 apply: Does Chapter 5 apply?: What is excluded from non-trading finance profits?: Incidental non-trading finance profits - the 5% rule; “*A CFC’s non-trading finance profits will not pass through the Chapter 5 charge gateway if certain requirements are met. Broadly, these requirements exclude from charge, incidental non-trading finance profits that are no more than 5% of trading profit and/or property business profit or 5% of exempt distribution income, creating a safe harbour. If the CFC’s non-trading finance profits are no more than 5% of the following amounts: if the CFC has trading profits and/or property business profits, the total of those profits determined before deduction of interest or any tax or duty (its EBIT figure); if the CFC has exempt distribution income, the total of its exempt distribution income, if it has both types of income in the first and second bullet points, the total of both, then the 5% safe harbour rule will exclude the CFC’s non-trading finance profits from consideration under Chapter 5 [...]*”.

¹⁵⁰ TIOPA10/Part 9A/S371IG(1)

finanziari del *Chapter 5* una specifica esenzione dall'applicazione di questo *portale*, specificamente prevista per i soli soggetti che operano come *società finanziarie* e di *tesoreria* al servizio del proprio gruppo internazionale. L'impiego di società finanziarie estere risulta particolarmente vantaggioso, da un punto di vista fiscale, per diversi motivi. Collocando una società finanziaria in un paese a fiscalità privilegiata, gli interessi attivi conseguiti sui finanziamenti *intercompany* possono, in primo luogo, beneficiare di una tassazione ridotta (o addirittura nulla) nel paese di insediamento della CFC. Quest'ultima può acquisire le risorse finanziarie, per lo svolgimento dell'attività, direttamente dalla casa madre in forma di capitale o finanziamenti agevolati. Se il paese della CFC ha anche una buona rete di trattati contro le doppie imposizioni, il flusso di interessi attivi in entrata beneficerà anche di un prelievo ridotto, per mezzo delle ritenute (*withholding tax*) applicabili nel paese della fonte che saranno limitate alla soglia massima prevista dalle convenzioni. I profitti finanziari accumulati nella CFC, assoggettati ad un limitato prelievo fiscale complessivo, potranno dunque essere o reinvestiti in ulteriori finanziamenti per il gruppo o *rimpatriati* nel Regno Unito sotto forma di dividendi. Le strutture societarie in questione possono pertanto essere un efficace veicolo, per le case madri inglesi, per finanziare il resto del gruppo, con risorse proprie, senza sopportare un carico fiscale eccessivo: essendo una leva concorrenziale importante, la nuova disciplina CFC è stata concepita per non ostacolarne l'utilizzo. Le società estere che hanno finanziamenti attivi qualificati (*qualifying loan relationship*¹⁵¹), possono fruire di **un'esenzione totale** o **del 75%** qualora, ai sensi del *Chapter 5*, i proventi finanziari della CFC siano attratti dallo specifico regime. Per finanziamenti qualificati si intendono quelli effettuati dalla CFC **verso altre società del gruppo non residenti in UK**: a tal fine il soggetto che controlla la società beneficiaria del prestito della CFC deve essere lo stesso soggetto che controlla la CFC¹⁵². Per

¹⁵¹ I cui fondi provengono dall'interno del gruppo di controllo della CFC. Cfr. HMRC Internal Manual – International Manual – INTM217000 - Controlled Foreign Companies: The CFC charge gateway chapter 9 - exemptions for profits from qualifying loan relationships: what is a qualifying loan relationship; “[...] claim only applies to loans between non UK resident connected persons where the ultimate debtor is controlled by the same UK resident persons who control the CFC lender [...] The requirement for common control also prevents arrangements under which the UK takes on large amounts of debt in order to fund intra-group financing arrangements for non-UK headed groups [...]”.

¹⁵² Cfr. HMRC Internal Manual – International Manual – INTM217000 - Controlled Foreign Companies: The CFC charge gateway chapter 9 - exemptions for profits from qualifying loan relationships: what is a qualifying loan relationship; “[...] Section 371IG (1)(a) and (8) mean a Chapter 9 claim only applies to loans between non UK resident connected persons where the ultimate debtor is controlled by the same UK resident persons who control the CFC lender. Control in this context means control as defined by Chapter 18 [...]”.

ottenere l'agevolazione la casa madre deve effettuare una specifica richiesta (*claim*) all'autorità fiscale britannica e deve dimostrare di essere in possesso di una struttura organizzativa con locali nel paese di incorporazione della CFC. A seguito del recepimento della ATAD, l'esenzione in questione non può tuttavia applicarsi nel caso in cui i finanziamenti siano attratti in ragione dello svolgimento, nel Regno Unito, di funzioni significative del personale.

2.2.2.3. Profitti da attività bancaria e assicurativa (*Chapter 6*)

Il *portale* opera per i profitti derivanti da attività finanziaria commerciale da parte di società CFC che esercitano attività bancaria e assicurativa. Passano attraverso il portale i *sovra-profitti* che derivano da un eccesso di capitalizzazione della CFC per mezzo di conferimenti da parte di finanziatori residenti nel Regno Unito. L'analisi ha ad oggetto il livello di capitale proprio (*free capital*) o degli investimenti (*free asset*), rispettivamente di banche e assicurazioni, verificando in che misura sono in eccesso rispetto a quelli calcolati in riferimento a terze parti indipendenti¹⁵³. Il differenziale di profitti che scaturisce dalla sovracapitalizzazione è così attribuito all'azionista residente quale reddito da CFC.

2.2.2.4. Attività assicurativa *captive* (*Chapter 7*)

Il *portale* è relativo ai soggetti CFC che svolgono attività assicurativa ed i cui profitti derivano, direttamente o indirettamente, da contratti con società del gruppo residenti nel Regno Unito oppure con persone fisiche residenti nel Regno Unito, in funzione di beni o servizi da queste acquistati. Per tali attività è garantita la possibilità di invocare una esimente specifica per mezzo della quale il contribuente può dimostrare – per le sole controllate residenti all'interno dell'Unione Europea – che non c'è una esclusiva finalità fiscale per il loro insediamento all'estero.

2.2.2.5. Solo consolidation (*Chapter 8*)

Il *portale* disciplina un'ulteriore fattispecie specifica del settore bancario britannico, relativa alle banche residenti nel Regno Unito che detengono partecipazioni in banche

¹⁵³ Cfr. HMRC Internal Manual – International Manual – INTM207100 - Controlled Foreign Companies: The CFC Charge Gateway Chapter 6 - Trading Finance Profits: Introduction; “[...] *Trading finance profits of a CFC fall within Chapter 6 if two factors are present. These are, firstly that the CFC holds free capital or (in the case of a company carrying on insurance business) free assets greater than that it would be expected to hold if it were not controlled by any other company; and secondly that the CFC has UK connected capital contributions [...]*”.

localizzate in territori a fiscalità privilegiata. La banca britannica (controllante) potrebbe avere interesse, per minimizzare il proprio carico fiscale, a sovra-capitalizzare il patrimonio della CFC, in modo tale da far conseguire a quest'ultima un extraprofitto, sgravandola dagli oneri finanziari per l'acquisizione delle risorse (che sarebbero invece sopportati dalla banca residente nel Regno Unito). Questa possibilità di sovra-capitalizzare una società controllata è tuttavia possibile, ai fini delle normative di vigilanza finanziaria, solo nel caso in cui la banca britannica ottenga l'autorizzazione *solo consolidation* dell'autorità finanziaria, attraverso la quale la banca estera controllata è trattata, ai fini della vigilanza, come una stabile organizzazione del soggetto residente¹⁵⁴. Per tale ragione, l'autorizzazione *solo consolidation* è uno strumento potenzialmente in grado di generare effetti fiscali dannosi per l'erario britannico. Per contrastare tale eventualità, la norma CFC nel portale del *Chapter 8* prevede, nel caso di specie, che la base imponibile della banca residente sia integrata con tutti i profitti della CFC in eccesso rispetto a quelli che la stessa avrebbe conseguito, in condizioni di libera concorrenza, se fossero stati determinati con i criteri per l'attribuzione dei profitti alle stabili organizzazioni.

2.2.3. Recepimento ATAD

La CFCrule del TIOPA è apparsa sostanzialmente in linea con il Modello B della ATAD¹⁵⁵, in quanto volta a contrastare le costruzioni *non genuine* poste in essere per ottenere vantaggi fiscali: come è stato già osservato, è proprio il Modello B ATAD ad essere di chiara derivazione dalla CFCrule britannica. Le esimenti previste dalla norma inglese, a livello di entità (*low profit exemption and the low profits margin exemption*), rispecchiano le clausole esimenti – generiche – previste dalla ATAD generiche all'art. 7 comma 4. I cambiamenti apportati con il Finance Bill del 2018¹⁵⁶ non hanno costituito dunque una modifica rilevante dell'impianto complessivo della norma, intervenendo su due aspetti – marginali – della norma domestica. Rispetto al livello di tassazione minimo, come condizione di accesso al regime, quello previsto dalla norma inglese (75% rispetto al livello di prelievo interno) è persino più protettivo rispetto a quello del *minimum standard* indicato dalla ATAD (50%).

¹⁵⁴ In assenza di tale *waiver* la banca residente in UK sarebbe tenuta a ripristinare il capitale conferito nella CFC.

¹⁵⁵ La cui derivazione è proprio la CFCrule britannica.

¹⁵⁶ UK Finance ACT 2019

Il primo cambiamento derivante dalla ATAD è quello che attiene alla nozione di controllo, ed in particolare la definizione che la Direttiva adotta in relazione alle **imprese associate**¹⁵⁷. Nella versione precedente in vigore della norma inglese non erano computati, ai fini del calcolo del controllo, le partecipazioni detenute in imprese associate residenti all'estero, ma solo quelle relative ad imprese associate residenti. Con la modifica del *Chapter* 18 [371RG] del TIOPA, sono considerate imprese associate quelle che per le quali sussiste un legame partecipativo del 25% con il soggetto residente nel Regno Unito, a prescindere da dove queste siano localizzate¹⁵⁸. L'estensione delle fattispecie del controllo, sebbene in conformità alle previsioni della Direttiva, è possibile che comporti il rischio di una ricaduta massiva di soggetti esteri nell'ambito della *CFCrule*.

La seconda modifica da recepimento ATAD attiene all'esenzione specifica del *Chapter* 9 per i profitti finanziari, nella fattispecie dei *qualifying loan*, estendendo la portata applicativa della norma. Prima del recepimento l'esenzione era concessa a **tutti** i prestiti qualificati¹⁵⁹; con la restrizione dell'esenzione è concessa ai soli *prestiti qualificati* che non sono caratterizzati dalla presenza di *UK – SPF*, ossia quando i profitti finanziari sono attratti a tassazione nel Regno Unito a seguito della presenza di funzioni significative del personale svolte in *UK*¹⁶⁰. La modifica normativa allinea

¹⁵⁷ Cfr. <https://www.gov.uk/government/publications/anti-avoidance-directive-about-controlled-foreign-companiesand-eu-exit>; Anti-Avoidance Directive about controlled foreign companies; “[...] Article 7(1)(b) of ATAD defines control by reference to whether a taxpayer, either alone or together with its associated enterprises, controls an entity by reference to capital interests, voting rights or entitlement to profits. The current UK CFC measure of control does not take into account interests held by non-resident associates or related parties. However, ATAD requires all associated enterprises to be taken into account when assessing control. Accordingly, the UK CFC control rules, which are set out in Chapter 18, Part 9A TIOPA 2010, will be amended so that any interests held by associated enterprises, wherever they're resident, are taken into account when assessing control [...]”.

¹⁵⁸ In modo indifferente sia all'interno del Regno Unito che all'estero. Cfr. De Groot Isabella, Larking Berry, *Implementation of Controlled Foreign Company Rules under the EU Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164)*, in *European Taxation – IBFD*, June 2019, p. 261; “[...] Although the United Kingdom already had ownership attribution rules, these were narrower than those of the ATAD. In particular, these rules only took account of UK associates in assessing the control thresholds. Despite the expected exit of the United Kingdom from the European Union under Brexit, the United Kingdom has opted to align its rules with the Directive under legislation that entered into force on 1 January 2019. The new rules overlay the existing rules and act as a secondary control test by taking into account all UK and non-UK 25% associates of the UK taxpayer [...]”.

¹⁵⁹ In possesso dei requisiti previsti per la condizione di *prestiti qualificati*.

¹⁶⁰ Cfr. <https://www.gov.uk/government/publications/anti-avoidance-directive-about-controlled-foreign-companiesand-eu-exit>; Anti-Avoidance Directive about controlled foreign companies; “[...] Article 7(2)(b) of ATAD sets out specific rules for identifying CFC profits that have been generated by key activities – significant people functions (SPFs) – carried out by a controlling company in a member state [...] The UK CFC rules in Chapter 5, Part 9A TIOPA 2010 bring non-trade finance profits into scope where any of the SPFs are carried on in the UK. Profits which fall within Chapter 5 can also be considered under Chapter 9, Part 9A TIOPA 2010, which deals with non-trade finance profits arising from certain related party transactions. Subject to meeting the detailed conditions set out in Chapter 9, some or all of those non-trade finance profits will be exempt. The Chapter 9 rules are commonly

sostanzialmente la norma britannica alla previsione di cui all'art. 7, Model B, della ATAD che prevede, per lo specifico modello, l'attivazione della norma CFC in presenza di funzioni significative del personale, senza prevedere esenzioni rispetto alla tipologia di transazione.

2.3. Il modello francese

L'introduzione della normativa CFC nell'ordinamento francese risale al 1980 e l'originaria finalità era stata dettata dall'esigenza di prevenire lo spostamento di redditi su paesi a bassa fiscalità, per poi rimpatriare i capitali, sotto forma di dividendi infragruppo, beneficiando dell'esenzione alla tassazione degli stessi¹⁶¹. Nel 1993 la norma è stata integrata attraverso una riforma che ne ha esteso l'applicazione anche a soggetti europei, al fine di contrastare la concorrenza fiscale aggressiva di altri paesi europei (in *primis* Olanda, Belgio e Lussemburgo)¹⁶². La soglia minima di partecipazione in una CFC era fissata al 10% mentre era concessa la possibilità di non applicare la disciplina se veniva dimostrato l'intento non *elusivo* della collocazione all'estero della società controllata¹⁶³. Nel 1999 è stata operata una importante estensione che ne ha visto l'applicazione anche alle persone fisiche che detenevano in controllo in società estere. Infine, le riforme successive sono intervenute per *adeguare* la norma nazionale alle diverse pronunce della Corte di Giustizia UE ed al diritto dell'Unione¹⁶⁴. La normativa CFC francese è contenuta, prevalentemente, nell'art. 209 B del Codice generale delle imposte (*Code général des impôts*¹⁶⁵) ed è una disciplina che si applica, indistintamente, ai soggetti residenti che controllano *legal entity* estere o stabili organizzazioni.

referred to as CFC finance company rules. In order to comply with ATAD, we'll amend the UK CFC rules so that non-trade finance profits which fall within the scope of Chapter 5 by virtue of UK SPFs will no longer qualify for consideration under the CFC finance company rules in Chapter 9 [...]".

¹⁶¹ Cfr. Lang Michael, *Controlled Foreign Company Legislation*, IBFD – WU Institute for Austrian and International Tax Law, n. 17 European and International Tax Law and Policy Series, 2020, Cap 16.

¹⁶² Cfr Lang Michael, op. cit., Cap. 16

¹⁶³ Cfr Lang Michael, op. cit., p. 273, "[...] a safe harbor clause was provided for the taxpayer who could demonstrate that the main effect of the scheme was no tax avoidance [...]".

¹⁶⁴ Cfr Lang, op. cit., Cap. 16

¹⁶⁵ Décret 52-152 1952-02-13 art. 8 JORF 14 février 1952. La norma CFC francese si inserisce in un ordinamento tributario nazionale improntato al criterio della territorialità rispetto al criterio al criterio della tassazione *worldwide*.

2.3.1. Caratteristiche generali – tipologia di controllo – condizioni di accesso

L'art. 209 B I – 1 del codice fiscale francese¹⁶⁶ fa ricadere all'interno della disciplina CFC i soggetti societari (sottoposti all'imposta sulle società) residenti in Francia che operano all'estero per mezzo di *legal entity* o *stabili organizzazioni*, quando le imprese estere sono assoggettate ad un **regime di tassazione privilegiato**. Il livello di controllo richiesto è più del 50% del capitale, delle azioni, dei diritti finanziari (amministrativi) o diritti di voto del soggetto estero. La detenzione della partecipazione può essere sia diretta che indiretta e, nel caso di controllo indiretto, la percentuale di partecipazione della società controllante deve essere quantificata attraverso **un meccanismo di demoltiplicazione della catena di controllo**¹⁶⁷. Il livello di partecipazione è del 5%¹⁶⁸ nel caso di soggetti esteri quotati in mercati regolamentati se il controllo è operato di concerto da parte di soggetti francesi oppure nel caso di controllo di fatto da parte della società residente in Francia. La norma francese estende anche l'ambito di detenzione – indiretta – a *parti correlate* rispetto all'azionista residente (ipotesi di *indirect holding*¹⁶⁹): impiegati o dirigenti della società, persone fisiche titolari di partecipazioni nella società, altre società che hanno la medesima compagine sociale della società,

¹⁶⁶ Art. 209 B – I 1, FTC, “*Lorsqu'une personne morale établie en France et passible de l'impôt sur les sociétés exploite une entreprise hors de France ou détient directement ou indirectement plus de 50 % des actions, parts, droits financiers ou droits de vote dans une entité juridique : personne morale, organisme, fiducie ou institution comparable, établie ou constituée hors de France et que cette entreprise ou entité juridique est soumise à un régime fiscal privilégié au sens de l'article 238 A, les bénéficiaires ou revenus positifs de cette entreprise ou entité juridique sont imposables à l'impôt sur les sociétés. Lorsqu'ils sont réalisés par une entité juridique, ils sont réputés constituer un revenu de capitaux mobiliers imposable de la personne morale établie en France dans la proportion des actions, parts ou droits financiers qu'elle détient directement ou indirectement*”.

¹⁶⁷ Cfr. Lang Michael, op. cit., “*When the French legal entity holds the stock, shares, financial rights or voting rights of the CFC through another controlled entity, the final percentage of detention is computed by multiplying the successive percentages of detention of the entities involved in the indirect holding of the CFC [...]*”, pag. 275

¹⁶⁸ FTC, art 209 B, I – 1, “[...] *Le taux de détention mentionné à l'alinéa précédent est ramené à 5 % lorsque plus de 50 % des actions, parts, droits financiers ou droits de vote de l'entité juridique établie ou constituée hors de France sont détenus par des entreprises établies en France qui, dans le cas où l'entité étrangère est cotée sur un marché réglementé, agissent de concert ou bien par des entreprises qui sont placées directement ou indirectement dans une situation de contrôle ou de dépendance au sens de l'article 57 à l'égard de la personne morale établie en France*”.

¹⁶⁹ FTC, art 209 B, I – 2, “[...] *La détention indirecte s'entend également des actions, parts, droits financiers ou droits de vote détenus directement ou indirectement :*

a. *Par les salariés ou les dirigeants de droit ou de fait de la personne morale mentionnée au 1 ;*

b. *Par une personne physique, son conjoint, ou leurs ascendants ou descendants lorsque l'une au moins de ces personnes est directement ou indirectement actionnaire, porteuse de parts, titulaire de droits financiers ou de droits de vote dans cette personne morale ;*

c. *Par une entreprise ou une entité juridique ayant en commun avec cette personne morale un actionnaire, un porteur de parts ou un titulaire de droits financiers ou de droits de vote qui dispose directement ou indirectement du nombre le plus élevé de droits de vote dans cette entreprise ou entité juridique et dans cette personne morale ;*

d. *Par un partenaire commercial de la personne morale dès lors que les relations entre cette personne morale et ce partenaire sont telles qu'il existe entre eux un lien de dépendance économique”.*

partner commerciali della società controllati di fatto dalla stessa. La norma specifica anche che, in caso di controllo attraverso parti correlate, tale nozione è considerata solo nella verifica della sussistenza del controllo e non anche nell'attribuzione del reddito della CFC¹⁷⁰.

2.3.2. Definizione di regime fiscale privilegiato

L'art. 238 A del codice fiscale francese disciplina la condizione affinché un soggetto societario estero sia qualificato come beneficiario di un regime fiscale privilegiato: la circostanza è verificata se la CFC **non è tassata** nel paese di insediamento oppure se ha un livello di tassazione **inferiore al 40%** (prima del 2020 la soglia era la metà del livello di tassazione domestico) di quello che avrebbe scontato in Francia qualora fosse stata residente¹⁷¹. Per la verifica del rispetto della soglia si considerano la *corporate tax* e la *business tax* del paese estero di insediamento ed il livello di tassazione effettiva a cui è stata sottoposta la CFC. Per il calcolo dell'imposizione virtuale domestica francese sono utilizzate le regole di determinazione del reddito adottate dal codice fiscale francese, comprese le regole relative alle agevolazioni fiscali francesi ed alla *participation exemption*.

2.3.3. Determinazione del “reddito da CFC”

Il trattamento del reddito della CFC da attrarre è diverso a seconda che la CFC sia una *legal entity* o una *stabile organizzazione*. Nel primo caso il reddito della CFC è tassato in Francia come un dividendo distribuito (*deemed dividend*) nella misura derivante dalla moltiplicazione del reddito realizzato all'estero rispetto alla quota di partecipazione detenuta dalla società residente. Nel caso della stabile organizzazione, il reddito è tassato in Francia direttamente in capo alla società residente. Nel caso in cui la CFC avesse registrato componenti positivi dati da royalty, dividendi ed interessi, e questi avessero scontato ritenute in paesi terzi, è possibile per la società residente portare in detrazione

¹⁷⁰ FTC, art 209 B, I – 2, “[...] Toutefois, les actions, parts, droits financiers ou droits de vote mentionnés aux a, b, c et d ne sont pas pris en compte pour le calcul du pourcentage de résultat de l'entité juridique établie hors de France, qui est réputé constituer un revenu de capitaux mobiliers de la personne morale”.

¹⁷¹ FTC, art. 238 A, “[...] les personnes sont regardées comme soumises à un régime fiscal privilégié dans l'Etat ou le territoire considéré si elles n'y sont pas imposables ou si elles y sont assujetties à des impôts sur les bénéfices ou les revenus dont le montant est inférieur de 40 % ou plus à celui de l'impôt sur les bénéfices ou sur les revenus dont elles auraient été redevables dans les conditions de droit commun en France, si elles y avaient été domiciliées ou établies [...]”.

l'imposta assolta alla fonte dalla CFC¹⁷². La norma contenuta nell'art. 209 B – I del codice fiscale francese prevede che solo i profitti o i risultati positivi siano attratti a tassazione in Francia, ponendo una limitazione dunque al riporto dei risultati negativi e delle perdite.

2.3.4. Esimenti e prova contraria

Il sistema francese è ancorato a due distinte fattispecie esimenti che operano, differentemente, in base al paese di localizzazione della CFC¹⁷³, a seconda che sia all'interno o all'esterno dell'Unione Europea.

La **prima esimente** è relativa alle società residenti all'interno dell'Unione Europea che possono non ricadere nella disciplina CFC se dimostrano di non essere *costruzioni artificiali poste in essere per eludere la normativa fiscale francese*¹⁷⁴. La terminologia utilizzata dal codice francese è chiaramente introdotta ed ispirata alla sentenza della Corte di Giustizia *Cadbury Schweppes*.

La **seconda esimente**¹⁷⁵ è invece invocabile per gli investimenti in società all'esterno dell'Unione Europea ed è sostanzialmente legata al conseguimento di redditi attivi da parte della CFC, dimostrando che la società estera genera ricavi da attività commerciali o industriali¹⁷⁶: “[...] *quando la società o l'entità giuridica stabilita o costituita al di fuori della Francia svolge principalmente un'attività industriale o commerciale effettiva nel territorio dello Stato in cui è stabilita o la sua sede centrale [...]*. L'onere della

¹⁷² A condizione che tali stati terzi abbiano sottoscritto una convenzione contro le doppie imposizioni con la Francia e non siano tra i paesi fiscalmente non collaborativi.

¹⁷³ Cfr. Lang Michael, op. cit., chapter 16, par. 16.6.2, “[...] *After the Cadbury-Schweppes decision, the safe harbour clause was divided based on the location of the CFC. For EU countries, section 209 B does not apply except for artificial arrangements. For non-EU countries, section 209 B applies except if the taxpayer can demonstrate that the CFC is not established for the purpose of and does not result in tax avoidance [...]*”.

¹⁷⁴ FTC, art 209 B, II, “*Les dispositions du I ne sont pas applicables : – si l'entreprise ou l'entité juridique est établie ou constituée dans un Etat de la Communauté européenne et – si l'exploitation de l'entreprise ou la détention des actions, parts, droits financiers ou droits de vote de l'entité juridique par la personne morale passible de l'impôt sur les sociétés ne peut être regardée comme constitutive d'un montage artificiel dont le but serait de contourner la législation fiscale française*”.

¹⁷⁵ Introdotta dalla riforma del 1993.

¹⁷⁶ FTC, Art. 209 B, III, “*En dehors des cas mentionnés au II, le I ne s'applique pas lorsque la personne morale établie en France démontre que les opérations de l'entreprise ou de l'entité juridique établie ou constituée hors de France ont principalement un objet et un effet autres que de permettre la localisation de bénéficiaires dans un Etat ou territoire où elle est soumise à un régime fiscal privilégié. Cette condition est réputée remplie notamment lorsque l'entreprise ou l'entité juridique établie ou constituée hors de France a principalement une activité industrielle ou commerciale effective exercée sur le territoire de l'Etat de son établissement ou de son siège*”.

prova, per la sussistenza di questa circostanza esimente, è stato traslato sul contribuente a partire dal 2012¹⁷⁷.

Il sistema delle esimenti francese è delineato per evitare la ricaduta massiva di società estere nel regime CFC domestico e ricalca in parte il sistema italiano¹⁷⁸ *duale*, previgente la riforma del D.Lgs 142 del 2018, nel quale convivevano due diversi regimi CFC differenziati rispetto alla localizzazione europea o extraeuropea della società controllata.

2.3.5. Recepimento ATAD

La norma CFC francese non ha necessitato di interventi per l'adeguamento alla Direttiva ATAD in quanto ritenuta già compatibile con i principi delineati dalla Direttiva: gli articoli 7 e 8 della direttiva non hanno determinato modifiche al previgente assetto francese. La norma CFC nazionale ha tuttavia un ambito di applicazione più ampio¹⁷⁹ rispetto a quella indicata dalla ATAD in quanto applicabile anche alle **persone fisiche** che controllano CFC, a differenza del modello di CFCrule della ATAD che è specifico solo per azionisti che hanno la forma societaria¹⁸⁰.

Rispetto ai modelli (A e B) di CFCrule della ATAD, il modello francese si pone – come il modello italiano – come un *terzo modello* che, differentemente da quelli della Direttiva, determina l'attrazione di **tutto il reddito** del soggetto CFC, indipendentemente dalla natura attiva o passiva dei componenti che l'hanno formato (*all or nothing*). Stante le previsioni della seconda esimente, si evidenzia comunque che, pur non essendoci una restrizione in base alla tipologia di reddito, gli azionisti francesi possono ottenere la disapplicazione se dimostrano il conseguimento di ricavi da attività commerciali ed industriali: questa caratteristica funge, indirettamente, come clausola volta ad escludere i *redditi attivi* dall'ambito di applicazione della CFCrule. Anche sotto l'aspetto dell'ampiezza del reddito attratto a tassazione, la CFCrule francese appare più

¹⁷⁷ Cfr. Lang Michael, op. cit., chapter 16, par. 16.1.2.5, “[...] In 2009, the burden of proof was transferred to the taxpayer regarding the applicability of the safe harbour clause to non-cooperative states and, in 2012, the same provision spread to all non-EU Member States [...]”.

¹⁷⁸ Come sarà analizzato nei capitoli successivi, il legislatore italiano ha ritenuto opportuno semplificare i regimi CFC e, a seguito del recepimento della ATAD, ha introdotto un'unica esimente relativa allo svolgimento di un'attività economica effettiva, invocabile indistintamente per le società controllate europee ed extraeuropee.

¹⁷⁹ Cfr. Lang Michael, op. cit., chapter 16, par. 16.2, “[...] the French CFC rules apply to a broader scope of entities and income than the ATAD [...]”.

¹⁸⁰ Nel *minimum standard* fissato dalla Direttiva.

estesa dei modelli previsti dalla ATAD, i quali prevedono una limitazione selettiva dei redditi della CFC da tassare nel paese dell'azionista.

2.4. Il modello statunitense

La norma CFC degli Stati Uniti può essere considerata la prima al mondo, essendo stata introdotta nell'ordinamento americano a partire dal 1961, con lo scopo iniziale di contrastare il differimento – a volte indeterminato – della tassazione (*inappropriate tax deferral*). Questa finalità di politica fiscale ha comportato, nel tempo¹⁸¹, l'introduzione di diversi regimi di contrasto all'indebito differimento che sono stati gradualmente ricondotti a due principali regole CFC, codificate nell'*Internal Revenue Code*: la norma principale, della sezione **Subpart F**¹⁸², applicabile prevalentemente alle società (*corporation*), ed una relativa invece agli investitori persone fisiche, denominata **PFIC**¹⁸³ (*passive foreign investment company*). I modelli attualmente in vigore sono bilanciati per equilibrare la necessità della tutela dell'interesse fiscale nazionale con quella, non secondaria, di competitività delle grandi multinazionali con casa madre americana, operanti su scala globale. Il modello **Subpart F**¹⁸⁴ è disegnato su una combinazione dell'approccio *transazionale* e di quello *giurisdizionale*: sono rilevanti, ai fini della sussistenza delle condizioni di ingresso, sia la *qualità* dei redditi conseguiti dalla CFC (con caratteristiche di *passive income*), sia il territorio di localizzazione della società. I redditi rilevanti sono pertanto individuati da un catalogo di fattispecie per le quali si applicano, per ognuna di esse, anche delle esimenti specifiche¹⁸⁵. La caratteristica principale della CFC *rule* di matrice americana è la sua modalità di applicazione attraverso degli *automatismi* che si attivano a seguito della sussistenza di

¹⁸¹ Cfr. Lang Michael, op. cit., chapter 42, “[...] the US controlled foreign company (CFC) laws were first proposed by Kennedy Administration in 1961, partly as a means to prevent the outflow of US corporate investment abroad. The administration was concerned that US corporations were taking advantage of the deferral opportunity to artificially decrease their effective tax rates through arbitrage [...] The eventual Subpart F rules were a political compromise, reducing the ability of US taxpayers to defer US tax on mobile income but not eliminating deferral opportunities in other cases, particularly active business income, with the view to allow US business to maintain their global competitiveness [...]”.

¹⁸² US Code – Title 26 Internal Revenue Code – Subtitle A, Income Taxes – Chapter 1. NORMAL TAXES AND SURTAXES – Subchapter N. Tax Based on Income From Sources Within or Without the United States – Part III. INCOME FROM SOURCES WITHOUT THE UNITED STATES – Subpart F. Controlled Foreign Corporations.

¹⁸³ IRC – Section 297 – Passive foreign investment company. Cfr. Lang Michael, op. cit., chapter 42, “[...] the PFIC is an anti-deferral regime that is complementary to Subpart F chiefly targeting portfolio investments by individuals that are perceived as being structured for primary purpose of US tax minimization [...] They apply regardless of control and with no de minimis or threshold application [...] Because the PFIC and Subpart F rules overlap, the law provides a coordination rule that gives preference to the latter [...]”.

¹⁸⁴ Oggetto della presente sezione della tesi.

¹⁸⁵ A volte collegate proprio al territorio di insediamento della CFC.

determinate condizioni, prescindendo dallo svolgimento di analisi circa – l'eventuale – finalità elusiva posta in essere dal contribuente.

2.4.1. Caratteristiche generali – tipologia del controllo – condizioni di accesso

La CFCrule statunitense prevede che se un azionista residente detiene una partecipazione in una società straniera e questa, per una qualunque parte dell'esercizio, è considerata una CFC (*controlled foreign corporations*), l'azionista è tenuto¹⁸⁶ ad includere nel proprio reddito imponibile dell'anno una quota (*pro rata share*):

- del reddito della CFC (*Subpart F income*);
- degli investimenti della CFC in proprietà statunitensi (*investments of earnings in US property*).

La condizione di accesso si verifica se la società è considerata CFC in un qualunque momento durante l'esercizio e l'azionista detiene partecipazioni nell'ultimo giorno dell'esercizio fiscale della CFC.

2.4.2. Definizione di CFC ed azionista statunitense

Per il codice fiscale statunitense, una CFC¹⁸⁷ è una società di diritto estero nella quale *azionisti statunitensi (United States Shareholders – USSH)* detengono – in qualsiasi giorno dell'esercizio – più del 50% di almeno uno dei seguenti elementi:

- totale del potere di voto di tutte le tipologie di partecipazioni che conferiscono tali diritti;
- del totale del valore delle partecipazioni nella società.

Per le finalità della disciplina CFC sono considerati *azionisti statunitensi (USSH)* tutti i soggetti (*US person*) che detengono più del 10% di partecipazioni¹⁸⁸ nel soggetto estero.

¹⁸⁶ 26 US CODE – 951 (a), "If a foreign corporation is a controlled foreign corporation at any time during any taxable year, every person who is a United States shareholder [...] of such corporation and who owns [...] stock in such corporation on the last day, in such year, on which such corporation is a controlled foreign corporation shall include in his gross income, for his taxable year in which or with which such taxable year of the corporation ends:

(A) his pro rata share (determined under paragraph (2)) of the corporation's subpart F income for such year, and (B) the amount determined under section 956 with respect to such shareholder for such year [...]"

¹⁸⁷ 26 US CODE – 957 (a); "For purposes of this title, the term "controlled foreign corporation" means any foreign corporation if more than 50 percent of:

(1) the total combined voting power of all classes of stock of such corporation entitled to vote, or

(2) the total value of the stock of such corporation,

is owned (within the meaning of section 958(a)), or is considered as owned by applying the rules of ownership of section 958(b), by United States shareholders on any day during the taxable year of such foreign corporation".

¹⁸⁸ Più del 10% del totale dei voti o del totale del valore delle partecipazioni. 26 US CODE – 951 (b) "For purposes of this title, the term "United States shareholder" means, with respect to any foreign corporation, a United States

I soggetti **US person** rilevanti ai fini della qualifica di azionista sono definiti dal paragrafo 7701 – 26 US Code e comprendono, in particolare: i cittadini o i residenti degli Stati Uniti, le società di persone (*partnership*); le società di capitali (*corporations*); i trust. Ai fini del calcolo sono computate tutte le partecipazioni **dirette, indirette** e detenute attraverso **parti correlate**¹⁸⁹. La soglia minima del 10% di ricaduta nella condizione di azionista “controllante” è relativamente bassa affinché un soggetto, in possesso di tale quota di partecipazione, possa effettivamente esercitare una influenza dominante sulla CFC, se non agisce in concerto con altri azionisti. Le caratteristiche della norma CFC, riguardo alla condizione del controllo, esprimono il concetto del *domestic control*, ovvero il criterio per la quale la società estera è considerata di fatto statunitense se gli azionisti (la maggioranza) sono residenti in US, indipendentemente dal fatto che possano o meno governare di fatto la società estera.

2.4.3. Determinazione del “reddito da CFC” (*Subpart F income*)

A seguito della ricaduta nel regime CFC statunitense è prevista, infine, l’attribuzione del reddito da CFC – definito dall’US Tax Code come “*reddito da Subpart F*” – che viene attribuito all’azionista residente in US, a prescindere dalla sua materiale distribuzione. Il reddito da CFC è distinto in cinque categorie¹⁹⁰, delle quali la principale è il *Foreign Base Company Income (FBCI* – trasponibile in italiano come il *reddito della CFC conseguito all’estero*). Il *foreign base company income* prevede, a sua volta, una suddivisione in tre macro-categorie [US code 954] di seguito evidenziate.

2.4.3.1. *Foreign personal holding company income*

Come evidenziato nella denominazione della categoria reddituale, tale reddito è ritraibile da una serie di *passive income* tra i quali, i principali sono quelli derivanti da dividendi, canoni ed interessi¹⁹¹. In generale, a far parte della categoria reddituale, sono

person [...] who owns [...], or is considered as owning by applying the rules of ownership of section 958(b), 10 percent or more of the total combined voting power of all classes of stock entitled to vote of such foreign corporation, or 10 percent or more of the total value of shares of all classes of stock of such foreign corporation”.

¹⁸⁹ Nozione di *constructive control* che fa riferimento a soggetti correlati a persone fisiche quali i familiari. Questo criterio di collegamento tra azionisti serve solo alla definizione del controllo e non, anche, per l’imputazione del reddito da CFC.

¹⁹⁰ 26 US CODE – 952 (a); Cfr. Lang Michael, op. cit., chapter 42, “[...] *The other categories of Subpart F income include certain insurance income, certain income earned by foreign companies participating in international boycotts, income earned from certain countries with which the US does not have diplomatic relations and amounts paid as illegal bribes or kickbacks [...]*”.

¹⁹¹ In generale, la categoria reddituale in esame ha una lista di componenti – passivi – che è molto simile a quella contenuta nella direttiva ATAD, Model A.

i redditi di natura finanziaria propri dell’attività esercitata dalle *holding* di partecipazione. La sezione 954 [c] definisce l’elenco di tali proventi lordi (*gross income*) e ogni categoria, a suo interno, prevede delle esimenti specifiche al ricorrere delle quali la disciplina CFC non è applicabile:

- a) dividendi, interessi e canoni;
- b) plusvalenze da alienazione di alcune tipologie di partecipazioni;
- c) gli utili derivanti dal trading di *commodities* che non derivano da operazioni di mera copertura;
- d) gli utili su cambi, su valuta estera, che non derivano da necessità della gestione operativa della CFC;
- e) gli utili da contratti derivati che si fondano su un *nozionale* sottostante;
- f) i flussi finanziari *in sostituzione* dei dividendi;
- g) i proventi da servizi di fornitura di personale.

Rispetto alla principale categoria dei dividendi, interessi e royalty, sono previste tre esimenti specifiche. La prima esimente – *same country exception*¹⁹² – prevede che i profitti conseguiti dalla società non siano ritenuti *reddito da CFC* se il soggetto che li corrisponde è una società parte correlata della CFC, è incorporata nella stessa giurisdizione della CFC ed una parte sostanziale dei suoi asset sono utilizzati per l’esercizio di un’attività commerciale localizzata nello stesso paese. La seconda esimente – *look-through rule* – disciplina l’ipotesi in cui una CFC riceva redditi passivi da un’altra CFC parte correlata: l’effetto di questa esimente è che i proventi percepiti non sono considerati *reddito da CFC* nella misura in cui il reddito della – seconda – CFC¹⁹³ non è a sua volta un reddito da *Subpart F*¹⁹⁴. La terza esimente – *active rents*

¹⁹² 26 US CODE – 954 (c)(3)(A)(i), “Except as provided in subparagraph (B), the term “foreign personal holding company income” does not include:

(i) dividends and interest received from a related person which (I) is a corporation created or organized under the laws of the same foreign country under the laws of which the controlled foreign corporation is created or organized, and (II) has a substantial part of its assets used in its trade or business located in such same foreign country, and

(ii) rents and royalties received from a corporation which is a related person for the use of, or the privilege of using, property within the country under the laws of which the controlled foreign corporation is created or organized [...]”.

¹⁹³ Che li corrisponde alla prima.

¹⁹⁴ 26 US CODE – 954 (c)(6)(A) “For purposes of this subsection, dividends, interest, rents, and royalties received or accrued from a controlled foreign corporation which is a related person shall not be treated as foreign personal holding company income to the extent attributable or properly allocable [...] to income of the related person which is neither subpart F income nor income treated as effectively connected with the conduct of a trade or business in the United States [...]”.

and royalties exception – opera nel caso in cui la CFC che matura i canoni sia impegnata in un'attività commerciale ed i canoni derivino da un soggetto terzo¹⁹⁵ rispetto al gruppo.

2.4.3.2. *Foreign base company sales income*

La categoria reddituale raccoglie i profitti derivanti dall'attività commerciale di una CFC, per la quale si verificano congiuntamente i seguenti requisiti:

- un ramo delle operazioni (in acquisto o in vendita) è realizzato verso parti correlate del gruppo;
- i beni compravenduti non hanno una *diretta connessione* con il territorio di insediamento della CFC¹⁹⁶.

Sono tali, dunque riconducibili nel reddito da CFC, i proventi¹⁹⁷ scaturiti dall'acquisto di beni dal gruppo e la vendita a terzi, oppure l'acquisto da terzi di beni per la rivendita a soggetti del gruppo. La limitazione fissata nella definizione di questa categoria di reddito ha, in sé, una esimente *implicita*: il reddito derivante dall'attività commerciale della CFC che non ha le caratteristiche previste dalla sezione 954 (d)¹⁹⁸ non ricade nella qualifica di CFC *income*¹⁹⁹. È preservata, in tal modo, l'attività commerciale ed industriale effettiva²⁰⁰ delle società estere, non rientrando nell'ambito applicativo della disciplina: (i) i profitti derivanti dal commercio, in acquisto e vendita, con parti terze; (ii) la vendita di prodotti fabbricati nel territorio di insediamento della CFC; (iv) la

¹⁹⁵ 26 US CODE – 954 (c)(2)(A), “*Foreign personal holding company income shall not include rents and royalties which are derived in the active conduct of a trade or business and which are received from a person other than a related person (within the meaning of subsection (d)(3)) [...]*”.

¹⁹⁶ 26 US CODE – 954 (d), “*For purposes of subsection (a)(2), the term “foreign base company sales income” means income (whether in the form of profits, commissions, fees, or otherwise) derived in connection with the purchase of personal property from a related person and its sale to any person, the sale of personal property to any person on behalf of a related person, the purchase of personal property from any person and its sale to a related person, or the purchase of personal property from any person on behalf of a related person where: (A) the property which is purchased (or in the case of property sold on behalf of a related person, the property which is sold) is manufactured, produced, grown, or extracted outside the country under the laws of which the controlled foreign corporation is created or organized, and (B) the property is sold for use, consumption, or disposition outside such foreign country, or, in the case of property purchased on behalf of a related person, is purchased for use, consumption, or disposition outside such foreign country [...]*”.

¹⁹⁷ In tale categoria di reddito rientrano anche le commissioni, qualora la società CFC operi come mandataria di soggetti correlati.

¹⁹⁸ Beni non derivanti da attività svolta nel paese della CFC e rapporti con parti correlate.

¹⁹⁹ Cfr. Lang Michael, op. cit., chapter 42, “[...] *Income derived by a CFC from the sale of personal property (e.g. inventory) in the ordinary course of its trade or business is not Subpart F income [...]*”.

²⁰⁰ Sul punto è necessario fare due tipologie di considerazioni. La prima è che i profitti di questa categoria reddituale potrebbero essere oggetto anche di rettifiche dei prezzi di trasferimenti, in particolare dal lato in cui le operazioni commerciali sono conseguite dalla CFC verso delle parti correlate del gruppo. La seconda è che la fattispecie prevista dalla normativa statunitense è molto simile – con le dovute differenze – alla categoria reddituale della ATAD, Model A, di cui al punto vi) “*redditi da società di fatturazione*” ed alla categoria reddituale prevista dal nuovo articolo 167 del TUIR relativa alle “*trading company*” con valore aggiunto scarso o nullo.

vendita di prodotti per l’utilizzo nel paese della CFC; (v) la vendita di prodotti fabbricati proprio dalla CFC²⁰¹.

2.4.3.3. *Foreign base company services income*

Rientrano in questa categoria i proventi²⁰², conseguiti dalla CFC, aventi ad oggetto una pletora di servizi ad *alto valore aggiunto* (tra i quali²⁰³ quelli, tecnici, scientifici, commerciali, ingegneristici, ecc..) eseguiti **a favore o per conto** di parti correlate e svolti **al di fuori del territorio** di insediamento della società estera. Anche questa categoria prevede la sua esimente specifica, per la quale la disciplina non si applica qualora tali servizi siano svolti in *connessione al commercio di beni*, se tali beni devono però esser stati prodotti e fabbricati dalla CFC.

2.4.4. Tassazione del “reddito da CFC”

In base alla propria quota di partecipazione nella CFC, detenuta per mezzo di partecipazioni dirette ed indirette, l’azionista è tenuto ad includere – proporzionalmente – il reddito della CFC derivante dalle fattispecie descritte nei paragrafi precedenti (***Subpart F Income***). La sezione 954(b)(4) prevede tuttavia una esimente generica per le componenti del reddito della CFC che hanno scontato un livello di tassazione significativo²⁰⁴ nel paese estero (***exemption for high rate of foreign tax***); tale livello minimo, per evitare la ricaduta nella disciplina CFC, è fissato ad oggi nella misura del **18,9%**. Vi sono anche due regole che afferiscono al rapporto tra le componenti di *reddito da CFC* e le altre componenti di reddito – non da CFC – della società estera (che non ricadono dunque nelle categorie previste dal Subpart F). La prima regola (***de minimis rule***) prevede che se le componenti di *reddito da CFC* sono inferiori al 5% del risultato operativo complessivo della CFC (oppure, se inferiore, alla soglia di un milione di dollari), allora non vi è alcun obbligo di inclusione del *reddito da CFC* nella base

²⁰¹ Cfr. Lang Michael, op. cit., chapter 42.

²⁰² Sotto forma di commissioni, compensi, *fees*.

²⁰³ 26 US CODE – 954 (e), “For purposes of subsection (a)(3), the term “foreign base company services income” means income (whether in the form of compensation, commissions, fees, or otherwise) derived in connection with the performance of technical, managerial, engineering, architectural, scientific, skilled, industrial, commercial, or like services [...]”.

²⁰⁴ 26 US CODE – 954 (b)(4), “For purposes of subsection (a) and section 953, foreign base company income and insurance income shall not include any item of income received by a controlled foreign corporation if the taxpayer establishes to the satisfaction of the Secretary that such income was subject to an effective rate of income tax imposed by a foreign country greater than 90 percent of the maximum rate of tax specified in section 11”.

imponibile degli azionisti americani²⁰⁵. Specularmente la seconda regola (***full inclusion rule***) prevede che se il reddito da CFC compone una quota significativa²⁰⁶ del risultato operativo della società (quota fissata nel 70%), allora tutto il risultato operativo costituirà *reddito da CFC*. La sezione 959 (a) prevede inoltre l'esclusione dalla tassazione dei profitti che risalgono dalla CFC all'azionista se sono già stati precedentemente tassati come *reddito da CFC*.

2.4.5. Tassazione dei reinvestimenti (***Investments of earnings in US property***)

Oltre al reddito da Subpart F, l'azionista statunitense deve includere nella sua base imponibile gli utili della CFC che sono stati da questa investiti per l'acquisto di beni localizzati negli Stati Uniti (***US property***²⁰⁷); la lista di beni comprende, principalmente: beni fisici localizzati in US; azioni di società US; obbligazioni/crediti verso soggetti US; diritti di utilizzo di intangibili in US. La previsione normativa in oggetto è complementare e si aggiunge alle regole di attrazione del reddito da *Subpart F*. Il principio alla base dell'obbligo di tassazione è che quando una CFC acquista beni localizzati negli Stati Uniti, gli azionisti sono trattati come se il prezzo di acquisto gli fosse stato prima distribuito sotto forma di dividendi e poi fosse stato *reimmesso* nella CFC per consentirle l'acquisto dei beni²⁰⁸. La tassazione materiale di questo flusso di dividendi virtuale è svolta nella stessa misura di un ordinario flusso di dividendi,

²⁰⁵ La regola opera come una condizione “*all or nothing*”: se le soglie vengono superate non è applicata una franchigia per la determinazione del *reddito da CFC*. Cfr. Lang Michael, op. cit., chapter 42; Cfr. IRS – Internal Revenue Manual – Part4 – 4.61.7 Controlled Foreign Corporations “*De Minimis Rule and Full Inclusion Test – IRC 954(b)(3)(A) provides a de minimis rule that excludes all gross income from being considered as foreign base company income or insurance income if the sum of the CFC’s gross foreign base company income and gross insurance income is less than the lesser of 5 percent of gross income or \$1 million [...]*”.

²⁰⁶ Cfr. IRS – Internal Revenue Manual – Part4 – 4.61.7 Controlled Foreign Corporations, “[...] *Under the full inclusion rule of IRC 954(b)(3)(B) if more than 70 percent of the CFC’s gross income is foreign base company income and insurance income then all of the CFC’s gross income will be treated as foreign base company income or insurance income [...]*”.

²⁰⁷ 26 US CODE – 956 (c), “*For purposes of subsection (a), the term “United States property” means any property acquired after December 31, 1962, which is: (A) tangible property located in the United States; (B) stock of a domestic corporation; (C) an obligation of a United States person; (D) any right to the use in the United States of (i) a patent or copyright, (ii) an invention, model, or design (whether or not patented), (iii) a secret formula or process, (iv) any other similar right, which is acquired or developed by the controlled foreign corporation for use in the United States [...]*”.

²⁰⁸ Cfr. Lang Michael, op. cit., chapter 42, “[...] *Congress provided that when a CFC acquires “United States property”, its USSHs are treated, in effect, as if the purchase price for the US property had been distributed to them as a cash dividend and then contributed back to the CFC in order to purchase the property [...]*”.

assicurando pertanto la specifica deduzione prevista per il regime di *participation exemption*²⁰⁹.

2.4.6. I nuovi strumenti per il contrasto dell'elusione: *GILTI e BEAT*

Con la **riforma fiscale del 2017**²¹⁰ (*TCJA – Tax Cut and Jobs Act*), promossa dal governo Trump, il legislatore statunitense ha introdotto – contestualmente – due nuovi regimi, definibili *anti-abuso*, la cui finalità è volta a *compensare* i risparmi fiscali conseguiti all'estero delle grandi corporation americane, imponendo nel paese di residenza della casa madre (US) un **livello di tassazione minimo**. I nuovi strumenti introdotti sono il regime **GILTI**²¹¹ (*Global Intangible Low Taxed Income*) ed il regime **BEAT**²¹² (*Base Erosion and Anti-abuse Tax*), che prevedono modalità *automatiche* di applicazione, ossia prescindendo da un'apposita indagine circa l'esistenza di un intento elusivo del soggetto passivo statunitense e del gruppo societario multinazionale. I due regimi sono anche in qualche modo complementari: il primo (*Gilti*) attrae a tassazione una parte di reddito delle società del gruppo residenti all'estero assicurando una soglia minima globale di tassazione; il secondo (*BEAT*) *protegge* la base imponibile dei soggetti residenti, evitando che sia erosa da pagamenti (addebito di costi) eseguiti nei confronti di parti correlate estere.

Per mezzo della prima novella normativa (**GILTI**) i gruppi multinazionali US devono tassare, **su base mondiale**, il reddito di tutte le controllate estere che eccede, per ciascuna di esse, una soglia minima di profitto, individuata nello **sfruttamento degli asset materiali** (QBAI – *qualified business asset investment*). La soglia è convenzionalmente fissata in un rendimento nozionale del 10%²¹³ ed il *profitto normale*

²⁰⁹ Nel caso in cui i dividendi virtuali abbiano comunque le caratteristiche ed i requisiti della sezione 245° (non si applica se la CFC ha conseguito reddito da CFC).

²¹⁰ *Public law 115–97—DEC. 22, 2017*. Le riforme sono state adottate senza che vi fosse, all'epoca, alcuna indicazione dell'OCSE in merito ma, di fatto, l'OCSE ha poi preso successivamente spunto dal modello US per l'*Inclusive Framework sulla tassazione dell'economia digitale*. Cfr. Arnold Brian J, *The Evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and Beyond*, in *Bulletin for international taxation*, IBFD, 2019, p. 631

²¹¹ Cfr. <https://www.irs.gov/newsroom/tax-cuts-and-jobs-act-a-comparison-for-large-businesses-and-international-taxpayers>; “A U.S. shareholder of any controlled foreign corporation must include their global intangible low-taxed income (GILTI) in a tax year’s gross income in a manner similar to how they include Subpart F income”.

²¹² Cfr. <https://www.irs.gov/newsroom/tax-cuts-and-jobs-act-a-comparison-for-large-businesses-and-international-taxpayers>; “§59A imposes a tax on each “applicable taxpayer” equal to the base erosion minimum tax amount (“BEMTA”) for the taxable year. This tax is in addition to any other tax under Subtitle A”.

²¹³ Cfr. 26 U.S. Code § 951A - Global intangible low-taxed income included in gross income of United States shareholders, par. (b)(2)(A). Essendo frutto di una semplificazione data dall'aliquota convenzionale del 10%, è possibile (anche fisiologico) possano essere attratti nel regime anche profitti derivanti dallo sfruttamento di beni materiali, qualora il loro rendimento ecceda tale soglia convenzionale del 10%. Il codice fiscale US definisce gli

(NDTIR – *Net deemed tangible income return*), così determinato, rappresenta il limite minimo di esenzione dalla tassazione del regime. Come ricavabile dalla stessa nozione di *Gilti*, lo strumento è volto a tassare il **sovra-profitto derivante dall'utilizzo diintangibili**, assoggettandolo negli Stati Uniti ad una *minimum tax*: l'aliquota effettiva di tassazione è attualmente il **10,5%**, ossia metà dell'aliquota interna degli Stati Uniti dell'imposta sulle società²¹⁴. Il meccanismo di applicazione appare molto **simile a quello del residual profit split method (RPSM)**, utilizzato già in ambito OCSE (e domestico in Italia) per la determinazione del contributo economico offerto dai beniintangibili, soprattutto nell'ambito delle valutazioni per i regimi di *patent box*²¹⁵. Rimanendo invece nell'ambito delle regole CFC, il meccanismo del *Gilti* replica, su larga scala, quello che è un criterio citato dall'Action 3 del BEPS, dell'*excess profit analysis*²¹⁶.

asset materiali come tutti i beni tangibili, di proprietà di ciascuna CFC, che sono utilizzati nell'attività della società e che sarebbero – teoricamente – ammortizzabili in base alla disciplina fiscale statunitense. Cfr. 26 U.S. Code § 951A - Global intangible low-taxed income included in gross income of United States shareholders, par. (d)(1), “[...] The term “qualified business asset investment” means, with respect to any controlled foreign corporation for any taxable year, the average of such corporation’s aggregate adjusted bases as of the close of each quarter of such taxable year in specified tangible property: (A) used in a trade or business of the corporation, and (B) of a type with respect to which a deduction is allowable under section 167 [...]”. La soglia di esclusione in esame ha destato diverse perplessità negli operatori statunitensi, principalmente legate a due fattori. Il primo attiene al livello di complessità del calcolo da fare su base consolidata, a livello dell'azionista, considerando che, nel contesto economico odierno, larga parte dei profitti delle multinazionali statunitensi deriva da assetintangibili: la soglia di esclusione, in questo senso, appare poco conveniente rispetto agli oneri per quantificare del beneficio. Inoltre, un beneficio legato alle attività materiali detenute fuori dagli US, incentiverebbe gli investimenti all'estero invece che nel paese di residenza dell'azionista. Cfr. Herzfeld Mindy, *Can GILTI + BEAT = GLOBE?*, in *Intertax*, n. 47, p. 504

²¹⁴ L'aliquota del 10,5% appare dunque come una *minimum tax* sui profitti del gruppo, derivanti daintangibili, conseguiti all'estero. Cfr. Arnold Brian J, op.cit., “[...] The US tax on GILTI is 10.5%, i.e. one half of the regular US corporate rate, up to 2025, and 13.125% thereafter [...]”. L'aliquota effettiva del 10,5% è ottenuta in quanto, nel calcolo, è concessa una deduzione/riduzione del 50% rispetto al reddito *Gilti* complessivo. Cfr. 26 U.S. Code § 250 - Foreign-derived intangible income and global intangible low-taxed income, par. (a)(1)(B).

²¹⁵ Cfr. Circolare Agenzia delle Entrate n. 11/E del 2016. L'approccio per la determinazione del contributo economico offerto dallo sfruttamento di beniintangibili, nella configurazione del Residual Profit Split Method (RPSM) richiede di quantificare la redditività lorda del soggetto e poi scomputare, dalla stessa, il rendimento derivante dalle c.d. *funzioni routinarie*, ovvero le attività esercitate senza l'utilizzo di beniintangibili, per le quali solitamente si fa riferimento a valori di benchmark di mercato. Tutta la redditività eccedente del soggetto è pertanto ascrivibile allo sfruttamento di beni immateriali. Il criterio di determinazione del valore degliintangibili è coerente con le regole OCSE sui prezzi di trasferimento e le conclusioni dell'Action 5 del BEPS, in tema di regimi fiscali preferenziali. L'approccio del RPSM ha una evidente similitudine con quello della norma *Gilti*, con la differenza sostanziale che, nel secondo caso, il rendimento è predeterminato in una misura fissa del 10%.

²¹⁶ Cfr. OECD/G20 BEPS – *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3: Final Report*, 2015, par. 4.2.3. Come indicato nel report OCSE, l'approccio in questione non caratterizza alcuna norma CFC all'epoca in vigore, pertanto è esaminato come mera potenzialità dal gruppo di lavoro che sottolinea anche l'idoneità del metodo soprattutto per intercettare fattispecie in cui la redditività deriva prevalentemente dallo sfruttamento di IP: “[...] This would characterize income in excess of a “normal return” earned in low tax jurisdictions as CFC income. Such an approach could, for instance, be relevant in the context of IP income as generally taxpayers cannot expect to earn a profit in excess of the normal returns from simply purchasing and selling and providing services or manufacturing, unless those activities involve the use of IP [...] The proposed excess profits analysis calculates the normal return and then subtracts this normal return from the income earned

Il regime *Gilti* deroga, dunque, al principio per cui i redditi conseguiti dalle *subsidiary* estere di un gruppo US non sono tassati fino a quando non avviene la distribuzione dei dividendi oppure a seguito della ricaduta nel regime CFC. Una volta integrate le condizioni di accesso al regime, l'integrazione della base imponibile avviene a **carico dell'azionista statunitense** (USSH), allo stesso modo in cui lo stesso è gravato dal carico per i redditi delle CFC. Non a caso il legislatore americano ha incorporato la *Gilti* nella sezione della normativa CFC e la nuova disciplina fa riferimento a tale nozione (*controlled foreign corporations*), per definire l'ambito di applicazione e per l'individuazione delle società da testare. La quantificazione della base imponibile *Gilti* avviene **computando insieme i valori di tutte le CFC** facenti parte del gruppo, su base mondiale e non attraverso una quantificazione separata per singola società: sono pertanto possibili compensazioni tra valori positivi (redditi) e negativi (perdite) delle basi imponibili *Gilti* su ogni società, i cui risultati economici confluiscono in un unico aggregato²¹⁷. In questo calcolo il sovra-profitto complessivo dell'intero gruppo²¹⁸ è determinato dalla **somma algebrica** di tutti i sovra-profitti di tutte le CFC e di tutte le relative perdite registrate²¹⁹.

Nell'analisi di *assessment* che deve svolgere il soggetto passivo US, non è prevista una separazione delle diverse tipologie di reddito conseguibili dalle CFC: tutti i redditi di una CFC possono essere, *potenzialmente*, assorbiti nel regime *Gilti*, anche quelli derivanti da proventi attivi (o attività economica commerciale). Non si deve effettuare pertanto alcun test di sostanza economica: anche un azionista di un soggetto CFC che svolge un'attività economica effettiva, e consegue redditi attivi, può essere oggetto di un incremento di base imponibile *Gilti*. Nella quantificazione della base imponibile (***Global Low Tax income***) va comunque **scorporato** – oltre al rendimento nozionale dei beni materiali – anche il reddito da ***Subpart F***, in quanto già tassato²²⁰ in base alle regole

by the CFC. The difference is the excess return, all of which is treated as CFC income. The normal return means the return that a normal investor would expect to make with respect to an equity investment [...]"

²¹⁷ Cfr. Herzfeld Mindy, op. cit., "[...] The calculation required to compute the excess of a CFC's positive tested income over its return on fixed assets is extraordinary complex in part because it is performed at the shareholder level; this requires netting and adding of different CFCs' qualified business asset investment ('QBAI') on a consolidated level [...]"

²¹⁸ Specificamente il calcolo è effettuato su ogni azionista per la sua quota di partecipazione.

²¹⁹ Definite dall'art. 951°, rispettivamente, *tested income* e *tested losses*. Il tema significativo è la determinazione della perdita da scomputare dal reddito *Gilti* e, sul punto, si rimanda alla prassi dell'autorità fiscale statunitense.

²²⁰ Ad aliquota ordinaria.

CFC, che si applicano prima del *Gilti* e coesistono con il nuovo istituto, e il **reddito assoggettato a tassazione elevata** (rileva la nozione del Subpart F con una soglia, ad oggi, del 18,5%), in quanto non integra il presupposto per l'inclusione nel regime *GILTI*²²¹. In questo quadro, il *Gilti* si pone come **norma di chiusura del sistema** che intercetta le fattispecie residuali di vantaggio fiscale che non rientrerebbero nelle condizioni previste dalla norma CFC.

Il GILTI (rispetto alle norme CFC) non prevede una **specificata condizione di ingresso** data dal livello basso di tassazione all'estero sebbene, indirettamente, il livello di tassazione estera sia un elemento determinante per la quantificazione del carico fiscale in US, in quanto:

- a) il reddito CFC assoggettato a tassazione elevata²²² è, a priori, **escluso** dal regime *Gilti*;
- b) il reddito rientrante nel *Gilti* è accompagnato dalla fruizione di un **credito di imposta** nella misura dell'80% delle imposte pagate all'estero su tali profitti²²³.

I crediti di imposta *Gilti* (limite dell'80%) e CFC (100%) sono rilevati in *basket* separati e non è possibile per l'azionista effettuare compensazioni tra di essi, mentre sono fisiologiche, invece, le compensazioni tra le imposte pagate (sui profitti assoggettati a tassazione più elevata e quelli assoggettati a tassazione ridotta) sui redditi *Gilti* nei diversi paesi²²⁴. Sempre riguardo alla norma CFC, il *Gilti* si applica in modo meccanico a tutte le CFC, indipendentemente dal paese di incorporazione, e senza un'analisi del

²²¹ Il calcolo complessivo prevede: “Reddito complessivo netto delle CFC” meno “reddito tassato da norma CFC” meno “reddito soggetto a tassazione elevata” meno “rendimento nozionale asset materiali” uguale a “low taxed intangible income”.

²²² Cfr. Herzfeld Mindy, op. cit., “[...] Income that is excluded from the definition of subpart F income because it is ‘high-taxed income’ under section 954(b)(4) is also excluded from tested income. High-taxed income is defined in the Internal Revenue Code as income subject to an effective foreign tax rate greater than 90% of the maximum US corporate tax rate, currently equal to 18.5% [...]”. Essendo esclusi dall'applicazione del *Gilti* i redditi da Subpart F, continuano a venire assoggettati a tassazione ordinaria negli Stati Uniti con riconoscimento di un credito d'imposta pieno, rispetto alle imposte assolute dalla CFC.

²²³ Cfr. 26 U.S. Code § 960 - Deemed paid credit for subpart F inclusions, par. (d). In caso di imposta estera eccedente quella domestica, non è possibile operare trascinalamenti in avanti o indietro dell'eccedenza.

²²⁴ Cfr. Arnold Brian J, op.cit., “[...] Only 80% of any foreign tax paid by a CFC on its GILTI is creditable against US tax and any excess credits cannot be carried forward or back. There is a separate basket for GILTI for purposes of the limitation on the foreign credit, which means that the averaging of foreign tax on GILTI with foreign taxes on income in other baskets is not permitted. However, the limitation on the credit for foreign tax on GILTI operates on a worldwide or overall basis rather than on a per-country basis, so that high foreign tax on GILTI in some countries is averaged with low foreign tax on GILTI in other countries [...]”.

profilo funzionale delle società estere e dell’eventuale intento o funzione elusiva delle stesse.

	Calcolo del Tested Income	CFC 1	CFC 2	...	CFCn	Totale
a	Reddito lordo (perdita)					
b	Reddito da Subpart F					
c	Reddito soggetto a tassazione elevata					
d = a - b - c	Tested income (Losses)					
	Calcolo del Qualified Business Asset Investment (QBAI)					
e	Valore ammortizzabile dei beni materiali					
f	Rendimento convenzionale del 10%					
g = e x f	Net Deemed Tangible Income Return					
h	Global Income Low-Tax Income					
i	50% di esenzione					
l = h - i	Gilti (Base imponibile)					
m	Aliquota (21%)					
n = l x m	Imposta Gilti lorda					
o	Credito di imposta estero (limite 80%)					
p = n - o	Imposta Gilti dovuta					

Il nuovo regime *Gilti* ha posto negli Stati Uniti diversi temi relativo all’aumento della **complessità del sistema fiscale**, di incremento degli **oneri di compliance** e soprattutto di **sovrapposizione con il regime CFC**, con il quale c’è una forte integrazione, apparendo il GILTI come una sora di **CFC evoluta su scala globale**. Con tale regime gli Stati Uniti si prefiggono di tassare, quale paese di residenza, materia imponibile che è contestualmente assoggettata a tassazione anche nel paese della fonte.

La seconda importante innovazione della riforma fiscale US è stata invece la regola **BEAT**²²⁵, volta a contrastare i c.d. *outbound base erosion*, ossia le deduzioni di costi, dalla base imponibile di soggetti residenti, provenienti da soggetti del gruppo residenti all’estero. La *Beat* opera, rispetto alla *Gilti*, con un approccio speculare: è volta ad assicurare che siano le compagnie residenti negli Stati Uniti ad essere sottoposte ad un **livello minimo di tassazione**. Inoltre, la *Beat* prevede una soglia minima di applicazione: sono oggetto dell’imposta solo le società che nei tre esercizi precedenti hanno conseguito – su base consolidata di gruppo – una **media dei proventi lordi** non

²²⁵ IRC Section 59A(b)(1), “[...] the term “base erosion minimum tax amount” means, with respect to any applicable taxpayer for any taxable year, the excess (if any) of: (A) an amount equal to 10 percent (5 percent in the case of taxable years beginning in calendar year 2018) of the modified taxable income of such taxpayer for the taxable year, over (B) an amount equal to the regular tax liability (as defined in section 26(b)) of the taxpayer for the taxable year [...]”.

inferiore a 500mln dollari²²⁶. L'obiettivo di protezione della base imponibile è perseguito attraverso l'indeducibilità²²⁷ dei pagamenti fatti, da soggetti US, alle loro parti correlate estere.

La procedura per determinare se è dovuto l'addizionale Beat, prevede la determinazione di una *base imponibile alternativa*, nella quale **non sono deducibili** i pagamenti fatti a parti correlate estere del gruppo, che rientrano in determinate categorie (servizi infragruppo, concessione in licenza di intangibili, acquisto di beni ammortizzabili, ecc..) ad esclusione di quelli per i quali è stata operata una ritenuta alla fonte²²⁸. Alla base imponibile così determinata (*modified taxable income*²²⁹), con sterilizzazione dei componenti infragruppo, è applicata l'aliquota del 10% determinando il livello di tassazione teorico del gruppo: se il livello dell'imposta teorica *Beat* eccede le imposte ordinariamente liquidate, il soggetto passivo è tenuto a versare la differenza. Mentre la *Gilti* è concepita ed opera sull'impianto della *CFCrule*, nella versione specifica del *Subpart F*, la *Beat* è un concetto completamente nuovo per l'ordinamento statunitense, caratterizzato da un *set* inedito di norme e regolamenti, con conseguenti interrogativi della dottrina circa l'esigenza di coordinamento tra i due istituti per evitare il rischio di doppia minima tassazione e la compatibilità della misura *Beat* rispetto ai trattati contro le doppie imposizioni²³⁰. Le modalità applicative del Beat, inoltre, trascendono ogni intento elusivo ricomprendendo, nell'ambito dei pagamenti indeducibili, anche quelli effettuati verso parti correlate estere che, nei rispettivi ordinamenti, sottopongono adeguatamente a tassazione i relativi proventi. Come sarà analizzato nei paragrafi

²²⁶ IRC Section 59A(e)(1), "[...] The term "applicable taxpayer" means, with respect to any taxable year, a taxpayer: (A) which is a corporation [...]; (B) the average annual gross receipts of which for the 3-taxable-year period ending with the preceding taxable year are at least \$500,000,000, and (C) the base erosion percentage (as determined under subsection (c)(4)) of which for the taxable year is 3 percent (2 percent in the case of a taxpayer described in subsection (b)(3)(B)) or higher".

²²⁷ Per tali ragioni la Beat è anche definita dai commentatori come una "new outbound tax", ossia di una imposta *withholding* sui flussi in uscita, della quale ricorda, approssimativamente, il meccanismo.

²²⁸ Mattia Salvatore, *Stati Uniti: un primo bilancio sulla riforma fiscale in vigore nel 2018*; in *Il fisco*, n. 40/2018, p. 3858

²²⁹ La base imponibile che la società avrebbe dichiarato se non avesse portato in deduzione i componenti negativi sostenuti a seguito di rapporti infragruppo.

²³⁰ In particolare, le considerazioni investono lo spostamento della potestà impositiva dal paese della fonte a quello di residenza, sebbene la tassazione avvenga ad un'aliquota inferiore a quella ordinaria. Cfr. Herzfeld Mindy, *Can GILTI + BEAT = GLOBE?*, in *Intertax*, n. 47, p. 504. Inoltre desta perplessità la circostanza che vede gli US tassare i flussi in uscita, effettuando un prelievo su proventi generati dalla società non residente, in contrasto con quanto è previsto nelle convenzioni contro le doppie imposizioni in materia di redditi d'impresa.

successivi, la complessiva riforma statunitense è stata assunta dall’OCSE, come modello, per la proposta del *Pillar Two* in merito alla tassazione dell’economia digitale.

3. Capitolo III – La disciplina CFC domestica: l'art. 167 del TUIR

3.1.L'esperienza italiana dall'introduzione della CFCrule nell'ordinamento al recepimento della ATAD

3.1.1. Il primo modello *jurisdictional* introdotto nel 2000

L'istituzione, per la prima volta, nell'ordinamento italiano di una CFCrule è avvenuta per effetto della legge 21 novembre 2000 con la quale è stato introdotto²³¹ l'art. 127-bis (del vecchio TUIR, oggi art. 167) avente ad oggetto la tassazione per trasparenza delle società estere controllate. Nel corso del capitolo sarà dedicata rilevanza solo alle norme sulle **società estere controllate** sebbene l'ordinamento annoverasse, fino al 2015, analoga normativa sulle società collegate. La prima disciplina CFC era improntata a chiare **finalità antielusive**²³² ed era modellata su un semplice *modello jurisdictional*: erano oggetto di sindacato di "elusività" le controllate estere residenti in paesi o territori con un livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello domestico e caratterizzati dalla non cooperazione nello scambio di informazioni. La condizione di innesco della disciplina era quindi legata a caratteristiche intrinseche dell'ordinamento (giurisdizione) in cui la società era incorporata, in considerazione del disvalore generato da alcune caratteristiche dell'ordinamento stesso qualificato come **paradiso fiscale (tax haven)**; a garantire semplicità nell'applicazione della norma vi era la stretta individuazione degli ordinamenti "a rischio" attraverso un sistema di liste nere, approvate con decreti ministeriali. Il sistema delle liste è stato utilizzato, oltre che per l'identificazione dei paesi verso i quali attivare la norma CFC, anche per altri due istituti dell'ordinamento tributario interno: il regime di indeducibilità dei costi conseguiti da soggetti residenti in paradisi fiscali²³³ e la presunzione legale relativa di esteroresidenza fittizia delle persone fisiche. Riguardo alla *black list* utilizzata – a lungo e abbandonata solo nel 2015 – per la CFCrule, la stessa è riconducibile al D.M. 21 novembre 2001 che prevedeva una tripartizione dei paesi in essa contenuti (comma 1, 2 o 3) al fine di graduare la pericolosità degli insediamenti societari²³⁴. Per evitare la ricaduta nella disciplina CFC,

²³¹ Norma entrata in vigore nel 2002.

²³² Cfr. Circ. 51/E del 2010, par. 3.

²³³ Regime dei costi *black list*, di cui all'art. 110, comma 10, del TUIR.

²³⁴ Cfr. Uckmar Victor e AAVV, Diritto tributario internazionale: manuale, CEDAM, 2012, nel DM 21 novembre 2001 venivano individuate tre categorie di paesi: "[...] 1) per la prima categoria, tutti gli enti residenti dei Paesi

il contribuente aveva l’obbligo di presentare interpello disapplicativo ed invocare una delle due esimenti previste:

- **lettera a)** relativa allo svolgimento, da parte della società controllata, di un’attività economica effettiva attraverso una **struttura organizzata** ed una adeguata **dotazione patrimoniale** (esimente successivamente integrata con l’ulteriore requisito del radicamento);
- **lettera b)** attraverso la quale dimostrare che i redditi della CFC avevano subito una **adeguata tassazione**, con la conseguenza di non delocalizzare i redditi in regimi fiscali di vantaggio.

Il sistema delle *black list*²³⁵ avrebbe dovuto essere sostituito da una *white list*, per effetto dell’introduzione dell’art. 168-bis al TUIR, il quale demandava ad un apposito e successivo decreto l’individuazione, in positivo, dei paesi fiscalmente collaborativi. Tale lista, tuttavia, non è stata mai emanata fino alla riforma del 2015 che ha soppresso l’articolo del TUIR in questione.

3.1.2. La riforma 2009 con il nuovo comma 10-bis: la CFC *white list*

La prima significativa riforma della disciplina giunge per effetto del DL 1° luglio 2009, n. 78²³⁶, il cui art. 13 introduce tre nuovi commi all’art. 167 del TUIR: il 5-bis, l’8-bis e l’8-ter. Tra le altre viene anche modificata la prima esimente, prevedendo esplicitamente il requisito del “**radicamento**²³⁷” della CFC nel mercato del paese *black list*.

ricompresi devono considerarsi come residenti in un paradiso fiscale e in quanto tali assoggettati al trattamento deteriore di varie disposizioni del TUIR; 2) per la seconda categoria, tutti gli enti residenti devono considerarsi come residenti in paradisi fiscali, salvo quelli specificamente indicati; 3) per la terza ed ultima categoria, infine, devono considerarsi come residenti in paradisi fiscali soltanto quegli enti tassativamente indicati nel decreto, oppure quei soggetti che godono di regimi analoghi in virtù di accordi o provvedimenti dell’amministrazione fiscale di riferimento [...]”.

²³⁵ Le principali liste che sono state confezionate in Italia attengono a quella per l’applicazione della regola CFC, quella per l’indeducibilità dei costi *black list* e quella per la presunzione di residenza delle persone fisiche.

²³⁶ Convertito (con modificazioni) con legge 3 agosto 2009, n. 102.

²³⁷ La circolare 51/E del 2010 specifica successivamente che “[...] non coincide necessariamente con i confini geografici del Paese o territorio in cui la partecipata ha sede: in determinate fattispecie, infatti, la valutazione del “mercato” rilevante della CFC va necessariamente estesa all’area geografica circostante, legata allo Stato di insediamento da particolari nessi economici, politici, geografici o strategici (c.d. area di influenza della CFC) [...]”.

Con il comma 5-bis²³⁸ è inserita una ulteriore condizione di inasprimento della disciplina all'epoca in vigore²³⁹, prevedendo **l'impossibilità di invocare l'esimente di cui alla lett. a)** qualora il soggetto estero consegua prevalentemente *passive income* derivanti da rapporti con parti correlate. Tale presunzione legale, originata dall'alto rischio di abuso che le strutture in argomento possono manifestare, è comunque confutabile attraverso la prova contraria (mancanza di intenti elusivi) che poteva essere offerta dal contribuente in sede di interpello.

Il **comma 8-bis** delinea una innovazione assoluta allargando, a determinate condizioni, l'ambito di applicazione della CFCrule anche a soggetti residenti in paesi diversi da quelli della *black list*, quindi anche di paesi appartenenti all'Unione Europea. Le condizioni per attivare questa nuova disciplina sono due: il conseguimento di più della metà dei redditi della CFC da fonti passive (*passive income*) o da servizi infragruppo ed il livello di tassazione effettiva più basso del 50% di quello che la società avrebbe avuto se fosse stata residente in Italia. Il D.L. 78/2009 introduce così nell'ordinamento nazionale un modello di CFCrule incentrato su un approccio per categorie reddituali (di matrice tedesca²⁴⁰), prevedendo al contempo una condizione esimente dettata dall'evoluzione della giurisprudenza comunitaria. Negli anni immediatamente precedenti, infatti, la pronuncia della Corte di Giustizia Europea nella causa C-196/04 (c.d. Cadbury-Schweppes), aveva sollevato, in modo significativo, il tema della compatibilità delle norme di contrasto alle CFC insediate all'interno dell'Unione Europea. Il legislatore nazionale attingendo il concetto dalla pronuncia dei giudici del Lussemburgo ha indicato nel **comma 8-ter** che la disciplina CFC "*white list*" sarebbe stata disapplicabile qualora il contribuente avesse dimostrato che la società controllata non era una "**costruzione di puro artificio**"²⁴¹.

²³⁸ "La previsione di cui alla lettera a) del comma 5 non si applica qualora i proventi della società o altro ente non residente provengono per più del 50% dalla gestione, dalla detenzione o dall'investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie, 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".

²³⁹ Circ. 35/2016, "[...] limitando l'ordinaria applicazione della prima esimente laddove il reddito della CFC derivi prevalentemente da *passive income* o da servizi infragruppo [...]".

²⁴⁰ Cfr. Moser Till, op. cit.; Cfr. Lang Michael op. cit.

²⁴¹ Sul tema si veda Tabet Giuliano, Greggi Marco, *La disciplina delle cd. "società controllate e collegate estere" nell'ordinamento italiano*, in Studi Tributari Europei, n. 1 /2014.

3.1.3. La riforma del 2015 del modello *jurisdictional* ed abrogazione della *black list*

La riforma del 2015 ha sancito l’abbandono del modello per *black list*, introducendo un nuovo modello che, per alcuni aspetti, sopravvive oggi nell’art. 167 a seguito della riforma ATAD. Il modello *jurisdictional* disegnato nel 2015 resterà in vigore praticamente per un solo anno prima di essere nuovamente modificato. Il modello prevedeva, nel suo regime d’accesso, la presenza contemporanea di due condizioni alternative tra esse: il livello di tassazione effettiva sensibilmente inferiore a quella domestica, nella misura convenzionale definita nella soglia del 50%; l’insediamento della CFC in paesi o territori che garantivano regimi speciali di tassazione con i quali era consentito comunque di applicare un livello di tassazione inferiore al 50% di quello domestico. Anche la presenza del regime speciale nello stato estero deve essere verificata dal socio residente in Italia. Le modifiche del 2015 sono avvenute per mano della legge di stabilità, prima, e per effetto del D.Lgs. 147 del 14 settembre 2015 (*decreto internazionalizzazione*²⁴²). Con tali modifiche viene abrogata la norma sulle CFC collegate e l’interpello diventa facoltativo (c’è solo obbligo di segnalazione della fattispecie in dichiarazione dei redditi).

3.1.4. La riforma del 2016 e il criterio del livello di tassazione nominale

Con la riforma del 2016, per effetto della legge 28 dicembre 2015, n. 208 (cd. legge di stabilità 2016), è stato nuovamente modificato l’art. 167, introducendo l’inedita condizione di accesso al regime CFC data dal superamento di una soglia **del livello di tassazione nominale**. La nuova disciplina è applicabile ai soli paesi non facenti parte dell’Unione Europea; per questi ultimi rimarrà in vita il modello *white-list* dettato, a parte, dagli artt. 8bis e 8ter, per certi versi più gravoso di quello CFC ordinario. La scelta dell’aliquota nominale è stata ritenuta in dottrina alquanto opinabile ed ha comportato

²⁴² La legge delega dell’11 marzo 2014, n. 23, specificava i seguenti principi: “[...] *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 [...]*”.

un sensibile incremento dei paesi verso i quali la CFCrule è divenuta applicabile, con i conseguenti riflessi da un punto di vista di stabilità e certezza degli investitori italiani. Parallelamente alle modifiche suddette, nel corso degli ultimi anni molte convenzioni sullo scambio di informazioni sono state ratificate dall'Italia con paesi esteri, restringendo il perimetro dei paesi non collaborativi che possono, in linea teorica, rappresentare una criticità per l'utilizzo di modelli di pianificazione fiscale aggressiva. Le continue modifiche hanno creato un clima di sfiducia da parte degli operatori che hanno deciso gli investimenti in momenti e con norme delineate che sono state, nel corso del tempo, cambiate ed innovate.

3.2. Il recepimento della ATAD: il nuovo art. 167

L'art. 4 del D.Lgs. 29 novembre 2018 n. 142 ha dettato la norma di recepimento dalla Direttiva ATAD in materia di società estere controllate, rinnovando l'art. 167 del TUIR e prevedendo la decorrenza delle nuove disposizioni a partire dal periodo di imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2018. La **relazione illustrativa** al decreto di recepimento parla della finalità di “[...] evitare che i soggetti con società controllate in Paesi a fiscalità privilegiata possano attuare pratiche di pianificazione fiscale in virtù delle quali **trasferiscano ingenti quantità di utili** dalla società controllante - soggetta ad elevata fiscalità - verso le società controllate soggette, invece, a tassazione ridotta [...]”. Questo richiamo al fenomeno del deflusso di redditi, dal paese della controllante a quello della CFC, colloca, almeno nelle intenzioni del legislatore, la norma CFC domestica in una chiara cornice *anti-erosione*²⁴³.

Con il decreto di recepimento viene di fatto introdotto nell'ordinamento italiano **un unico regime CFC**, in sostituzione dei due precedenti (semplificando, i regimi *black* e *white*) e che appare una sintesi intermedia degli stessi. La norma richiede una declinazione in regole attuative di dettaglio e, per tale necessità, il D.Lgs 142/2018 prevede, per quanto compatibili²⁴⁴, l'applicazione delle regole definite dal **Decreto Ministeriale n. 429** del 21 novembre 2018.

²⁴³ La terminologia stessa utilizzata ricorda l'acronimo dei BEPS, a cui la norma sembra voler essere ricondotta, piuttosto che legata ad una *ratio* di mero differimento della tassazione o di finalità anti-abuso.

²⁴⁴ Art. 13, comma 7, D.Lgs 142/2018, “*Ai fini del Capo III, restano applicabili, ove compatibili, le disposizioni del decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 21 novembre 2001, n. 429, adottato in attuazione del comma 8 dell'articolo 167 del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22*

Nelle more dell’emanazione di un **documento di prassi** da parte dell’Agenzia delle Entrate è possibile attingere da tre precedenti interventi (relativi ai precedenti regimi CFC) che, laddove comparabili, potrebbero essere estesi all’interpretazione del nuovo regime introdotto con il D.Lgs 142/2018: la circolare 51/E del 2010, la circolare 23/E del 2011 e la circolare 35/E del 2016. L’utilizzo delle precedenti circolari non è privo di criticità in quanto emerge l’esigenza di conservare, in forma organica, le interpretazioni ritenute dall’autorità fiscale ancora valide e la necessità di cassare quelle superabili stante il cambiamento della disposizione di legge. Con i molteplici cambiamenti della norma si sono stratificati interventi dell’Amministrazione Finanziaria che richiederebbero una rivisitazione ed una sistematizzazione complessiva²⁴⁵. In data 5 luglio 2021, l’Agenzia delle Entrate ha avviato una **consultazione pubblica** attraverso l’emissione di una bozza di circolare²⁴⁶, avente ad oggetto la novellata disciplina CFC. Per mezzo della procedura di consultazione sono stati richiesti, con una finestra temporale di trenta giorni, contributi tecnici e osservazioni al fine di recepirli nella versione definitiva di circolare di prossima emanazione.

Il nuovo modello di CFC *rule* introdotto con il recepimento della ATAD segna, al tempo stesso, diversi punti di **continuità e discontinuità** con il passato, preservando la cornice della norma ma operando, al tempo stesso, anche dei cambiamenti sostanziali. L’esigenza del legislatore nazionale, nel recepimento degli artt. 7 e 8 della ATAD, è stata anche quella di attenersi al *minimum standard* di protezione previsto dalla Direttiva e, per questo, non è stato possibile restringere le condizioni di accesso ai soli paesi non collaborativi, bensì è stata prevista una vasta applicabilità della norma.

3.3.L’ambito soggettivo

In relazione all’ambito soggettivo, il nuovo art. 167, in continuità con la precedente norma, prevede l’applicazione della disciplina CFC alle **persone fisiche** ed ai **soggetti**

dicembre 1986, n. 917, nella formulazione vigente anteriormente alle modifiche apportate dal comma 1 dell’articolo 4”.

²⁴⁵ Operazione di ricostruzione che, per alcuni versi, è stata fatta con la redazione della circolare 35 del 2016.

²⁴⁶ Circolare ATAD n. 1 – Chiarimenti in tema di Società Controllate Estere (CFC) - articolo 167 del TUIR, come modificato dall’articolo 4 del decreto legislativo 28 novembre 2018, n. 142. Unitamente alla circolare è stata emanata anche una bozza di provvedimento relativo ai nuovi criteri per determinare con modalità semplificata l’effettivo livello di tassazione di cui al comma 4, lett. a), dell’articolo 167 del TUIR.

di cui agli articoli 5 e 73 del TUIR²⁴⁷; inoltre, è prevista l'inclusione anche alle stabili organizzazioni di soggetti non residenti. L'ambito soggettivo della norma domestica risulta **più esteso²⁴⁸** rispetto a quello definito dalla ATAD, la quale prevede l'obbligatorietà dell'adozione delle misure ai soli soggetti in regime di reddito delle società (*taxpayers that are subject to corporate tax*). Nel caso italiano la norma CFC, in modo condivisibile, è applicabile anche alle persone fisiche evitando una pericolosa, quanto irragionevole, zona di protezione in capo ad esse.

Rispetto all'applicazione del regime anche alle stabili organizzazioni residenti di soggetti esteri, il primo comma dell'art. 167 fa riferimento a SO che controllano CFC. Stante il carattere meramente fiscale della nozione di stabile organizzazione, in riferimento al requisito del controllo di una partecipazione, dovrebbero essere richiamate le regole di prassi ed i principi OCSE per i quali una partecipazione si intende *detenuta* da una stabile organizzazione (e, in generale, ai principi per determinare in via convenzionale e contabile il patrimonio della stabile). La relazione illustrativa al DLgs 142/2018 chiarisce che l'estensione alle stabili organizzazioni di soggetti non residenti si verifica limitatamente alle partecipazioni che **fanno parte del patrimonio** della stabile organizzazione.

L'applicazione della disciplina in argomento avviene dunque **a prescindere dalla forma giuridica assunta dal soggetto residente controllante**, come sottolineato anche dalla relazione illustrativa al decreto: “[...] *In linea con la previgente normativa si è deciso, altresì, di mantenere l'applicazione della disciplina CFC nei confronti dei soggetti residenti indipendentemente dalla forma giuridica assunta (persone fisiche, società di persone e società di capitali) [...]*”.

²⁴⁷ Il primo comma del novellato art. 167 del TUIR dispone che “*Le disposizioni del presente articolo si applicano alle persone fisiche e ai soggetti di cui agli articoli 5 e 73, comma 1, lettere a), b) e c), nonché, relativamente alle loro stabili organizzazioni italiane, ai soggetti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera d), che controllano soggetti non residenti, come definiti ai commi 2 e 3*”.

²⁴⁸ Un elenco dei soggetti passivi a cui si applica la disciplina può prevedere: le persone fisiche residenti; le società di persone e gli altri soggetti previsti dall'articolo 5 del Tuir; le società di capitali, le società cooperative e di mutua assicurazione residenti, nonché le società europee e le società cooperative europee; gli enti (pubblici e privati) e i trust che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali; gli enti (pubblici e privati) e i trust che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali; gli organismi di investimento collettivo del risparmio. Cfr. AA.VV. Ceppellini, Lugano & Associati, *Testo unico delle imposte sui redditi 2019*, Gruppo 24 Ore, 2019.

3.4. La variabile del controllo

Ai sensi del secondo comma dell’art. 167, “[...] si considerano **soggetti controllati non residenti le imprese, le società e gli enti non residenti nel territorio dello Stato, per i quali si verifica almeno una delle seguenti condizioni:**

- a) sono controllati direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciaria o interposta persona, ai **sensi dell’articolo 2359²⁴⁹ del codice civile**, da parte di un soggetto di cui al comma 1;
- b) **oltre il 50 per cento della partecipazione ai loro utili è detenuto, direttamente o indirettamente, mediante una o più società controllate ai sensi dell’articolo 2359 del codice civile o tramite società fiduciaria o interposta persona, da un soggetto di cui al comma 1 [...]**”.

Come evidenziato nei paragrafi precedenti, la nozione di controllo della CFC *rule* domestica è più ampia rispetto a quella prevista dalla ATAD quale *minimum standard*, ricomprendendo anche, nell’ambito dell’art. 2359 c.c., il controllo di fatto ed il controllo in base a vincoli contrattuali²⁵⁰. Rispetto alla disciplina previgente, il concetto di controllo è stato esteso, questa volta in conformità al contenuto della Direttiva, anche alle ipotesi in cui si detengono **diritti agli utili** del soggetto estero in misura superiore al 50%. Il procedimento di calcolo per la verifica del requisito del controllo varia, in modo significativo, a seconda che si faccia riferimento all’art. 2359 (verifica dei diritti di voto) oppure ai diritti di partecipazione agli utili: solo in quest’ultimo caso, infatti, la percentuale di partecipazione – agli utili – è calcolata tenendo conto **dell’effetto demoltiplicativo** della catena societaria²⁵¹. Tale effetto non è invece considerato nel

²⁴⁹ “Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi. [...]”.

²⁵⁰ Cfr. Relazione Illustrativa, “[...] Il comma 2 definisce i requisiti per la sussistenza del controllo stabilendo che esso si consegue quando: l'impresa, la società o l'ente è controllato da un soggetto residente, direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciaria o interposta persona, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile - disposizione che contempla tra le varie forme di controllo anche il controllo di fatto - in presenza del quale si prescinde dalla verifica della partecipazione al voto e/o agli utili; ovvero la quota di partecipazione agli utili è detenuta per oltre il 50 per cento, direttamente, o indirettamente, mediante una o più società controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile o tramite società fiduciaria o interposta persona, da un soggetto residente. In caso di partecipazione indiretta, la percentuale di partecipazione agli utili è determinata tenendo conto della eventuale demoltiplicazione prodotta dalla catena societaria partecipativa [...]”.

²⁵¹ Inoltre, dalla lettura del comma 2, lett. a), dell’art. 167, è necessario che la soglia della partecipazione al 50% agli utili della CFC sia detenuta direttamente o indirettamente per mezzo di soggetti controllati ai sensi dell’art.

caso di verifica del controllo ai sensi dell'art. 2359, nel qual caso, in presenza di controllo indiretto, si computano nel calcolo **tutti i voti** detenuti per mezzo di soggetti controllati.

Ai sensi del comma 3 “[...] *si considerano altresì soggetti controllati non residenti:*

- a) *le stabili organizzazioni all'estero dei soggetti di cui al comma 2;*
- b) *le stabili organizzazioni all'estero di soggetti residenti che abbiano optato per il regime di cui all'articolo 168-ter [...]*”.

Quest'ultima disposizione è volta a far ricadere nell'ambito di applicazione della norma anche le stabili organizzazioni di società controllate, detenute da queste ultime in ordinamenti diversi da quello di incorporazione e, nel secondo caso, le stabili organizzazioni detenute all'estero da soggetti che hanno optato per la cosiddetta *branch-exemption*. Tale istituto è caratterizzato dalla possibilità di trattare le stabili estere alla stregua di soggetti societari, escludendole dal principio della *world wide taxation*; per tale motivo, potrebbero manifestare i rischi di differimento della tassazione, di erosione della base imponibile e di abuso, alla stregua di soggetti societari veri e propri. Il richiamo ampio a *società ed enti*, di cui al secondo comma, unitamente alla precisazione contenuta nel terzo comma, con riguardo alle stabili organizzazioni, parrebbe volto ad assicurare una vasta applicazione della disciplina a molteplici tipologie di *entità controllate*, in conformità ai suggerimenti del report OCSE in materia²⁵².

Riguardo al confronto tra la concezione di controllo del nuovo art. 167 del TUIR e quella della ATAD è necessario fare qualche ulteriore riflessione in merito al concetto del controllo indiretto o per il tramite di altre società del gruppo. L'art. 2359 del codice civile, a cui l'art. 167 del TUIR richiama la disciplina, sancisce che ai fini dell'integrazione della maggioranza dei voti esercitabili²⁵³, si considerano anche i voti spettanti a **società controllate**. L'articolo 7, primo comma della ATAD, fa invece riferimento ai diritti di voto detenuti insieme alle **imprese associate**. Tale distinzione non è meramente semantica, in quanto la nozione di **impresa associata** è decisamente

2359 c.c.. È quindi necessario, nel caso di catene societarie, che i soggetti intermedi integrino comunque il requisito del controllo civilistico, affinché possa configurarsi – eventualmente – il requisito del controllo attraverso la maggioranza dei diritti agli utili.

²⁵² Parimenti anche il richiamo al controllo all'art. 2359 ed al controllo basato sul diritto agli utili, sembrano coerenti con quanto esaminato dall'OCSE nel progetto BEPS.

²⁵³ O, rispetto al n. 2), per integrare una partecipazione che consenta un'influenza dominante.

più ampia di quella di **società controllata**: per la prima è sufficiente la detenzione di una partecipazione del 25% al capitale mentre, per la seconda, serve invece che sussista il controllo effettivo (più del 50% di partecipazione). La nozione di *impresa associata* appare dunque più vicina al concetto di *società collegata*²⁵⁴ nella disciplina interna italiana. All’atto pratico la differenza sostanziale tra i due concetti di controllo è che la disciplina CFC interna è applicabile solo laddove il controllo sulla CFC sussista effettivamente e sia esercitabile dal soggetto passivo italiano; viceversa, la nozione di controllo della ATAD si presta ad una applicazione più vasta in ragione di un concetto *allargato* di gruppo societario (non si considerano solo i soggetti controllati ma anche quelli “collegati”). Sotto questo aspetto la norma interna potrebbe addirittura non garantire il *minimum standard* della direttiva, disegnando un perimetro di applicazione più circoscritto rispetto al criterio individuato dalla ATAD.

3.5. Le condizioni di ingresso nel regime CFC

Il novellato articolo 167 prevede due condizioni di ingresso che, seppur in modo *rivisitato*, riproducono disposizioni contenute nella direttiva ATAD e che vertono su due punti fondamentali: esistenza di un livello di tassazione effettiva insufficiente della società controllata e presenza di **oltre un terzo dei redditi della CFC** provenienti da *passive income*. La combinazione scelta dal legislatore nazionale in fase di recepimento della Direttiva presenta qualche dissonanza rispetto al Modello a), per categorie, previsto dal legislatore europeo, che saranno successivamente analizzate. Alcune similarità sono tuttavia riscontrabili tra la formulazione della disciplina attuale con quella del comma 8-bis del precedente regime CFC (modello definito *white list*).

Nel delineare i due diversi modelli previsti dalla ATAD²⁵⁵, la relazione illustrativa traccia la scelta del legislatore nell’adozione di un modello simile ma alternativo: “[...]”

²⁵⁴ Art. 2359 c.c. “[...] Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati”.

²⁵⁵ Riguardo al richiamo della relazione al modello *jurisdictional* è da sottolineare come lo stesso sia riferibile, in linea di principio, a tutti le norme CFC che, come condizione di attivazione, prevedono l’analisi del livello di tassazione nel paese di incorporazione della CFC, quindi in base alle caratteristiche della giurisdizione ospite. Cfr. Lang Michael, *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, Kluwer Law International, 2004, p. 19, “[...] low taxation in one of the major criteria to determine the application of CFC legislation. Anti tax-haven rules can only be applied if the tax haven is identified as such. Despite considerable variations regarding the details of the definitions of tax haven, the definitions are based on a comparison between the taxes levied in the foreign country

Al fine di contemperare le esigenze di semplificazione delle modalità di applicazione della disciplina CFC con la necessità di conservare la coerenza dell'ordinamento tributario interno preesistente, si è deciso di adottare un approccio che prevede l'imputazione al soggetto residente di tutti i redditi del soggetto controllato non residente localizzato in un Paese a fiscalità privilegiata, qualora quest'ultimo realizzi proventi per oltre un terzo derivanti da passive income [...]". È chiaramente citata la volontà di mantenere una continuità con i vecchi modelli che potrebbe però sfociare in disordine normativo e confusione tra gli stessi rispetto alle relative finalità.

3.5.1. Prima condizione di ingresso – il calcolo del *tax rate*

La prima condizione, quella di un **livello di tassazione sensibilmente inferiore** a quello domestico, è disciplinata dal quarto comma dell'art. 167, per il quale la condizione è integrata in capo ai soggetti che *“sono assoggettati a tassazione effettiva inferiore alla metà di quella a cui sarebbero stati soggetti qualora residenti in Italia. Con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate sono indicati i criteri per effettuare, con modalità semplificate, la verifica della presente condizione, tra i quali quello dell'irrilevanza delle variazioni non permanenti della base imponibile [...]”*. Il confronto avviene, di fatto, tra il **tax rate effettivo** (*effective tax rate* o *ETR*) sopportato all'estero ed il **tax rate virtuale** che la CFC avrebbe scontato qualora fosse stata residente in Italia²⁵⁶: se il **tax rate effettivo** estero risulta inferiore alla metà del **tax rate virtuale**, la condizione si ritiene realizzata. È fondamentale sottolineare che in capo al contribuente grava l'onere di procedere a tale controllo (*ETR test*), in capo ad ogni società controllata, in una modalità **stand alone** ed **anno per anno**.

La novella legislativa segna un passo indietro rispetto al precedente modello *“black list”* che utilizzava il criterio dell'aliquota nominale, risultando maggiormente coerente con i suggerimenti del gruppo di lavoro OCSE. Il nuovo modello supera, inoltre, la distinzione tra Stati membri ed altri paesi, diventando il criterio della tassazione effettiva

and the domestic taxes. The concentration on the level of taxation in the foreign state to define a tax haven is the so called designated jurisdictional approach or jurisdictional approach [...]”.

²⁵⁶ Come evidenziato anche dalla bozza di circolare ATAD, il **tax rate effettivo** andrà calcolato rapportando le imposte dovute dal soggetto estero all'utile ante imposte da bilancio della controllata. Il **tax rate virtuale** interno è determinato invece come rapporto tra l'imposta che sarebbe stata dovuta in Italia all'utile ante imposte risultante dal bilancio.

uniformemente applicabile alle società estere controllate ovunque queste siano localizzate.

La formulazione dell’attuale comma 4, lett. a) risulta dunque molto vicina a quella della previgente **lett. a) del comma 8-bis** (disciplina CFC *white list*), la quale è stata interpretata da prassi²⁵⁷ importante dell’Autorità Fiscale, (circolare 23/2011) in riferimento al calcolo del *tax rate virtuale* utilizzato per la previgente disciplina e che sarebbe adattabile a quella attuale. In attesa dell’emanazione del provvedimento richiamato dal quarto comma dell’art. 167 TUIR, il documento amministrativo utilizzabile sul punto resterebbe il precedente provvedimento dell’Agenzia delle Entrate del 16 settembre 2016, relativo al calcolo del *tax rate* in applicazione del previgente art. 8-bis. Il provvedimento in vigore²⁵⁸, come la bozza di provvedimento in corso di consultazione (emesso insieme alla bozza di circolare), prevede le imposte estere da tenere in considerazione per il calcolo dell’ETR siano oltre a quelle dovute dalla CFC nel paese di insediamento, anche quelle dovute dalla CFC in paesi terzi per effetto dell’assoggettamento a ritenute alla fonte²⁵⁹. Il calcolo dell’aliquota ETR, come quella del *tax rate virtuale*, assumerà come base del rapporto **l’utile ante imposte** riscontrabile dal bilancio della CFC.

²⁵⁷ Anche la relazione illustrativa al D.Lgs. 142/2018 ha fornito qualche chiarimento interpretativo sulla condizione di ingresso del *tax rate* e, in particolare, ha commentato la fattispecie derivante dalla detenzione di stabili organizzazioni da parte di CFC. È stato precisato che: “[...] *L’applicazione della normativa CFC è stata estesa anche alle stabili organizzazioni all’estero di soggetti controllati non residenti, nel caso in cui i relativi utili non siano soggetti ad imposta o siano esenti da imposta nello Stato membro del soggetto controllato non residente: (i) se i redditi della stabile organizzazione estera sono esentati da imposizione nello Stato di residenza del soggetto controllato non residente, si dovranno effettuare due test, uno per il soggetto controllato non residente e uno per la sua branch; (ii) se i redditi della stabile organizzazione estera del soggetto controllato non residente non sono esentati da imposizione nello Stato di residenza del soggetto controllato non residente, si dovrà effettuare un unico test considerando congiuntamente i redditi e le imposte assolute dalla stabile organizzazione e dal soggetto controllato non residente [...]*”.

²⁵⁸ Art. 1, lett. c) e d) del Provvedimento n. prot. 143239 del 16/09/2016, introdotto a seguito delle modifiche normative arretrate dal *Decreto Internazionalizzazione* n. 147 del 2015. La bozza di nuovo provvedimento chiarisce infatti che “[...] *per “tassazione effettiva estera” si intende il rapporto tra le imposte estere e l’utile ante-imposte risultante dal bilancio della controllata; per “tassazione virtuale interna” si intende il rapporto tra l’imposta che la controllata avrebbe pagato in Italia, corrispondente al reddito imponibile rideterminato secondo le disposizioni fiscali italiane in materia di reddito d’impresa, e l’utile ante-imposte risultante dal bilancio della controllata [...]*”.

²⁵⁹ La disposizione contenuta nel par. 5.1 della bozza di provvedimento, includendo le imposte assolute in paesi terzi dalla CFC appare coerente con l’abrogazione della seconda esimente (lett. b). Nella versione del provvedimento in corso di sostituzione, relativa all’abrogato comma 8-bis, le sole imposte rilevanti sono quelle assolute nel paese di residenza della CFC. Inoltre, la bozza di provvedimento specifica che, qualora per effetto dell’allungamento della catena di controllo, il reddito della CFC venga tassato nel paese di residenza di una subholding, per effetto dell’applicazione di una normativa CFC estera, il carico fiscale sia considerato nel calcolo dell’ETR della CFC.

Il richiamo del quarto comma del 167 alla “**tassazione effettiva**” assicura l’applicazione della disciplina contro eventuali “*aggiramenti*” che possano determinarsi in circostanze in cui il livello di tassazione nominale è equiparabile a quello italiano, mentre a fronte di specifici regimi agevolativi (ad esempio *IP regimes*; *Patent box*; ecc.), la società estera gode di sensibili riduzioni di imposte²⁶⁰. Il richiamo alle “**modalità semplificate**”²⁶¹ è necessario considerato l’onere, per i soggetti transnazionali, di riliquidare le dichiarazioni di tutte le società del gruppo, al fine di verificare le condizioni di applicabilità della disciplina CFC. Tale adempimento richiede l’acquisizione di tutto l’impianto contabile della società estera al fine di adeguare le variazioni, in aumento ed in diminuzione, rispetto alla normativa domestica. Tra i criteri (oggetto di successiva definizione da parte di uno specifico provvedimento²⁶² dell’Amministrazione Finanziaria) risulta esser richiamato espressamente nella norma solo quello relativo **all’irrilevanza delle variazioni non permanenti della base imponibile**. La formulazione adottata, già presente nel provvedimento del 16/09/2016, porterebbe a ritenere che, nel calcolo della tassazione virtuale a cui la CFC sarebbe chiamata qualora residente in Italia, non dovrebbero applicarsi le disposizioni del TUIR aventi ad oggetto meri differimenti della deduzione/tassazione di costi/ricavi. Parimenti, nel calcolo dell’ETR, va sterilizzato l’impatto delle variazioni di natura temporanea apportate alla base imponibile del soggetto estero, per effetto della disciplina locale²⁶³. Le norme sull’imputazione fiscale temporale di costi e ricavi fungono da raccordo con le regole e gli standard civilistici di redazione del bilancio; potrebbe risultare pertanto evidente che la sterilizzazione delle disposizioni sulla competenza fiscale, in ambito di effettuazione del test di cui al comma 4, necessiterebbe preventivamente di una verifica

²⁶⁰ Inoltre, riduzioni sensibili del livello di tassazione potrebbero verificarsi a causa di normativa fiscale che consenta delle esenzioni alla tassazione oppure di sistemi che non garantiscono l’effettiva applicazione del regime fiscale. Un’altra modalità per diminuire il livello di tassazione effettivo è quella di concedere rimborsi di imposta in fasi successive a quelle della dichiarazione e del versamento (ad esempio a seguito della distribuzione di dividendi). BEPS 3, par. 66.

²⁶¹ Uno schema di provvedimento è stato emesso, in consultazione, insieme alla bozza di circolare, in previsione dell’emanazione della versione definitiva.

²⁶² La bozza di provvedimento specifica che sono rilevanti al fine del calcolo del *tax rate effettivo* della CFC le imposte dovute nella giurisdizione in cui è incorporata la società e quelle assolte dalla società all’estero (sotto forma di ritenute), debitamente documentate ed espone nei bilanci e nella dichiarazione. Il *tax rate virtuale* interno andrà calcolato partendo dai dati di bilancio o dal rendiconto della CFC e, qualora la stessa adotti i principi contabili IAS/IFRS, il reddito deve essere determinato sulla base delle specifiche regole del TUIR per i soggetti che redigono il bilancio in base ai principi contabili internazionali.

²⁶³ Sul punto si veda il par. 5.1, lett. d), della bozza di provvedimento in corso di consultazione.

sulla simmetria delle **regole contabili di redazione dei bilanci** tra l’Italia ed il paese di radicamento della CFC.

Di sicuro, la previsione del test nel nuovo modello normativo CFC comporterà **maggiori oneri per gli operatori economici** che, differentemente da quanto fatto in vigore del vecchio regime con le liste²⁶⁴ (*black – white*), dovranno esaminare, *case by case* (si direbbe società per società), l’intera struttura del gruppo per valutare dove una *legal entity* possa ricadere nell’ambito di applicazione della disciplina CFC. Allo stesso modo maggiori costi per il controllo sono preventivabili dal lato dell’amministrazione finanziaria in occasione delle verifiche su soggetti multinazionali.

Il regime del *tax rate variabile* risente, inequivocabilmente, delle scelte di politica fiscale, interne e, paradossalmente, esterne degli ordinamenti terzi. Le norme per l’identificazione della condizione di accesso alla CFC determinano pertanto un perimetro mobile nel quale un’entità estera può entrare ed uscire dal regime CFC a seconda dell’oscillazione delle aliquote nazionali ed estere: tale elemento rappresenta un definitivo scollamento dal precedente – storico – presupposto di applicazione, della disciplina CFC, dato dall’insediamento in **paesi a fiscalità privilegiata**.

In riferimento alle imposte da considerare per il calcolo del *tax rate virtuale* interno, l’Agenzia delle Entrate ha chiarito che dovrà considerarsi solo l’IRES e non l’IRAP²⁶⁵, con un parziale cambiamento rispetto a quanto indicato nella prassi precedente²⁶⁶. La

²⁶⁴ Come evidenziato in relazione illustrativa: “[...] a tal fine, si conferma, quindi, in linea con le disposizioni già vigenti, che l’individuazione di tali Paesi è effettuata con riferimento alla tassazione effettiva e non già in base a liste “nere”. È necessario, dunque, un confronto tra tax rate “effettivo” estero con tax rate “virtuale” interno - quest’ultimo calcolato procedendo alla rideterminazione del reddito in base alle disposizioni fiscali interne applicate all’utile ante imposte risultante dal bilancio della controllata - confronto che riguarda, sul fronte della tassazione virtuale interna, l’imposta sul reddito delle società (IRES) [...]”.

²⁶⁵ Cfr. Di Stefano Alessandro, Porcarelli Andrea, Falduto Giuseppe, *CFC: un restyling in formato ATAD*, in Amministrazione & Finanza, n. 6/2019, “[...] In sede di Telefisco 2019, question time con la stampa specializzata (Il Sole - 24 Ore) l’Agenzia delle entrate, Divisione Grandi Contribuenti, ha confermato che ai fini del calcolo del tax rate “virtuale” interno occorre fare esclusivo riferimento all’IRES. Tale approccio è coerente con quanto chiarito nell’ambito della previgente disciplina CFC (inter alia circolare Assonime n. 17/2017). Risulterebbe pertanto superato il distinguo in precedenza effettuato tra “CFC white” (in cui non occorre dare rilevanza all’IRAP) ed alle “CFC black” in cui l’IRAP assumeva rilevanza ai fini del calcolo del tax rate effettivo. Si segnalano sul tema i chiarimenti espressi dall’Agenzia delle entrate nella circolare n. 35/E del 4 agosto 2016. Sul punto, cfr. anche D. Avolio - P. Ruggiero, op. cit., pag. 254. Si attende in ogni caso la conferma in prassi da parte dell’Amministrazione finanziaria sulla nuova interpretazione normativa fornita [...]”. In conformità all’interpretazione anche la bozza di provvedimento, all’art. 4, specifica che “Per calcolare la tassazione virtuale interna rileva l’IRES, senza considerare sue eventuali addizionali, al lordo di eventuali crediti di imposta per i redditi prodotti in uno Stato diverso da quello di localizzazione della controllata. Ai medesimi fini non assume rilevanza l’IRAP”.

²⁶⁶ Vedasi circolare n. 35/2016, par. 1.2.3.

conservazione della pregressa prassi amministrativa consente pertanto agli operatori, nel primo anno di imposta di applicazione della nuova normativa, di utilizzare una serie di principi dettati per la quantificazione del *tax rate* virtuale delle CFC *white list* anche alla nuova norma post ATAD.

Un profilo di interesse è quello per il quale il test di verifica del *tax rate* prescinde dalla composizione del reddito della CFC e si applica alla totalità di esso: sia a proventi da *passive income* che a redditi *attivi*. La soluzione scelta dal legislatore italiano è stata quella, presumibilmente, più semplice e con minori costi di *compliance*; le alternative, così come individuate dal documento BEPS 3, avrebbero potuto essere:

- (i) calcolo di un apposito *tax rate* per ogni singolo elemento di reddito percepito dalla società CFC; oppure, ed in senso contrario;
- (ii) calcolo del *tax rate*, aggregato, per tutte le società facenti parte di un singolo paese così da definire un unico livello di tassazione del gruppo.

3.5.2. Seconda condizione di ingresso – le categorie reddituali

L'identificazione di specifiche categorie reddituali, suscettibili di generare potenziali rischi di erosione o abuso, era stata già condotta dal legislatore nazionale ed il concetto di *passive income* aveva già fatto la sua comparsa, nell'ordinamento italiano, per effetto dell'introduzione dei commi 5-bis e 8-bis nel vecchio art. 167. In fase di progettazione della nuova norma, il legislatore nel delineare la **seconda condizione** per l'attribuzione della qualifica di CFC, ha richiamato specifiche categorie reddituali²⁶⁷ che sono state identificate dapprima dai lavori OCSE e, successivamente, inserite nella Direttiva antielusione. Rispetto a questi ultimi due documenti, la nuova disposizione del TUIR fa riferimento a “[...] **oltre un terzo dei proventi da essi realizzati rientra in una o più delle seguenti categorie [...]**”; con specifico riguardo all'impostazione dell'ATAD, la norma interna parla di **proventi** in luogo di **redditi**. Nel primo caso sembra che il riferimento sia al componente positivo di reddito, *tout-court* considerato, al lordo di eventuali costi inerenti ed imputabili ad esso, al fine del suo conseguimento. Nel secondo caso il richiamo al reddito²⁶⁸ pare indichi chiaramente un elemento che contiene

²⁶⁷ Naturalmente categorie di redditi passivi.

²⁶⁸ Nella Direttiva ATAD il riferimento è “*income*”.

al suo interno sia i ricavi che i costi, separatamente considerati in ragione dello specifico flusso netto. Il richiamo ai proventi in qualche modo risulta **incoerente** rispetto all’elencazione successiva che, solo per alcune tipologie, parla invece di redditi²⁶⁹.

Molto probabilmente la scelta italiana risente anche della *diversa funzione* che la tipizzazione degli elementi di reddito è chiamata ad assolvere: mentre nella direttiva ATAD, con approccio *transactional*, all’identificazione del reddito passivo consegue, automaticamente, anche una sua quantificazione al fine di procedere all’attribuzione alla casa madre, nella norma interna essendo l’elemento di reddito strumentale ad una mera condizione di ingresso, il legislatore sembra aver ritenuto che il richiamo ai proventi possa, in una certa misura, **semplificare il test**²⁷⁰ per la verifica della condizione.

Come per altri profili della CFC *rule*, anche in questo caso la terminologia utilizzata – **proventi** – è in continuità con quella adottata in passato, in particolare per i commi 5-bis ed 8-bis del vecchio articolo 167²⁷¹. Ritenendo pertanto conservabili e trasponibili le **interpretazioni di prassi**²⁷² delle vecchie norme anche alla nuova disposizione, si giunge ad affermare che il termine proventi è riferito ad un **componente di reddito lordo**, quindi significativamente diverso dal concetto di reddito.

L’utilizzo del termine *proventi* rischia tuttavia di generare distorsioni nell’applicazione della norma. Si pensi al caso di un soggetto che consegue un terzo di proventi da un

²⁶⁹ Sono contenuti riferimenti ad “altri redditi”.

²⁷⁰ La relazione illustrativa recita che: “[...] La seconda condizione (lettera b) è rappresentata dall’esistenza di “passive income” che, dunque, nella formulazione scelta, rappresentano unicamente una “condizione d’ingresso” nella disciplina CFC. In particolare, la condizione ulteriore di accesso si intende realizzata quando oltre un terzo dei proventi conseguiti dal soggetto estero controllato rientrano tra quelli individuati nella lettera b) del comma 4 [...]”. In continuità con la relazione illustrativa pare porsi l’interpretazione dell’autorità fiscale che, nella bozza di circolare in consultazione, ha esplicitato che il richiamo debba intendersi al concetto di *provento*, ossia al lordo dei costi sopportati per il conseguimento del componente positivo. Anche ad avviso dell’Agenzia delle Entrate tale interpretazione è funzionale ad esigenze di semplificazione del meccanismo di calcolo per gli operatori.

Cfr. Nicolosi Francesco, *Compravendita di beni e prestazioni di servizi, con valore economico aggiunto scarso o nullo, nella nuova disciplina cfc*, in Rivista di Diritto Tributario, Pacini Giuridica, 2019, “[...] Il riferimento ai “proventi” risponde ad esigenze di semplificazione e di certezza, stanti le minori problematiche interpretative poste dall’individuazione dei ricavi (proventi) lordi rispetto ai redditi netti [...]”.

²⁷¹ Il comma 5-bis recitava “La previsione di cui alla lettera a) del comma 5 non si applica qualora i proventi della società o altro ente non residente provengono per più del 50% [...]”, mentre l’8-bis si riferiva ai soggetti che “[...] hanno conseguito proventi derivanti per più del 50% [...]”.

²⁷² La circolare 51/E del 2010 evidenzia in commento, sia del comma 5-bis che del comma 8-bis, che “[...] il contribuente deve considerare tutti i proventi lordi conseguiti dalla CFC, sia ordinari che straordinari [...]”. Cfr. AA.VV. Ceppellini, Lugano & Associati, Testo unico delle imposte sui redditi 2019, Gruppo 24 Ore, 2019, p. 1476, “[...] Per la verifica del superamento della soglia dei proventi, alla luce dei chiarimenti forniti dall’Amministrazione Finanziaria in relazione alla previgente disposizione normativa, bisogna, in linea di principio, considerare tutti i proventi lordi conseguiti dalla CFC, ordinari e straordinari, risultanti dal bilancio della partecipata estera [...]”.

flusso di interessi e che, specularmente, sopporti un pari ammontare di interessi passivi. Con l'applicazione testuale della seconda condizione dell'art. 167, tale società sarebbe qualificata come CFC e dovrebbe provvedere a fornire la prova contraria sebbene tutto il reddito maturato (quello residuo derivante dai due terzi di proventi *attivi*) sia relativo ad attività genuine. Questo elemento di incertezza, se non chiarito attraverso adeguata prassi dell'autorità fiscale o, meglio ancora, da una norma di interpretazione autentica, potrebbe determinare profonda incertezza nell'applicazione della norma e nel controllo amministrativo, **con il rischio di arbitrarietà nell'identificazione dei soggetti CFC**. Essendo tale condizione di ingresso basata sui dati di bilancio della CFC, presenta margini di possibile manipolazione da parte del contribuente che, con una attività di *fine tuning* contabile sui ricavi, può pianificare i livelli reddituali e dei proventi delle società estere affinché i *passive income* ricadano al di sotto della soglia del terzo.

Il limite di 'un terzo' di *passive income*, incorporato dalla norma nazionale, **deriva presumibilmente** dalla volontà di recepire il comma 3 dell'art. 7 della Direttiva ATAD²⁷³, in base dal quale: “*Qualora, secondo la legislazione di uno Stato membro, la base imponibile di un contribuente sia calcolata a norma del paragrafo 2, lettera a), lo Stato membro può scegliere di non trattare un'entità o una stabile organizzazione come una società controllata estera a norma del paragrafo 1 se non oltre un terzo dei redditi ottenuti dall'entità o dalla stabile organizzazione rientra nelle categorie di cui al paragrafo 2, lettera a)*”. Tuttavia, la direttiva, nella parte in cui delinea questa soglia minima concessa agli Stati membri per esentare dall'applicazione della normativa CFC, richiama espressamente l'ipotesi in cui **la base imponibile sia calcolata** a norma della lett. a), ovvero in base all'*approccio transactional* che, come già considerato in precedenza, non è contemplato nel modello di CFC implementato nella norma nazionale. Ad ogni modo il legislatore italiano ha scelto di fissare, convenzionalmente,

²⁷³ In tal senso Lang Michael, *Controlled Foreign Company Legislation*, IBFD – WU Institute for Austrian and International Tax Law, n. 17 European and International Tax Law and Policy Series, 2020, p. 368 “[...] *The ATAD Decree has therefore implemented a hybrid system since (i) the passive-income test is only a threshold to be exceeded in order to apply CFC legislation if other conditions are met, (ii) the passive-income test refers to one third of the revenues rather than to the net income of the CFC (as provided under article 7 (3) of the ATAD), and (iii) the CFC income as a whole – rather than just the passive income – is attributed to the Italian shareholder so that active income of the CFC is also taxed in Italy [...]*”.

la stessa soglia di un terzo già prevista nella Direttiva, sebbene le due norme facciano riferimento a concetti (proventi e reddito) e *ratio* differenti.

Le **tipologie reddituali contemplate** dalla norma nazionale sono le seguenti:

- 1) *interessi o qualsiasi altro reddito generato da attivi finanziari;*
- 2) *canoni o qualsiasi altro reddito generato da proprietà intellettuale;*
- 3) *dividendi e redditi derivanti dalla cessione di partecipazioni;*
- 4) *redditi da leasing finanziario;*
- 5) *redditi da attività assicurativa, bancaria e altre attività finanziarie;*
- 6) *proventi derivanti da operazioni di compravendita di beni con valore economico aggiunto scarso o nullo, effettuate con soggetti che, direttamente o indirettamente, controllano il soggetto controllato non residente, ne sono controllati o sono controllati dallo stesso soggetto che controlla il soggetto non residente;*
- 7) *proventi derivanti da prestazioni di servizi, con valore economico aggiunto scarso o nullo, effettuate a favore di soggetti che, direttamente o indirettamente, controllano il soggetto controllato non residente, ne sono controllati o sono controllati dallo stesso soggetto che controlla il soggetto non residente; ai fini dell'individuazione dei servizi con valore economico aggiunto scarso o nullo si tiene conto delle indicazioni contenute nel D.M. 14 maggio 2018, emanato ai sensi del comma 7 dell'articolo 110 del Tuir.*

La lista sembra riprendere, in chiave estensiva²⁷⁴, l'elencazione contenuta nel modello di CFC di cui alla lett. a) della Direttiva. Le categorie dei proventi ricalcano una classificazione già adottata in passato²⁷⁵, per i citati commi 5-bis e 8-bis, fatta eccezione per i **punti 6) e 7)** dell'elenco che attengono ad **operazioni intercompany** sotto forma rispettivamente di **compravendita di beni o prestazione di servizi**. Le società di *trading intercompany* erano state oggetto di precedenti chiarimenti di prassi²⁷⁶ che, tuttavia, ad oggi dovrebbero ritenersi superati a seguito di una disposizione normativa diversa e, soprattutto, profondamente dettagliata. In questo passaggio la norma CFC ha

²⁷⁴ Cfr. Di Stefano Alessandro, Porcarelli Andrea, Falduto Giuseppe, *CFC: un restyling in formato ATAD*, in *Amministrazione & Finanza*, n. 6/2019

²⁷⁵ In merito si riterrebbero applicabili, ove possibile, le istruzioni già impartite con i precedenti provvedimenti di prassi.

²⁷⁶ Cfr. Circolare 28/E 2011

un evidente punto di contatto con la disciplina del *Transfer Pricing*, mutuando sia il concetto di *operazione tra parti correlate*, sia quello del *valore economico aggiunto scarso o nullo*. La finalità della disciplina antielusiva appare proprio quella di catturare marginalità del soggetto CFC che è maturata, dai rapporti *intercompany*, in erosione al paese del soggetto controllante ma, anche, rispetto a paesi terzi. I riferimenti che la norma fa al valore aggiunto scarso o nullo sembrano volti ad includere nell'ambito di applicazione i soggetti esteri che, da un'analisi funzionale, rappresentano solo soggetti **passanti di costi (*pass-through entities*)** senza esercitare reali funzioni commerciali o produttive.

Riguardo alla categoria del n. 6), dei **proventi** derivanti dalla **compravendita di beni**, la formulazione della norma lascia intendere che ricadono nella fattispecie le operazioni sia in acquisto che in vendita infragruppo. La terminologia utilizzata, come espressamente evidenziato in relazione illustrativa, sarebbe funzionale ad un allineamento con la categoria della ATAD²⁷⁷, ma presenta tuttavia alcuni profili di incertezza. In particolare, non è chiaro se le operazioni descritte debbano avvenire infragruppo sia in acquisto che in rivendita, come previsto dalla ATAD per le società di fatturazione²⁷⁸ (*trading intercompany*), oppure una delle due possa avvenire anche verso terzi. Quest'ultima interpretazione lascerebbe spazio anche a fattispecie dove la CFC, in acquisto o in vendita, operasse con soggetti terzi sul mercato. In riferimento a quest'ultima ipotesi alcuni commentatori fanno presente che la stessa possa essere contrastata anche con la semplice disciplina del *Transfer Pricing*²⁷⁹, ma tale osservazione appare non completamente condivisibile: si ipotizzino schemi

²⁷⁷ La relazione illustrativa specifica che “[...] In aderenza alle indicazioni fornite alla lettera i) dei pareri resi dalla VI Commissione finanze e tesoro del Senato della Repubblica e dalla VI Commissione finanze della Camera dei deputati, è stato sostituito il numero 6) della lettera b) del comma 4 al fine di allineare il testo alla previsione dell'articolo 7, paragrafo 2, lettera a), della Direttiva e chiarire che rientrano tra i “passive income” non solo le cessioni ma anche gli acquisti di beni (numero 6) nonché le prestazioni di servizi rese e ricevute (numero 7) con valore economico aggiunto scarso o nullo, come determinato ai sensi della disciplina del transfer pricing [...]”.

²⁷⁸ Le quali esprimono, evidentemente, un rischio fiscale più elevato, avvenendo le transazioni esclusivamente tra parti correlate.

²⁷⁹ Cfr. Nicolosi Francesco, *Compravendita di beni e prestazioni di servizi, con valore economico aggiunto scarso o nullo, nella nuova disciplina cfc*, in Rivista di Diritto Tributario, Pacini Giuridica, 2019, “[...] Alla luce di quanto sopra, sembrerebbero invece essere escluse le società che, in fase di approvvigionamento, si rivolgono esclusivamente al mercato, o che effettuano cessioni solamente nei confronti di terzi. È vero che anche le operazioni di acquisto effettuate nei confronti di soggetti esterni al gruppo potrebbero essere utilizzate per erodere la base imponibile del soggetto italiano, trasferendo in un paese a bassa fiscalità una parte del reddito. In tali ipotesi si produrrebbero effetti patologici laddove il margine riconosciuto alla società controllata estera non fosse conforme al valore normale. Le strategie in questione potrebbero, tuttavia, essere ostacolate mediante l'applicazione della disciplina in tema di prezzi di trasferimento [...]”.

commerciali che impiegano la CFC, in cui le transazioni avvengono completamente, in acquisto o in vendita, per mezzo di società non residenti nel paese della controllante. Di certo lo spirito della ATAD è quello di contrastare ipotesi in cui i beni sono, congiuntamente, sia comprati che venduti infragruppo: “[...] *income from invoicing companies that earn sales and services income from goods and services purchased from and sold to associated enterprises, and add no or little economic value [...]*”. È da evidenziare comunque come la ATAD imponga uno standard minimo e, pertanto, è discrezionalità degli Stati membri prevedere ulteriori e più ampie tipologie di redditi passivi, rispetto a quelli previsti dalla Direttive. In questo senso potrebbe esser letta la volontà del legislatore di introdurre tale “ampia”, ed indeterminata, tipologia di reddito passivo, al fine di attrarre margini che non ricadrebbero nell’ambito di applicazione del *transfer pricing* e, addirittura, quelli erosi nei confronti di stati terzi.

In riferimento alle **prestazioni di servizi** a basso valore aggiunto possono esprimersi le stesse perplessità che attengono alla compravendita di beni anche se l’interpretazione testuale del decreto ATAD (senza ricercare la *ratio* nella direttiva ATAD e nella relazione illustrativa), pare volto ad includere in modo ampio tutti i soggetti che prestano servizi in favore di società del gruppo, indipendentemente dal fatto che tali servizi siano stati o meno previamente *acquistati* dalla CFC da soggetti terzi, da parti correlate oppure *prodotti* in casa. Sempre in riferimento ai servizi infragruppo la lett. 7) dell’elenco fornisce anche un riferimento ad una norma per qualificare il valore economico aggiunto scarso o nullo²⁸⁰. Il Decreto 14 maggio 2018, riprendendo le Linee Guida OCSE sui prezzi di trasferimento²⁸¹ (versione 2017 – par. 7.45), descrive come *a basso valore aggiunto* le attività che:

²⁸⁰ In relazione illustrativa: “[...] Inoltre, è stato accolto, al citato numero 7), quanto osservato nell’ultimo periodo della lettera i) del parere reso dalla VI Commissione finanze e tesoro del Senato della Repubblica, laddove ai fini della individuazione dei servizi con valore economico aggiunto scarso o nullo ha suggerito di tenere conto delle indicazioni contenute in materia di prezzi di trasferimento nel decreto del Ministro dell’economia e delle finanze 14 maggio 2018 [...]”.

²⁸¹ Cfr. Nicolosi Francesco, *Compravendita di beni e prestazioni di servizi, con valore economico aggiunto scarso o nullo, nella nuova disciplina cfc*, in Rivista di Diritto Tributario, Pacini Giuridica, 2019, “[...] È opportuno evidenziare che le Linee Guida OCSE, con riferimento alla nozione di attività “a basso valore aggiunto”, forniscono anche sia una “positive list” (par. 7.47), che una “negative list” (par. 7.49). In base alla prima (positive list), sono considerate servizi a basso valore aggiunto, in estrema sintesi, le attività intercompany di natura contabile, legale, fiscale, burocratiche e amministrative, le attività informatiche, nonché le attività relative alle risorse umane, alla sicurezza e al recupero dei crediti. In base alla seconda (negative list), sono esclusi dalla nozione di servizio a basso valore aggiunto, oltre naturalmente alle attività core dell’impresa, anche le seguenti ulteriori attività: ricerca e sviluppo, servizi relativi alla produzione e alla lavorazione, acquisto di materie prime utilizzate nel processo produttivo, attività di vendita, marketing e distribuzione, transazioni finanziarie,

- a) hanno natura di supporto;
- b) non sono parte delle attività principali del gruppo multinazionale;
- c) non richiedono l'uso di beni immateriali unici e di valore, e non contribuiscono alla creazione degli stessi;
- d) non comportano l'assunzione o il controllo di un rischio significativo da parte del prestatore del servizio, né generano in capo al medesimo l'insorgere di un tale rischio.

3.6. Dimostrazione esimente per disapplicazione: il test di sostanza economica

In continuità con il vecchio impianto normativo e conformemente alle previsioni della Direttiva ATAD, è stata riproposta una clausola esimente per evitare che ricadessero, nell'ambito applicativo della norma, “[...] *fattispecie in cui la delocalizzazione esprime un contenuto economico reale ed effettivo*”²⁸². La nuova esimente prevista dal comma quinto dell'art. 167 ricalca, quasi esattamente, quella contenuta nel modello *transactional* della Direttiva²⁸³ nonostante il modello di CFC domestico sia disegnato come un *transactional* “*spurio*” in quanto, come sopra accennato, il criterio di attribuzione del reddito della CFC, ai sensi dell'art. 167 comma 6, sia quello dell'*entity approach*. L'esimente nazionale recita che “[...] *Le disposizioni del presente articolo non si applicano se il soggetto di cui al comma 1 dimostra che il soggetto controllato non residente svolge un'attività economica effettiva, mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali [...]*”. Il richiamo tassativo delle caratteristiche (*proxy*) che deve registrare l'attività economica della CFC²⁸⁴ (ossia personale, attrezzature, attivi e locali) parrebbe (ma sul punto sarebbero necessari chiarimenti) come un elenco in cui i fattori devono *necessariamente coesistere*. La relazione illustrativa al decreto non fa luce in merito all'obbligo di coesistenza dei quattro elementi, limitandosi ad affermare che la disposizione interna ricalca perfettamente quella contenuta nella direttiva ATAD²⁸⁵. La coesistenza di tutti gli elementi potrebbe non essere di facile riscontro in

sfruttamento di risorse naturali, assicurazione e riassicurazione, servizi di gestione della direzione aziendale (diversi dalla supervisione manageriale dei servizi a basso valore aggiunto) [...]”.

²⁸² Sacchetto Claudio, *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, G. Giappichelli Editore, 2016, cap. 12, par. 2.4

²⁸³ Art. 7, par. 2, ATAD.

²⁸⁴ Si noti, l'elenco è stato trasposto perfettamente dal testo della direttiva.

²⁸⁵ “[...] *In proposito, si fa presente che non si è ritenuto di accogliere quanto osservato nel primo punto della lettera h) dei pareri resi dalla VI Commissione finanze e tesoro del Senato della Repubblica e dalla VI*

controllate estere e, soprattutto, rispecchia le caratteristiche dei soli soggetti operanti nella c.d. *old economy*, con un **elevato grado di materialità** delle proprie attività e funzioni. Sarebbero non conformi, quindi assoggettabili ai regimi CFC, tutti i soggetti operanti in settori ad elevata immaterialità, quali quelli digitali, finanziari e legati alla proprietà intellettuale. In aggiunta, volendo evidenziare un profilo di perfettibilità della norma, si riscontra che l'elencazione suddetta non assorbirebbe appieno tutti i fattori rilevanti ai fini delle **analisi funzionali** per la determinazione dei prezzi di trasferimento²⁸⁶; gli elementi mancanti per una completa analisi del soggetto societario estero sarebbero dati dalle **funzioni svolte dalla CFC** e dai **rischi assunti** dalla stessa. È interessante notare come il richiamo agli **attivi** – *assets* nella versione in lingua inglese della direttiva – diversamente dal personale, dalle attrezzature e dai locali, non faccia uso di locuzioni o termini derivante dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. In continuità con la prassi precedente, i contribuenti saranno tenuti a predisporre, conservare e presentare un adeguato **set documentale**²⁸⁷ attraverso il quale dimostrare lo svolgimento dell'attività economica da parte della società estera controllata.

Commissione finanze della Camera dei deputati, tesi a richiedere di specificare la non necessaria compresenza di tutti gli elementi indicati nella norma, in quanto la definizione presente nell'articolo 4, comma 5, del decreto legislativo, è conforme alle previsioni della Direttiva ATAD (articolo 7, paragrafo 2, lettera a)) [...]".

²⁸⁶ La cui disciplina è interconnessa con quella della CFCrule.

²⁸⁷ La prassi precedente dell'Agenzia delle Entrate e la bozza di circolare avente ad oggetto la riforma ATAD, delineano un insieme di documenti teoricamente idonei a dimostrare l'effettivo svolgimento di un'attività economica sostanziale. La documentazione richiamata è meramente a titolo esemplificativo, potendo il contribuente ricorrere ad ogni altra ulteriore prova documentale ritenuta potenzialmente idonea. Gli elementi richiamati nella bozza di circolare (allegato 4 alla stessa) sono:

“- bilancio della società estera relativo all'esercizio cui l'istanza si riferisce, corredato, ove disponibile, della relativa certificazione. Nel caso in cui la redazione del bilancio di esercizio non sia prevista come obbligatoria ai sensi della legislazione dello Stato o territorio estero di localizzazione, tale documento contabile va, comunque, presentato ai fini in esame e, pertanto, redatto su base volontaria;

- prospetto descrittivo della struttura organizzativa e delle concrete modalità operative della società estera;*
- contratti di locazione degli immobili adibiti a sede degli uffici e dell'attività;*
- contratti di lavoro dei dipendenti che indicano il luogo di prestazione dell'attività lavorativa e l'adeguatezza delle mansioni svolte in relazione alle funzioni esercitate e ai rischi assunti;*
- conti correnti bancari aperti presso istituti locali;*
- estratti conto bancari che diano evidenza delle movimentazioni finanziarie relative alle attività esercitate;*
- copia dei contratti di assicurazione relativi a dipendenti e uffici;*
- autorizzazioni sanitarie e amministrative relative all'attività e all'uso dei locali;*
- prospetto con la composizione dell'organo amministrativo della società estera (numero, identità e residenza degli amministratori, eventuali altre cariche dai medesimi ricoperte all'interno del gruppo e la loro idoneità all'attività svolta);*
- copia delle fatture delle utenze elettriche e telefoniche relative agli uffici e agli altri immobili utilizzati, che siano rappresentative dei consumi effettuati nel periodo di imposta per il quale si chiede la disapplicazione della normativa CFC;*
- descrizione delle operazioni, effettuate nel periodo di riferimento, con parti correlate".*

In linea generale si intravede, nella nuova norma, una **contraddizione intrinseca** della clausola di disapplicazione in quanto l'approccio per categorie è rivolto a proventi (redditi) passivi che, proprio per la loro natura, **non necessitano sempre di una struttura aziendale/organizzativa** per essere conseguiti, tanto più di una struttura, come quella delineata dai quattro elementi del comma 5, che sono evidentemente riscontrabili in imprese ad alto tasso di materialità, si direbbe della *old economy*. Va da sé che la verifica dell'esistenza di una struttura con sostanza economica, può essere rivolta principalmente verso i redditi attivi, ossia quelli che non qualificano la società estera come CFC. Non appare immediatamente chiaro, pertanto, se la dimostrazione dello svolgimento di un'attività economica "sostanziale" debba essere dimostrata per i proventi attivi, per i proventi passivi o per entrambi²⁸⁸. In tal senso, sarebbe stato più opportuno, in sede di recepimento: **(i)** prevedere un criterio *transactional* per l'attrazione del solo reddito passivo in Italia, così come suggerito dall'OCSE, dalla Direttiva e presente in larga parte dei paesi europei; **(ii)** identificare test diversi, per le singole categorie reddituali, in funzione dei quali qualificare come passivi o meno i redditi della CFC²⁸⁹. Questo approccio sarebbe stato più preciso e coerente anche se con elevati costi di *compliance* e di controllo.

Quello della dimostrazione delle esimenti²⁹⁰ forse è il punto della *CFCrule* che ha subito le maggiori innovazioni rispetto alla normativa precedente, in quanto sono state contestualmente sostituite le esimenti del modello "*black list*", di cui alle **lett. a) e lett. b)** del vecchio comma 5. In particolare, l'esimente della lett. b) è stata solo trasposta nel

²⁸⁸ Cfr. Nicolosi Francesco, *Compravendita di beni e prestazioni di servizi, con valore economico aggiunto scarso o nullo, nella nuova disciplina cfc*, in Rivista di Diritto Tributario, Pacini Giuridica, 2019, "[...] Un particolare problema concerne l'ipotesi in cui i proventi "passive", di cui all'art. 167, comma 4, lett. b, rappresentino una quota minoritaria (seppur superiore ad un terzo, soglia che fa scattare l'applicazione della disciplina in parola) dei ricavi complessivi, mentre i proventi residui (e maggioritari) derivino dall'esercizio di un'effettiva attività commerciale. In tale ipotesi si pone il problema di stabilire (i) se sia sufficiente la dimostrazione dello svolgimento di un'attività economica effettiva prevalente in termini di proventi generati, o (ii) se l'esimente debba essere dimostrata con specifico riferimento all'attività che ha generato i proventi "passive". In assenza di chiarimenti al riguardo sembrerebbe preferibile aderire alla prima tesi, tenuto conto del tenore letterale della disposizione e del fatto che l'effetto della stessa è quello di imputare il reddito complessivo dell'ente estero controllato e non soltanto i redditi c.d. "passive" [...]"

²⁸⁹ Mutuando questo meccanismo di applicazione della norma, ai *passive income*, dai modelli statunitense e britannico.

²⁹⁰ Cfr. Sacchetto Claudio, *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, G. Giappichelli Editore, 2016, cap. 12, par. 2.4, "[...] le ipotesi di disapplicazione del regime cfc sono da qualificarsi quali esclusioni (e non come esenzioni), essendo gli interessi riflessi in dette posizioni certamente intrinseci a quelli considerati dalla norma, in quanto le stesse ne delimitano la portata escludendo quelle fattispecie in funzione di una valutazione coerente ed unitaria rispetto alla norma stessa e agli interessi dalla medesima tutelati [...]"

nuovo art. 47-bis relativo all’individuazione dei regimi fiscali privilegiati e quindi, con la nuova normativa, opera esclusivamente in funzione della tassazione o meno dei dividendi esteri e non più riguardo alla disapplicazione della disciplina CFC. Inoltre, per effetto del Decreto di recepimento, sono state eliminate sia la clausola di inasprimento di cui al comma 5-bis, sia l’esimente del modello “white”, di cui al comma 8-ter con la sua riproposizione testuale di principi della Corte di Giustizia europea. Tutte queste clausole hanno lasciato spazio all’inedito dettato dell’esimente prevista dalla direttiva ATAD.

Sul punto è difficile valutare quanto sia conservabile, nell’ambito del test di disapplicazione, la prassi precedente con gli inevitabili riferimenti alle disposizioni abrogate. La nuova esimente ricorda, seppur in modo lontano, il principio delineato dal vecchio comma 5, lett. a), riguardo alla presenza di una struttura organizzativa propria della CFC. Con la vecchia esimente di cui al comma 5, lett. a), il contribuente era tenuto a provare anche il radicamento²⁹¹ nel paese BL oltre che la presenza di una struttura organizzativa²⁹²: entrambe le condizioni dovevano coesistere. Questi concetti parrebbero coerenti ad un impianto della norma CFC di approccio *jurisdictional* ma sembra dubbio se possano esserlo rispetto ad un modello *transactional* o, almeno, non lo sono totalmente. Un punto di incontro potrebbe essere individuato nel fatto che il principio dell’attrazione di tutto il reddito dell’entità rischia di attirare anche redditi attivi e, pertanto, la nuova esimente analizzerà, principalmente, tale reddito attivo e la struttura aziendale necessaria al suo conseguimento. Mentre l’elemento della struttura organizzativa, in senso lato, può essere riscontrabile anche in riferimento ai redditi passivi, quello del radicamento²⁹³ “*nel mercato dello stato o territorio di insediamento*”

²⁹¹ Nel nuovo testo dell’art. 167 è scomparso il riferimento al radicamento. Ad avviso di alcuni autori tale circostanza potrebbe essere collegata all’intento del legislatore di favorire l’applicazione dell’esimente in commento anche nel caso di esercizio di attività economiche effettive ma in paesi terzi rispetto a quello di incorporazione della CFC. Si veda a riguardo Lang Michael, *Controlled Foreign Company Legislation*, IBFD – WU Institute for Austrian and International Tax Law, n. 17 European and International Tax Law and Policy Series, 2020, p. 369, “[...] it is worth noting that compared to the activity exemption provided under the CFC legislation before the amendments of the ATAD Decree, there is no longer a reference to the fact that the economic activity is to be carried on in the jurisdiction where the CFC is located [...]”.

²⁹² Volta allo svolgimento di “[...] un’effettiva attività industriale o commerciale [...]”.

²⁹³ Cfr. Circolare 51/E del 2010, par. 3, “[...] In linea di principio, per radicamento (i.e. collegamento con il “mercato dello stato o territorio di insediamento”) deve intendersi il legame economico e sociale della CFC con il Paese estero e, quindi, “...la sua intenzione di partecipare, in maniera stabile e continuativa, alla vita economica di uno Stato...- (omissis) - diverso dal proprio e di trarne vantaggio...” (Sentenza Corte di Giustizia 12 settembre 2006, C-196/04, punto 53, c.d. sentenza Cadbury Schweppes). In concreto, il riferimento al

appare quasi esclusivamente indirizzato per l'analisi dei redditi attivi. In particolare, sarà interessante valutare la prassi della prima esimente²⁹⁴, in vigore per circa un decennio prima dell'ultima riformulazione della disciplina, che era espressamente ricollegabile ai principi formulati dalla pronuncia Cadbury Sheppes²⁹⁵. Proprio in virtù dei citati principi, il requisito del radicamento, sebbene non sia più una condizione necessaria al fine della disapplicazione, sarà ragionevolmente un elemento importante e valorizzabile da parte dell'amministrazione finanziaria in sede di interpello o di accertamento²⁹⁶.

Scompare, nella nuova formulazione della norma, anche l'esimente di cui alla lett. b), relativa al **congruo livello di tassazione** del reddito in paesi diversi da quello di insediamento della CFC; ad avviso di alcuni autori²⁹⁷ si ritiene comunque che tale circostanza sia di fatto accertata preventivamente con l'utilizzo del criterio della tassazione effettiva. La cancellazione, invece, del disposto del comma 8-ter elimina, comunque, un ancoraggio della normativa domestica ai principi giurisprudenziali dell'Unione. La nuova esimente non dovrebbe soffrire di problemi di compatibilità con l'ordinamento unionale derivando dal testo di una direttiva, almeno fino a quando non sarà sindacata la compatibilità della direttiva stessa con le libertà fondamentali.

È da notare come nell'attuale formulazione della norma CFC non siano state previste disposizioni particolari in riferimento al **settore bancario, finanziario ed assicurativo**,

“mercato” è normalmente da intendersi come collegamento al mercato di sbocco o al mercato di approvvigionamento [...].

²⁹⁴ In base alla prima esimente, di cui alla lett. a) del comma 5, la disciplina CFC non si applicava se “[...] 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 [...]”.

²⁹⁵ Cfr. Circolare 51/E del 2010, par. 3, “[...] In linea di principio, per radicamento (i.e. collegamento con il “mercato dello stato o territorio di insediamento”) deve intendersi il legame economico e sociale della CFC con il Paese estero e, quindi, “...la sua intenzione di partecipare, in maniera stabile e continuativa, alla vita economica di uno Stato... - (omissis) - diverso dal proprio e di trarne vantaggio...” (Sentenza Corte di Giustizia 12 settembre 2006, C-196/04, punto 53, c.d. sentenza Cadbury Schweppes) [...]”.

²⁹⁶ In tal senso si osservino le considerazioni sviluppate dalla bozza di circolare “ATAD 1” in materia di CFC, soggetta a consultazione pubblica.

²⁹⁷ Cfr. Nicolosi Francesco, *Brevi osservazioni sulla nuova disciplina CFC recata dallo schema di decreto ATAD*, in Rivista di Diritto Tributario, Pacini Giuridica, 2018 “[...] Si evidenzia infine che la nuova esimente si differenzia da quella prevista dall'attuale art. 167, comma 5, lett. a), TUIR in quanto (i) in primo luogo non contempla il requisito del radicamento nel mercato dello Stato di insediamento e (ii) in secondo luogo non contempla la possibilità di disapplicare la disciplina in presenza di un livello di tassazione analogo a quello applicato in Italia. Tale esimente è stata resa in molti casi sostanzialmente superflua dall'utilizzo del criterio della tassazione effettiva (che sostituisce quello del livello di imposizione nominale) al fine di determinare il livello di imposizione gravante sul soggetto non residente [...]”.

lasciando libertà di applicazione, generale, del nuovo modello di CFC²⁹⁸. Nella prima esimente di cui alla lett. a), comma 5, della vecchia CFC^{rule}, era specificamente indicato che le condizioni di svolgimento dell’attività economica e del radicamento, “[...] 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 insediamento²⁹⁹ [...]”. La scelta del legislatore di non tracciare una pur minima regola per settori che, evidentemente, presentano delle tipicità intrinseche al loro business, potrebbe ripercuotersi in evidenti **margin** **di incertezza** nei primi esercizi di applicazione della nuova disciplina, rimandando alle successive regole interpretative dell’Amministrazione Finanziaria il concreto meccanismo di funzionamento della esimente. Questo a maggior ragione se si considera che la condizione di “innesco”, data dai *passive income* superiori ad un terzo del totale proventi, è ragionevolmente integrata proprio dai soggetti che esercitano le attività finanziarie, bancarie o assicurative. Questi ultimi, salvo eventuali modifiche normative o chiarimenti di prassi, saranno automaticamente chiamati a verificare, per tutte le società estere dei gruppi, l’eventuale presenza della condizione sub a), del *tax rate*, al ricorrere della quale saranno assoggettabili alla CFC^{rule} con i conseguenti oneri di *compliance* per fornire la prova contraria all’autorità amministrativa nazionale.

È importante sottolineare che l’ATAD annovera anche una clausola “esimente” opzionale, per i soggetti che esercitano attività finanziarie, al fine di escluderli

²⁹⁸ Come specificato nella relazione illustrativa al decreto “[...] Si fa, inoltre, presente, con riferimento all’osservazione di cui al terzo punto della lettera h) del parere reso dalla VI Commissione finanze della Camera dei deputati, in cui si chiede di “valutare l’eliminazione del diverso trattamento attualmente riservato alle imprese bancarie, finanziarie e assicurative per l’esimente di cui all’attuale articolo 167, co. 5, lett. a)”, che il decreto legislativo recepisce il contenuto della Direttiva uniformando il trattamento tributario di tutti i soggetti a prescindere dalla natura dell’attività svolta [...]”.

²⁹⁹ La circolare 51/E del 2010 chiarisce che “[...] Per le attività bancarie, finanziarie e assicurative, il collegamento con il mercato dello Stato o territorio di insediamento si ricava – secondo il dettato normativo - dall’origine delle fonti, degli impieghi o dei ricavi. Più in particolare, per quanto riguarda le assicurazioni, in considerazione delle peculiarità dell’attività in esame, si ritiene che ai fini della verifica del requisito del radicamento rilevi in via generale la residenza degli assicurati e il luogo di ubicazione dei rischi: ciò nel presupposto che il territorio nel quale sono ubicati i rischi assicurati comporta necessariamente lo svolgimento in loco di alcune fasi preminenti dell’attività assicurativa [...] In ogni caso, per assumere rilevanza ai fini in esame, il collegamento con il mercato di sbocco o di approvvigionamento deve essere significativo anche per le altre attività. Coerentemente con quanto previsto per le attività bancarie, finanziarie e assicurative, si può considerare significativa una percentuale di “acquisti” o di “vendite” sul mercato locale del territorio di insediamento superiore al 50 per cento. Con specifico riferimento alle banche, finanziarie e assicurazioni, la condizione richiesta dalla lettera a) del comma 5 in commento si ritiene soddisfatta quando la maggior parte delle fonti (con i connessi costi) e degli impieghi (con i connessi ricavi) originano nello Stato o territorio di insediamento. Resta inteso, come in precedenza chiarito, che la mancanza di uno o entrambi dei suddetti requisiti non preclude la possibilità di dimostrare la sussistenza della prima esimente sulla base di altri elementi [...]”.

automaticamente dall'applicazione della disciplina CFC: nel caso in cui la base imponibile sia calcolata secondo il modello a), *transactional*, “[...] lo Stato membro può scegliere di non trattare le imprese finanziarie come società controllate estere 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 [...]”. Anche in questo caso la soglia di un terzo, in riferimento alle operazioni con parti correlate, è stata individuata dalla direttiva sul presupposto che le operazioni infragrupo, per le caratteristiche intrinseche, sono connotate da un elevato rischio di erosione o abuso. L'Italia, ad ogni modo, ha deciso di non recepire tale condizione di esclusione con le prevedibili ripercussioni sopra descritte.

Un ulteriore punto interrogativo concerne il perché la direttiva disegni diverse esimenti per ognuno dei due modelli di CFC *rule* “suggeriti”: nel modello lett. a), *transactional*, l'esimente è legata allo **svolgimento di un'attività economica sostanziale**; nel modello lett. b), *TP based*, l'esimente è legata all'esistenza di **una costruzione non genuina**. Al di là dell'evidente differenza lessicale utilizzata, l'esposizione di due concetti diversi lascia intuire come il legislatore europeo abbia voluto tracciare esimenti sostanzialmente e concettualmente diverse per i due modelli, **con un diverso grado di intensità**³⁰⁰, dove non appare assolutamente chiara la misura in cui una delle due definizioni possa inglobarne l'altra. Un soggetto che non svolge un'attività economica sostanziale è automaticamente una costruzione non genuina (o di puro artificio)? Sul punto si attenderanno le prime pronunce, nazionali ed europee, in merito alle contestazioni di carattere elusivo. Nelle principali pronunce della Corte di Giustizia³⁰¹ i due concetti parrebbero collegati laddove il mancato esercizio di un'attività economica effettiva è il *proxy* per identificare la non genuinità della struttura societaria. Ad ogni modo sarebbe stato opportuno, in fase di stesura della Direttiva, utilizzare un'unica terminologia per non lasciare spazio a possibili interpretazioni divergenti.

³⁰⁰ Per alcuni autori i concetti di “attività economica effettiva” e “struttura non di puro artificio” risulterebbero sostanzialmente coincidenti. Cfr. Nicolosi Francesco, *Compravendita di beni e prestazioni di servizi, con valore economico aggiunto scarso o nullo, nella nuova disciplina cfc*, in Rivista di Diritto Tributario, Pacini Giuridica, 2019, “[...] In sintesi, anche al fine di dimostrare la non artificiosità della struttura estera in base alla precedente disciplina, occorre fare riferimento all'effettività dell'attività economica svolta. I concetti di “non artificiosità” e di “attività economica effettiva” dovrebbero dunque essere considerati sostanzialmente equivalenti [...]”.

³⁰¹ C – 135/17 X GmbH; C – 196/04 Cadbury Schweppes; C – 524/04 Thin Cap GLO; C – 6/16 Equiom Sas.

Infine, è necessario fare qualche riflessione sulla modalità di recepimento della clausola esimente rispetto al contenuto della direttiva ATAD. È stato già evidenziato come il disposto del nuovo comma quinto dell’art. 167 ricalchi, in misura pressoché identica nelle parole, l’esimente contenuta della Direttiva ATAD³⁰². La stessa Direttiva precisa però un aspetto importante, ossia che il recepimento dell’esimente è obbligatorio solo verso i paesi UE e non per i paesi terzi (Art. 7, comma 2, terzo periodo): “*Se la società controllata estera è residente o situata in un **paese terzo** che non è parte contraente dell’accordo SEE, gli Stati membri **possono decidere di astenersi dall’applicazione del comma precedente***”. In questo caso la Direttiva fornisce agli Stati membri la possibilità di restringere significativamente le maglie delle loro norme CFC, non tipizzando le possibili esimenti da invocare rispetto agli investimenti in paesi extra-UE. L’Italia ha deciso di non fare ricorso a tale possibilità e, in modo coerente, ha mantenuto (per alcuni versi esteso) l’ambito di operatività della nuova esimente sia verso paesi UE che paesi extra UE. Appare doveroso comunque osservare che un recepimento della ATAD che non preveda, in alcun modo, una clausola esimente per le controllate detenute all’infuori del contesto unionale, sarebbe facilmente oggetto di incompatibilità rispetto alla **libertà di circolazione dei capitali**, invocabile nel caso di investimenti extra UE. Sotto questo aspetto la direttiva se da un lato, correttamente, ha definito l’esimente interna sulla base della consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia, dall’altro non ha previsto un obbligo – minimo – di fissazione di una esimente per le controllate insediate in Stati Terzi, con il conseguente rischio di eterogeneità ed incoerenza che le norme nazionali, tra di loro, potranno evidenziare.

3.7. Possibilità di fornire prova contraria: il regime dell’interpello, la richiesta di chiarimenti e l’obbligo di motivazione rafforzata

Il secondo ed il terzo periodo del comma 5 recitano che, al fine di dimostrare l’esistenza delle condizioni di disapplicazione del regime “[...] *il contribuente può interpellare l’Agenzia delle Entrate ai sensi dell’articolo 11, comma 1, lettera b), della legge 27 luglio 2000, n. 212. Per i contribuenti che aderiscono al regime **dell’adempimento***

³⁰² Art. 7, comma 2, terzo periodo della Direttiva, “*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 [...]*”.

collaborativo di cui all'articolo 3 del decreto legislativo 5 agosto 2015, n. 128, l'istanza di interpello di cui al secondo periodo può essere presentata indipendentemente dalla verifica delle condizioni di cui al comma 4, lettere a) e b)". La disposizione richiama il regime del cd. *interpello probatorio*, che il contribuente può, non deve, presentare istanza all'amministrazione finanziaria per ottenere un parere circa le condizioni di disapplicazione della norma. La **causa esimente** può comunque essere dimostrata, da parte del contribuente, direttamente in sede di controllo³⁰³, essendo venuta meno l'obbligatorietà dell'interpello così come prevista dal quadro normativo e di prassi in vigore precedentemente³⁰⁴. In caso di risposta affermativa all'interpello, da parte dell'Amministrazione finanziaria, il contribuente non sarà tenuto a fornire, in sede di controllo, ulteriore dimostrazione circa la sussistenza delle condizioni per non applicare il regime.

Resta da chiarire l'espressione utilizzata per i soggetti che aderiscono al regime dell'adempimento collaborativo i quali possono presentare interpello **indipendentemente dalla verifica** delle condizioni di innesco della disciplina CFC³⁰⁵. Una possibile interpretazione è nel senso che tutti i soggetti diversi dai grandi contribuenti in regime dell'adempimento collaborativo sono tenuti, preventivamente,

³⁰³ Intendendosi controllo in sede di accesso, ispezione, verifica, oppure di altra attività di accertamento ai sensi dell'art. 32 del DPR 600/72.

³⁰⁴ Si veda la Circ. 9/E del 2016. Per effetto della rivisitazione dell'istituto generale dell'interpello ad opera del D.Lgs 156 del 4 settembre 2015, l'interpello per la disapplicazione della disciplina CFC, precedentemente obbligatorio, è stato razionalizzato nella categoria dell'interpello probatorio che "[...] raggruppa tutte quelle istanze [...] volte a ottenere un parere sulla sussistenza delle condizioni o sulla idoneità degli elementi probatori richiesti dalla norma ai fini dell'accesso a un determinato regime fiscale, nei casi espressamente previsti (secondo un approccio di tassatività delle ipotesi riconducibili a questa categoria) [...]". In relazione all'obbligo di segnalazione la stessa circolare specifica che "[...] una delle più significative novità del decreto – in linea con le indicazioni della legge delega – consiste nella eliminazione di diverse forme di interpello obbligatorio, in ragione dell'eccessiva onerosità dell'adempimento del contribuente in relazione ai benefici garantiti all'amministrazione [...] la previsione dell'obbligo di presentare un interpello in relazione a determinate fattispecie era strumentale ad assicurare un monitoraggio preventivo dell'amministrazione in dette ipotesi, considerate particolarmente rischiose dallo stesso legislatore (si pensi, ad esempio alle istanze CFC o alle istanze presentate dalle società che non superano i test di operatività stabiliti dalla legge). L'eliminazione di una forma di interpello obbligatorio e la conseguente facoltà del contribuente di accertare autonomamente la sussistenza dei presupposti che giustificano l'applicazione di un regime diverso da quello ordinariamente stabilito determinava il rischio – evidenziato dalle Commissioni parlamentari che hanno esaminato lo schema di decreto delegato anche in relazione ai possibili effetti negativi sui saldi della finanza pubblica – di un generale affievolimento del presidio dell'amministrazione su talune situazioni che restano comunque connotate da profili di peculiare pericolosità. Proprio al fine di evitare questo rischio, in contropartita alla eliminazione dell'obbligo di presentazione dell'interpello, in relazione a dette situazioni, il legislatore ha introdotto un obbligo di segnalazione in dichiarazione, finalizzato a consentire comunque la "disclosure" del contribuente che non abbia presentato istanza di interpello o che, pur avendola presentata, non si sia adeguato alla risposta negativa fornita dall'amministrazione [...]".

³⁰⁵ Tax rate inferiore al 50% e passive income maggiori di un terzo dei proventi totali.

alla verifica delle condizioni di accesso al regime CFC, pena l’improcedibilità dell’istanza di interpello. I soggetti, invece, rientranti nel suddetto regime hanno la possibilità di ottenere il parere dell’Autorità Fiscale anche, preventivamente, in ipotesi che non ricadono (o almeno non ricadono *ancora*) nella disciplina antielusiva. Questa possibilità, evidentemente offerta dalla norma a fronte degli oneri connessi all’instaurazione ed al mantenimento della cosiddetta *Cooperative Compliance*, può essere particolarmente utile per analizzare, preventivamente, investimenti all’estero che sono prossimi alle soglie di ingresso del regime, ma la cui ricaduta nello stesso è ancora incerta. Come evidenziato, la ricaduta o meno nel regime CFC, stante la configurazione attuale della norma, può essere una questione fortemente incerta per il contribuente in quanto può scaturire:

- a) da **fattori propri dell’ordinamento di radicamento della CFC** come, ad esempio, modifiche dell’aliquota che portino la tassazione effettiva sotto il livello di soglia;
- b) **fattori legati all’andamento economico della società**, per la quale i componenti passivi, rispetto a quelli complessivi, possono espandersi o restringersi sotto la soglia del terzo.

Specularmente alla previsione del regime dell’interpello per il contribuente, il novellato articolo 167, al comma 11, ha previsto un onere di **motivazione rafforzata** da parte dell’Amministrazione finanziaria che è tenuta a richiedere al contribuente, in un’ottica di impiego a regime del contraddittorio *endoprocedimentale*, le circostanze esimenti con **l’obbligo di controargomentare** alle stesse in sede di emissione dell’avviso di accertamento. Il comma 11 dispone in tal senso che: *“L’Agenzia delle Entrate, prima di procedere all’emissione dell’avviso di accertamento d’imposta o di maggiore imposta, deve notificare all’interessato un apposito avviso con il quale viene concessa al medesimo la possibilità di fornire, nel termine di novanta giorni, le prove per la disapplicazione delle disposizioni del presente articolo in base al comma 5. Qualora l’Agenzia delle Entrate non ritenga idonee le prove adottate dovrà darne specifica motivazione nell’avviso di accertamento [...]”*. La disposizione è chiaramente volta a fornire una adeguata garanzia al contribuente, derivante dai generali principi fissati dallo Statuto dei diritti³⁰⁶, per evitare che il mero verificarsi delle condizioni *di ingresso* nel

³⁰⁶ La legge 212 del 2000 all’art. 7 specifica in merito alla motivazione degli atti di accertamento che *“Gli atti dell’amministrazione finanziaria sono motivati secondo quanto prescritto dall’articolo 3 della legge 7 agosto*

regime CFC, possa tradursi in una generalizzata ed indistinta applicazione del regime. In quest'ottica l'Amministrazione Finanziaria non può limitarsi a *prendere atto* delle osservazioni del contribuente ma è tenuta a confutarle motivando le ragioni del mancato accoglimento, pena l'invalidità dell'avviso di accertamento successivamente emesso.

3.7.1. Le specificità della norma CFC in relazione alla clausola antiabuso dell'art. 10-bis dello Statuto

Le disposizioni procedurali, seppur con qualche elemento in comune, divergono in buona parte da quelle previste per la contestazione **dell'abuso del diritto** (la domestica clausola GAAR³⁰⁷) di cui all'art. 10-bis della legge 212 del 2000. In particolare, diverge, tra la GAAR e la CFC*rule*, il regime dell'avviso – richiesta di chiarimenti – con cui l'autorità fiscale innesca il procedimento di accertamento.

Un primo punto di differenza è dato dalla tempistica minima concessa al contribuente per rispondere all'amministrazione finanziaria: nel questionario antiabuso ex art. 10-bis³⁰⁸ è di 60 giorni, mentre nell'invito CFC*rule* è di 90. Probabilmente tale differenza riflette la maggiore necessità di tempo, nel caso di questionario CFC, che può servire al contribuente per entrare in possesso di documentazione giustificativa dell'esimente che, verosimilmente, è fisicamente collocata in paesi esteri e può essere di non agevole reperimento in tempi rapidi.

Il secondo e, a mio avviso, sostanziale aspetto di divergenza è dato dal fatto che il suddetto comma 6 dell'art. 10bis prevede che, nell'invito a comparire, vengano già

1990, n. 241, concernente la motivazione dei provvedimenti amministrativi, indicando i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione [...]". Riguardo al principio del contraddittorio endoprocedimentale, in relazione alle contestazioni sollevate in sede accesso, ispezione o verifica, l'art. 12, comma 7, specifica che *"Nel rispetto del principio di cooperazione tra amministrazione e contribuente, dopo il rilascio della copia del processo verbale di chiusura delle operazioni da parte degli organi di controllo, il contribuente può comunicare entro sessanta giorni osservazioni e richieste che sono valutate dagli uffici impositori. L'avviso di accertamento non può essere emanato prima della scadenza del predetto termine, salvo casi di particolare e motivata urgenza [...]".* Sul tema si veda anche Carinci A., Tassani T., *Manuale di diritto tributario*, Giappichelli, 2019; Tesoro F., *Istituzioni di diritto tributario*, UTET, 2017; Pistone Pasquale, *Diritto Tributario Europeo*, Giappichelli Editore, 2018.

³⁰⁷ In relazione all'introduzione di una clausola anti abuso, codificata in maniera univoca, per tutti i paesi membri UE per effetto della ATAD, si veda Traversa Edoardo, *The prohibition of abuse of rights in European Tax Law: sacrificing the internal market for the fight against base erosion and profit shifting?*, in *Studi Tributari Europei*, Vol. 9/2019; Boria Pietro, *La clausola anti-abuso prevista dalla direttiva ATAD: l'esperienza italiana*, in *Studi Tributari Europei*, Vol. 9/2019.

³⁰⁸ Ai sensi del comma 6, dell'art. 10-bis della L. 212/2000, *"Senza pregiudizio dell'ulteriore azione accertatrice nei termini stabiliti per i singoli tributi, l'abuso del diritto è accertato con apposito atto, preceduto, a pena di nullità, dalla notifica al contribuente di una richiesta di chiarimenti da fornire entro il termine di sessanta giorni, in cui sono indicati i motivi per i quali si ritiene configurabile un abuso del diritto"*.

inseriti i **motivi per i quali si ritiene configurabile l’abuso del diritto**. Nel caso della CFC*rule*, invece, la richiesta dell’autorità è volta a richiedere, semplicemente, le circostanze esimenti di cui al comma 5. Tale differenza non è di poco conto. Nel primo caso (abuso) è sostanzialmente previsto un **onere supplementare** in capo all’amministrazione finanziaria che, già in fase di invito, deve tracciare anticipatamente il quadro probatorio e lo schema elusivo, lasciando la possibilità al contribuente di confutarlo in sede di contraddittorio. L’onere della prova, circa la sussistenza di una condotta abusiva è collocato pienamente sull’autorità fiscale che è tenuta a condurre – ragionevolmente – un’apposita attività istruttoria a monte per ricostruire lo specifico schema elusivo/abusivo, posto in essere dal contribuente³⁰⁹, e che si intende contrastare. Al contrario, l’invito CFC si inquadra nell’ambito di una **presunzione legale relativa**, verso la quale è il contribuente a dover dimostrare di ritrovarsi nelle condizioni esimenti per disapplicare la disciplina. In questo caso l’autorità fiscale è tenuta a dimostrare solo la sussistenza delle condizioni di accesso al regime CFC della specifica controllata oggetto di analisi, mentre spetta al contribuente l’onere di provare che tale struttura sia caratterizzata da un profilo economico genuino e non sia inserita in un contesto di pianificazione fiscale aggressiva. Come è stato evidenziato dal legislatore nella relazione illustrativa³¹⁰, tale divergenza è legata al fatto che l’art. 10-bis, costituendo norma di chiusura dell’ordinamento, prevede tutele particolari per il contribuente che non sono invece necessarie nel caso di norme *antiabuso* specifiche.

³⁰⁹ Stante la natura di norma di chiusura della regola antiabuso GAAR, essa non prevede fattispecie tipizzabili per cui, potenzialmente, ogni schema abusivo/elusivo oggetto di contrasto può rappresentare un *unicum* nel suo genere.

³¹⁰ “[...] Il comma 11 introduce disposizioni di tipo procedurale stabilendo che, nelle ipotesi di accertamenti sulla corretta applicazione della norma sulle CFC, l’Agenzia delle entrate prima di procedere ad un avviso di accertamento di imposta o di maggiore imposta, deve concedere al contribuente un termine di 90 giorni per presentare le prove utili a dimostrare che, nel caso di specie, ricorra l’esimente di cui al comma 5. A tal riguardo, non si è ritenuto di accogliere quanto osservato nel secondo punto della lettera h) dei pareri resi dalla VI Commissione finanze e tesoro del Senato della Repubblica e dalla VI Commissione finanze della Camera dei deputati laddove si richiede di prevedere che ai fini dell’accertamento si applichino, in buona sostanza, le disposizioni previste, in fase di contraddittorio a tutela del contribuente, dal comma 6 dell’articolo 10-bis della legge n. 212 del 2000 (cd. Statuto del Contribuente) in materia di abuso del diritto nonché quelle relative alla validità dell’atto impositivo in merito al cosiddetto obbligo della “motivazione rafforzata”. Al riguardo si precisa, da un lato, che l’articolo 4, comma 11, del decreto legislativo già prevede che vi sia il contraddittorio tra amministrazione finanziaria e contribuente e che l’atto di accertamento sia motivato rispetto alle prove addotte dalla parte, in continuità con quanto già previsto nel vigente articolo 167, comma 8-quater, del TUIR e, dall’altro, che la disciplina dell’abuso del diritto è una disposizione antielusiva generale che, proprio in considerazione del suo carattere di “chiusura” rispetto al sistema tributario, non prevede un’elencazione precisa o definizione delle potenziali operazioni elusive. La sua particolarità, rispetto ad altre norme antielusive recate dall’ordinamento, ha richiesto particolari tutele per il contribuente che non risultano necessarie in relazione a norme anti-abuso specifiche [...]”.

3.7.2. Aspetti procedurali – l'obbligo del contraddittorio preventivo del nuovo art. 5-ter del D.Lgs. 218/1997

Gli adempimenti procedurali propri della disciplina CFC, a partire dal 1° luglio 2020³¹¹, si intrecciano con il più ampio e generalizzato obbligo, da parte dell'autorità fiscale, di istituire una sede di contraddittorio con il contribuente prima dell'emissione di un avviso di accertamento. Il nuovo art. 5-ter del D.Lgs. 218/97, comma 1, prevede che *“L'ufficio, fuori dei casi in cui sia stata rilasciata copia del processo verbale di chiusura delle operazioni da parte degli organi di controllo, prima di emettere un avviso di accertamento, notifica l'invito a comparire di cui all'articolo 5 per l'avvio del procedimento di definizione dell'accertamento”*. Ulteriori eccezioni a tale regola generale sono costituite dall'emissione di avvisi di accertamento parziali e dai casi di particolare urgenza o pericolo per la riscossione³¹².

La novella normativa dell'art. 5-ter di fatto determina l'instaurarsi del procedimento di accertamento con adesione nella fisiologia delle contestazioni mosse dall'autorità fiscale, con conseguente impossibilità³¹³ per il contribuente di aprire una nuova fase di adesione dopo la notifica dell'avviso di accertamento. L'istituto sottrae dunque al contribuente la facoltà di avviare, di sua iniziativa³¹⁴, la fase di adesione, rendendola obbligatoria, per entrambe le parti, prima dell'avvio della fase di accertamento. Laddove il procedimento di adesione si chiudesse con esito negativo, al contribuente resta la sola possibilità, una volta ricevuto l'avviso di accertamento, di proporre ricorso o accedere – se rientrante nei limiti – all'istituto deflattivo della mediazione.

L'obbligo che ha un chiaro intento di agevolare la partecipazione del contribuente alla definizione della pretesa si sostanzia, di fatto, in un **anticipo di uno strumento deflattivo del contenzioso**³¹⁵: l'accertamento con adesione. Il mancato ottemperamento

³¹¹ Data di entrata in vigore della norma, ai sensi dell'art. 4-octies, comma 2, del medesimo D.L. n. 34/2019.

³¹² Art. 5-ter, co. 2, *“Sono esclusi dall'applicazione dell'invito obbligatorio di cui al comma 1 gli avvisi di accertamento parziale previsti dall'articolo 41-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e gli avvisi di rettifica parziale previsti dall'articolo 54, terzo e quarto comma, del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633”* e co. 4 *“In tutti i casi di particolare urgenza, specificamente motivata, o nelle ipotesi di fondato pericolo per la riscossione, l'ufficio può notificare direttamente l'avviso di accertamento non preceduto dall'invito di cui al comma 1”*.

³¹³ Preclusione dettata dal fatto che la fase di adesione è stata anticipata prima dell'emissione dell'avviso di accertamento.

³¹⁴ Dopo l'emissione dell'avviso di accertamento.

³¹⁵ Sul punto si vedano, tra gli altri, Beghin Mauro, *Diritto Tributario*, Cedam, 2017; Carinci A., Tassani T., *Manuale di diritto tributario*, Giappichelli, 2019; Fantozzi A., *Diritto tributario*, Utet Giuridica, 2012.

all’invito, da parte dell’amministrazione finanziaria, è sanzionato con l’invalidità dell’atto adottato³¹⁶. Inoltre, è onere dell’autorità fiscale fornire una motivazione rafforzata, controdeducendo le eccezioni poste dal contribuente, nel caso in cui non si riesca a pervenire alla stipula dell’atto di adesione³¹⁷. L’obbligo di motivazione rafforzata appare l’elemento cardine che ha indotto il legislatore a strutturare *questo modello* di contraddittorio preventivo, al fine di **vincolare entrambe le parti** – Amministrazione Finanziaria e contribuente – a confrontarsi e dirimere, in un verso o nell’altro, le diversità di posizione prima dell’effettivo esercizio della potestà impositiva.

Il comma 6 del suddetto articolo specifica che “*Restano ferme le disposizioni che prevedono la partecipazione del contribuente prima dell’emissione di un avviso di accertamento*”. Tale disposizione è stata interpretata dalla prassi dell’amministrazione fiscale³¹⁸ come un’ulteriore deroga all’obbligo di invito nei casi in cui, per la specificità delle norme accertative, il contraddittorio con il contribuente deve avvenire necessariamente prima dell’emissione dell’avviso di accertamento³¹⁹. Il caso principale è quello rappresentato dall’invito ai sensi dell’art. 10bis della L. 212/2000 in tema di abuso del diritto. Sebbene la circolare menzionata non citi espressamente³²⁰ la

³¹⁶ Comma 5 “*Fuori dei casi di cui al comma 4, il mancato avvio del contraddittorio mediante l’invito di cui al comma 1 comporta l’invalidità dell’avviso di accertamento qualora, a seguito di impugnazione, il contribuente dimostri in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere se il contraddittorio fosse stato attivato*”.

³¹⁷ Comma 3 “*In caso di mancata adesione, l’avviso di accertamento è specificamente motivato in relazione ai chiarimenti forniti e ai documenti prodotti dal contribuente nel corso del contraddittorio*”.

³¹⁸ Cfr. Circolare n. 17/E 2020.

³¹⁹ Una diversa interpretazione, maggiormente aderente al tenore letterale del comma 6, vedrebbe lo stesso specificare che le disposizioni che già prevedono la partecipazione del contribuente al contraddittorio restano ferme e, laddove possibile, si aggiungono a quella del nuovo art. 5-ter. Tale interpretazione pecca tuttavia di generare possibili *duplicazioni* della fase di contraddittorio. Si evidenzia, tuttavia, che l’ordinamento tributario in materia di accertamento dei redditi e dell’IVA prevede la possibilità di instaurare molteplici, e successivi, momenti di contraddittorio con l’amministrazione finanziaria. Si pensi, ad esempio, al caso di un PVC consegnato al contribuente, per il quale l’AF non ha l’obbligo di invitare nuovamente il contribuente ai sensi dell’art. 5-ter, ma che decide comunque di invitarlo, per opportunità, ai sensi dell’art. 5 del D.Lgs 218/97. A questo si aggiunga che, una volta emesso l’avviso di accertamento, una ulteriore fase di contraddittorio si può instaurare, ricorrendone le condizioni, con la procedura di reclamo e mediazione.

³²⁰ Cfr. Circolare n. 17/E 2020, par. 3, “[...] *L’obbligo di notifica dell’invito al contraddittorio è, inoltre, escluso negli altri casi di «partecipazione del contribuente prima dell’emissione di un avviso di 21 accertamento», disciplinati dalla normativa vigente. Al riguardo, ulteriori forme di partecipazione del contribuente sono previste, oltre che nel già citato articolo 12, comma 7, dello Statuto del contribuente, nelle seguenti disposizioni la cui elencazione non è esaustiva: – articolo 10, comma 3-bis, della legge 8 maggio 1998, n. 146, per gli studi di settore; – articolo 9-bis, comma 16, del decreto legge 24 aprile 2017, n. 50, in relazione agli accertamenti induttivi ai fini delle imposte sui redditi, dell’imposta regionale sulle attività produttive e dell’imposta sul valore aggiunto previsti, rispettivamente, del secondo comma dell’articolo 39 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600 e dell’articolo 55 del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633; – articolo 38, comma quarto, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600 (per come*

previsione dell'art. 167, co. 6 del TUIR, propria dell'invito a comparire per la rappresentazione delle esimenti CFC, è ragionevole supporre che anche la norma CFC prevede una propria – e specifica – fase di contraddittorio la quale, sposando³²¹ l'interpretazione dell'amministrazione finanziaria, sostituirebbe l'invito preventivo ex art. 5-ter. A tal proposito sarebbe necessario fare alcune considerazioni. Mentre l'invito CFC è esclusivamente rivolto a fornire elementi circa la disapplicazione della disciplina (ovvero le circostanze esimenti), l'invito ad aderire ai sensi dell'art. 5 D.lgs 218/97 rappresenta un momento molto più ampio di contraddittorio tra fisco e contribuente. Quest'ultimo processo prevede infatti che l'amministrazione finanziaria abbia già individuato il *quantum* della – maggior – pretesa tributaria, indicando l'imponibile nel corpo dell'invito stesso. Nella fase di adesione aperta dall'invito, il contribuente può apportare ogni elemento degno di apprezzamento per la ridefinizione della pretesa al fine auspicato di addivenire alla sottoscrizione dell'atto di adesione. L'invito all'adesione parrebbe dunque proceduralmente quantomeno **opportuno**, nel caso di emissione di avvisi di accertamento per contestazione di norme CFC in quanto, anche dopo aver appurato l'inutilità delle esimenti fornite dal contribuente, l'autorità fiscale ha la necessità di determinare l'imponibile oggetto di attrazione in capo al soggetto controllante. In questa fase, che non può essere anticipata nell'invito CFC ex art. 167, co. 6, appare di immediata utilità il confronto tra le parti per la definizione di una serie di elementi dubbi che si palesano nel caso di quantificazione del reddito estero, tra i quali: determinazione dei costi e dei ricavi deducibili; normativa interna applicabile; precisa qualificazione dei componenti economiche realizzate dall'entità estera nelle categorie domestiche, quantificazione del credito di imposta ai sensi dell'art. 165 TUIR.

3.8. Gli adempimenti dichiarativi

Il principale obbligo dichiarativo, gravante sul soggetto controllante domestico, è stato (ed è tutt'ora) quello di redigere un apposito quadro della dichiarazione dei redditi – quadro FC – nel quale riportare i dati reddituali e di bilancio, per ogni soggetto estero controllato CFC. L'obbligo deriva dall'art. 4 del Regolamento Attuativo CFC che, come

reso applicabile dal successivo settimo comma) per gli accertamenti sintetici; – articolo 10-bis, commi 6 e 7, della legge 27 luglio 2000, n. 212 in tema di contestazione di fattispecie abusive [...]”.

³²¹ Estendendo per analogia.

visto in precedenza, risulta applicabile anche alla nuova disciplina post – ATAD³²². L'onere è in capo al soggetto ultimo controllante: tuttavia se il controllante ultimo è un soggetto non in regime di reddito d'impresa, ed il controllo è esercitato attraverso una società, l'obbligo è assunto da quest'ultima controllante intermedia³²³.

Come specificato dalla circolare 35/2016 *“Il soggetto che detiene il controllo di più soggetti esteri, tenuto a compilare un quadro FC per ciascuno di essi, dovrà effettuare la comunicazione in relazione a ciascuna partecipazione (fatti salvi i casi in cui la disciplina CFC sia stata applicata e i relativi redditi siano stati tassati per trasparenza, ovvero non lo sia stata per effetto dell'ottenimento di una risposta favorevole) [...] Qualora ricorra un'ipotesi di controllo indiretto, invece, è solo il soggetto controllante di ultimo livello che dovrà indicare la partecipazione CFC, mentre nessun obbligo di segnalazione ricadrà in capo al soggetto residente per il tramite del quale la prima società esercita il controllo sulla partecipata estera”*. Formano parte integrante del prospetto il bilancio del soggetto estero, redatto secondo i principi contabili del paese di radicamento; le informazioni devono essere integrate, su richiesta dell'autorità fiscale, con la documentazione estera a supporto degli elementi economici del bilancio³²⁴.

Correlato all'obbligo del quadro FC, dal 2015, per mezzo del Decreto Internazionalizzazione, è stato introdotto l'ulteriore obbligo per i soggetti controllanti residenti³²⁵ di indicare, in dichiarazione dei redditi, la detenzione di partecipazioni in soggetti CFC. La disposizione contenuta nell'articolo 8-quater del vecchio art. 167 è stata, quasi perfettamente, trasposta nel terzo periodo del comma 11 del nuovo art. 167, in base al quale: *“[...] Fatti salvi i casi in cui la disciplina del presente articolo sia stata applicata oppure non lo sia stata per effetto dell'ottenimento di una risposta favorevole*

³²² Parimenti è possibile ritenere che vadano utilizzate, laddove compatibili, anche le istruzioni fornite attraverso le circolari in argomento dell'Agenzia delle Entrate, precedentemente emanate.

³²³ Cfr. DM 429/2001 – Regolamento CFC – art. 4, comma 5, *“In caso di controllo esercitato da un soggetto non titolare di reddito di impresa interamente tramite una società o un ente residente, le disposizioni del presente articolo si applicano a quest'ultimo soggetto”*.

³²⁴ L'art. 4 del Regolamento CFC prevede che *“Ai fini dell'applicazione dell'articolo 2, il bilancio ovvero altro documento riepilogativo della contabilità di esercizio redatti secondo le norme dello Stato o territorio in cui risiede o è localizzata l'impresa, la società o l'ente non residente costituisce parte integrante del prospetto di cui al comma 1 [...] Su richiesta dell'Amministrazione finanziaria, il soggetto controllante deve fornire, entro trenta giorni, idonea documentazione dei costi di acquisizione dei beni relativi all'attività esercitata nonché delle componenti reddituali rilevanti ai fini della determinazione dei redditi o delle perdite, compresi i compensi di cui all'articolo 3, comma 6 [...]”*.

³²⁵ Come evidenziato dalla precedente prassi, *“l'obbligo di segnalazione in parola ricade sui soggetti residenti tenuti a compilare il quadro FC”*.

all'interpello di cui al comma 5, il soggetto di cui al comma 1 deve segnalare nella dichiarazione dei redditi la detenzione di partecipazioni in soggetti controllati non residenti di cui ai commi 2 e 3, al ricorrere delle condizioni di cui al comma 4, lettere a) e b)”. La disciplina riguarda dunque i soggetti che non hanno chiesto la disapplicazione o che, avendola chiesta, hanno ottenuto risposta negativa da parte dell'Amministrazione Finanziaria³²⁶. L'obbligo ha una evidente finalità di contrasto permettendo all'autorità fiscale di assumere informazioni puntuali circa l'esistenza di soggetti CFC e di valutare, tempestivamente, eventuali azioni di contrasto.

3.9. Le modalità di tassazione del reddito “estero” in Italia

Qualora il contribuente non sia riuscito a dimostrare le circostanze esimenti di cui al comma quinto è prevista l'imputazione del reddito realizzato dalla controllata estera. Il comma 6 dell'art. 167 dispone che quando è applicabile la disciplina dell'articolo “[...] **il reddito realizzato dal soggetto controllato non residente è imputato ai soggetti di cui al comma 1, nel periodo d'imposta di questi ultimi in corso alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto controllato non residente, in proporzione alla quota di partecipazione agli utili del soggetto controllato non residente da essi detenuta, direttamente o indirettamente [...]**”. La disposizione definisce alcuni concetti chiave della disciplina, primo tra tutti **l'imputazione di tutto il reddito conseguito dalla CFC** e non solo di una parte dello stesso, in aderenza al principio dell'*entity approach*. Nel recepimento della ATAD potrebbe essersi persa una buona occasione per adeguare la CFC *rule* domestica ad un modello *transactional*, maggiormente aderente ai suggerimenti OCSE.

Riguardo al momento temporale di imputazione viene individuato il periodo di imposta del soggetto controllante all'interno del quale è chiuso l'esercizio del soggetto controllato. Con riferimento al *quantum* da tassare il criterio utilizzato è quello della **quota di partecipazione agli utili**; la relazione illustrativa al decreto n. 142/2019, di recepimento della ATAD, specifica che “[...] *in caso di partecipazione indiretta la*

³²⁶ La relazione illustrativa ribadisce che “Viene previsto, altresì, un obbligo di segnalazione in dichiarazione dei redditi delle partecipazioni per le quali sussistono gli estremi per l'applicazione della disciplina della CFC, nelle ipotesi in cui non è stato presentato interpello all'Agenzia delle entrate, nonché qualora l'interpello sia stato presentato ma si è ottenuta una risposta non favorevole”.

quota di partecipazione agli utili è determinata tenendo conto della demoltiplicazione prodotta sugli utili dalla catena societaria partecipativa [...]”. Il criterio della demoltiplicazione è particolarmente importante in quanto, nonostante la sussistenza del controllo ai sensi dell’art. 2359 del c.c.³²⁷, per effetto della presenza di partecipazioni di soggetti terzi nelle società della catena partecipativa, l’ammontare degli utili della CFC imputati per trasparenza al soggetto ultimo controllante può essere anche sensibilmente inferiore al 50%.

Il secondo paragrafo dello stesso comma specifica invece che “[...] *In caso di partecipazione indiretta per il tramite di soggetti residenti o di stabili organizzazioni nel territorio dello Stato di soggetti non residenti, i redditi sono imputati a questi ultimi soggetti in proporzione alle rispettive quote di partecipazione*”. In base a questa disposizione, materialmente la tassazione è spostata sui soggetti residenti più vicini nella catena di controllo alla CFC³²⁸. In tal caso questi ultimi dovranno compilare il quadro RM mentre la controllante di ultimo livello compilerà il quadro FC. Tale impostazione è conservata dalla previgente disciplina domestica CFC ed illustrata anche nella precedente prassi³²⁹.

Il comma 7 dell’art. 167 si occupa di dettare un importante principio per la **determinazione della base imponibile del soggetto estero**, in forza del quale sono applicate, “[...] *in base alle sue caratteristiche [...]*”, le norme dell’ordinamento interno che disciplinano la **base imponibile dei soggetti IRES**. Tale scelta, in continuità con la normativa CFC precedentemente in vigore, è stata suggerita dall’OCSE per ragioni di coerenza e semplificazione, oltre ad essere esplicitamente richiamata, come criterio di determinazione del reddito, nell’art. 8, comma 1, della direttiva ATAD³³⁰. Riguardo alle norme interne da considerare nel calcolo della base imponibile, il comma 7 indica anche

³²⁷ Che, come esaminato nei paragrafi precedenti, è calcolato senza tener conto dell’effetto demoltiplicativo della catena societaria.

³²⁸ Cfr. Uckmar Victor e AAVV, Diritto tributario internazionale: manuale, CEDAM, 2012, nella disciplina previgente “[...] *Nel caso di catene societarie i redditi sono imputati al primo soggetto controllante residente che si incontra risalendo la catena societaria [...]*”. Idealmente la tassazione avviene di fatto in capo ai soggetti del gruppo societario che sono collocati in prossimità del perimetro nazionale dell’organigramma societario.

³²⁹ Cfr. Circolare 23/E del 2011, par. 8.1

³³⁰ “*Ove si applichi l’articolo 7, paragrafo 2, lettera a), i redditi da includere nella base imponibile del contribuente sono calcolati in conformità delle norme della legge sull’imposta societaria dello Stato membro in cui il contribuente è residente a fini fiscali o è situato [...]*”. La disposizione della direttiva richiama il criterio in esame laddove uno Stato Membro decida di adottare il modello lett. a), l’approccio transazionale per categorie reddituali.

un insieme di istituti³³¹ la cui applicazione è esclusa nell’ambito della CFCrule, in ragione del fatto che essa risulterebbe, oltre che difficile, anche distorsiva rispetto alle finalità proprie della normativa CFC. Gli istituti in argomento sono:

- la disciplina delle società non operative;
- la disciplina delle società in perdita sistemica;
- gli studi di settore;
- l’ACE;
- la rateizzazione delle plusvalenze.

Pertanto, sono da applicarsi tutte le norme relative alla determinazione **del reddito di impresa** ad eccezione di quelle espressamente richiamate dal comma 7. La relazione illustrativa³³² specifica che, in questo modo, “[...] viene garantita una maggiore equivalenza della base imponibile del reddito estero, imputato per trasparenza in capo al socio italiano, rispetto allo stesso reddito qualora questo fosse stato prodotto in Italia [...]”. La locuzione nel comma 7 che fa riferimento alle **caratteristiche** del soggetto estero fa sì che, nell’applicazione delle norme tributarie nazionali, si debba prestare attenzione alla tipologia di attività esercitata dalla CFC, applicando gli articoli del TUIR specifici per determinati settori come quello bancario o assicurativo.

Il comma 8³³³ specifica che *“I redditi imputati e determinati ai sensi dei commi 6 e 7 sono assoggettati a tassazione separata con l’aliquota media applicata sul reddito del soggetto cui sono imputati e, comunque, non inferiore all’aliquota ordinaria dell’imposta sul reddito delle società”*. La tassazione separata garantisce, attraverso un meccanismo di segregazione, che non diventino compensabili tra loro le perdite

³³¹ “[...] fatta eccezione per le disposizioni di cui agli articoli 30 della legge 23 dicembre 1994, n. 724, 2, comma 36-decies, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, 62-sexies del decreto-legge 30 agosto 1993, n. 331, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 ottobre 1993, n. 427, 1 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, e 86, comma 4, del presente testo unico”.

³³² “[...] Ai sensi del comma 7, per la determinazione del reddito del soggetto controllato non residente, da imputare per trasparenza al soggetto residente, si applicano le regole di determinazione del reddito ai fini IRES previste per le imprese residenti ad eccezione delle disposizioni riguardanti le società di comodo, le società in perdita sistemica, gli studi di settore, l’aiuto alla crescita economica (ACE) e la rateizzazione delle plusvalenze di cui all’articolo 86, comma 4, del TUIR [...]”.

³³³ In Relazione illustrativa è stato specificato che “[...] E’ stato eliminato, nel comma 8, l’esplicito riferimento agli OICR in quanto la precisazione risultava ridondante e rischiava di generare criticità nei casi di applicazione della disciplina a organismi similari agli OICR che avrebbero potuto risultare esclusi dall’applicazione della norma in quanto non menzionati dalla stessa. Va da sé, quindi, che con riferimento ai redditi provenienti da organismi di investimento collettivo di risparmio non residenti (e fattispecie similari), gli stessi sono assoggettati ad imposta in capo al soggetto controllante residente, se e nella misura in cui gli stessi redditi sarebbero stati assoggettati ad imposizione se prodotti da organismi di investimento (OICR) residenti [...]”.

registrate dal soggetto estero con i redditi generati dal soggetto italiano. Allo stesso modo la segregazione opera tra le diverse CFC di un unico soggetto controllante residente, che dovrà calcolare autonomamente il reddito derivante da ciascuna di esse. Il contribuente potrà, infatti, dedurre dai redditi di una CFC solo le perdite registrate³³⁴ in precedenza dalla stessa società estera. Il richiamo al regime di tassazione separata determina anche il fatto che la disciplina CFC non si applica all’imposta regionale sulle attività produttive.

Al fine di evitare l’insorgere di doppia tassazione la norma prevede due meccanismi correttivi:

- al comma 9³³⁵ è stabilito che, con le modalità di cui all’art. 165 del TUIR, sono ammesse in detrazione le imposte sui redditi assolte all’estero³³⁶, dalla CFC, a titolo definitivo;
- al comma 10³³⁷ l’esclusione dalla tassazione dei dividendi distribuiti dalla CFC fino a concorrenza dei redditi assoggettati a tassazione per trasparenza.

Le due disposizioni, ereditate entrambe dalla precedente disciplina (non hanno pertanto carattere innovativo), sono particolarmente rilevanti anche alla luce della nuova norma sulla tassazione dei dividendi, di fonte *black list*, che è profondamente intrecciata con la disciplina della CFC *rule*.

³³⁴ La bozza di circolare prevede il monitoraggio dei valori fiscali dell’attivo e del passivo della CFC come elemento indispensabile al fine di poter fruire del riporto delle perdite. Il quadro FC va dunque compilato, da parte del soggetto che intende beneficiare del riporto delle perdite di una CFC, anche nelle annualità in cui non sussistono i presupposti per l’applicazione della norma CFC oppure è stata dimostrata la circostanza esimente.

³³⁵ “*Dall’imposta determinata ai sensi del comma 8 sono ammesse in detrazione, con le modalità e nei limiti di cui all’articolo 165, le imposte sui redditi pagate all’estero a titolo definitivo dal soggetto non residente*”.

³³⁶ I criteri per individuare le imposte rilevanti ai fini del calcolo del ETR possono non coincidere del tutto con i criteri rilevanti ai fini della fruizione del credito di imposta. Si veda, ad esempio, la fattispecie del prelievo da norme CFC estere che: (i) nel caso del calcolo dell’ETR è da considerarsi rilevante ai fini della condizione di ingresso nel regime; (ii) non è scomputabile come credito di imposta in quanto non riflette i requisiti di cui all’art. 165 del TUIR (non è pagato direttamente dal soggetto estero). Un’altra distinzione importante si riscontra laddove l’art. 165 fa riferimento esplicito alle “imposte pagate all’estero a titolo definitivo” mentre il par. 3.1 della bozza di provvedimento, in relazione al calcolo dell’ETR, fa riferimento alle imposte “effettivamente dovute”.

³³⁷ “*Gli utili distribuiti, in qualsiasi forma, dai soggetti controllati non residenti non concorrono alla formazione del reddito dei soggetti di cui al comma 1 fino a concorrenza dei redditi assoggettati a tassazione ai sensi del comma 8, anche nei periodi d’imposta precedenti. La previsione del precedente periodo non si applica con riguardo a un organismo di investimento collettivo del risparmio non residente. In questo caso, tuttavia, le imposte pagate in Italia dai soggetti di cui al comma 1 si aggiungono al costo fiscalmente riconosciuto delle quote del predetto organismo. Le imposte pagate all’estero sugli utili che non concorrono alla formazione del reddito ai sensi del primo periodo sono ammesse in detrazione, con le modalità e nei limiti di cui all’articolo 165, fino a concorrenza dell’imposta determinata ai sensi del comma 8, diminuita degli importi ammessi in detrazione ai sensi del comma 9*”.

3.10. Interrelazioni con la disciplina dei dividendi da paesi a fiscalità privilegiata

Il regime CFC presenta punti di strettissima connessione con i **principi di tassazione/esclusione** dei dividendi³³⁸ provenienti dai paesi *black list* o, più precisamente, in base alla nuova terminologia utilizzata, che adottano **regimi fiscali privilegiati**. Il Decreto di recepimento della ATAD ha così, contestualmente alla modifica dell'art. 167 del TUIR, modificato anche l'art. 89 (Dividendi ed interessi), ed introdotto l'art. 47-bis con il quale sono stati dettati i nuovi criteri per l'identificazione dei suddetti regimi a fiscalità privilegiata. Quest'ultimo articolo, come elemento di partenza, **esclude espressamente i paesi appartenenti all'Unione Europea**³³⁹ dall'insieme di quelli che possono essere considerati a regime fiscale privilegiato. Dal momento che i regimi degli Stati membri UE non sono mai considerati a fiscalità privilegiata, i soggetti esteri controllati, incorporati in tali paesi, seppur potenzialmente assoggettabili alla disciplina della CFC distribuiranno dividendi che, in Italia, beneficeranno sempre dell'esclusione del 95% di cui all'art. 89, comma 3, TUIR. In caso di tassazione per trasparenza del reddito maturato dalla CFC, i dividendi da questa provenienti saranno completamente esclusi fino a concorrenza del reddito tassato³⁴⁰ e, per l'eccedenza, concorreranno a formare il reddito nella misura del 5%. Nel caso in cui la partecipazione fosse detenuta in un soggetto extra-europeo, ai sensi dell'art. 47-bis, secondo comma, il criterio per definire se l'ordinamento si considera come a fiscalità privilegiata o meno è duplice a seconda del livello della partecipazione:

³³⁸ Analoga norma di "allineamento" riguarda la tassazione delle plusvalenze per effetto della cessione delle partecipazioni detenute in soggetti esteri, verso i quali è stata applicata la tassazione per trasparenza CFC. Rispetto alle raccomandazioni del documento BEPS, sia la direttiva ATAD che la norma interna inserita a seguito del suo recepimento, oltre al riferimento ai dividendi richiamano anche i redditi da cessione di azioni (partecipazioni nel caso dell'art. 167) quindi le possibili plusvalenze realizzate. L'art. 8, co. 6 della ATAD specifica che *"Se il contribuente cede la sua partecipazione nell'entità o le attività svolte dalla stabile organizzazione, e una qualsiasi parte dei proventi derivante dalla cessione è stata precedentemente inclusa nella base imponibile a norma dell'articolo 7, tale importo è dedotto dalla base imponibile in sede di calcolo dell'importo dell'imposta dovuta su tali proventi, al fine di evitare una doppia imposizione"*. La norma interna sulle plusvalenze esenti prevede una deroga al regime della *participation exemption* nel caso di soggetti residenti in paesi a regime fiscale privilegiato. In tali casi, essendo stata applicata la disciplina di tassazione per trasparenza CFC, il costo fiscale della partecipazione è aumentato di tali redditi tassati.

³³⁹ L'art. 47-bis, comma 1, indica come presupposto affinché possano essere qualificati come a regime fiscale privilegiato, i paesi *"diversi da quelli appartenenti all'Unione europea ovvero da quelli aderenti allo Spazio economico europeo con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni [...]"*.

³⁴⁰ In forza dell'art. 167, comma 10, per il quale *"Gli utili distribuiti, in qualsiasi forma, dai soggetti controllati non residenti non concorrono alla formazione del reddito dei soggetti di cui al comma 1 fino a concorrenza dei redditi assoggettati a tassazione ai sensi del comma 8, anche nei periodi d'imposta precedenti [...]"*.

- a) in caso di **partecipazione di controllo**, il criterio qualificatorio è la misura della tassazione effettiva (se è minore del 50% rispetto a quella che si sarebbe verificata in Italia)³⁴¹;
- b) in caso di **partecipazione non di controllo**, il criterio consiste nella tassazione nominale (se risulta inferiore al 50% di quella applicabile in Italia³⁴²).

La prima condizione richiama espressamente quella contenuta al comma 4, lett. a), dell’art. 167 ed attiene al criterio di **tassazione effettiva**, con i conseguenti riflessi in termini di costi di *compliance* che sono stati illustrati nei paragrafi precedenti. La seconda condizione fa invece riferimento al **livello di tassazione nominale** per consentire, in una certa misura, una stima più agevole da parte dei contribuenti che, non detenendo il controllo del soggetto estero, affronterebbero presumibilmente difficoltà a quantificare il carico di imposte virtuale dello stesso. Ai sensi sempre dell’art. 47-bis, a cui l’art. 89 fa richiamo, le **due esimenti** che i contribuenti possono invocare per evitare la tassazione integrale dei dividendi ricalcano, di fatto, quelle relative alla vecchia norma CFC:

- a) svolgimento di un’attività economica effettiva per mezzo di personale, attrezzature, attivi e locali;
- b) dalle partecipazioni non consegue l’effetto di localizzare i redditi in territori a regime fiscale privilegiato³⁴³.

Solo qualora sia dimostrata la condizione di cui alla lett. b)³⁴⁴ il flusso di dividendi in entrata è tassato nel limite del 5% mentre, nel caso in cui fosse dimostrata soltanto la

³⁴¹ Art. 47-bis, comma 1, lett. a), “*nel caso in cui l’impresa o l’ente non residente o non localizzato in Italia sia sottoposto a controllo ai sensi dell’articolo 167, comma 2, da parte di un partecipante residente o localizzato in Italia, laddove si verifichi la condizione di cui al comma 4, lettera a), del medesimo articolo 167*”.

³⁴² Art. 47-bis, comma 1, lett. b), “*in mancanza del requisito del controllo di cui alla lettera a), laddove il livello nominale di tassazione risulti inferiore al 50 per cento di quello applicabile in Italia*”.

³⁴³ Nella disciplina previgente, in cui l’esimente in oggetto era contenuta nel corpo dell’art. 167, la circostanza invocata ricorreva allorché i redditi conseguiti dalle imprese estere erano prodotti in misura non inferiore al 75% in Stati o territori diversi da quelli a fiscalità privilegiata e ivi sottoposti integralmente a tassazione ordinaria (ad es. attraverso una stabile organizzazione).

³⁴⁴ Il comma 3, dell’art. 89, chiarisce che “l’esclusione del comma 2 si applica agli utili provenienti da soggetti di cui all’articolo 73, comma 1, lettera d) “[...] se diversi da quelli residenti o localizzati in Stati o territori a regime fiscale privilegiato individuati in base ai criteri di cui all’articolo 47-bis, comma 1, o, se ivi residenti o localizzati, sia dimostrato, anche a seguito dell’esercizio dell’interpello di cui al medesimo articolo 47-bis, comma 3, il rispetto, sin dal primo periodo di possesso della partecipazione, della condizione indicata nel medesimo articolo, comma 2, lettera b) [...]”.

condizione della lett. a)³⁴⁵, il dividendo è tassabile nella **misura del 50%**. In quest'ultima ipotesi di esclusione parziale del 50%, **nel solo caso in cui la partecipazione sia di controllo**, al contribuente spetta un **credito di imposta indiretto**³⁴⁶. La combinazione delle norme contenute negli artt. 47-bis, 89, e 167, determina dunque un ventaglio di possibilità in ragione delle molteplici variabili che possono intervenire nella determinazione della tassazione di un soggetto estero:

- residenza o meno in un paese definibile a fiscalità privilegiata (art. 47-bis, comma 1);
- detenzione di una partecipazione di controllo o non di controllo (ai sensi dell'art. 167, comma 2);
- integrazione delle condizioni per l'applicazione della disciplina CFC (art. 167, comma 4);
- possibilità di fornire prova delle esimenti di cui alla (lett. a) e lett. b), comma 2, art. 47-bis);
- detenzione della partecipazione in un soggetto residente in un paese a fiscalità privilegiata per il tramite di una controllata in un paese *white*³⁴⁷;

Il Decreto di recepimento ha così segnato un ulteriore disallineamento tra l'**esimente della disciplina CFC** (prova dello svolgimento di un'attività economica effettiva) ed esimente per l'**esclusione ampia** (al 95%) dei redditi provenienti da paesi a fiscalità

³⁴⁵ In base al periodo successivo dello stesso comma “[...] Gli utili provenienti dai soggetti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera d), residenti o localizzati in Stati o territori a regime fiscale privilegiato individuati in base ai criteri di cui all'articolo 47-bis, comma 1, e le remunerazioni derivanti dai contratti di cui all'articolo 109, comma 9, lettera b), stipulati con tali soggetti, non concorrono a formare il reddito dell'esercizio in cui sono percepiti in quanto esclusi dalla formazione del reddito dell'impresa o dell'ente ricevente per il 50 per cento del loro ammontare, a condizione che sia dimostrata, anche a seguito dell'esercizio dell'interpello di cui all'articolo 47-bis, comma 3, la sussistenza della condizione di cui al comma 2, lettera a), del medesimo articolo [...]”.

³⁴⁶ In caso di esclusione del 50% dei dividendi, l'art. 89, comma 3, specifica che “[...] è riconosciuto al soggetto controllante, ai sensi del comma 2 dell'articolo 167, residente nel territorio dello Stato, ovvero alle sue controllate residenti percipienti gli utili, un credito d'imposta ai sensi dell'articolo 165 in ragione delle imposte assolte dall'impresa o ente partecipato sugli utili maturati durante il periodo di possesso della partecipazione, in proporzione alla quota imponibile degli utili conseguiti e nei limiti dell'imposta italiana relativa a tali utili. Ai soli fini dell'applicazione dell'imposta, l'ammontare del credito d'imposta di cui al periodo precedente e' computato in aumento del reddito complessivo. Se nella dichiarazione è stato omesso soltanto il computo del credito d'imposta in aumento del reddito complessivo, si può procedere di ufficio alla correzione anche in sede di liquidazione dell'imposta dovuta in base alla dichiarazione dei redditi [...]”.

³⁴⁷ Il termine provenienti utilizzato dall'art. 89, estende il regime di tassazione *black* anche ai dividendi incamerati per il tramite di sub-holding residenti in paesi *white*: “[...] Ai fini del presente comma, si considerano provenienti da imprese o enti residenti o localizzati in Stati o territori a regime privilegiato gli utili relativi al possesso di partecipazioni dirette in tali soggetti o di partecipazioni di controllo, ai sensi del comma 2 dell'articolo 167, in società residenti all'estero che conseguono utili dalla partecipazione in imprese o enti residenti o localizzati in Stati o territori a regime privilegiato e nei limiti di tali utili [...]”.

privilegiata (prova del mancato effetto di localizzare i redditi stessi in paesi a fiscalità privilegiata), riproducendo nell’art. 47-bis quella che era, una volta, la dualità tra le esimenti di cui alla lett. a) ed alla lett. b) del vecchio art. 167.

3.11. Considerazioni sulla modalità di recepimento in Italia della Direttiva ATAD

Nei paragrafi precedenti sono stati tratteggiati i principali punti innovativi del nuovo modello domestico di CFC *rule* rispetto a quelli precedenti; la volontà del legislatore è stata quella di introdurre modifiche sostanziali alla norma cercando, contestualmente, di preservare l’impianto precedente sopravvissuto ad un ventennio di micro-cambiamenti.

		Basis ³⁴⁸	
		<i>Transactional</i> (<i>Transazionale</i>)	<i>Entity</i> (<i>all or nothing</i>)
Approach	<i>Categorical</i> (<i>o per transazioni</i>)	ATAD - Modello A	ITALIA - CFC
	<i>Substance-based</i> (<i>o principal purpose test</i>)	ATAD - Modello B	

Il modello post-ATAD, unico, appare il frutto della riunificazione dei due precedenti sostituiti, dei quali assorbe alcune delle loro caratteristiche. Se l’approccio, per tipologie reddituali, ricalca in maniera abbastanza simile quello dell’ex comma 8-bis, la clausola esimente, relativa allo svolgimento di un’attività economica effettiva, ricorda la vecchia esimente di cui alla lett. a) del vecchio comma 5. Un importante punto di innovazione è dato dal definitivo superamento della dualità tra CFC modello *white* e modello *black*: il nuovo modello è unico, indipendentemente dal paese di incorporazione della controllata estera, e questo elemento determinerà un ampliamento notevole dell’ambito di applicazione della norma. Si osservi come nella direttiva sono **marcate le differenze tra i due modelli**³⁴⁹, dell’approccio *Substance* (attrazione del reddito di costruzioni non

³⁴⁸ Fonte: Della Carità Antonio, Bonfanti Luca, *Paradossi e insana (in)coerenza nella CFC delineata dallo schema di decreto di recepimento dell’ATAD*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, n. 12/2018

³⁴⁹ In relazione illustrativa è sottolineato che “[...] *Al fine di contemperare le esigenze di semplificazione delle modalità di applicazione della disciplina CFC con la necessità di conservare la coerenza dell’ordinamento tributario interno preesistente, si è deciso di adottare un approccio che prevede l’imputazione al soggetto residente di tutti i redditi del soggetto controllato non residente localizzato in un Paese a fiscalità privilegiata, qualora quest’ultimo realizzi proventi per oltre un terzo derivanti da passive income [...]*”.

genuine riferibile alle funzioni svolte dalla casa madre) verso l'approccio *Transactional* (attrazione del solo reddito passivo di una serie limitata di operazioni), anche in termini di esimenti invocabili dal contribuente, di regole di tassazione del reddito estero e di eventuali soglie di esclusione. In definitiva, la necessità di conciliare una **coerenza dell'ordinamento tributario interno**³⁵⁰ preesistente con l'impianto della direttiva³⁵¹ ha comportato il rischio di determinare ulteriore disordine, e per alcuni aspetti effetti di incoerenza, rispetto a quanto già avvenuto nel corso degli anni. Tra i principali rischi potrebbero evidenziarsi:

- 1) incapacità di perseguire le vere finalità della Direttiva ATAD;
- 2) allontanamento dai modelli di matrice europea;
- 3) penalizzazione sistema competitivo paese con aumento dei costi di *compliance*;
- 4) incertezza o, addirittura, casualità nella definizione del perimetro della disciplina.

L'individuazione di parametri fissi (categorie di *passive income* e soglia di esenzione) può far sì che una società estera, **a seconda del suo andamento gestionale**, possa ricadere o meno nell'applicazione della norma CFC. Si pensi ad esempio all'incremento o alla contrazione delle vendite, e di conseguenza, degli *active income*, che possono incidere sul calcolo della percentuale di 1/3 per l'assoggettamento alla disciplina CFC. Con la norma introdotta si legittima la mancata attrazione del reddito, se non rientra in una categoria di *passive income*, anche se la società estera risiede pacificamente in uno stato a fiscalità privilegiata e non tassa alcunché dell'intero reddito prodotto³⁵². L'oscillazione dei valori economici pare rappresentare dunque un fattore di assoluta **casualità** nell'applicazione della norma CFC.

Si osservi come l'utilizzo del criterio dell'entità, con l'incorporazione integrale del reddito della CFC, potrebbe, in linea teorica, determinare l'assorbimento a tassazione anche della parte di reddito "attivo" di una CFC o, quantomeno, non rientrante nelle specifiche categorie reddituali previste dalla ATAD. Quest'ultimo aspetto, cioè quello della sovra-attrazione di reddito, **potrebbe comportare censure da parte della Corte**

³⁵⁰ La nuova norma sembra dettare un punto intermedio tra vecchia disciplina nazionale e nuovi modelli suggeriti da ATAD.

³⁵¹ Della Carità Antonio, Bonfanti Luca, *Paradossi e insana (in)coerenza nella CFC delineata dallo schema di decreto di recepimento dell'ATAD*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, n. 12/2018

³⁵² Ad es. società CFC che ha parte di reddito attivo, derivante da commercio, e parte di reddito passivo derivante da royalty. L'assoggettamento o meno a disciplina CFC dipende dall'andamento gestionale dei due rami di attività.

di Giustizia, in quanto lo strumento specifico della CFC *rule* potrebbe essere sproporzionato³⁵³ rispetto alle finalità antiabuso che sono, secondo la ratio della ATAD, legate al contrasto verso il dirottamento di redditi passivi.

Con la riforma ci si allontana definitivamente da un **modello jurisdictional** in quanto la ricaduta di un soggetto nella normativa CFC dipende, in misura sempre più rilevante, da **fattori esogeni all’ordinamento estero** (ad es. livello di tassazione del paese della controllante, afflusso di *passive income* alla CFC, andamento economico del ramo *attivo* della CFC). Tali variabili, fatti salvi casi di manipolazione o abuso, potrebbero ragionevolmente non essere nella libera disponibilità della CFC e/o della società controllante.

La norma italiana potrebbe soffrire di un altro punto di vulnerabilità, in quanto la condizione di ingresso è definita da una lista di *passive income* tassativa. La rigidità di una siffatta condizione può comportare il rischio di aggiramento della norma attraverso la progettazione di figure reddituali atipiche e/o ibride che non sono perfettamente inquadrabili in una delle categorie della lista di cui all’art. 167, comma 4, lett. b). Da questo discende che il legislatore dovrà provvedere ad aggiornare tale lista in presenza di innovazioni negli schemi di pianificazione fiscale aggressiva che comportino aggiramento o ostacolo all’applicazione della disciplina in esame.

Inoltre, scompare ogni riferimento a paesi a fiscalità privilegiata nell’art. 167: il modello è applicabile verso tutti i paesi esteri. Riguardo alla **tassazione degli utili in ingresso** la disciplina recata dall’art. 89 è stata anch’essa modificata per effetto della ATAD, con una modifica sostanziale delle norme che attengono alla tassazione dei dividendi da regimi fiscali privilegiati, attraverso l’introduzione dell’art. 47-bis del TUIR. L’ampiezza delle categorie e delle casistiche che accompagnano la nuova formulazione della norma fanno comunque prevedere un incremento dei costi di *assessment* che le imprese internazionalizzate saranno chiamate a sopportare per trattare i flussi di dividendi in modo conforme alla nuova disciplina.

³⁵³ In senso contrario a tale preoccupazione Lang Michael, *Controlled Foreign Company Legislation*, IBFD – WU Institute for Austrian and International Tax Law, n. 17 European and International Tax Law and Policy Series, 2020, p. 368, “[...] Such a system goes beyond what is mandatorily required by the ATAD but it seems, in any case, compliant with the minimum standard required by the directive [...]”.

In relazione al recepimento della condizione esimente si è già osservato come in sede di stesura del nuovo art. 167 sia stata prediletta la conformità al *wording* utilizzato nella ATAD. Il mancato dettaglio nel corpo della norma in riferimento allo svolgimento di un'attività economica effettiva si riverserà in un aumento dei **margini di discrezionalità dell'Autorità Fiscale**, sia in termini di elaborazione della nuova prassi che, inevitabilmente, in sede di applicazione della nuova norma. Questo apre il tema significativo dei costi di controllo, da parte dell'Amministrazione Finanziaria, e dei **costi di compliance** da parte degli operatori economici. L'ampiezza di applicazione della nuova normativa presumibilmente imporrà degli oneri supplementari da parte dei gruppi multinazionali italiani per conformarsi alla nuova disciplina e raccogliere le informazioni sufficienti a fornire la prova contraria richiamata dal nuovo articolo 167. Questo può comportare una possibile perdita di competitività da parte delle aziende nazionali, se paragonate a soggetti di diritto estero insediati in giurisdizioni con normative CFC meno stringenti.

Rispetto alle normative degli altri principali paesi europei e soprattutto a quelle di matrice anglosassone, la nuova norma italiana non declina al suo interno delle regole specifiche per il **settore bancario ed assicurativo** e, in riferimento ai *passive income*, si limita a definirne la lista ma senza prevedere specifiche condizioni esimenti riguardo a ciascuno di essi. Questa caratteristica le conferisce un **livello di complessità sicuramente più basso** (quasi elementare) rispetto a quelle degli Stati Uniti e del Regno Unito e, relativamente ad alcune sezioni³⁵⁴, anche a quella della Germania. Probabilmente la previsione di una articolata e dettagliata normativa, specificamente rivolta al settore finanziario, è una esigenza che si manifesta principalmente nei paesi che hanno una importante tradizione di **esportatori di capitali** e con un tessuto economico in cui c'è un'elevata concentrazione di *headquarter* di gruppi internazionali. Il legislatore italiano ha ritenuto invece di elaborare una norma quadro generale nella quale fossero ricomprese tutte le tipologie di società. Tuttavia, il mancato approfondimento, nel corpo della norma, degli aspetti sopra richiamati, dovrà essere necessariamente effettuato in sede di emanazione della prassi da parte dell'autorità

³⁵⁴ Si pensi alla catalogazione dei redditi attivi della normativa tedesca o al prelievo sulle holding finanziarie estere.

finanziaria, affinché possano risultare chiare e coerenti le modalità di applicazione della nuova disciplina.

4. Capitolo IV – Profili di compatibilità delle CFCrule con le libertà fondamentali dell’Unione Europea

4.1. Rapporti tra disciplina CFC e le libertà fondamentali tutelate dai Trattati: stabilimento e circolazione dei capitali

Il percorso di avvicinamento delle normative tributarie degli Stati membri dell’Unione è stato caratterizzato dal processo principale che è definito di “**armonizzazione positiva**”, praticato soprattutto a riguardo della legislazione in materia IVA e doganale, grazie al quale attraverso atti legislativi europei, quali **regolamenti e direttive**, è stata dettata in modo tendenzialmente omogeneo la normativa di tutti gli Stati membri³⁵⁵.

Parallelamente a questo processo si è verificato quello di **armonizzazione negativa**, in settori o materie, come l’imposizione diretta, che non sono di competenza dell’Unione, ma per le quali gli Stati membri sono tenuti ad esercitare le competenze nel rispetto del diritto unionale³⁵⁶. In questo processo il ruolo di “legislatore” è stato indirettamente svolto dalla Corte di Giustizia grazie all’effetto delle sue pronunce pregiudiziali³⁵⁷ ed al **carattere “creativo”** delle stesse che, di volta in volta, hanno sottolineato l’incompatibilità della norma primaria dell’Unione con le varie normative nazionali, invitando gli Stati membri a modificarle o abrogarle. Le situazioni oggetto di analisi, da parte della Corte, sono state e saranno necessariamente quelle a carattere transnazionale,

³⁵⁵ Sul tema si veda Carinci A., Tassani T., *Manuale di diritto tributario*, Giappichelli, 2019; Tesoro F., *Diritto Comunitario*, UTET, 2003; Sacchetto Claudio, *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, G. Giappichelli Editore, 2016; Di Pietro Adriano, *Per una costituzione fiscale europea*, CEDAM, 2008.

³⁵⁶ Cfr. Causa C-196/04 Cadbury Schweppes, p. 40, “Secondo una giurisprudenza costante, se è vero che la materia delle imposte dirette rientra nella competenza degli Stati membri, questi ultimi devono tuttavia esercitare tale competenza nel rispetto del diritto comunitario (sentenze 29 aprile 1999, causa C-311/97, *Royal Bank of Scotland*, Racc. pag. I-2651, punto 19; 7 settembre 2004, causa C-319/02, *Manninen*, Racc. pag. I-7477, punto 19, e 13 dicembre 2005, causa C-446/03, *Marks & Spencer*, Racc. pag. I-10837, punto 29)”.

³⁵⁷ Cfr. Boria Pietro, *Diritto Tributario Europeo*, Giuffrè Editore, 2015, Cap. IV, “[...] La Corte di giustizia dell’Unione Europea (per comodità definita anche come “CGE”) ha la funzione di assicurare l’uniformità di interpretazione ed applicazione delle norme comunitarie in ciascuno degli Stati membri (funzione “nomofilattica”). In specie, la CGE è chiamata (ai sensi dell’art. 267 del TFUE) a pronunciarsi, in via pregiudiziale, sulla interpretazione del diritto comunitario e dunque ad effettuare un’opera di ricostruzione ermeneutica delle norme e dei principi espressi nel Trattato e negli atti normativi del diritto comunitario derivato. Ed invero, pur se i giudici nazionali sono tenuti in via ordinaria a dare attuazione alle norme comunitarie nel diritto interno, in quanto il diritto comunitario è direttamente applicabile negli Stati membri [...] essi possono proporre questioni pregiudiziali in merito alla interpretazione di norme comunitarie ovvero alla compatibilità di norme del diritto interno con l’ordinamento europeo [...]”.

tra soggetti residenti in paesi dell’Unione o, per la libertà di circolazione dei capitali, anche con soggetti residenti in paesi terzi.

La CFCrule opera nell’ambito dell’imposizione diretta che, differentemente da quella indiretta, nell’ambito dell’Unione Europea non è stata oggetto di **completa armonizzazione**³⁵⁸. La competenza sulla fiscalità diretta è rimasta dei singoli Stati membri che hanno modulato le loro politiche fiscali in funzione della spesa pubblica e della competitività dei propri sistemi economici. Sebbene i tributi diretti non siano dunque armonizzati i riflessi dell’ordinamento europeo in tema di CFC sono importanti, in quanto le CFCrule incidono sensibilmente nell’esercizio delle libertà fondamentali previste dai trattati UE. Per decenni, sono stati molteplici gli arresti della Corte di Giustizia che ha ritenuto non compatibili le norme nazionali con la normativa primaria dell’Unione Europea. Una pietra miliare nel processo di unificazione è stata apposta con la Direttiva ATAD in quanto, a livello di normativa europea, è mutato il paradigma di riferimento: prima della Direttiva la disciplina sovranazionale era invocata unicamente per porre dei limiti alle normative nazionali in tema di CFC; dopo l’emanazione della ATAD il contrasto all’elusione fiscale ed all’erosione ha assunto un valore degno di tutela per la conservazione del mercato unico e le CFCrule sono state non solo **tollerate** dall’ordinamento europeo ma, addirittura, **imposte** dalla Direttiva con il meccanismo del *minimum standard*.

Dopo la pronuncia *Cadbury Schweppes* e l’emanazione della ATAD, che ha spinto verso un’armonizzazione *soft* delle legislazioni CFC, ci si interroga se il rapporto tra lo strumento CFC e la protezione delle libertà economiche fondamentali possa ormai essere considerato “regolato” dal quadro giuridico europeo, e può quindi considerarsi non più problematico, oppure se residuino aspetti di potenziale conflittualità tra di essi. È ragionevole supporre che l’argomento sarà ancora oggetto di esame e di ulteriori sviluppi in merito a diversi aspetti.

Intanto la ATAD ha offerto uno standard minimo che, verosimilmente, potrà essere superato³⁵⁹ dagli Stati membri che intendono dotarsi di un livello di protezione più

³⁵⁸ Cfr. Pistone Pasquale, *Diritto Tributario Europeo*, Giappichelli Editore, 2018; Di Pietro Adriano, *Libertà economiche e divieto di discriminazione nell’imposizione diretta*, CEDAM, 2004.

³⁵⁹ In fase di recepimento della Direttiva o in sede di successivi emendamenti delle norme nazionali.

elevato e che, in tal modo, potrebbero sconfinare in un recepimento non compatibile con le libertà fondamentali. Inoltre, potrebbero verificarsi recepimenti *disfunzionali*, che senza incrementare il livello di protezione della norma CFC abbiano l'effetto di inserire norme non compatibili con il quadro giuridico europeo. Delle quattro libertà fondamentali³⁶⁰ garantite dal Trattato, quelle potenzialmente intaccabili dalle normative CFC sono la libertà di **stabilimento** e la libertà di **circolazione dei capitali**.

4.1.1. La libertà di stabilimento

La libertà di stabilimento dettata dall'art. 49³⁶¹ del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea è uno dei fondamenti del mercato unico ed è volta ad assicurare la piena partecipazione dei soggetti – operatori economici – alle opportunità commerciali ed economiche offerte da tutti i paesi membri componenti un unico grande mercato. Ai cittadini europei è assicurata la possibilità di *“partecipare in maniera stabile e continuativa alla vita economica di uno Stato membro diverso dal proprio Stato di origine e di trarne vantaggio”*³⁶². Il presupposto per poter operare con una postura transnazionale è la possibilità di scegliere dove localizzare, totalmente o parzialmente, le proprie attività aziendali ed è una declinazione del principio di libera circolazione delle persone all'interno dell'Unione.

La **libertà di stabilimento primaria** attiene alla possibilità per i cittadini dell'Unione di stabilirsi in uno Stato membro per ivi svolgere un'attività economica, ed è definita dal primo periodo del primo comma dell'art. 49 TFUE: *“Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate”*. Per effetto dell'assimilazione di cui all'art. 54 del TFUE, i soggetti che possono beneficiare della libertà di stabilimento, oltre ai cittadini, sono le **società** costituite ai sensi della legislazione di uno Stato membro e che operano all'interno dell'Unione³⁶³. Le restrizioni

³⁶⁰ Completano il quadro delle libertà fondamentali quella di circolazione delle merci e quella di circolazione dei servizi. Cfr. Boria Pietro, *Diritto Tributario Europeo*, Giuffrè Editore, 2015, “[...] Tali libertà esprimono infatti l'esigenza di promuovere un abbattimento delle barriere fisiche e delle restrizioni giuridiche istituite dai vari Stati che segnano i confini delle sovranità nazionali, così da consentire la realizzazione di un processo di unificazione economica e commerciale al livello dell'Unione europea [...]”.

³⁶¹ Ex art. 43 Trattato Comunità Europea. Le disposizioni sono provviste di effetto diretto.

³⁶² Cfr. Causa C-196/04 Cadbury Schweppes, conclusioni AG, p. 42

³⁶³ L'assimilazione, con relativa estensione della libertà di stabilimento, è operata dall'art. 54 del TFUE, per il quale *“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*

vietate attengono sia all'ordinamento dello Stato membro di destinazione, il quale è tenuto a garantire il beneficio del trattamento nazionale anche al soggetto estero, ma anche allo Stato membro di partenza che è tenuto a non ostacolare l'emigrazione o la delocalizzazione di un suo soggetto residente³⁶⁴.

Viene definita libertà di stabilimento secondaria invece la possibilità di radicare proprie articolazioni aziendali in altri Stati membri ed è definita dal secondo periodo: “**Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro [...]**”. Il secondo comma dell'art. 49 specifica in relazione alla libertà di stabilimento che essa “[...] importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma³⁶⁵ [...]”.

Attraverso tale libertà di accesso³⁶⁶ a tutti i mercati nazionali dell'UE è riconosciuto ai cittadini ed alle società europee il diritto di costituire, nel paese in cui intendono insediarsi, dei rami aziendali sotto le forme giuridiche riconosciute da tali paesi membri. Data la sua natura di elemento indispensabile per l'implementazione ed il mantenimento del Mercato Unico, ogni ostacolo, palese o occulto, che limiti l'esercizio di tale libertà deve essere, come verrà descritto successivamente, giustificato e proporzionale allo scopo che la norma restrittiva intende perseguire. Un godimento legittimo della libertà di stabilimento presuppone che vi sia l'esercizio effettivo di un'attività economica³⁶⁷

dell'applicazione delle disposizioni del presente capo, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri. Per società si intendono le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro”. Cfr. Causa C-196/04 Cadbury Schweppes, p. 30, in merito al vecchio art. 48 Ce che “[...] ai fini dell'applicazione delle disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento, assimila ai cittadini comunitari, di cui all'art. 43 CE, le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi sede sociale, amministrazione centrale ovvero stabilimento principale all'interno della Comunità”.

³⁶⁴ Cfr. Causa C-196/04 Cadbury Schweppes, p. 42, “Anche se, alla lettera, intendono specificamente assicurare il beneficio del trattamento nazionale nello Stato di stabilimento, le disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento vietano parimenti che lo Stato d'origine intralci lo stabilimento in un altro Stato membro di un proprio cittadino o di una società costituita secondo la propria legislazione (v., in particolare, sentenze 16 luglio 1998, causa C-264/96, ICI, Racc. pag. I-4695, punto 21, nonché Marks & Spencer, cit., punto 31)”.

³⁶⁵ “[...] alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali”.

³⁶⁶ Cfr. Boria Pietro, *Diritto Tributario Europeo*, Giuffrè Editore, 2015, “[...] In sostanza si realizza con tale principio il passaggio dalla tutela della market equality alla protezione del market access [...]”.

³⁶⁷ Cfr. Causa C-196/04 Cadbury Schweppes, p. 66, “[...] Tale costituzione deve corrispondere a un insediamento reale che abbia per oggetto l'espletamento di attività economiche effettive nello Stato membro di stabilimento, come risulta dalla giurisprudenza richiamata ai punti 52-54 della presente sentenza”.

attraverso un reale insediamento nello Stato ospite, in assenza del quale il richiamo alla libertà di stabilimento sarebbe da ritenersi abusivo. A tal fine è irrilevante la valutazione circa la possibilità, da parte della casa madre, di poter svolgere, direttamente nel suo paese, le attività economiche demandate alla succursale³⁶⁸. **Parimenti non sono sindacabili, in quanto irrilevanti, i motivi³⁶⁹** della scelta di stabilimento così come non è da ritenersi abusivo il comportamento di soggetto europeo che, per **fruire di una legislazione fiscale vantaggiosa locale³⁷⁰**, decida di costituire società in altri Stati membri.

4.1.2. La libertà di circolazione di capitali

Parallelamente alla libertà di stabilimento il Trattato tutela anche la libera circolazione di capitali al fine di integrare il mercato finanziario unico come necessario corollario al mercato reale. L'art. 63³⁷¹ del TFUE dispone a tal proposito che “[...] **sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi**”. Dal dettato della norma è immediatamente riscontrabile che la libertà di circolazione dei capitali eccede quelli che sono i confini dell'Unione ed è invocabile anche ai rapporti **tra Unione e paesi terzi**. In tal senso la portata applicativa della libertà di circolazione dei capitali risulta evidentemente più ampia della libertà di stabilimento, la quale è circoscritta al mercato europeo.

Le misure – incompatibili con il Trattato – di limitazione di tale libertà sono dunque identificabili in tutte le norme nazionali potenzialmente idonee a dissuadere i residenti di uno Stato membro dall'operare investimenti in altri Stati membri o anche, in paesi

³⁶⁸ O, per quanto oggetto della presente trattazione, della CFC. Cfr. Causa C-196/04 Cadbury Schweppes, p. 69, “Per contro, come ha osservato l'avvocato generale al paragrafo 103 delle conclusioni, 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”.

³⁶⁹ Essendo assolutamente legittime le ragioni fondate su un vantaggio in termini di normativa societaria, tributaria o commerciale.

³⁷⁰ Cfr. Causa C-196/04 Cadbury Schweppes, p. 36 e 37, “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 (v., in tal senso, sentenza 11 dicembre 2003, causa C-364/01, Barbier, Racc. pag. I-15013, punto 71). 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 (v., in tal senso, sentenze Centros, cit., punto 27, e 30 settembre 2003, causa C-167/01, Inspire Art, Racc. pag. I-10155, punto 96)”.

³⁷¹ Ex art. 56 del Trattato Comunità Europea.

terzi, nonché le misure idonee a dissuadere i non residenti dall’effettuare investimenti in uno Stato membro³⁷². In tal senso le norme CFC determinano uno svantaggio, sul piano economico, in quanto rendono, dal punto di vista del costo fiscale, più sconsigliato l’investimento in un paese qualificato come “*black list*”, rispetto ad un investimento in un soggetto domestico. La libertà di movimento capitali può anche essere invocata nel caso di CFCrulle che operano nei confronti di soggetti residenti che effettuano investimenti in paesi extra UE.

Il Trattato identifica direttamente per la libertà di capitali, diversamente dalle altre libertà fondamentali³⁷³, delle cause di giustificazione di norme restrittive: l’art. 65, co. 1, lett. a) del Trattato in particolare stabilisce, in riferimento alla legislazione tributaria degli Stati membri, che non sono pregiudicate le misure “[...] *in cui si opera una distinzione tra i contribuenti che non si trovano nella medesima situazione per quanto riguarda il loro luogo di residenza o il luogo di collocamento del loro capitale [...]*”. L’ammissibilità, da Trattato, di restrizioni che sono legate a circostanze in cui i contribuenti si trovano in condizioni non comparabili, è successivamente mitigata dalla precisazione che tale eccezione non deve comunque costituire un mezzo di discriminazione arbitraria.

4.2. Rapporti tra libertà di stabilimento e libertà di circolazione di capitali

Il raffronto tra libertà di movimento dei capitali e libertà di stabilimento è un tema estremamente importante per l’analisi della compatibilità delle normative CFC europee, al fine di indagare quale delle due libertà sia oggetto di restrizione e possa determinare un esame autonomo da parte della Corte di giustizia.

In riferimento alla normativa CFC, la libertà di stabilimento può essere invocata nella situazione in cui un soggetto residente in un paese UE decida di costituire una società in un altro paese dell’Unione e, a causa della legislazione CFC del primo Stato,

³⁷² Cfr. Causa C-135/17 X GMBH, p. 55, “[...] (v., segnatamente, sentenze del 18 dicembre 2007, A, C-101/05, EU:C:2007:804, punto 40; del 10 febbraio 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel e Österreichische Salinen, C-436/08 e C-437/08, EU:C:2011:61, punto 50, nonché dell’8 novembre 2012, Commissione/Finlandia, C-342/10, EU:C:2012:688, punto 28)”.

³⁷³ Per le quali invece il riconoscimento di cause di giustificazione alla loro restrizione è demandato all’apprezzamento derivante dalla funzione giudiziale della Corte di Giustizia. Cfr. Boria Pietro, *Diritto Tributario Europeo*, Giuffrè Editore, 2015, Cap. IV

emergano ostacoli fiscali che rendano onerosa e sconveniente l'operazione. Non è possibile invocare la libertà di stabilimento nel caso di società controllate detenute in un soggetto extra-europeo, in quanto tale libertà fondamentale (a differenza di quella di movimento di capitali) è circoscritta al solo mercato dell'Unione. Dato che il presupposto per la libertà di stabilimento è la "cittadinanza" in uno degli Stati membri, non è invocabile nel caso di un soggetto residente in UE che detenga una partecipazione in un soggetto UE, ma **per il tramite** di un soggetto extra UE.

La portata estensiva della libertà di capitali è decisamente **più ampia** di quella di stabilimento, ricomprendendo al suo interno anche la tutela dei rapporti con paesi terzi, con un raggio di azione più esteso. Inoltre, la stessa non fa riferimento alla residenza o alla cittadinanza, diversamente da quanto avviene nelle disposizioni della libertà di stabilimento. Tuttavia, a fronte di un'applicazione più vasta, sono previste maggiori cause di giustificazione: in questo senso la minore tutela rispetto alla libertà di stabilimento sarebbe giustificata in quanto, rispetto a quest'ultima, sono coinvolti anche paesi terzi.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia³⁷⁴ ha ritenuto che sia da scrutinare la libertà di stabilimento, nel caso di insediamenti societari, **per partecipazioni di controllo, superiori al 50% del capitale, o dove sussista una influenza nella gestione** (influenza sulle decisioni della società e capacità di indirizzarne le attività), senza che sia effettuato un separato scrutinio circa la possibile esistenza di una restrizione della libertà di capitali. Quest'ultima atterrebbe ai cosiddetti investimenti di portafoglio, che non conferiscono una capacità di influire sulla gestione della società partecipata. Sempre la giurisprudenza della Corte ha definito una sorta di "**ordine**" di analisi delle due libertà, in quanto possono esservi situazioni in cui sono intaccate entrambe da una normativa restrittiva: viene prima scrutinata quella di stabilimento e poi quella della circolazione

³⁷⁴ Cfr. Causa C-196/04 Cadbury Schweppes, p. 31, "[...] È giurisprudenza costante che rientrano nell'ambito di applicazione materiale delle disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento le disposizioni nazionali che si applicano alla detenzione da parte di un cittadino, nel capitale di una società stabilita in un altro Stato membro, di una partecipazione tale da conferirgli una sicura influenza sulle decisioni della società e da consentirgli di indirizzarne le attività (v., in tal senso, sentenze 13 aprile 2000, causa C-251/98, Baars, Racc. pag. I-2787, punto 22, nonché 21 novembre 2002, causa C-436/00, X e Y, Racc. pag. I-10829, punto 37) [...]".

di capitali. Per sua natura la libertà di stabilimento, affinché possa essere esercitata, **presuppone** l'esercizio propedeutico della libertà di circolazione dei capitali³⁷⁵.

4.3. Il principio di non discriminazione

Al fine di garantire omogeneità nelle condizioni di esercizio delle libertà economiche del mercato unico, l'ordinamento europeo prevede espressamente il divieto, per le legislazioni nazionali, di operare discriminazioni tra soggetti di Stati membri diversi. L'art. 18 del TFUE sancisce che **“Nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità”**. Inoltre, l'art. 110 del TFUE prevede il *“[...] divieto per gli Stati membri di applicare imposizioni domestiche ai prodotti di altri Stati membri in misura superiore alle imposizioni applicate ai prodotti nazionali simili, e comunque di ricorrere ad imposte interne intese a proteggere prodotti nazionali rispetto a prodotti esteri”*³⁷⁶. Il principio di non discriminazione,

³⁷⁵ Sul tema si veda Di Pietro Adriano, Tassani Thomas, *I principi europei del diritto tributario*, CEDAM, 2013, *“[...] la libertà di stabilimento comporta sempre un investimento di capitale e, di conseguenza, un movimento di capitale. Non è vero il contrario. La libera circolazione dei capitali non sempre presuppone l'esercizio dello stabilimento, secondo le forme previste dagli artt. 49 e 54 TFUE. Questa ricostruzione è confermata dalla nozione di “movimento di capitale” che comprende qualsiasi operazione finanziaria relativa alla collocazione o all'investimento di capitale e non il corrispettivo di una prestazione [...] Non è tuttavia compito agevole individuare il criterio di preferenza nell'applicazione della libertà di stabilimento e di libera circolazione dei capitali nei casi in cui l'ambito di applicazione sia coincidente [...] il criterio di prevalenza si applica solo in una direzione, dalla libertà di stabilimento (o dalla libera circolazione dei lavoratori o dalla libertà di prestazione dei servizi) verso la libera circolazione dei capitali e non, anche, all'opposto. In questo senso, verificata l'applicabilità della libertà di stabilimento (o della libera circolazione dei lavoratori o della libertà di prestazione dei servizi) alla fattispecie concreta, non è necessario, per la giurisprudenza comunitaria, accertare gli effetti derivanti dall'applicazione della libera circolazione dei capitali, poichè gli eventuali effetti restrittivi ai movimenti di capitali sarebbero l'inevitabile conseguenza di un ostacolo alla libertà di stabilimento. Diversamente, nel caso in cui la fattispecie ricada nell'ambito di applicazione della libertà di circolazione dei capitali, la discriminazione/restrizione deve essere accertata congiuntamente ai sensi della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei capitali. La Corte di Giustizia ha, in questo modo, creato un ordinamento gerarchico fra le libertà fondamentali, assegnando alla libera circolazione dei capitali una posizione secondaria o sussidiaria rispetto alle altre libertà. L'impiego di un criterio gerarchico per la definizione del rapporto fra libertà di stabilimento e libera circolazione dei capitali produce inevitabilmente, nei casi in cui la legislazione (tributaria) statale individua nella partecipazione al capitale un'influenza notevole sull'attività economica, un “depotenziamento” del divieto di restrizioni con i paesi terzi [...]”*.

³⁷⁶ Cfr. Di Pietro Adriano, Tassani Thomas, *I principi europei del diritto tributario*, CEDAM, 2013, *“[...] il rapporto fra principio di non discriminazione e imposizione tributaria è stato forgiato dalla Corte di Giustizia (almeno) lungo due diverse direttrici. Il divieto di discriminazione fiscale dei prodotti è stato interpretato funzionalmente, quale norma di chiusura del sistema della libera circolazione delle merci. Per tali ragioni, che ribadiscono di nuovo la peculiarità del principio generale di eguaglianza, lo sviluppo giurisprudenziale dell'art. 110 TFUE è (parzialmente) autonomo rispetto a quello delle altre libertà fondamentali. Diversamente, in relazione a tali (altre) libertà, a partire dal famoso caso *avoir fiscal* del 1986, il principio di non discriminazione in ragione della nazionalità è stato esteso anche al settore dell'imposizione diretta, conformemente all'orientamento giurisprudenziale consolidato secondo il quale i principi fondamentali dell'ordinamento europeo si applicano anche ai settori, come quello dell'imposizione diretta, esclusi dalla competenza dell'UE. In questo senso, è indubbiamente corretto, come è stato evidenziato dalla dottrina, che l'incidenza del principio di non*

dunque, sebbene codificato in una norma per l'imposizione indiretta, è di portata generale, quindi anche in riferimento all'imposizione diretta, ed assume un carattere fondamentale per l'integrità del mercato dell'Unione.

Nello scrutinio sulla violazione del principio di non discriminazione, viene svolto dunque un giudizio di comparabilità di due situazioni messe a confronto per valutare se, sulla base di una o alcune caratteristiche dei soggetti (nazionalità, sede legale, status, forma giuridica, ecc.), la norma nazionale in esame opera un trattamento discriminatorio, esplicito o implicito, nei confronti di uno dei due³⁷⁷. Le situazioni devono risultare tra di esse comparabili per poter essere riscontrata una discriminazione. In tal senso una discriminazione può consistere: ***“nell'applicazione di norme diverse a situazioni analoghe ovvero nell'applicazione della stessa norma a situazioni diverse”***³⁷⁸. Inoltre, come da giurisprudenza consolidata, la *“comparabilità di una situazione transfrontaliera con una situazione interna allo Stato membro dev'essere esaminata tenendo conto dell'obiettivo perseguito dalle disposizioni nazionali in questione”*³⁷⁹. La giurisprudenza della Corte è stata dunque incentrata sull'analisi delle discriminazioni basate sul **concetto della residenza**, operate nei confronti ed a svantaggio dei non-residenti, da parte delle legislazioni nazionali.

È stato analizzato in dottrina il carattere implicitamente discriminatorio delle norme CFC, le quali pongono in una situazione meno favorevole un investitore che effettua un investimento all'estero, al quale è applicabile il regime CFC, rispetto ad un investitore che effettua un investimento in un soggetto residente nel suo stesso paese: in tal caso il soggetto discriminato è un soggetto residente che presenti un collegamento – partecipazione – nei confronti di un soggetto non residente³⁸⁰. Questo in quanto il

discriminazione, e, più in generale, dell'ordinamento europeo, sui sistemi tributari statali assume una connotazione essenzialmente negativa [...]”. Sul tema si veda anche Boria Pietro, *Diritto Tributario Europeo*, Giuffrè Editore, 2015, Cap. VII

³⁷⁷ Cfr. Di Pietro Adriano, *Libertà economiche e divieto di discriminazione nell'imposizione diretta*, CEDAM, 2004

³⁷⁸ Cfr. caso Schumaker, sentenza C-279/73.

³⁷⁹ Cfr. Causa C-135/17 X GMBH, p. 64, “[...] (v., in tal senso, sentenze del 18 luglio 2007, Oy AA, C-231/05, EU:C:2007:439, punto 38; del 10 aprile 2014, Felixstowe Dock and Railway Company e a., C-80/12, EU:C:2014:200, punto 25, nonché del 12 giugno 2018, Bevola e Jens W. Trock, C-650/16, EU:C:2018:424, punto 32)”.

³⁸⁰ Cfr. Lang Michael, *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, Kluwer Law International, 2004, p. 41, “[...] *It is settled case law of the ECJ that not only discriminations of non-residents but also discriminations of residents whith a link to another Member State may lead to an infringement of the EC Treaty. Some authors call this kind of discrimination a restriction [...]”*.

soggetto che investe in una società qualificabile come CFC deve sopportare una anticipazione di imposte rispetto ad un altro soggetto che, investendo in una società domestica, tasserà gli utili maturati, dall’altro soggetto giuridico, solo al momento della distribuzione. Il trattamento del primo è sempre peggiore rispetto al secondo, anche nell’ipotesi in cui la disciplina CFC venga disapplicata: egli sarà comunque tenuto a sopportare maggiori **oneri di compliance** solo per poter dimostrare le circostanze esimenti della norma antielusiva³⁸¹ CFC. In tal caso, il soggetto discriminato è **l’azionista residente nel paese che applica la CFCrulle**; in sostanza si assiste alla tassazione diretta degli utili realizzati da **un’altra persona giuridica**. Il costo di *compliance*, nel caso di grandi gruppi multinazionali, può essere rilevante e **moltiplicarsi** sulla base del numero di paesi in cui sono costituite società. Le norme CFC prevedono spesso, come quella domestica italiana, la determinazione della base imponibile da tassare sulla base delle regole fiscali e contabili nazionali e, pertanto, l’azionista sarà costretto anche ad ulteriori costi di tenuta di una contabilità parallela per il calcolo delle imposte della società estera³⁸². In circostanze rare, ma tutt’altro che improbabili, potrebbe addirittura verificarsi, oltre all’annullamento del beneficio fiscale legittimo garantito dal paese della fonte, anche una **doppia imposizione** se non sono stati previsti, dagli ordinamenti nazionali, opportuni strumenti per sterilizzarla.

L’attenzione della Corte di Giustizia, nel corso degli anni, è passata oltre alla verifica delle situazioni di discriminazione anche a quelle di **mera limitazione**, o **restrizione**, dell’esercizio delle **libertà fondamentali**³⁸³. Con questa evoluzione la Corte ha ritenuto

³⁸¹ Cfr. Helminen Marjaana, *Is there a future for CFC-regimes in the EU?*, in *Intertax*, n. 33, 2005, “[...] *The regimes treat a shareholder that establishes or invests abroad less favourably than a shareholder that establishes or invests in a similar situation domestically. The shareholder in a foreign entity may have to pay taxes on the undistributed profits of the entity unlike a shareholder of a domestic entity [...] CFC regimes may also lead to such double taxation that would not burden an investment in a domestic entity. A taxpayer that invests abroad also suffers high compliance costs because of the requirements of a CFC regime, which also makes it more favourable to invest in domestic entities compared to foreign entities [...]*”.

³⁸² Cfr. Lang Michael, *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, Kluwer Law International, 2004, “[...] *Additionally discrimination occurs due to compliance costs that only have to be born if the subsidiary is established in a CFC country. In that case nearly all CFC legislation require the profits of the foreign subsidiary to be determined according to domestic tax law. This means that the shareholder has to maintain an additional accounting system according to the rules of and documents kept in the state of residence [...]*”.

³⁸³ Cfr. Boria Pietro, *Diritto Tributario Europeo*, Giuffrè Editore, 2015, Cap. VII, “[...] *Va segnalato da ultimo come la Corte di Giustizia sembra avere spostato il baricentro del sindacato dalla discriminazione vera e propria alla restrizione di una libertà comunitaria, indipendentemente dall’analisi degli effetti distortivi prodotti da una regola discriminatoria. Pertanto, il giudizio di legittimità della norma nazionale viene formulato non soltanto in relazione alla sussistenza di una differenziazione di trattamento tra soggetti residenti e soggetti non residenti, ma soprattutto con riguardo all’effetto restrittivo di una delle quattro libertà fondamentali previste dal Trattato. Ne*

non compatibili con l'ordinamento europeo le normative nazionali che comportano, per i soggetti residenti e non residenti, anche una mera restrizione delle libertà fondamentali, indipendentemente dal fatto che **abbiano o meno carattere discriminatorio**. Nel passaggio dalla non-discriminazione alla non-restrizione sono sempre invocate le due libertà fondamentali che possono essere in qualche modo lese da normative CFC: **la libertà di stabilimento e quella di circolazione dei capitali**. Come osservato da Boria³⁸⁴ “[...] *In sostanza, è fatto divieto agli Stati membri di adottare una disciplina fiscale, ancorché non discriminatoria, che abbia l'effetto di ostacolare il commercio o comunque la mobilità economica all'interno del mercato comune [...]*”.

4.4. Rule of reason test e cause di giustificazione alle restrizioni

La Corte è chiamata ad operare uno **scrutinio sia in ambito di non discriminazione che in ambito di non restrizione**. Riguardo alle due libertà fondamentali sopra richiamate, la Corte decide quale delle due **assume priorità** e quindi, quali limiti devono essere testati per giudicare la compatibilità delle norme nazionali.

L'adozione di normative CFC, da parte di paesi membri dell'Unione Europea, **determina evidenti restrizioni alle libertà suddette** in quanto le CFC *rule* rendono più sfavorevole l'investimento o l'insediamento nel paese ospite, dato l'impatto finanziario per il prelievo fiscale causato dal regime di sfavore. L'aggravio ha, in primo luogo, natura di anticipazione finanziaria per la tassazione di utili che, altrimenti, sarebbero stati tassati solo al momento della distribuzione e, soprattutto, si concretizza nell'annullamento di qualsiasi vantaggio fiscale locale, in quanto la tassazione avviene secondo il regime fiscale e le aliquote del paese dell'azionista. Se non sono previsti correttivi contro la doppia imposizione, alle ripercussioni negative appena elencate si aggiunge anche quella, per l'azionista, di vedere praticata sulla stessa base imponibile la tassazione contestuale del paese di incorporazione della società e del proprio paese di residenza.

discende, peraltro, un sensibile allargamento del campo di applicazione del sindacato sulla compatibilità comunitaria delle norme tributarie di diritto interno [...]”.

³⁸⁴ Boria Pietro, *Diritto Tributario Europeo*, Giuffrè Editore, 2015

Le restrizioni alle libertà fondamentali, di stabilimento e/o di circolazione capitali, sono in linea di principio **vietate dai Trattati UE** e le norme nazionali che determinano tali restrizioni si pongono in contrasto con la normativa primaria dell’Unione. La Corte di Giustizia ha tuttavia esaminato, nel corso degli anni, una serie di possibili giustificazioni alle restrizioni sulla base del principio della “*rule of reason*”, ossia sulla base dell’esistenza di un **motivo imperativo di interesse generale**. Affinché la giustificazione possa essere tollerata essa deve anche essere **proporzionata all’obiettivo** che la norma restrittiva intende perseguire, non potendo sconfinare oltre quanto ritenuto strettamente necessario al conseguimento di tale obiettivo³⁸⁵. La misura deve essere dunque quanto meno invasiva possibile nel raggiungimento dello scopo della norma. Come altre norme della fiscalità diretta, le legislazioni CFC nazionali sono poste all’attenzione della Corte affinché la sua applicazione non avvenga in **maniera discriminatoria** e le restrizioni che pongono alle libertà fondamentali siano, in primo luogo **ammissibili** e, successivamente, **proporzionate**³⁸⁶. I motivi imperativi di interesse generale portati all’attenzione della Corte sono stati numerosi e, solo per alcuni di essi i giudici del Lussemburgo hanno ritenuto di conferire dignità al fine di poter operare una restrizione.

³⁸⁵ Cfr. Causa C-196/04 Cadbury Schweppes, p. 47, “Una restrizione del genere può essere ammessa solo per ragioni imperative di interesse generale. Anche in tale ipotesi, però, la sua applicazione dovrebbe essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo in tal modo perseguito e non eccedere quanto necessario per raggiungerlo (sentenze 15 maggio 1997, causa C-250/95, Futura Participations e Singer, Racc. pag. I-2471, punto 26; 11 marzo 2004, causa C-9/02, De Lasteyrie du Saillant, Racc. pag. I-2409, punto 49, nonché Marks & Spencer, cit., punto 35)”.

³⁸⁶ Sul principio di proporzionalità si veda Di Pietro Adriano, Tassani Thomas, *I principi europei del diritto tributario*, CEDAM, 2013, pag. 159, “La proporzionalità, intesa come concetto generale, indica una nozione di rapporto fra due elementi in una prospettiva di bilanciamento ed in diritto non si può misurare con regole, ma con valori, principi e beni giuridici che richiedono, ulteriormente una attività di interpretazione. Così il principio di proporzionalità permette di misurare il rapporto fra valori, principi e beni giuridici quando sono in conflitto tra loro; stabilendo se si può permettere l’affermazione di un principio giuridico ammettendo di conseguenza la violazione di un altro e (questa è la vera proporzionalità) fino a che grado di intensità ciò sia consentito [...] Il principio di proporzionalità appare in questa situazione come elemento contemperante interessi opposti. La Corte di Giustizia lo ha riconosciuto come un principio generale del Diritto Europeo, ogni volta che si configura come una tradizione costituzionale comune. Se dalla giurisprudenza degli Stati Membri si potrebbe dedurre un fondamento nello stato di diritto dato il suo valore per conoscere l’adeguamento al sistema giuridico dei limiti dei diritti fondamentali, nello spazio europeo il principio di proporzionalità è utilizzato per giudicare i limiti a ciò che risulta fondamentale in tale Sistema giuridico: le libertà comunitarie e gli obiettivi dell’Unione, soprattutto, di realizzazione del mercato [...]”. Sul tema si veda anche, per quanto attiene l’imposizione indiretta, Mondini Andrea, *Contributo allo studio del principio di proporzionalità nel sistema dell’IVA europea*, Pacini, 2012. In riferimento al principio di proporzionalità e l’impatto sulle regole CFC si veda Helminen Marjaana, *Is there a future for CFC-regimes in the EU?*, in *Intertax*, n. 33, 2005, “[...] According to the rule of reason principle an imperative requirement in the general interest may justify a restriction provided that a restriction is applied in a non-discriminatory manner, the restriction is suitable for securing the attainment of the objective which it pursues and provided that the restriction is proportionate and least restrictive, i.e. that it does not go beyond what is necessary to attain the objective [...]”.

La necessità di **coerenza del sistema tributario** è stata una causa di giustificazione spesso richiamata nella giurisprudenza della Corte di Giustizia; tuttavia, la stessa non è invocabile nel caso delle legislazioni CFC. Questo proprio in virtù della natura derogatoria delle CFC^{rule} che trattano una situazione transnazionale in maniera completamente diversa da una situazione domestica, individuando un collegamento, tra la società partecipata e l'azionista per l'imputazione del reddito che altrimenti non sarebbe tassabile nel paese di quest'ultimo. Per la stessa ragione non può essere invocato il principio della *capital export neutrality*, in quanto l'azionista e la società controllata sono di fatto due soggetti giuridici diversi, assoggettati a regole civilistiche e fiscali differenti.

Il contrasto alla delocalizzazione di attività in paesi con **un basso livello di tassazione** non può essere una causa di giustificazione. La fruizione di un mero risparmio fiscale, in caso di **delocalizzazione effettiva** di attività produttive, è una fattispecie **addirittura protetta** dai Trattati; è legittimo per i contribuenti scegliere il regime in cui operare secondo ragioni di convenienza fiscale, a meno che ciò non sfoci in una pratica abusiva: una deviazione patologica rispetto alle finalità previste dal sistema tributario. Rimane nella libera discrezionalità degli Stati membri determinare le condizioni della propria fiscalità interna ed è libertà degli operatori europei decidere, anche sulla base delle condizioni del carico tributario, in quale Stato membro operare senza che tale scelta possa essere limitata, indirettamente, da un maggior onere fiscale nel paese di residenza. Uno Stato membro non ha dunque la facoltà di limitare i vantaggi fiscali che sono garantiti da un altro Stato membro. Il vantaggio fiscale assicurato da uno Stato membro non può consentire, ad un altro Stato membro e per un effetto di "compensazione", di riservare alla casa madre un trattamento fiscale più sfavorevole³⁸⁷. Tale principio, per estremo, è applicabile anche ai casi di **pratiche fiscali dannose**³⁸⁸ per le quali gli Stati membri hanno assunto impegni politici per la rimozione³⁸⁹: uno Stato membro non può

³⁸⁷ Cfr. Causa C-196/04 Cadbury Schweppes, p. 49

³⁸⁸ Un ulteriore percorso di avvicinamento degli Stati membri dell'OCSE è avvenuto con le conclusioni dell'Action 5 - Harmful tax practices.

³⁸⁹ Cfr. Causa C-196/04 Cadbury Schweppes, conclusioni AG, p. 56 e 57, "Occorre ricordare al riguardo che il Consiglio «Affari economici e finanziari» (Consiglio «Ecofin») ha adottato un codice di condotta in materia di tassazione delle imprese (36) che riguarda «le misure che hanno o possono avere una sensibile incidenza sull'ubicazione di attività imprenditoriali nel territorio della Comunità» impegnando gli Stati membri a congelarle e smantellarle. Mi pare utile sottolineare in questa sede che il regime fiscale irlandese in vigore per le società stabilite nel Centro internazionale di servizi finanziari è stato citato nel rapporto del gruppo «Codice di

limitare il diritto di un suo cittadino ad insediarsi in un altro Stato per beneficiare di tali pratiche, se l'insediamento è effettivo. Come osservato dalla dottrina, la concorrenza fiscale tra Stati membri è non solo tutelata dal Trattato, ma costituisce anche un meccanismo strutturale per il funzionamento del mercato interno, grazie al quale ogni singolo Stato nel rispetto delle proprie competenze può collocarsi in un punto di equilibrio tra importanza del prelievo fiscale ed erogazione di servizi, al fine di determinare le migliori condizioni di attrazione degli investimenti e dei capitali.

Allo stesso modo, non è valorizzata dalla Corte, come causa di giustificazione, l'esigenza di garantire, allo stato membro dell'azionista, **gettito tributario**, o protezione della sua base imponibile, se le strutture societarie che si intende contrastare sono genuine e non sfociano nell'elusione o nell'abuso. La Corte ha dunque ritenuto nelle sue pronunce di non scorgere un intento elusivo/evasivo se il reddito è tassato in un altro stato membro, per le attività economiche ivi esercitate, a **prescindere dall'aliquota con il quale esso viene tassato**. Il motivo della protezione del gettito non è invocabile per i redditi conseguiti al momento della delocalizzazione e per i redditi futuri³⁹⁰ che, lo Stato membro della casa madre, vedrà erodersi a vantaggio dello stato membro di *arrivo* in cui si andrà ad insediare il soggetto. Tuttavia, al fine di assicurare una **equa ripartizione del potere impositivo** tra gli stati dell'Unione, altri strumenti a mio avviso sono azionabili per esigenze di protezione del gettito che tutelino lo stato di partenza: la ristrutturazione di funzioni ai fini dei prezzi di trasferimento di cui al *capitolo IX* delle linee guida OCSE e l'*Exit tax* in caso di emigrazione societaria.

condotta», incaricato di valutare le misure nazionali cui il detto codice può essere applicato, come esempio di misura dannosa. Tale regime fiscale ha dovuto, perciò, essere progressivamente smantellato [...] Questi elementi non possono però influire sulla portata dei diritti conferiti agli operatori economici dagli artt. 43 CE e 48 CE. Come risulta dal suo preambolo, il Codice di condotta costituisce un impegno politico e non pregiudica pertanto i diritti e gli obblighi degli Stati membri, né le rispettive competenze degli Stati membri e della Comunità derivanti dal Trattato. La sua adozione e la menzione del regime fiscale irlandese in causa fra le misure fiscali nazionali dannose per il mercato unico non possono dunque limitare, né a fortiori restringere retroattivamente, il diritto riconosciuto dal Trattato ad ogni società conforme all'art. 48 CE di creare uno stabilimento secondario in qualsivoglia Stato membro, anche in quelli in cui si applica un regime fiscale reputato dannoso per il mercato unico».

³⁹⁰ Cfr. Causa C-196/04 Cadbury Schweppes, conclusioni AG, p. 52, “[...] Quest’analisi trova conferma in una giurisprudenza costante secondo la quale uno Stato membro non può impedire ad una società di esercitare il suo diritto di stabilimento in un altro Stato membro adducendo che, altrimenti, subirebbe una riduzione del gettito fiscale corrispondente alle imposte che avrebbe potuto esigere per un’attività futura che la società avesse invece esercitato nello Stato di origine [...] V., in particolare, sentenze 16 luglio 1998, causa C-264/96, ICI (Racc. pag. I-4695, punto 28); De Lasteyrie du Saillant, cit., punto 60, e 13 dicembre 2005, causa C-446/03, Marks & Spencer (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 44)”.

La **finalità di combattere l’elusione fiscale e l’abuso** è, infine, una causa di giustificazione ammessa ma non tutte le norme anti-abuso sono, di per sé, compatibili con le libertà fondamentali in quanto possono non integrare il requisito della proporzionalità³⁹¹. In particolare, è intento della Corte evitare che attraverso la generica riconduzione di norme a finalità anti-abuso, possano essere mantenute o implementate misure in qualche modo protezionistiche. La Corte, con la pronuncia Cadbury Schweppes ha definito un perimetro preciso e ristretto delle CFCrule, potendo le stesse essere ***rivolte solo verso le costruzioni di puro artificio (wholly artificial arrangements)***³⁹² finalizzate a sottrarre l’impresa alla legislazione fiscale dello Stato membro interessato: la Corte etichetta le società in questione come società “*fantasma*” o “*schermo*”. La misura restrittiva oggetto del giudizio Cadbury Schweppes aveva infatti la finalità di contrastare il comportamento elusivo di un soggetto residente atto a “*[...] trasferire fittiziamente utili dallo Stato membro in cui sono stati realizzati in uno Stato membro a basso livello impositivo creando quivi una controllata e concludendo operazioni destinate principalmente a permettere un tale trasferimento a vantaggio della controllata*”. L’indagine della Corte, nei suoi vari arresti, oltre che al trasferimento artificiale di utili, come nel caso delle CFCrule, si è concentrata anche verso il trasferimento delle perdite tra soggetti multinazionali³⁹³.

La limitazione alle sole strutture di puro artificio (società fantasma o schermo) fa sì che, per poter essere proporzionate, le norme CFC non possano restringere le libertà in caso di dislocazione di realtà economiche effettive, dovendo valutare, caso per caso, la genuinità della costruzione estera. In tale causa di giustificazione, l’elusione può riguardare sia norme degli ordinamenti nazionali che dell’Unione. La mera

³⁹¹ Cfr. Lang Michael, *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, Kluwer Law International, 2004, “[...] *This means that the goal of the measure has to be the least intrusive measure possible to reach that goal and the infringement has to be proportionate to the desirable effect of the measure [...]*”.

³⁹² Cfr. Causa C-196/04 Cadbury Schweppes, p. 51 e 55, “[...] *Per contro, una misura nazionale che restringe la libertà di stabilimento è ammessa se concerne specificamente le costruzioni di puro artificio finalizzate ad eludere la normativa dello Stato membro interessato [] Ne consegue che, perché sia giustificata da motivi di lotta a pratiche abusive, una restrizione alla libertà di stabilimento deve avere lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica e finalizzate ad eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale*”.

³⁹³ Cfr. Causa Mark & Spencer, causa C-446/03.

delocalizzazione o costituzione di una società non può essere una presunzione di frode fiscale³⁹⁴.

È infine importante sottolineare come eventuali normative CFC che abbiano ad oggetto strutture societarie localizzate in UE, non di completo artificio, siano incompatibili con l’ordinamento giuridico europeo. La verifica, da parte delle autorità fiscali e dei giudici nazionali della genuinità della struttura societaria delocalizzata, è rimandata ad un concetto che in dottrina³⁹⁵ ha assunto il nome *test Cadbury Schweppes*, ossia una constatazione che poggia: “[...] *su elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi, relativi, in particolare, al livello di presenza fisica della SEC in termini di locali, di personale e di attrezzature*³⁹⁶”. Il principio enunciato dalla Corte con la precedente locuzione denota un concetto molto ampio e, soprattutto, che conferisce profonda discrezionalità alle autorità fiscali prima ed ai giudici poi, nel valutare la sussistenza di un **livello minimo**³⁹⁷ di attività economica da parte della CFC. Come sarà analizzato nel seguito, la giurisprudenza della Corte, con la pronuncia C-135/17 X GMBH, ha anche specificato che il concetto di “*wholly artificial arrangements*” è da declinarsi in maniera diversa se l’oggetto dello scrutinio è la libertà di stabilimento (per le cui pronunce il principio ha avuto origine) o la libera circolazione di capitali; per quest’ultima la nozione di costruzione di puro artificio **deve essere inteso in una maniera più ampia**.

Se, come abbiamo esaminato in precedenza, il basso livello di tassazione del paese di arrivo non può essere, di per sé, una autonoma causa di giustificazione, esso può invece diventare un **criterio guida ed una condizione** per appurare l’esistenza di un meccanismo abusivo. Necessariamente per intercettare pratiche elusive, le CFCrulle devono avere ad oggetto l’esame del trattamento fiscale riservato dal paese di incorporazione della CFC ed all’esistenza delle condizioni di vantaggio, come definito

³⁹⁴ Cfr. Causa C-196/04 Cadbury Schweppes, p. 50

³⁹⁵ Cfr. Beghin Mauro, *La sentenza Cadbury Schweppes e il malleabile principio della libertà di stabilimento*, in Rassegna Tributaria, n. 3/2007; Grilli Stefano, *Le costruzioni di puro artificio nella giurisprudenza della corte di giustizia: considerazioni in tema di effettiva attività economica*, in Rassegna Tributaria, n.4/2008; Lang Michael, *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, Kluwer Law International, 2004; Morri Stefano, Guarino Stefano, *CFC e libertà di stabilimento tra normative italiana e garanzie europee*, in Corriere Tributario, n. 32-33, 2016; Valente Piergiorgio, *Patent Box e gestione beni immateriali*, IPSOA, 2017; Valente Piergiorgio, Salvatore Mattia, *CFC rule per le costruzioni di puro artificio*, in Corriere Tributario, n. 42/2010.

³⁹⁶ Cfr. Causa C-196/04 Cadbury Schweppes, p. 67

³⁹⁷ L’esimente circa lo svolgimento di attività economica effettiva, in relazione alle fattispecie a carattere transnazionale, è sovente invocata con una formula circa lo svolgimento indeterminato di una qualche attività o di “qualcosa” che pur verrebbe fatto nello stato di incorporazione della CFC.

anche nel minimum standard previsto dalla ATAD e dalla nuova norma nazionale di cui all'art. 167 del TUIR.

Infine, tra le cause di giustificazione che sono valutate dalla Corte, vi sono anche **l'equilibrata ripartizione del potere impositivo** tra gli Stati e la **necessità di garantire l'efficacia dei controlli fiscali**. Sovente la Corte, nel ponderare le giustificazioni addotte dalle parti in causa, opera anche una aggregazione tra le stesse, individuando strette connessioni tra due o più motivi di giustificazione.

4.4.1. Causa C-196/04 Cadbury Schweppes – restrizioni giustificate per costruzioni di puro artificio

La pronuncia della Corte di Giustizia nel caso C-196/04 Cadbury Schweppes rappresenta una pietra miliare nella giurisprudenza dell'Unione in tema di compatibilità delle normative CFC con la libertà di stabilimento. Oggetto dello scrutinio è stata la legislazione CFC del regno unito che attraeva a tassazione il reddito realizzato da due controllate estere del gruppo Cadbury residenti in Irlanda. La norma britannica si attivava a fronte di un livello di imposizione delle CFC pari a meno di tre quarti del livello fiscale che la CFC avrebbe sopportato se fosse stata residente nel Regno Unito. La sentenza della Corte sottolineava che affinché uno stabilimento all'estero potesse essere ritenuto un esercizio genuino della relativa libertà fondamentale, esso doveva rispondere ad un radicamento personale (in termini di presenza fisica del soggetto nello stato estero), sostanziale (con effettività dell'attività svolta) ed economico (riguardo al valore dell'attività svolta in relazione al gruppo).

La Corte ha operato anche una distinzione tra elusione fiscale e risparmio fiscale lecito, esercitando il dubbio circa la proporzionalità della norma UK che, per non confliggere con i principi dell'Unione, avrebbe potuto attrarre il reddito esclusivamente di costruzioni di puro artificio³⁹⁸.

Il dispositivo della sentenza recitava che: *“Gli artt. 43 CE e 48 CE devono essere interpretati nel senso che ostano all'inclusione, nella base imponibile di una società residente in uno Stato membro, degli utili realizzati da una società estera controllata*

³⁹⁸ È Stato dunque dettato il principio per il quale la corte ha rimandato al giudice del rinvio di verificare se il *motive test* dell'ordinamento britannico fosse idoneo ad intercettare solo le costruzioni di puro artificio.

stabilita in un altro Stato allorché tali utili sono ivi soggetti ad un livello impositivo inferiore a quello applicabile nel primo Stato, a meno che tale inclusione non riguardi costruzioni di puro artificio destinate a eludere l’imposta nazionale normalmente dovuta. L’applicazione di una misura impositiva siffatta deve perciò essere esclusa ove da elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi risulti che, pur in presenza di motivazioni di natura fiscale, la controllata è realmente impiantata nello Stato di stabilimento e ivi esercita attività economiche effettive”. Tale sentenza ha ristretto moltissimo il perimetro applicativo e di legittimità delle regole CFC nazionali in riferimento a controllate residenti in paesi UE; l’ordinamento italiano si è “adeguato” introducendo disposizioni nel vecchio art. 167 del TUIR che ripercorrevano, anche testualmente, i principi dettati con la sentenza in argomento.

4.4.2. Causa C-135/17 X GmbH – ampliamento del concetto di costruzione di puro artificio e ragioni commerciali della partecipazione

La pronuncia ha avuto ad oggetto la normativa CFC tedesca – in riferimento alle società collegate – che determinava l’attrazione, pro quota, del reddito derivante da partecipazioni detenute in paesi con un livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello tedesco ed in società che conseguono redditi passivi. Oggetto dello scrutinio è stata la libertà di movimento capitali³⁹⁹, per la quale la Corte ha operato una approfondita analisi della legislazione tedesca, modificata nel corso degli anni, rispetto alla clausola di *standstill* prevista dal trattato. La sentenza X GMBH parla di “**redditi non derivanti da un’attività propria**” (p. 53), che è un chiaro un richiamo ai *passive income* e potrebbe essere un concetto potenzialmente richiamabile anche da successiva giurisprudenza.

Un **passo importante** della pronuncia è quello in cui la Corte, ritornando sul concetto di *costruzione di puro artificio*, ne specifica la portata applicativa che è, in riferimento alla libertà di circolazione di capitali, **da intendersi in misura più ampia rispetto alla libertà di stabilimento**. Questo in quanto le due libertà hanno finalità diverse: “[...] la

³⁹⁹ È interessante indagare il rapporto tra libertà capitali e quella di stabilimento: se c’è influenza dominante (o se questa non è chiara, come nel caso di specie dove la partecipazione è del 30%) può escludersi applicazione libertà di capitali? Qual è il grado di priorità tra le due libertà?

*libera circolazione dei capitali tra gli Stati membri e i paesi terzi non mira a disciplinare le condizioni alle quali le società possono stabilirsi in seno al mercato interno [...] bensì ad attuare la liberalizzazione dei movimenti transfrontalieri di capitali*⁴⁰⁰». Nello scrutinio rispetto ai requisiti che deve soddisfare una partecipazione di un soggetto residente in uno Stato membro, detenuta in un paese terzo, affinché possa considerarsi non di puro artificio (**giustificazione commerciale**), la Corte ha specificato che non ci si può limitare al concetto di puro artificio utilizzato per la libertà di stabilimento, ma che devono essere **prese in considerazione fattispecie ulteriori**⁴⁰¹. Questo in quanto la libertà di movimento dei capitali transfrontaliera, per sua natura, è suscettibile di generare forme mutevoli e più ampie di fattispecie abusive e, pertanto, deve ritenersi di puro artificio **qualunque operazione finalizzata** a trasferire artificiosamente utili generati nel territorio dello Stato verso paesi a fiscalità privilegiata.

Un ulteriore punto degno di sottolineatura è l'analisi che la Corte compie in merito alla CFC*rule* tedesca che, date le condizioni di attivazione della norma (basso livello impositivo e natura passiva degli utili), non offre al soggetto passivo residente la possibilità di fornire prova contraria all'autorità fiscale. Tale normativa assume il carattere di **presunzione legale assoluta** e la Corte specifica le condizioni affinché possa ritenersi non sproporzionata rispetto alla finalità antielusiva perseguita⁴⁰². In

⁴⁰⁰ Cfr. Causa C-135/17 X GMBH, p. 83

⁴⁰¹ Cfr. Causa C-135/17 X GMBH, p. 84, “*Di conseguenza, nel contesto della libera circolazione dei capitali, la nozione di «costruzione di puro artificio» non può necessariamente limitarsi agli elementi relativi all'assenza di effettività economica dello stabilimento di una società, descritti ai punti 67 e 68 della sentenza del 12 settembre 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544), dal momento che, per quanto attiene a movimenti transfrontalieri di capitali, la creazione artificiosa delle condizioni richieste per sottrarsi indebitamente all'imposizione in uno Stato membro o per fruire ivi indebitamente di un vantaggio fiscale può assumere varie forme. È certo vero che tali elementi possono costituire indizi dell'esistenza di una costruzione di puro artificio altresì ai fini dell'applicazione delle norme riguardanti la libera circolazione dei capitali, segnatamente ove si renda necessario valutare la giustificazione commerciale di un'assunzione di partecipazione in una società che non svolge attività economiche proprie. Tuttavia, tale nozione può altresì comprendere, nell'ambito della libera circolazione dei capitali, qualsiasi operazione il cui obiettivo principale o di cui uno degli obiettivi principali consista nel trasferimento artificioso degli utili generati da attività svolte sul territorio di uno Stato membro verso paesi terzi a basso livello di imposizione*”.

⁴⁰² Cfr. Causa C-135/17 X GMBH, p. 91 e 92, “*Per quanto riguarda, in particolare, l'obbligo gravante sugli Stati membri di porre un soggetto passivo in grado di produrre elementi atti a dimostrare le eventuali ragioni commerciali della sua partecipazione in una società stabilita in un paese terzo, dalla giurisprudenza della Corte risulta che l'esistenza di un tale obbligo dev'essere valutata in funzione della disponibilità di misure amministrative e regolamentari che consentano, se del caso, un controllo della veridicità di siffatti elementi (v., in tal senso, sentenze dell'11 ottobre 2007, ELISA, C-451/05, EU:C:2007:594, punto 98; del 28 ottobre 2010, Établissements Rimbaud, C-72/09, EU:C:2010:645, punti 45 e 46, e del 10 aprile 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company, C-190/12, EU:C:2014:249, punto 85) [...] Da una costante giurisprudenza della Corte emerge altresì che, quando la normativa di uno Stato membro fa dipendere il beneficio della concessione di un vantaggio fiscale dall'adempimento di condizioni la cui osservanza può essere verificata soltanto ottenendo informazioni dalle autorità competenti di un paese terzo, è, in linea di principio, legittimo per*

particolare, la Corte individua un obbligo degli Stati membri di garantire ai soggetti passivi la possibilità di fornire prova contraria – nel caso di specie evidenziare le **ragioni commerciali della partecipazione** – solo laddove l'ordinamento giuridico dello Stato membro annoveri uno strumento bilaterale con il paese della CFC che renda fattibile, attraverso lo scambio di informazioni fiscali, **la verifica delle argomentazioni invocate dal contribuente e l'analisi dell'attività economica effettivamente svolta dalla società estera controllata**. In assenza di un tale quadro giuridico tra gli stati, non essendo tenuto uno Stato membro ad accettare apoditticamente le informazioni fornite da un contribuente senza poterle verificare, la giurisprudenza della Corte ritiene l'art. 63 del Trattato non osti all'impiego di una presunzione legale assoluta che determini l'attrazione ad imposizione del reddito della CFC⁴⁰³.

4.5. Rapporti della Direttiva ATAD con le libertà fondamentali

Lo spirito che ha animato la stesura della ATAD, come è possibile scorgere anche dai considerando al testo, è stato anche quello di – tentare di – disciplinare aspetti di **concorrenza fiscale tra Stati membri**⁴⁰⁴, scindendo quella fisiologica, tutelata dalle libertà del Trattato, da quella patologica che, erodendo le basi imponibili dei principali grandi paesi dell'Unione, può assumere connotati tali da distorcere anche la concorrenza nel mercato unico.

tale Stato membro rifiutare la concessione di detto vantaggio se, in particolare per l'assenza di un obbligo convenzionale da parte di tale paese terzo di fornire informazioni, risulti impossibile ottenere le informazioni stesse dal detto paese (v., in tal senso, sentenze del 18 dicembre 2007, A, C-101/05, EU:C:2007:804, punto 63; del 10 febbraio 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel e Österreichische Salinen, C-436/08 e C-437/08, EU:C:2011:61, punto 67, nonché del 10 aprile 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company, C-190/12, EU:C:2014:249, punto 84) [...]".

⁴⁰³ Cfr. Causa C-135/17 X GMBH, p. 97, "L'articolo 63, paragrafo 1, TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa di uno Stato membro ai sensi della quale i redditi realizzati da una società stabilita in un paese terzo, non derivanti da un'attività propria di tale società, quali quelli qualificati come «redditi intermedi da investimento di capitale», ai sensi di tale normativa, sono inclusi, proporzionalmente alla partecipazione detenuta, nella base imponibile di un soggetto passivo residente in detto Stato membro, qualora tale soggetto passivo detenga una partecipazione pari almeno all'1% in detta società e qualora i redditi stessi siano sottoposti, in detto paese terzo, ad un livello di imposizione inferiore a quello esistente nello Stato membro interessato, salvo che esista un quadro giuridico che preveda, segnatamente, obblighi convenzionali tali da consentire alle autorità tributarie nazionali dello Stato membro in parola di controllare, se del caso, la veridicità delle informazioni relative a questa stessa società, fornite allo scopo di dimostrare che la partecipazione del citato soggetto passivo in quest'ultima non deriva da un'operazione di carattere artificioso [...]"

⁴⁰⁴ Sul tema si veda Boria Pietro, *Diritto Tributario Europeo*, Giuffrè Editore, 2015; Pistone Pasquale, *Diritto Tributario Internazionale*, G. Giappichelli Editore, 2019; Biasco S. – *I danni della concorrenza fiscale in Europa* – in rassegna tributaria n. 1/2015

Il legislatore europeo, già nel testo della Direttiva, ha previsto specifiche disposizioni⁴⁰⁵ che, lette alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di *CFCrule*, hanno la finalità di **assicurare la compatibilità** della Direttiva con le libertà fondamentali dell'Unione. Il registro terminologico adottato è stato quello del caso *Cadbury Schweppes* e dei principi enunciati in tale sentenza. Rispetto al passato, quando i singoli Stati membri si erano attrezzati con *CFCrule* autonomamente, la Direttiva, con il suo carattere vincolante, ha cercato di introdurre regole omogenee che, per volontà del legislatore europeo, **saranno applicabili strutturalmente** rispetto a società estere controllate residenti in paesi dell'Unione. Tale circostanza è stata indubbiamente valutata al momento della stesura della ATAD con le relative conseguenze in termini di ricadute sulla limitazione delle libertà fondamentali e, di conseguenza, è scaturito il dovere di giustificare tali limitazioni, alla ricerca di un sottile bilanciamento. Di certo le misure suggerite non hanno avuto la *ratio* di ostacolare, seppur velatamente, la possibilità di delocalizzazione di attività all'estero all'interno del mercato unico.

4.5.1. Le costruzioni “parzialmente artificiose”

In prima battuta si è già avuto modo di esaminare come le *CFCrule* europee sono compatibili con l'ordinamento dell'Unione solo nella misura in cui siano volte a **contrastare costruzioni di puro artificio**, ovvero **completamente prive di sostanza economica**. Questa soglia fissata dalla Corte può apparire piuttosto bassa⁴⁰⁶, laddove l'insediamento di società succursali, all'interno dell'Unione, che svolgono appena una minima attività economica è tutelata dal diritto di stabilimento, indipendentemente dall'effetto dato dal vantaggio fiscale conseguibile. Per costruzioni “parzialmente artificiose” potremmo intendere le strutture societarie che hanno un livello minimo di attività ma presentano uno squilibrio funzionale⁴⁰⁷ rispetto ai redditi conseguiti.

⁴⁰⁵ Si osservino, in particolare, quelle relative alle circostanze esimenti che, laddove comprovate dal contribuente, possono determinare la disapplicazione della disciplina CFC.

⁴⁰⁶ Di tale avviso English Joachim, *International Tax Law: New challenges to and from constitutional and legal pluralism*, IBFD, 2016, par. 8.4.3.2, “[...] *As the Court analyses the impact of abusive practices on the exercise of the right of establishment by a parent company and its foreign subsidiary, it should not surprise that the Court in fact set a fairly high threshold of tolerance when assessing genuine practices (for CFCs on the basis of staff, equipment and premises of the foreign subsidiary), i.e. companies that may not be restricted in their exercise of a fundamental freedom [...]*”.

⁴⁰⁷ Di senso contrario rispetto all'impiego delle norme CFC per contrastare tale fattispecie di squilibrio funzionale è English Joachim, *International Tax Law: New challenges to and from constitutional and legal pluralism*, IBFD, 2016, par. 8.4.3.2, “[...] *if a non-resident subsidiary genuinely exist, but was allocated income or expenses not*

Le locuzioni utilizzate nella Direttiva, riguardo al **Modello B** – *Tpbased*⁴⁰⁸, sembrano tuttavia discostarsi dai principi elaborati dalla giurisprudenza, in considerazione di alcuni elementi. Intanto il modello introduce il cd. *motive test*, di matrice britannica, attraverso il quale viene chiesto di indagare se la principale finalità della società estera sia “*essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale*”. Si è già argomentato come la consolidata giurisprudenza della Corte non ritiene i *motivi* di una delocalizzazione argomento autonomamente sufficiente a motivare una restrizione delle libertà. Infatti, il Modello B della Direttiva prevede anche che la costruzione sia *non genuina*, dove per non genuina la norma non richiama il concetto di “*puro artificio*”, bensì una sorta di disequilibrio funzionale a causa del quale **tutto o parte** del reddito della CFC risulta afferente a funzioni svolte dalla controllante. Come recita il secondo periodo della lett. b) in esame: “*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*”. La norma evoca una spoliazione reddituale della casa madre che potrebbe quasi essere intercettata anche con la normativa sul *transfer pricing*⁴⁰⁹, mentre le condizioni per non applicare la norma CFC, costituite dallo status di “*costruzione genuina*” della controllata, ricalcano principi che, seppur terminologicamente prossimi a quelli della giurisprudenza dell’Unione, non sono esattamente coincidenti⁴¹⁰, facendo riferimento a concetti distinti.

La Direttiva, nel disegnare il *test Cadbury Schweppes* (o test di sostanza economica) per il modello a), con la locuzione utilizzata dalla Corte nella omonima pronuncia, si è lievemente discostata individuando, tra gli indicatori segnaletici di un’attività

corresponding to its function and substance, states could challenge this outcome by applying other anti-avoidance techniques, including GAARs, specific rules targeted at base erosion schemes and transfer pricing rules [...]”

⁴⁰⁸ O PPT (*Principal Purpose Test*).

⁴⁰⁹ In particolare, si renderebbero applicabili i principi per l’attribuzione del reddito alla stabile organizzazione e la, conseguente, suddivisione del profitto conseguito tra casa madre (società azionista) e stabile (CFC).

⁴¹⁰ Mentre la non genuinità per la giurisprudenza della Corte di Giustizia deriva dal mancato svolgimento di un’attività economica effettiva, nel caso del Modello B di CFC disegnato dalla ATAD, la non genuinità deriva dallo squilibrio funzionale di matrice *transfer pricing*.

economica, oltre al locale, al personale ed alle attrezzature, anche gli **attivi**⁴¹¹ che non risultano richiamati nella sentenza della Corte. L'estensione appare tutto sommato ragionevole e non in contrasto con il dettato della giurisprudenza UE; la finalità dell'inclusione degli attivi (nella versione in lingua inglese “*assets*”) potrebbe essere stata quella di estendere la circostanza esimente anche alle imprese del settore bancario, finanziario o assicurativo, oltre che alle holding, le cui caratteristiche dell'insediamento sono legate all'impiego prevalente di capitali finanziari. Considerato il meccanismo di funzionamento del Modello A, è facile immaginare che la Corte in futuro sarà chiamata a declinare il concetto di attività economica effettiva, nonché dei relativi *driver* per identificarla, **in relazione alle diverse tipologie reddituali**: ad oggi parrebbe che indicazioni della sentenza *Cadbury Schweppes* siano maggiormente conferenti per esaminare un'attività economica che genera redditi attivi e **non appaiono chiari gli elementi invece che possano ancorare un soggetto che consegue redditi passivi allo stato di insediamento**. Questo aspetto appare come un punto di incoerenza nell'approccio del legislatore dell'Unione che ha cercato di bilanciare l'esigenza di costruire un modello di CFC*rule* transazionale, sullo stampo della consolidata esperienza tedesca, con la necessità di inserire al suo interno le clausole di *salvaguardia* per garantirne la compatibilità con le libertà dell'Unione.

Rispetto al concetto di costruzione di puro artificio, ci si chiede se lo stesso possa – o debba – essere **declinato in base alla tipologia di attività esercitata**: le condizioni per ritenere genuino un insediamento sotto forma di *holding* sono evidentemente diverse da quelle riscontrabili per una società di servizi o, ad esempio, di una società che si occupa di ricerca e sviluppo. Infine, considerate le caratteristiche dei due modelli di CFC*rule* suggeriti dalla ATAD, ci si interroga se gli stessi siano potenzialmente applicabili anche a costruzioni “**parzialmente artificiose**”:

- nel caso del **modello a)** – transazionale – qualora l'attività economica effettiva realizzata fosse relativa soltanto ai redditi attivi e questi ultimi fossero irrisori o sproporzionati rispetto all'entità dei redditi passivi artificialmente dirottati sulla CFC. In relazione alla qualità dei redditi catturati dal modello transazionale –

⁴¹¹ Il secondo periodo della lett. a) indica che “*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*”.

redditi passivi –, la Corte pur esaminando casistiche⁴¹² che attenevano a tale fattispecie non ha formulato ulteriori principi applicabili alle CFCrule transazionali;

- nel caso del **modello b)** – *TPbased* – qualora i redditi riallocabili sulla casa madre, per le funzioni significative esercitate dal proprio personale, fossero solo una parte dei redditi complessivi della società. In tal caso, infatti, una diversa attività economica potrebbe essere svolta, in loco, dalla CFC e per la quale la stessa potrebbe conseguire un profitto⁴¹³.

Come è stato evidenziato, la ATAD è modellata, almeno in parte, sui principi formulati nella pronuncia *Cadbury Schweppes* e, stando ai principi contenuti nella sentenza, parrebbero ingiustificate norme CFC restrittive che limitino la libertà di stabilimento a costruzioni parzialmente artificiali⁴¹⁴. L’implementazione di CFCrule costruite sui modelli della ATAD, qualora applicabili a costruzioni parzialmente artificiali, sarebbero suscettibili di censura in quanto confliggenti con la giurisprudenza consolidata in tema di libertà fondamentali. Ad ogni modo, sono auspicabili nuove pronunce⁴¹⁵, *case by case*, al fine di delineare meglio i limiti della normativa CFC all’interno dell’Unione e che abbiano fondamentalmente ad oggetto il rapporto che deve sussistere tra il concetto di struttura di – puro – artificio e la qualificazione del reddito conseguito dall’entità⁴¹⁶ (attivo o passivo).

Le pronunce *Cadbury S.* e *X GMBH*, nell’esaminare la causa di giustificazione data dalla necessità di prevenire abusi, indagano circa le caratteristiche e le circostanze dello schema elusivo intercettato dalla norma interna per valutarne le conseguenze negative

⁴¹² Cfr. Causa C-135/17 X GMBH, p. 57

⁴¹³ Inquadabile nella tipologia dei redditi attivi.

⁴¹⁴ Di tale avviso, English Joachim, *International Tax Law: New challenges to and from constitutional and legal pluralism*, IBFD, 2016, par. 8.4.3.2 “[...] taking into account also the factual context of the *Cadbury Schweppes* case, the author therefore rejects the notion that the Court may justify a restriction on a fundamental freedom based on the need to counter abusive practices in respect of partly artificial arrangements. The author is aware that elsewhere in tax matters, the Court has interpreted the prohibition of abusive tax practices as encompassing also transactions that were entered into essentially in order to circumvent the payment of taxes. However, he believes that a different standard can be required by CFC legislation, taking into account its immediate impact on the entity that exercise the right of establishment [...]”.

⁴¹⁵ La Corte in riferimento alla pronuncia *Thin Cap GLO* nella Causa C – 524/04, si riferisce a strutture che rappresentano, in tutto o in parte, transazioni artificiali ([...] a transaction that represent in whole or in a part a purely artificial transaction [...]). Nelle conclusioni della sentenza, tuttavia, la Corte richiama esclusivamente il concetto di costruzione di puro artificio posta in essere per esclusive motivazioni fiscali.

⁴¹⁶ In riferimento, indifferentemente, al Modello A ed al Modello B.

dannose sulla base imponibile della controllante. Le valutazioni sulla compatibilità della norma CFC attengono dunque alla sua capacità, attraverso l'inclusione nella base imponibile della controllante del reddito della CFC, di **“neutralizzare [...] gli effetti di un eventuale trasferimento artificioso di redditi”⁴¹⁷** verso quest'ultima. Entrambe le pronunce sono infatti incentrate su fattispecie di abuso che concernono casi di **diretta erosione della base imponibile della controllante** (*diverted from parent jurisdiction*) per effetto delle strutture artificiali poste in essere nei paesi delle CFC. La Corte, nel valutare la portata antielusiva delle norme CFC oggetto di analisi, in qualche modo si sofferma a commentare la direzione del flusso economico dirottato dalla struttura abusiva (da controllante a CFC). L'interrogativo che sorge, data la natura di “norma di chiusura” delle CFCrule e data l'attrazione massiva dei redditi conseguiti dalla società estera, è quello di come possa essere vagliata la compatibilità di una norma CFC che intercetta una fattispecie nella quale l'erosione del reddito avviene a discapito della base imponibile di un paese terzo (*foreign to foreign*) e non della controllante. Potrebbe essere il caso in cui una società CFC eroda i redditi di una consorella localizzata in un paese terzo (all'interno o al di fuori dell'Unione Europea) rispetto a quello della controllante che adotta la CFCrule e quello di incorporazione della società CFC, presupponendo anche che il paese terzo non possa svolgere le attività di accertamento per integrare la propria base imponibile (o rinunci a farlo). In questo senso la voracità della norma CFC avrà come conseguenza che il reddito sia incluso nella base imponibile della controllante, sebbene nessuna erosione ai suoi danni sia stata materialmente effettuata dalla CFC rendendo, presumibilmente, meno forte la sua giustificazione basata sulla finalità antiabuso della norma.

4.5.2. I rapporti dell'Unione con i paesi terzi

La struttura delle disposizioni ATAD in tema di CFC, in relazione ad entrambi i modelli, invitava gli Stati membri a recepire nelle CFCrule domestiche delle presunzioni legali relative, allo scattare delle quali, per effetto del possesso dei requisiti di innesco⁴¹⁸, lo Stato membro deve assoggettare a tassazione gli imponibili maturati dalla CFC, salvo

⁴¹⁷ Cfr. Causa C-135/17 X GMBH, p. 78

⁴¹⁸ Tassazione effettiva sensibilmente inferiore e possesso di *passive income* per il modello a) e squilibrio funzionale per il modello b).

presentazione di prova contraria⁴¹⁹ da parte del contribuente. L’ultimo periodo dell’art. 7, comma 2, lett. a), riferendosi al *test Cadbury Schweppes* recita che: “*Se la società controllata estera è residente o situata in un paese terzo che non è parte contraente dell’accordo SEE, gli Stati membri possono decidere di astenersi dall’applicazione del comma precedente*”, lasciando la possibilità di fatto di inserire delle presunzioni assolute in riferimento a partecipazioni detenute **in soggetti extra europei**, per le quali il contribuente domestico sarebbe tassato al solo verificarsi delle due condizioni di ingresso del modello a) (tale scelta, ad esempio è stata effettuata dalla Polonia⁴²⁰). Tale opzione è possibile in considerazione del fatto che, relativamente ai rapporti con paesi terzi, non è invocabile per l’azionista residente nell’Unione la libertà di stabilimento⁴²¹. In quest’ottica, le legislazioni CFC dei paesi europei sono particolarmente influenti nei rapporti economici con la Svizzera, neutralizzando, di fatto, con la tassazione in capo all’azionista residente il vantaggio fiscale conseguibile dalla minore imposizione delle controllate elvetiche⁴²².

L’esercizio dell’opzione solleva comunque alcuni interrogativi in ordine alla compatibilità con il diritto dell’Unione. In primo luogo, non si comprende come mai una clausola talmente restrittiva, e potenzialmente in contrasto con la libertà di circolazione dei capitali, sia stata inserita solo per il Modello A e non per il Modello B. In secondo luogo, si ritiene che tale **opzione di esonero**, laddove utilizzata dagli Stati membri, possa condurre a normative eccessivamente restrittive della libera circolazione

⁴¹⁹ Per le ragioni sopra esposte è da ritenersi non compatibile con il diritto dell’Unione e sproporzionata una normativa CFC che non permetta di fornire prova contraria al contribuente. Di tale avviso English Joachim, *International Tax Law: New challenges to and from constitutional and legal pluralism*, IBFD, 2016, par. 8.4.3.2, “[...] *The author is concerned that some additional potential threats to compatibility with EU law could arise insofar as the strengthening of CFC legislation could apply in a mechanical (or automatic) manner that could prevent the taxpayer from presenting evidence of the substance. This situation would almost certainly have a disproportionately restrictive impact on the exercise of a fundamental freedom [...]*”.

⁴²⁰ Cfr. Kuzniacki Blazej, *Implementing the ATAD’s CFC Rules by Poland Contrary to EU Primary Law: A Solitary Example or the Beginning of Infamous Trend?*, in EC Tax Review, 2018/3

⁴²¹ Cfr. English Joachim, *International Tax Law: New challenges to and from constitutional and legal pluralism*, IBFD, 2016, par. 8.4.3.2 “[...] *As the right of establishment applies only within the European Union, the EEA and in the presence of EU international agreement in which its direct effects is specifically indicated, EU (and EEA) Member States may apply CFC legislation without such limits in all other relations with third countries [...]*”.

⁴²² Cfr. *ibidem*, “[...] *In practice, CFC legislation is of particular relevance for the relations between Switzerland and the European Union, as lower taxation of Swiss subsidiaries is generally targeted by this type of anti-abuse measure of EU Member States, usually without giving rise to any problem of compatibility for either EU law or the agreement between the European Union and Switzerland. CFC legislation therefore constitutes a major legal constraint for the tax competitiveness of Swiss subsidiaries in the European Union, as lower Swiss federal and cantonal taxes are compensated by CFC legislation with an increase in the taxation of the EU parent company in respect of CFC income [...]*”.

dei capitali e sproporzionate rispetto alla loro finalità antielusiva. Questo anche in considerazione delle ultime pronunce della Corte di Giustizia in tema di libertà di circolazione di capitali, norme CFC e rapporti dell'ordinamento europeo con paesi terzi. In ragione degli arresti della Corte⁴²³, parrebbe opportuno, per gli Stati membri, concedere ai contribuenti il **beneficio della prova contraria** con il test *Cadbury Schweppes*, laddove tali Stati abbiano stipulato delle **convenzioni bilaterali** per lo scambio di informazioni con i paesi di insediamento delle CFC⁴²⁴. È evidente che, nel recepimento della Direttiva, gli Stati membri hanno operato un bilanciamento tra il *minimum standard* previsto ed un approccio eccessivamente restrittivo e penalizzante per gli operatori transnazionali.

4.5.3. Applicazione della CFCrule alle partecipazioni di minoranza in soggetti UE

Mentre le considerazioni appena formulate attengono ai rapporti con i paesi terzi, vale la pena soffermarsi su quelle che potrebbero essere le ripercussioni rispetto a normative CFC che hanno ad oggetto controllate residenti nell'Unione. Il modello CFC tratteggiato dall'ATAD è fondamentalmente incentrato sul **controllo** della società estera da parte del soggetto nazionale, almeno nella versione *minimum standard* contenuta nella Direttiva. Verosimilmente, le partecipazioni di investimento sono state tenute al di fuori del perimetro di applicazione della ATAD, in quanto l'azionista di minoranza, non esercitando un controllo nella gestione della CFC, difficilmente sarebbe in grado di generare, autonomamente, una struttura di puro artificio, come difficilmente sarebbe in grado di fornire tutti gli elementi informativi richiesti dalla prova contraria.

Abbiamo esaminato come la Direttiva stessa si occupi di ritagliare per tale modello un profilo di compatibilità **rispetto alla libertà di stabilimento**. Questo in quanto il modello *minimum standard*, applicandosi a situazioni di controllo, è suscettibile di limitare proprio quella libertà fondamentale. Gli Stati membri potrebbero scegliere

⁴²³ Cfr. Causa C-135/17 X GMBH

⁴²⁴ Cfr. CFE ECJ Task Force, *Opinion Statement ECJ-TF 4/2019 on the ECJ Decision of 26 February 2019 in X-GmbH (Case C-135/17), Concerning the application of the German CFC Legislation in Relation to Third Countries*, in *European Taxation*, 2020, “[...] According to X GMBH, in the above situation, it seems that Member States may no longer exercise that option (but rather apply the “substance escape”) in relation to third countries if the other state has concluded a tax treaty with the Member State that contains an exchange of information clause. Member States will have to take the decision into account in implementing article 7 and 8 of the ATAD [...]”.

tuttavia di introdurre norme CFC con un livello di protezione più alto, andando a contestare anche **partecipazioni minoritarie di portafoglio**⁴²⁵. In tal caso le norme avrebbero l’effetto di limitare la libertà di circolazione dei capitali e sarebbero soggette al giudizio di compatibilità da parte della Corte di Giustizia, anche alla luce della diversa declinazione che il termine “*costruzione di puro artificio*” assume, diversamente, rispetto alle due libertà fondamentali evocate.

Inoltre, è interessante osservare come la Direttiva, all’art. 7, co. 1, lett. a), annoveri tra le condizioni di ingresso nel regime la circostanza che un soggetto passivo posseda il “[...] diritto di ricevere oltre il 50 per cento degli utili [...]” dell’entità estera controllata. Questa disposizione⁴²⁶ tende ad estendere il perimetro di ricaduta nel regime anche a quei soggetti che, sebbene non esercitino un controllo legale della società estera per mezzo di diritti amministrativi, si ritrovano comunque ad essere i “*soggetti economici*” di riferimento della CFC in quanto detentori di diritti economici più che proporzionali alle loro quote di partecipazione. Anche in questa circostanza si porrà dunque il tema della compatibilità, con i principi fondamentali, di norme restrittive alla detenzione di partecipazioni minoritarie e di portafoglio.

4.6. Ulteriori considerazioni sul rapporto tra nuovo art. 167 TUIR e libertà fondamentali

Il legislatore nazionale ha adottato un atteggiamento prudente nel recepimento della Direttiva, cercando di limitare, ove possibile, le zone di frizione della legislazione interna con l’ordinamento europeo e, in particolare, con riferimento alle libertà fondamentali. Il nuovo art. 167 ricalca, per larga parte, il modello tratteggiato dalla ATAD e conserva numerosi istituti già previgenti nella vecchia norma interna CFC.

Un passaggio importante è derivato dalla previsione normativa, attraverso la quale è stato **rimosso l’obbligo dell’interpello preventivo**, in passato già oggetto di interpretazione della prassi dell’amministrazione finanziaria. Nel corso degli anni, alla luce delle suddette pronunce interpretative da parte dell’Agenzia delle Entrate, l’indicazione circa la presentazione dell’interpello, da effettuarsi in dichiarazione dei

⁴²⁵ Come, ad esempio, la normativa sulla società estere collegate presente in Italia fino alla riforma del 2015 o la normativa tedesca sulle CFC.

⁴²⁶ Anch’essa inquadrabile nel *minimum standard* previsto dalla Direttiva.

redditi, aveva già assunto un mero valore segnaletico, così come previsto attualmente dalla nuova disciplina. L'obbligatorietà dell'interpello, prevista in passato, risultava particolarmente penalizzante per i soggetti, in termini di oneri di *compliance*, determinando una sensibile anticipazione del momento del confronto con l'amministrazione finanziaria e impedendo per converso, in caso di mancato interpello, la possibilità di fornire prova delle esimenti in sede di controllo sostanziale e di accertamento da parte dell'Amministrazione. Quella impostazione poteva essere ragionevolmente ritenuta sproporzionata rispetto all'obiettivo della norma. Oggi che il tema è stato rimosso, si rileva comunque una sovrapposizione tra il regime di esame delle esimenti in sede di interpello e quello in sede di controllo.

Un punto di criticità rilevato in dottrina è *l'approccio entity*, per quale c'è una attrazione del reddito del tipo "*all or nothing*", pertanto un soggetto vedrebbe sottoposti a tassazione tutti i redditi della CFC indipendentemente dal loro *mix* tra attivi e passivi. Anche in questo caso l'effetto polarizzante del nuovo art. 167 potrebbe essere oggetto di interrogativi circa la proporzionalità della misura. I commentatori rilevano comunque che, per effetto dell'applicazione dell'esimente, un soggetto che consegue una piccola porzione di redditi attivi con l'utilizzo di una struttura organizzativa potrebbe ottenere – agevolmente (?) – la disapplicazione della norma. In aggiunta è doveroso osservare che questo approccio, di assorbimento totale del reddito, non è **mai contemplato dalla Direttiva ATAD** che prevede alternativamente l'attrazione del reddito derivante dall'elenco tassativo di proventi oppure, nell'ipotesi di costruzione non genuina, degli "*[...] importi generati dagli attivi e dai rischi collegati alle funzioni significative del personale svolte dalla società controllante [...]*". Se il legislatore europeo ha tenuto in considerazione questa variabile (dell'approccio transazionale all'attrazione dei redditi da CFC), anche ai fini della coerenza del modello proposto, certamente il legislatore nazionale ha preferito non considerarla per prediligere la conservazione rispetto all'impianto normativo precedente. L'applicazione distorta della norma a casi specifici, in virtù di questo punto di "approssimazione", potrà sollevare fattispecie di limitazione delle libertà che potranno essere oggetto di giudizio da parte della Corte.

4.6.1. La ripartizione dell’onere della prova

In chiave prospettica si osserva che un punto di evoluzione prevedibile è dato dal grande quesito in merito a quale sia la parte, tra autorità fiscale e contribuente, **sulla quale grava l’onere della prova**. La Direttiva non è dettagliata al punto di suggerire su quali soggetti debba essere allocato l’onere della prova limitandosi ad evidenziare quelle che sono le condizioni di innesco e di applicazione della normativa. Il tema è stato già oggetto di analisi da parte della Corte di Giustizia in suoi numerosi arresti, tra i quali la pronuncia Cadbury Schweppes⁴²⁷. La norma nazionale si pone come una presunzione legale relativa che, a determinate condizioni, si attiva e, di conseguenza, *presuppone* una fattispecie di abuso/elusione contro la quale il contribuente può presentare prova contraria. Questa disposizione è sorretta dal principio che la società *casa madre* residente nell’ordinamento che applica la CFC è il soggetto che vanta la miglior posizione per fornire all’autorità fiscale le informazioni circa l’effettività dell’insediamento della CFC nel suo paese di incorporazione, oltre che delle attività economiche svolte⁴²⁸. Preso atto che la norma domestica non contempla dunque presunzioni assolute, di difficile compatibilità con l’ordinamento unionale, c’è da interrogarsi se **lo spostamento dell’onere della prova sul contribuente** costituisca una restrizione giustificata e proporzionale, sempre in riferimento al diritto europeo⁴²⁹, oppure se al legislatore toccherà compiere nuovamente ulteriori riflessioni per modificare l’impianto.

⁴²⁷ “[...] Visti gli elementi forniti dalla società residente, le competenti autorità nazionali hanno la possibilità, per ottenere le informazioni necessarie sulla reale situazione della SEC, di ricorrere ai meccanismi di collaborazione e di scambio d’informazioni tra amministrazioni fiscali nazionali istituiti da strumenti giuridici come quelli menzionati dall’Irlanda nelle sue osservazioni scritte, vale a dire la direttiva del Consiglio 19 dicembre 1977, 77/799/CEE, relativa alla reciproca assistenza fra le autorità competenti degli Stati membri nel settore delle imposte dirette (GU L 336, pag. 15), e, con riferimento alla presente controversia, la convenzione 2 giugno 1976 tra Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord e Irlanda volta ad evitare la doppia imposizione e a prevenire l’evasione dell’imposta sui redditi e sui capital gains [...]”.

⁴²⁸ Cfr. Causa C-196/04 Cadbury Schweppes, p. 70

⁴²⁹ A riguardo della compatibilità dell’inversione dell’onere della prova sul contribuente, si veda English Joachim, *International Tax Law: New challenges to and from constitutional and legal pluralism*, IBFD, 2016, par. 8.4.3.2, “[...] Based on the limits set by EU law on the burden of proof and the impact of procedural restrictions on the exercise of fundamental freedoms, problems regarding compatibility would also arise if the concept of CFC legislation were to include a general reversal of the burden of proof in the presence of non-resident subsidiaries, or even if it were to include a requirement to provide narrow ex ante evidence of the genuine function of such companies [...]”.

L'orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia al riguardo, espresso nel giudizio C-6/16 Equiom Sas⁴³⁰, è di ritenere non proporzionate norme domestiche che pongono il soggetto passivo nella condizione di dover provare l'esistenza di condizioni di fatto, come una struttura organizzativa, a fronte di una presunzione generale di elusione. La possibilità di richiedere al contribuente di provare le condizioni per la non applicazione di norme antiabuso dovrebbe essere conseguente ad una prima dimostrazione della fattispecie abusiva da parte dell'autorità fiscale⁴³¹. Questa dimostrazione dovrebbe avvenire, in modo automatico, con l'avverarsi delle condizioni previste dalla norma interna per l'ingresso nel regime CFC (tassazione effettiva bassa e conseguimento di *passive income*).

Lo spostamento dell'onere della prova sul contribuente parrebbe maggiormente ragionevole in circostanze dove non vi sia uno strumento per lo scambio di informazioni tra l'autorità del paese di residenza dell'azionista e quello di incorporazione della CFC. Il tema immediatamente conseguente è se sia giustificabile, un impianto normativo con onere della prova "ribaltato", nella regolazione dei rapporti tra soggetti residenti entrambi nel contesto dell'Unione. Questo, a maggior ragione, riguardo ad una norma come quella nazionale italiana che prevede una condizione di ingresso nel regime piuttosto "bassa", lasciando poi al contribuente l'onere di fornire le esimenti del caso.

⁴³⁰ Nella pronuncia C-6/16 Equiom Sas, in tema di ritenuta alla fonte per dividendi in uscita, circa l'applicazione dell'esenzione prevista dalla direttiva madre-figlia, la norma interna francese "[...] prevede che siffatta esenzione non trovi applicazione quando i dividendi distribuiti vadano a beneficio di una persona giuridica controllata direttamente o indirettamente da uno o più soggetti residenti di Stati che non sono membri dell'Unione europea, a meno che tale persona giuridica non dimostri che la catena di partecipazioni non abbia come fine principale, o fra i propri fini principali, quello di trarre vantaggio dall'esenzione [...]". La Corte conclude che "[...] ostano a una normativa tributaria nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che subordina la concessione dell'agevolazione fiscale prevista all'articolo 5, paragrafo 1, di tale direttiva – ossia l'esenzione dalla ritenuta alla fonte degli utili distribuiti da una società figlia residente a una società madre non residente, qualora detta società madre sia controllata direttamente o indirettamente da uno o più soggetti residenti di Stati terzi – alla condizione che essa dimostri che la catena di partecipazioni non abbia come fine principale o fra i propri fini principali quello di trarre vantaggio da tale esenzione".

⁴³¹ In tal senso De Groot Isabella, Larking Berry, *Implementation of Controlled Foreign Company Rules under the EU Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164)*, in *European Taxation – IBFD*, June 2019, "[...] EU law does not allow a presumption of tax avoidance to be made without the tax administration being required to produce prima facie evidence of abuse. It may be argued, however, that this requirement would be satisfied – at least in the case of the Netherlands implementation law – through a combination of the control test, the targeted jurisdictional scope and the limitation on passive income. Placing the burden of proving economic substance on the taxpayer also seems to be contemplated by the wording of the Directive, although recital 12 leaves this somewhat open. The Netherlands government has indicated that the substance carve-out will only apply if the conditions are satisfied for the entire year [...]".

L’evoluzione possibile sarà quella di attribuire maggiori oneri – di indagine – alle amministrazioni finanziarie in modo da ricalibrare la proporzionalità dello strumento CFCrule che, come detto, è suscettibile di limitare le libertà fondamentali.

Questo aspetto è già stato oggetto di analisi e commento anche nella causa C-135/17 X GmbH, con riguardo alla possibilità di “conservare” una presunzione legale assoluta nel caso non esistesse un quadro convenzionale di strumenti bilaterali che consentisse, all’autorità del paese che applica la CFC, di verificare la prova contraria fornita dal contribuente. È prevedibile che in futuro possa aprirsi la discussione sull’opportunità che lo stato dell’azionista attivi, autonomamente, gli strumenti di cooperazione internazionale prima di elevare contestazioni al contribuente. In tale circostanza graverebbe sulle autorità fiscali l’onere di provare, concretamente, l’esistenza di struttura abusiva e la mancanza di svolgimento di un’attività economica apprezzabile nel paese di incorporazione della CFC.

Inoltre, come si evince dalla pronuncia C-135/17 X-GmbH, nel dispositivo della sentenza è richiamata la possibilità di attivare la cooperazione per controllare “[...] *se del caso, la veridicità delle informazioni relative a questa stessa società, fornite allo scopo di dimostrare che la partecipazione del citato soggetto passivo in quest’ultima non deriva da un’operazione di carattere artificioso [...]*”. Nel caso, come quello di X-GmbH, di regole CFC applicabili a **partecipazioni di minoranza**, il ricorso prioritario allo strumento di cooperazione, in luogo di mero strumento “di conferma”, potrebbe apparire anche opportuno anche in ragione del fatto che gli azionisti non di controllo sovente nutrono profonde difficoltà a reperire elementi circa l’attività svolta dal soggetto partecipato e/o informazioni apprezzabili circa la sua consistenza organizzativa e patrimoniale.

5. Capitolo V – Rapporto CFCrule con altri strumenti al contrasto dell'abuso e dell'erosione fiscale

5.1. Approcci alternativi al contrasto dell'abuso e dell'erosione: le principali differenze

Nei capitoli precedenti sono state esaminate le caratteristiche dei modelli di CFCrule studiati dal progetto BEPS dell'OCSE ed introdotti, attraverso la Direttiva ATAD, nell'ordinamento europeo come *minimum standard* di protezione. Tale strumento di contrasto a *pratiche BEPS*⁴³² è inquadrabile in un più ampio insieme di strumenti antiabuso/antierosione, alcuni dei quali vengono intesi e applicati come alternativi rispetto alla norma CFC oggetto di trattazione. È importante evidenziare che i **fenomeni** oggetto delle normative analizzate nel seguente paragrafo sono, sostanzialmente, diversi tra loro e per questo le normative perseguono anche finalità differenti. Una distinzione fondamentale, a tal proposito, è quella che vede contrapporsi i processi economici di **delocalizzazione effettiva** rispetto alla **delocalizzazione fittizia**, quest'ultima strumentale a pratiche di abuso o elusione fiscale internazionale. Tuttavia, è possibile individuare spazi di contiguità tra i fenomeni economici o di parziale sovrapposizione e, in tal senso, le norme di ostacolo alla delocalizzazione possono evidenziare profili di alternative o complementarità. Nei paragrafi successivi saranno esaminati tali ulteriori strumenti al fine di delineare i punti in comune con la CFCrule, il diverso grado di deterrenza, l'efficacia dei diversi modelli normativi, le caratteristiche procedurali ed i pro e contro, di ogni strumento, che costituiscono i fondamenti delle scelte di contrasto da parte dell'autorità fiscale⁴³³.

5.1.1. CFCrule e regole di *Transfer pricing*

Nel primo capitolo è stato affrontato il tema dei rapporti tra le regole CFC e quelle sul *Transfer Pricing* (di cui alla norma domestica contenuta nell'art. 110, co. 7 del TUIR⁴³⁴), in quanto i due istituti hanno numerosi punti di contatto, di **complementarità**

⁴³² O di pianificazione fiscale aggressiva.

⁴³³ Cfr. Mondini Andrea, *Le nuove forme di controllo fiscale in Italia*, in *Studi Tributari Europei*, n. 1/2016

⁴³⁴ "I componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, sono determinati con riferimento alle condizioni e ai prezzi che sarebbero stati pattuiti tra soggetti indipendenti operanti in condizioni di libera concorrenza e in circostanze comparabili, se ne deriva un aumento del reddito. La medesima disposizione si applica anche se ne deriva una diminuzione del reddito, secondo le modalità e alle condizioni di cui all'articolo 31-quater del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600. Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze (D.M. 14/05/2018 GU 118/2018),

come di **sussidiarietà**. Lo stesso *report* conclusivo del progetto BEPS 3 descrive sinteticamente gli intrecci delle relazioni tra le due norme – definibili sinteticamente *antiabuso* – indicando quella che dovrebbe essere la priorità di applicazione dei due strumenti di contrasto⁴³⁵.

Riguardo all’inquadramento della normativa sul *transfer pricing*, non può non essere menzionata la contrapposizione tra una corrente giurisprudenziale e di dottrina che lo inquadra nel campo delle norme antielusione⁴³⁶, e la corrente di pensiero opposta – e maggioritaria – che ritiene la normativa volta, invece, al semplice *regolamento* della potestà impositiva degli Stati, definendo il perimetro della base imponibile attraverso il concetto del prezzo di libera concorrenza. Se è vero che le pratiche di elusione fiscale internazionale e di pianificazione fiscale aggressiva possono essere concepite – anche – con l’impiego di transazioni, tra parti correlate, a prezzi manipolati, è altresì vero che non sempre lo scostamento dei prezzi infragruppo praticati, rispetto a quelli di libera concorrenza, può generare o essere alla base di politiche elusive o di pianificazione. È corretto ritenere che il fenomeno degli scostamenti da *transfer pricing*, isolatamente individuato, non consente di pervenire ad una classificazione della fattispecie, nelle categorie di cui sopra, senza un’analisi più ampia volta a qualificare in modo differente ogni casistica oggetto di analisi. Allo stesso modo la CFCrule può avere ad oggetto fenomeni di mero *tax deferral*, pianificazione fiscale o elusione fiscale internazionale.

possono essere determinate, sulla base delle migliori pratiche internazionali, le linee guida per l’applicazione del presente comma”.

⁴³⁵ “[...] *Transfer pricing rules are intended to adjust the taxable profits of associated enterprises to eliminate distortions arising whenever the prices or other conditions of transactions between those enterprises differ from what they would have been if the enterprises had been unrelated. Because controlled foreign company rules by definition address related parties (as the companies that are captured by such rules are controlled by another party), jurisdictions often also use these rules to combat the adjusted prices charged between related parties. In other words, CFC rules are seen as a way for a parent jurisdiction to capture income earned by a foreign subsidiary that may not have been earned had the original pricing of the income-creating asset been set correctly. CFC rules are thus often referred to as “backstops” to transfer pricing rules. That terminology, however, is misleading, in that CFC rules do not always complement transfer pricing rules. CFC rules may target the same income as transfer pricing rules in some situations, but it is unlikely that either CFC rules or transfer pricing rules in practice eliminate the need for the other set of rules. Instead, while CFC rules may capture some income that is not captured by transfer pricing rules (and vice versa), neither set of rules fully captures the income that the other set of rules intends to capture [...]*”, OECD/G20 BEPS – *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3: Final Report*, 2015, par. 1.1.2

⁴³⁶ La tesi postula che la norma sul *transfer pricing* abbia la ratio di colpire situazioni in cui lo spostamento di margini di profitto, da un paese ad un altro, per effetto di rapporti *intercompany*, sia strumentale al conseguimento di un vantaggio fiscale netto complessivo, sicché la prova di tale vantaggio debba essere fornita dall’autorità fiscale per procedere alla rettifica dei prezzi di trasferimento.

L'analisi dell'OCSE rileva come il *Transfer Pricing* intercetti il fenomeno dei rapporti tra imprese associate, come fa esattamente anche la *CFCrule*⁴³⁷. La **sovrapposizione** tra le due norme si genera quando il paese della società madre può alternativamente:

- (i) incorporare, con la *CFCrule*, il reddito della società controllata che deriva da *asset* trasferiti a prezzi non di libera concorrenza;
- (ii) rettificare, con l'applicazione delle disposizioni sul *transfer pricing*, i valori di trasferimento di tali *asset*, nel periodo di imposta in cui sono stati dirottati verso la società CFC.

Una ulteriore ipotesi potrebbe essere quella in cui il reddito di una controllata sia sensibilmente superiore rispetto a quello di *libera concorrenza*, non corrispondente al profilo funzionale della società, e si sia in presenza di transazioni – non congrue – poste in essere con la casa madre. Anche in questa ipotesi le due norme (TP e CFC) sono teoricamente entrambe applicabili, con i rispettivi diversi profili procedurali.

Le *CFCrule* costituiscono quindi una **rete di protezione** (*backstop*) rispetto alle regole *transfer pricing*, in quanto possono essere complementari ad esse, essendo in grado di arginare fenomeni potenzialmente **non intercettabili** con le ordinarie regole TP. Tra gli esempi potrebbero figurare interventi in annualità di imposta successive a quelle in cui compensi aziendali sono stati trasferiti, a valori non di mercato, dalla società controllante ad una società del gruppo residente in un *tax haven*. Un ulteriore fattispecie potrebbe verificarsi laddove il reddito della CFC sia conseguito a seguito di rapporti economici, a prezzi non di libera concorrenza, verso paesi terzi rispetto quello della controllante⁴³⁸. In questi la regola CFC, agendo in modalità automatica⁴³⁹, è volta a catturare flussi di reddito per categorie, indipendentemente dalla provenienza degli stessi da transazioni con parti correlate.

In definitiva, può esserci una complementarità tra le due categorie di regole come una parziale sovrapposizione: in linea di massima nessuno dei due *set* di regole, da solo, assicura la protezione della medesima base imponibile che potrebbe essere raggiunta con l'altro *set* di regole, ed è per tale motivazione che gli ordinamenti si dotano

⁴³⁷ In quanto la società madre del paese dell'azionista è assoggettata alla norma CFC in riferimento ai suoi rapporti con società da essa controllate all'estero.

⁴³⁸ Rendendo quindi non possibile ricorrere, per l'autorità fiscale, a rettifiche fondate sui prezzi di trasferimento. L'erosione, in tal caso, si manifesta con la caratteristica *foreign to foreign*.

⁴³⁹ Rispetto al *Transfer Pricing*.

generalmente di entrambe le norme. La **priorità di applicazione** non è univocamente definibile: la dottrina⁴⁴⁰ suggerisce che vadano applicate prioritariamente, ove possibile, le regole *transfer pricing* e, successivamente, quelle CFC. Nell’ottica dell’ordinamento nazionale, l’applicazione alternativa delle due norme ha riflessi anche a riguardo delle imposte rilevanti, in quanto per le rettifiche da *transfer pricing* la base imponibile è tassabile anche ai fini IRAP⁴⁴¹, mentre per la tassazione – separata – dell’imponibile da CFC, l’imposta regionale non è applicabile.

La Direttiva ATAD e la norma nazionale derivata contengono chiari **referimenti a concetti legati alla prassi (amministrativa ed internazionale) dei prezzi di trasferimento**, in parte già oggetto di commento nei capitoli precedenti. In particolare, nella Direttiva una norma che potremmo definire di “*transfer pricing occulta*⁴⁴²” si trova annidata, in particolare, nel modello CFC che abbiamo definito del *substantial approach* (Modello B), e ancor più in specifico nelle disposizioni relative alla verifica della non genuinità delle costruzioni estere. Anche nella categoria di *passive income* relativa al punto vi), comma 2 art. 7 della ATAD (servizi a basso valore aggiunto), sono presentate evidenti similarità tra le disposizioni e la disciplina del *Transfer pricing*.

Un ulteriore aspetto interessante è quello che lega virtualmente la *ratio* della CFCrule con le regole TP, specificamente relative al **Chapter IX per la ristrutturazione di funzioni**⁴⁴³. Abbiamo osservato come non sia possibile, in base alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, invocare le esigenze di protezione del gettito come elemento di

⁴⁴⁰ Sul tema si veda Blum Daniel W., *Controlled Foreign Companies: Selected Policy Issues –or the Missing Elements of BEPS Action 3 and the Anti-Tax Avoidance Directive*, in Intertax, n. 46, 2018, e Majdowski Filip, Bronzewska Katarzyna, *Revolutionary Changes to the Arm’s Length Principle under the OECD BEPS Project: Have CFC Rules Become Redundant?*, in Intertax n. 46/2018. Rispetto all’ordinamento italiano, ad esempio, il Regno Unito prevede espressamente nella prassi dell’autorità fiscale che la normativa sui prezzi di trasferimento debba applicarsi prima di quella sulle CFC.

⁴⁴¹ Ricorrendone i presupposti in caso di rettifica di componenti rilevanti ai fini IRAP.

⁴⁴² In tal senso il Modello B adotta come modalità per riscontrare la non genuinità della CFC e per la quantificazione del reddito tra attrarre ad imposizione i principi del TP relativi alle funzioni significative svolte dal personale, che sono utilizzati propriamente per l’attribuzione del reddito alle stabili organizzazioni. L’art. 8, comma 2, della ATAD recita che “*Ove si applichi l’articolo 7, paragrafo 2, lettera b), i redditi da includere nella base imponibile del contribuente sono limitati agli importi generati dagli attivi e dai rischi collegati alle funzioni significative del personale svolte dalla società controllante. L’attribuzione dei redditi di una società controllata estera è calcolata secondo il principio di libera concorrenza*”. La circostanza che vede riqualificare una entità societaria, in una stabile organizzazione, a seguito dell’applicazione della norma CFC, conferisce coerenza a tale approccio. La difficoltà nell’impiegare, in modo alternativo, le mere regole TP per attrarre i redditi in esame risiede nel fatto che potrebbero non essere individuabili delle transazioni propriamente definibili ai sensi delle linee guida OCSE, tra casa madre e CFC, in merito alle quali operare una rettifica – in aumento – dei prezzi di trasferimento. Per questa ragione l’unico modo per attrarre l’imponibile *prodotto* grazie alle funzioni esercitate dalla casa madre è attivare una norma CFC della tipologia del Modello B - ATAD.

⁴⁴³ Cfr. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, 2017

giustificazione di una CFCrule, per sua intrinseca natura restrittiva delle libertà fondamentali⁴⁴⁴. Si aggiunga che, nel caso di delocalizzazione di complessi aziendali operativi in territori a bassa fiscalità all'interno dell'Unione, lo stato di partenza non potrebbe invocare alcuna regola interna CFC, in quanto si sarebbe in presenza di un'attività economica effettiva realizzata nel paese di destinazione: eventuali norme CFC che non prevedessero una circostanza esimente legata allo svolgimento di un'attività economica sostanziale sarebbero incompatibili con la normativa primaria dell'Unione, non superando il c.d. *test Cadbury* della Corte di Giustizia. In tali circostanze, l'unico strumento *antiabuso* e di protezione della propria base imponibile, azionabile dell'autorità fiscale dello stato di partenza, è quello del *Chapter IX* sulla spoliazione di funzioni, per individuare, **nell'esercizio di competenza**, possibili trasferimenti di asset aziendali – verso società CFC – effettuati a prezzi non di libera concorrenza. Le istruzioni OCSE in tema di ristrutturazione di funzioni⁴⁴⁵ sono volte a rimborsare lo stato di partenza della perdita prospettica di gettito che deriva dalla spoliazione di funzioni⁴⁴⁶, a danno di soggetti residenti, con loro successiva dislocazione su soggetti esteri del gruppo. In condizioni ideali di libera concorrenza, tale *cessione* di funzioni (spesso accompagnate anche dal trasferimento di asset, materiali ed immateriali, oltre che dell'avviamento) tra due soggetti indipendenti, prevedrebbe un corrispettivo da parte dell'entità *acquirente*, che incrementa il proprio profilo funzionale, all'entità *cedente* che invece sopporta una riduzione delle proprie potenzialità operative e di profitto. Conseguentemente, la determinazione del

⁴⁴⁴ Principalmente della libertà di stabilimento, oltre che quella di circolazione dei capitali.

⁴⁴⁵ Cfr. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, 2017, par. 9.1, “[...] *In the context of this chapter, business restructuring refers to the cross-border reorganisation of the commercial or financial relations between associated enterprises, including the termination or substantial renegotiation of existing arrangements. Business restructurings may often involve the centralisation of intangibles, risks, or functions with the profit potential attached to them. They may typically consist of:*

- *Conversion of full-fledged distributors (that is, enterprises with a relatively higher level of functions and risks) into limited-risk distributors, marketers, sales agents, or commissionnaires (that is, enterprises with a relatively lower level of functions and risks) for a foreign associated enterprise that may operate as a principal,*
- *Conversion of full-fledged manufacturers (that is, enterprises with a relatively higher level of functions and risks) into contract manufacturers or toll manufacturers (that is, enterprises with a relatively lower level of functions and risks) for a foreign associated enterprise that may operate as a principal,*
- *Transfers of intangibles or rights in intangibles to a central entity (e.g. a so-called “IP company”) within the group,*
- *The concentration of functions in a regional or central entity, with a corresponding reduction in scope or scale of functions carried out locally; examples may include procurement, sales support, supply chain logistics [...]*”

⁴⁴⁶ Tra gli esempi principali può esservi quello del depotenziamento di un produttore completo ad un *toll manufacturer*, oppure un distributore a piene funzioni in un agente di vendita.

*rimborso*⁴⁴⁷ per il trasferimento di funzioni è parametrata, in base alla prassi OCSE, alle quote di profitto future, debitamente attualizzate, a cui l’entità spoliata rinuncia per effetto della distrazione all’estero del complesso aziendale e delle relative funzioni.

Un ulteriore punto di demarcazione tra i due istituti, nella normativa nazionale, è dato dall’aspetto procedurale, in tema di onere della prova, e del conseguente **regime sanzionatorio**. Nel secondo capitolo sono stati già esaminati gli aspetti procedurali che attengono al processo di accertamento del reddito di una CFC. Per quanto riguarda il *transfer pricing* il legislatore nazionale, coerentemente con le indicazioni di prassi OCSE ed i documenti prodotti dalle istituzioni dell’Unione Europea, ha definito un regime definibile di *compliance* all’interno del quale i soggetti passivi che intrattengono rapporti con parti correlate estere possono prepararsi, preventivamente, rispetto al momento del controllo da parte dell’autorità fiscale. In base all’art. 1, comma 6⁴⁴⁸, e all’articolo 2 comma 4-ter⁴⁴⁹, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, tali soggetti hanno la facoltà di **predisporre un set documentale**⁴⁵⁰ idoneo a tracciare le transazioni con parti correlate ed a evidenziarne il criterio utilizzato nella definizione del prezzo di libera concorrenza. Tale documentazione (***documentazione nazionale e master file***) è messa a disposizione dell’amministrazione finanziaria nel caso di audit e,

⁴⁴⁷ Cfr. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, 2017, par. 9.39, “[...] *When applying the arm’s length principle to business restructurings, the question is whether there is a transfer of something of value (an asset or an ongoing concern) or a termination or substantial renegotiation of existing arrangements and that transfer, termination or substantial renegotiation would be compensated between independent parties in comparable circumstances [...]*”.

⁴⁴⁸ “In caso di rettifica del valore normale dei prezzi di trasferimento praticati nell’ambito delle operazioni di cui all’articolo 110, comma 7, del decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, da cui derivi una maggiore imposta o una differenza del credito, la sanzione di cui al comma 2 non si applica qualora, nel corso dell’accesso, ispezione o verifica o di altra attività istruttoria, il contribuente consegni all’Amministrazione finanziaria la documentazione indicata in apposito provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle Entrate idonea a consentire il riscontro della conformità al valore normale dei prezzi di trasferimento praticati. Il contribuente che detiene la documentazione prevista dal provvedimento di cui al periodo precedente deve darne apposita comunicazione all’Amministrazione finanziaria secondo le modalità e i termini ivi indicati; in assenza di detta comunicazione si rende applicabile la sanzione di cui al comma 2”.

⁴⁴⁹ “In caso di rettifica del valore normale dei prezzi di trasferimento praticati nell’ambito delle operazioni di cui all’articolo 110, comma 7, del decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, da cui derivi la non corretta applicazione delle aliquote convenzionali sul valore delle royalties e degli interessi attivi che eccede il valore normale previste per l’esercizio della ritenuta di cui all’articolo 25, quarto comma, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, la sanzione di cui al comma 2 non si applica qualora, nel corso dell’accesso, ispezione o verifica o di altra attività istruttoria, il contribuente consegni all’Amministrazione finanziaria la documentazione indicata in apposito provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle entrate idonea a consentire il riscontro della conformità al valore normale dei prezzi di trasferimento praticati. Il contribuente che detiene la documentazione prevista dal provvedimento di cui al periodo precedente deve darne apposita comunicazione all’Amministrazione finanziaria secondo le modalità e i termini ivi indicati; in assenza di detta comunicazione si rende applicabile la sanzione di cui al comma 2”.

⁴⁵⁰ Definito con il Provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle Entrate n. 360494 del 23/11/2020.

laddove le valutazioni circa la quantificazione del prezzo di libera concorrenza dovessero divergere, il regime fornisce una tutela specifica al contribuente verso il quale **non sono applicabili sanzioni**. La scelta del legislatore nell'adozione del regime di *penalty protection* in tema di *transfer pricing* scaturisce da una evidente valutazione circa il – minore – disvalore che accompagna le politiche di fissazione dei prezzi *intercompany*, quando non è rispettato il criterio della libera concorrenza e la condotta del contribuente è improntata ad una logica di cooperazione con l'autorità fiscale. In assenza di fenomeni abusivi/erosivi, lo scostamento dal criterio suddetto, che guida la determinazione dei prezzi tra parti correlate, è spesso derivante o da errori nell'implementazione delle linee guida, oppure dalla mera discordanza di congetture, tra amministrazione finanziaria e contribuente, sui metodi da applicare per testare le transazioni *intercompany*. In tal caso la norma nazionale prevede la non punibilità – ai sensi dell'art. 1, co. 6, del D.Lgs 471/97 – del contribuente che, in buona fede, predispone, conserva e consegna la documentazione relativa alle transazioni TP, mettendo in tal modo gli organi deputati al controllo nelle migliori condizioni per giudicare la correttezza delle valutazioni effettuate, oppure proporre un aggiustamento motivato. La non conformità dei prezzi di trasferimento infragruppo ai criteri di libera concorrenza, non costituisce automaticamente un'ipotesi di abuso che può giustificare la ragionevole applicazione di sanzioni.

Questo regime di *penalty protection* non è stato invece previsto per la normativa CFC, sebbene alcuni presupposti per la sua applicazione appaiano molto simili a quelli previsti per la contestazione di rettifiche *transfer pricing*. La disapplicazione delle sanzioni non è nemmeno prevista nel caso in cui il contribuente esponga autonomamente la sua fattispecie, in sede di interpello, e riceva una risposta negativa da parte dell'autorità fiscale. La *ratio* che potrebbe aver guidato il legislatore nel delineare una norma priva di *safe harbour* per il contribuente, potrebbe essere quella per la quale l'utilizzo di strutture CFC è sempre strumentale ad ottenere un vantaggio fiscale, vietato dall'ordinamento, mentre la mancata conformità alle regole di *transfer pricing* non sempre determina un vantaggio fiscale per il contribuente, come nel caso frequente in cui marginalità siano riversate, in eccesso, in paesi con aliquote fiscali pari (o più elevate) di quella italiana.

5.1.2. CFCrule e regole di esterovestizione delle società

La norma CFC presenta, altresì, profili di continuità e similarità con l'insieme di norme, domestiche e convenzionali, che disciplinano la residenza fiscale dei soggetti societari. Per l'ordinamento nazionale, ai sensi dell'art. 73 comma 3 del TUIR⁴⁵¹, le società hanno la loro residenza fiscale in Italia se, per la maggior parte del periodo di imposta, hanno nel territorio nazionale uno dei seguenti elementi: la **sede sociale**, la **sede amministrativa** o l'**oggetto sociale**. Una particolare disposizione antiabuso è contenuta nel comma 5-ter dell'art. 73, laddove è prevista una presunzione legale relativa di residenza in Italia per le società che detengono partecipazioni in soggetti nazionali e che sono, a loro volta, controllate da soggetti residenti o governate da amministratori italiani⁴⁵². Le disposizioni della norma nazionale sono integrate da quelle pattizie contenute nelle convenzioni contro le doppie imposizioni le quali, a volte, si possono sovrapporre o sostituire alla disciplina domestica.

Questo insieme di regole è preposto a definire dei criteri di collegamento tra i soggetti societari e l'ordinamento italiano e, come le norme CFC, hanno natura di strumenti di attrazione della base imponibile – originariamente – maturata in un paese estero, per la quale però sussiste un collegamento con il territorio nazionale. Sia la CFCrule, che le norme sulla residenza delle società, analizzano l'intensità dell'indirizzo della gestione, di un soggetto societario estero, operata dal territorio nazionale: nel primo istituto in ragione dell'attività dell'azionista e di una *ratio* abusiva/erosiva; nel secondo per effetto della sede dell'amministrazione individuabile sul territorio nazionale. La scelta dell'autorità fiscale di quale set di regole azionare – a fronte di strutture elusive – può derivare dal bilanciamento di molteplici aspetti.

Nel contesto unionale, la libertà di stabilimento secondaria, da esercitarsi attraverso l'apertura di succursali europee, presuppone una effettiva dislocazione delle strutture

⁴⁵¹ “Ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato [...]”.

⁴⁵² “Salvo prova contraria, si considera esistente nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione di società ed enti, che detengono partecipazioni di controllo, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile, nei soggetti di cui alle lettere a) e b) del comma 1, se, in alternativa: a) sono controllati, anche indirettamente, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile, da soggetti residenti nel territorio dello Stato; b) sono amministrati da un consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato”.

aziendali all'estero che, da un punto di vista fiscale, non supera i criteri di ripartizione del potere impositivo tra gli stati. Mentre le norme CFC intervengono su fattispecie caratterizzate da un – manifesto – **intento elusivo**⁴⁵³, le regole di residenza delle società possono applicarsi anche a costruzioni societarie “*genuine*” nelle quali, tuttavia, uno dei tre elementi sopra citati ricade nel territorio dello stato. Dunque, non necessariamente la struttura societaria *rimpatriata* attraverso l'applicazione dell'art. 73 del TUIR è finalizzata ad ottenere un vantaggio fiscale indebito. Considerazioni leggermente diverse valgono a riguardo del comma 5-ter che ha ad oggetto fattispecie con un marcato carattere elusivo.

La scelta del tipo di normativa da utilizzare per il contrasto a fenomeni di erosione della base imponibile dovrebbe quindi essere sempre veicolata da considerazioni circa la natura dell'insediamento estero, della sua effettività economica e della sua collocazione in schemi di pianificazione fiscale aggressiva. A tal proposito una prima analisi, propedeutica all'individuazione delle norme applicabili, è quella volta allo studio delle circostanze di fatto, per discriminare le fattispecie di delocalizzazione aziendale effettiva rispetto a quelle di delocalizzazione fittizia.

Le regole di definizione della residenza fiscale delle società, per rimpatriare soggetti fittiziamente residenti all'estero, non necessitano, rispetto alla norma CFC, della sussistenza di un **rapporto di controllo** – o collegamento – tra la società *esterovestita* ed un altro soggetto nazionale (persona fisica o giuridica). Come è stato invece esaminato in precedenza, le norme CFC e la norma CFC nazionale, presuppongono l'esistenza di una relazione partecipativa tra un azionista domestico e la società estera. Allo stesso modo, in caso di esterovestizione non è necessario che il paese estero di residenza della società sia caratterizzato da un livello di tassazione inferiore rispetto al paese che *attrae* la società nella sua giurisdizione fiscale. Queste due differenze renderebbero, al ricorrere delle condizioni, le norme sull'esterovestizione di portata sensibilmente più ampia di quelle CFC.

⁴⁵³ *Ovvero di elusione fiscale internazionale che ha un perimetro di definizione diverso dall'abuso propriamente inteso.*

Si consideri, inoltre, che le CFCrule non potrebbero essere utilizzate⁴⁵⁴ per la cattura del reddito conseguito all’estero da **strutture che svolgono un’attività economica effettiva**, ma il cui indirizzo gestionale ed il valore aggiunto sono derivanti dall’amministrazione della società realizzata nel territorio dello stato. In questo caso, essendo la struttura estera economicamente genuina sarebbe fisiologico attivare il criterio di collegamento dato dalla sede dell’amministrazione nel territorio dello stato. Di contro, nel caso di strutture estere non genuine/artificiose, governate e gestite dall’Italia, non sarebbe coerente per le autorità fiscali procedere al rimpatrio attraverso l’utilizzo di norme sull’esterovestizione, bensì lo strumento più opportuno di contrasto sarebbe quello della CFCrule. Ovviamente questa considerazione si scontra con la possibilità concreta di attivare la norma CFC, stante gli stringenti requisiti di accesso⁴⁵⁵ che la stessa prevede.

Rispetto all’**onere probatorio** che è richiesto per i due set di norme, si rileva come la CFCrule operi in modo quasi “automatico”, ribaltando sull’azionista residente l’onere di provare la sussistenza delle circostanze esimenti dell’art. 167 del TUIR. Il carattere generale della norma contenuta nell’art. 73 comma 3, del TUIR necessita invece di una fase istruttoria approfondita da parte dell’autorità fiscale italiana che è tenuta, nel caso intenda *rimpatriare* un soggetto societario fiscalmente residente all’estero, a raccogliere elementi probatori con l’ausilio di indagini per verificare se la sede amministrativa o l’oggetto sociale sono radicati in Italia per la maggior parte del periodo di imposta (oppure semplicemente verificare che sia la sede legale ad essere in Italia⁴⁵⁶). Anche in questo caso la norma del comma 5-ter si avvicina, per la sua struttura, maggiormente alla disciplina CFC prevedendo appunto una presunzione legale autonomamente azionabile da parte dell’autorità fiscale e ribaltando l’onere della prova sul contribuente.

⁴⁵⁴ Non avrebbe senso ricollocare il domicilio fiscale di una società off-shore in Italia proprio per il carattere artificioso ed inconsistente della società stessa. Come è stato analizzato in precedenza la norma CFC è deputata essenzialmente a contrastare questo tipo di costruzioni. In caso, invece, di esercizio dell’oggetto della società nel territorio dello stato, oltre all’attrazione della residenza fiscale ai sensi dell’art. 73 del TUIR, risulterebbe anche possibile disvelare l’esistenza di una stabile organizzazione del soggetto estero nel territorio nazionale e procedere direttamente alla tassazione di tale entità.

⁴⁵⁵ In termini di controllo dell’entità estera, di tassazione effettiva al di sotto della soglia minima e di conseguimento di una certa qualità di proventi reddituali.

⁴⁵⁶ Cfr. Enriquez Luca, Zorzi Andrea, *Armonizzazione ed arbitraggio normative nel diritto societario europeo*, in *Rivista delle società*, fasc. 5, 2016; Mucciarelli Federico Maria, *Società di capitali, trasferimento all’estero della sede sociale e arbitraggi normative*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Giuffrè Editore, n. 341, 2010

Un ultimo ma importante punto di differenza tra le due normative è quello insito nel diverso regime di **responsabilità patrimoniale, in fase di riscossione**⁴⁵⁷, del soggetto nazionale e di quello estero. Il primo, in caso di utilizzo della norma CFC, sarà responsabile per l'imposta derivante dall'applicazione della tassazione separata al reddito conseguito dalla controllata estera, con possibilità di procedere, per l'ente della riscossione, ad una più veloce esecuzione sul patrimonio del soggetto residente. Nel secondo caso, quello cioè del *rimpatrio fiscale* di una società estera, sarà solo tale soggetto estero ad essere responsabile del versamento dell'imposta e le – eventuali – procedure esecutive dovranno essere azionate attivando i meccanismi di cooperazione internazionale, non sempre presenti soprattutto nel caso di paesi extraeuropei non collaborativi. Sotto l'aspetto dell'efficacia della riscossione, le regole CFC, ove applicabili, potrebbero risultare maggiormente stringenti, considerata l'immediata responsabilità per l'obbligazione tributaria del soggetto nazionale promotore dello schema elusivo.

5.1.3. CFCrule e tassazione in uscita

Nel pacchetto antielusione, previsto dalla Direttiva ATAD, è presente anche **lo schema di una exit tax**⁴⁵⁸ da recepire, come misura *minimum standard*, nei paesi dell'Unione Europea. L'*exit tax* è descrivibile come una norma di chiusura⁴⁵⁹ dell'ordinamento che si occupa di regolare e ripartire il potere impositivo, tra gli Stati coinvolti, in caso di emigrazione di una società in un ordinamento estero⁴⁶⁰. Anche questo istituto ha dei punti di connessione con la disciplina CFC, in quanto tutela la potestà impositiva dello

⁴⁵⁷ Cfr. Giordano Andrea, AA.VV., *Diritto tributario europeo e internazionale*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020

⁴⁵⁸ O, più esattamente, tassazione in uscita.

⁴⁵⁹ Si veda sul tema Artuso Emanuele, Bisinella Inge, *Brevi note sugli artt. 166 e 166bis TUIR: luci ed ombre dei recenti interventi normativi*, in *Diritto e pratica tributaria*, n. 2/2018; Ascoli Giuseppe, *Exit taxation: quadro sistematico della disciplina*, in *Il fisco*, n. 21/2014; Ascoli Giuseppe, Pellecchia Massimo, *Prospettive di ampliamento delle ipotesi di applicazione della exit taxation*, in *Il Fisco*, n. 38/2018; Gabelli Massimo, Rossetti Davide, *Trasferimento della residenza all'estero: exit tax a riscossione differita*, in *Fiscalità e commercio internazionale*, n. 8-9/2012; Peeters Steven, *Exit Taxation: from an internal market barrier to a tax avoidance prevention tool*, in *EC Tax Review*, 2017/3; Pellecchia Massimo, *Exit Taxation and Restructuring Operations: A Comparison of EU and Italian Tax Law*, in *European Taxation*, IBFD, Vol. 58 (2018), n. 8; Piazza Marco, D'Angelo Giacomo, *Revisione della exit tax: estensione a fusioni, scissioni e rami di stabili organizzazioni*, in *Il Fisco*, n. 2015/22; Rolle Giovanni, *"Exit taxation", riorganizzazioni transfrontaliere e doppia imposizione*, in *Fiscalità e commercio internazionale*, n. 11/2015; Sallustio Carlo, *Il trasferimento della sede e della residenza fiscale all'estero e dall'estero in Italia. Profili sistematici*, in *Rivista di diritto tributario*, n. 3/2014.

⁴⁶⁰ In generale, in caso di ricollocazione di strutture aziendali e di *asset* dal territorio nazionale all'estero.

stato di partenza nel caso di ricollocazione all’estero di complessi aziendali, verso paesi a fiscalità ordinaria o, come spesso accade, verso territori a fiscalità di vantaggio.

Come per le norme CFC nazionali, anche quelle sulla tassazione in uscita, presenti prima dell’ATAD nei diversi ordinamenti dell’Unione Europea, sono state oggetto di scrutinio in **numerosi arresti della Corte di Giustizia**⁴⁶¹ al fine di esaminare la loro compatibilità con le libertà fondamentali ed in particolare rispetto alla libertà di **stabilimento**. Allo stesso modo sono state gradualmente ritenute incompatibili dalla Corte le norme nazionali di carattere civilistico che impedivano la possibilità per i soggetti societari di *emigrare* senza dissolversi⁴⁶² da un ordinamento ad un altro, all’interno dell’Unione, scegliendo liberamente il paese in cui radicare la sede sociale⁴⁶³. Come per la CFCrulle il legislatore dell’Unione ha preso atto dei limiti dettati, progressivamente, dalla giurisprudenza della Corte per disegnare un modello di *exit tax*, imposto dalla direttiva ATAD, che contenesse le previsioni per essere compatibile con le libertà fondamentali del Trattato.

A seguito del recepimento delle indicazioni dettate dalla ATAD, la norma nazionale di cui all’art. 166 del TUIR⁴⁶⁴ prevede, in sintesi, la tassazione dei plusvalori maturati ma non ancora realizzati, comprensivi dell’avviamento, da parte della società emigrante al momento del trasferimento⁴⁶⁵. L’emersione della base imponibile, in tale momento,

⁴⁶¹ Cfr. causa C-81/87 - Daily Mail, C-210/06 – Cartesio, C-38/10 - Commission vs Portugal, C-371/10 - National Grid Industries, C-378/10 – Vale, C-64/11 - Commission vs Spain, C-261/11 - Commission vs Denmark, C-164/12 – DMC, C-657/13 - Verder LabTec.

⁴⁶² Si veda sul tema Tassani T., Trasferimento di sede sociali in altro stato UE ed “exit tax”, in *Giur. Imp.*, 2012, vol. 1.; Enriquez Luca, Zorzi Andrea, *Armonizzazione ed arbitraggio normative nel diritto societario europeo*, in *Rivista delle società*, fasc. 5, 2016; Ghetti Riccardo, *Il problema delle forme societarie europee tra unificazione, armonizzazione e concorrenza*, in *Rivista delle società*, fasc. 4, 2016; Malberti Corrado, *Corte di Giustizia trasferimenti transfrontalieri: riflessi di diritto europeo ed interno – il commento*, in *Notariato*, n. 1/2018; Mucciarelli Federico Maria, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normative*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Giuffrè Editore, n. 341, 2010; Turri Giovanni, *Trasferimento di sede all'estero di una società: profili civilistici e fiscali*, in *Diritto e pratica tributaria*, n. 2/2017.

⁴⁶³ Assumendo la decisione rispetto a quale ordinamento giuridico si sarebbe conformato il funzionamento della società e, di conseguenza, quale giurisdizione sarebbe stata competente per la risoluzione delle controversie e l’eventuale procedura di insolvenza della stessa. Gradualmente le pronunce della Corte hanno modellato gli ordinamenti dei paesi membri nella direzione di garantire il diritto, per i soggetti societari, a poter procedere allo spostamento della sede sociale, all’interno dell’Unione, in una condizione di continuità della vita del soggetto giuridico, ovvero senza procedere alla dissoluzione ed alla successiva ricostituzione della società.

⁴⁶⁴ In tema di operazioni straordinarie, a rilevanza transnazionale, si vedano Della Valle E., AA.VV., *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, Giappichelli Editore, 2018; Sartori Nicola, *Le riorganizzazioni transnazionali nelle imposte sul reddito*, Giappichelli Editore, 2012.

⁴⁶⁵ Il primo comma dell’art. 166 dispone infatti che “Le disposizioni del presente articolo si applicano ai soggetti che esercitano imprese commerciali qualora si verifichi una delle seguenti ipotesi:

a) sono fiscalmente residenti nel territorio dello Stato e trasferiscono all'estero la propria residenza fiscale;

deriva dalla perdita del collegamento ai fini della tassazione, tra l'ordinamento italiano e la società o l'azienda oggetto, rispettivamente, di emigrazione⁴⁶⁶ o di dislocazione all'estero. Per effetto del recepimento della ATAD la casistica per l'applicazione della **tassazione in uscita** – titolo del nuovo art. 166 del TUIR – è stata considerevolmente ampliata, inserendo come presupposto per l'imposizione, altre operazioni che sono suscettibili di dislocare attivi aziendali all'estero sottraendoli alla potestà impositiva dello Stato.

La tassazione di tutti i plusvalori, determinati in via definitiva al momento del trasferimento, subisce una deroga qualora i beni oggetto del complesso aziendale restino confinati in una stabile organizzazione⁴⁶⁷ nel territorio dello stato, divenendo poi la stessa oggetto di imposizione per gli utili futuri (ed il realizzo di quelli passati maturati). Se il trasferimento di sede ha luogo verso un paese con il quale vige un accordo di cooperazione per lo scambio di informazioni la riscossione delle imposte in uscita può essere versata anche attraverso la rateazione in cinque rate annuali di pari importo. La possibilità di differire, almeno temporaneamente, il momento della riscossione è funzionale a non far gravare, immediatamente, **l'onere finanziario** dato dall'anticipo

b) sono fiscalmente residenti nel territorio dello Stato e trasferiscono attivi ad una loro stabile organizzazione situata all'estero con riferimento alla quale si applica l'esenzione degli utili e delle perdite di cui all'articolo 168-ter;

c) sono fiscalmente residenti all'estero, possiedono una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato e trasferiscono l'intera stabile organizzazione alla sede centrale o ad altra stabile organizzazione situata all'estero;

d) sono fiscalmente residenti all'estero, possiedono una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato e trasferiscono attivi facenti parte del patrimonio di tale stabile organizzazione alla sede centrale o ad altra stabile organizzazione situata all'estero;

e) sono fiscalmente residenti nel territorio dello Stato e sono stati oggetto di incorporazione da parte di una società fiscalmente non residente oppure hanno effettuato una scissione a favore di una o più beneficiarie non residenti oppure hanno effettuato il conferimento di una stabile organizzazione o di un ramo di essa situati all'estero a favore di un soggetto fiscalmente residente all'estero”.

⁴⁶⁶ Nel caso del trasferimento di sede, il presupposto per la tassazione in uscita si realizza con la perdita della residenza fiscale del soggetto in Italia.

⁴⁶⁷ Il comma 9 dell'art. 166 dispone che “L'imposta determinata sui redditi di cui al comma 3, diminuiti delle perdite di cui al comma 6, previa opzione e subordinatamente alla prestazione di eventuali garanzie, può essere versata in cinque rate annuali di pari importo se:

a) nel caso di cui al comma 1, lettera a), la residenza fiscale è trasferita in uno Stato appartenente all'Unione europea oppure in uno Stato aderente all'Accordo sullo Spazio Economico Europeo incluso nella lista, prevista dall'articolo 11, comma 4, lettera c), del decreto legislativo 1° aprile 1996, n. 239, degli Stati che consentono un adeguato scambio di informazioni e con il quale l'Italia ha stipulato un accordo sulla reciproca assistenza in materia di riscossione dei crediti tributari comparabile a quella assicurata dalla direttiva 2010/24/UE;

b) nel caso di cui al comma 1, lettera b), gli attivi sono trasferiti a una stabile organizzazione situata in uno Stato di cui alla lettera a);

c) nel caso di cui al comma 1, lettera c), la stabile organizzazione è trasferita in uno Stato di cui alla lettera a);

d) nel caso di cui al comma 1, lettera d), gli attivi sono trasferiti alla sede centrale o a una stabile organizzazione situate in uno Stato di cui alla lettera a);

e) nel caso di cui al comma 1, lettera e), se la società incorporante, la società beneficiaria o la società conferitaria della stabile organizzazione sia fiscalmente residente in uno Stato di cui alla lettera a)”.

delle maggiori imposte sulla società *emigrante*, in quanto questa circostanza costituisce un ostacolo, sebbene indiretto, alla libertà di stabilimento.

Rispetto a fenomeni di delocalizzazione⁴⁶⁸ di complessi produttivi in stati a fiscalità più o meno privilegiata, lo stato ha dunque a disposizione il *set* di regole sulla tassazione in uscita, ma l’autorità fiscale ha un onere propedeutico da assolvere: individuare l’esatto momento – esercizio – del trasferimento dell’azienda/degli attivi per quantificare in via definitiva, come sopra evidenziato, l’imposta gravante sull’operazione di riorganizzazione. L’imposizione potrà avvenire solo in quello specifico esercizio e non in quelli successivi. Questo aspetto solleva una importante questione se il trasferimento degli *asset* avviene verso paesi o territori caratterizzati da un livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello italiano. In tale fattispecie, negli esercizi successivi all’operazione di riorganizzazione, non potrà essere applicata la tassazione in uscita e nemmeno la CFCrule in quanto lo spostamento ha ad oggetto un complesso aziendale genuino e quindi, ragionevolmente, il contribuente può alternativamente:

- (i) trovarsi nella condizione di realizzare proventi passivi in una misura non sufficiente ad innescare la CFCrule;
- (ii) invocare, a ragione, la circostanza esimente di cui al comma 5 dell’art. 167 TUIR avendo avuto la dislocazione ad oggetto un complesso aziendale genuino.

Un ulteriore aspetto degno di rilievo della tassazione in uscita è quello che attiene al computo anche dell’avviamento tra gli elementi da assoggettare ad imposizione. Una corretta quantificazione dello stesso porterebbe pertanto a tassare, da un punto di vista economico/finanziario, **quote di reddito prospettiche e attualizzate**, rappresentando di fatto una alternativa – quasi equivalente – all’attrazione delle quote di reddito future con una CFCrule.

In definitiva i due *set* normativi posti a confronto, facenti parte entrambi della Direttiva, sono concepiti per affrontare fenomeni sostanzialmente diversi tra loro: la tassazione in uscita mira a regolare le ricollocazioni effettive di complessi aziendali all’estero, tutelando il paese di partenza dalla perdita della **base imponibile prospettica** mentre la CFCrule è incentrata sul controllo di strutture societarie artificiali, che non hanno una

⁴⁶⁸ Attraverso il mutamento della nazionalità della società o per un’altra fattispecie prevista dal primo comma del nuovo art. 166 TUIR.

autonoma potenzialità di generare ricchezza, ma sono preposte all'erosione di **base imponibile attuale**.

5.1.4. Erosione attraverso operazioni con parte correlata *off shore* – la cancellazione della norma sui costi *black list*

Un tema collaterale, ma di significativa importanza, rispetto all'utilizzo di strutture societarie *off-shore*, è quello che attiene alla modalità di erosione basata sul mero riaddebito, da parte della società controllata residente in un paradiso fiscale, di costi alle consociate “operative⁴⁶⁹” attraverso la mera fatturazione⁴⁷⁰ di beni e servizi non scambiati o prestati effettivamente. Questa pratica di **addebito di costi fittizi** rientra nel pieno ambito delle **fattispecie di evasione**, ponendosi in violazione diretta dei principi di determinazione del reddito di impresa. La fattispecie di *evasione-erosione* è strumentale anche all'accumulo di fondi⁴⁷¹, non tracciati, in paesi con ordinamenti giuridici opachi.

L'ordinamento giuridico italiano annoverava una norma specifica per il trattamento dei costi derivanti da soggetti, **anche non appartenenti allo stesso gruppo**, insediati in paesi o territori a fiscalità privilegiata. La disposizione normativa, rimasta pressoché immutata per molti anni, è stata oggetto di revisione per il solo periodo di imposta 2015, per poi essere definitivamente abrogata a partire dal periodo di imposta 2016.

L'art. 110, comma 10 del TUIR prevedeva, **nella sua ultima formulazione**⁴⁷², che “*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, determinato ai sensi dell'articolo 9. Si considerano privilegiati i regimi fiscali di Stati o territori individuati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, in ragione della mancanza di un adeguato scambio di informazioni [...]*”. Il contribuente poteva fornire, al fine di giustificare l'integrale deducibilità di tali costi, la prova che

⁴⁶⁹ Per tali società si intendono soggetti che esercitano un'attività economica genuina, residenti in territori con un livello di tassazione adeguato e che, determinando basi imponibili soggette a tassazione, in una logica di pianificazione fiscale di gruppo possono essere oggetto di pratiche, non legittime, di imputazione di costi fittizi.

⁴⁷⁰ O la semplice *sovrafatturazione*.

⁴⁷¹ Spesso oggetto di rimpatrio attraverso agevolazioni della natura di *voluntary disclosures* o di *scudi fiscali*.

⁴⁷² La norma sui costi *black list* è stata oggetto di numerosi interventi che ne hanno modificato la portata nel corso degli anni.

corrispondessero a genuine operazioni commerciali attraverso una esimente⁴⁷³. Ai sensi del comma 11, dello stesso articolo, “*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**”.*

Per l’amministrazione finanziaria era prevista una procedura – come prevista oggi per la disciplina CFC – di **motivazione rafforzata**⁴⁷⁴ in merito alla richiesta delle esimenti ed alla loro confutazione, dopo la fase di contraddittorio, in sede di accertamento. Era dunque previsto un criterio maggiormente restrittivo riguardo ai costi BL che, rispetto agli altri componenti del reddito di impresa, per poter essere dedotti dal contribuente dovevano ottemperare non solo ai criteri generali previsti dal TUIR, ma anche ai requisiti ulteriormente stringenti previsti dall’art. 110, commi 10 e 11.

Nella prassi operativa, si riscontrava sovente che l’ineducibilità di tali costi derivava anche dalla semplice **assenza di prestazione** o **difetto di inerenza** della stessa, rendendo applicabili, prima della norma sui costi *black list*, gli istituti generali del reddito di impresa sulla deduzione delle componenti negative di reddito⁴⁷⁵.

La richiesta di esimenti, di cui all’art. 110, comma 11, TUIR, determinava significativi costi di *compliance* da parte degli operatori che avevano sostenuto, in maniera genuina, dei costi classificabili, almeno teoricamente, come costi *black list*. Parimenti, per l’autorità fiscale, l’esame delle ulteriori circostanze di deducibilità comportava un

⁴⁷³ Nella formulazione precedente le esimenti erano di due tipologie, alternative tra di esse: “*Le disposizioni di cui al comma 10 non si applicano quando le imprese residenti in Italia forniscano 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 [...]*”. La prima esimente risultava abbastanza simile a quelle per la disapplicazione della disciplina CFC, essendo onere del contribuente dimostrare il radicamento nel paese *black list* della controparte contrattuale che aveva venduto beni o servizi.

⁴⁷⁴ Lo stesso comma 11 indicava che “[...] L’Amministrazione, prima di procedere all’emissione dell’avviso di accertamento d’imposta o di maggiore imposta, deve notificare all’interessato un apposito avviso con il quale viene concessa al medesimo la possibilità di fornire, nel termine di novanta giorni, le prove predette. Ove l’Amministrazione non ritenga idonee le prove addotte, dovrà darne specifica motivazione nell’avviso di accertamento”.

⁴⁷⁵ L’art. 109 dispone al comma 1 che “*I ricavi, le spese e gli altri componenti positivi e negativi, per i quali le precedenti norme della presente Sezione non dispongono diversamente, concorrono a formare il reddito nell’esercizio di competenza; tuttavia i ricavi, le spese e gli altri componenti di cui nell’esercizio di competenza non sia ancora certa l’esistenza o determinabile in modo obiettivo l’ammontare concorrono a formarlo nell’esercizio in cui si verificano tali condizioni [...]*” ed al comma 5 che “*Le spese e gli altri componenti negativi diversi dagli interessi passivi, tranne gli oneri fiscali, contributivi e di utilità sociale, sono deducibili se e nella misura in cui si riferiscono ad attività o beni da cui derivano ricavi o altri proventi che concorrono a formare il reddito o che non vi concorrono in quanto esclusi [...]*”.

importante impiego di risorse, non sempre controbilanciato da una proficuità dell'azione amministrativa. Le ipotesi che si generavano erano sostanzialmente due:

- (i) nel caso di sostenimento di costi genuini, il contribuente e l'autorità fiscale erano entrambi impegnati nella produzione e nell'esame delle circostanze esimenti, a fronte di un comportamento di fatto corretto e non pericoloso;
- (ii) nel caso di pratiche illecite di addebito di costi fittizi, tali costi sarebbero stati ritenuti comunque indeducibili in base alle ordinarie regole di deducibilità del Testo Unico.

Probabilmente queste considerazioni hanno veicolato la scelta del legislatore nazionale che ha **abrogato la norma sui costi *black list* nel 2016**, ritenendola non indispensabile al fine del contrasto di pratiche abusive. Se, come è stato osservato, la norma sull'ineducibilità specifica dei costi *black list* è stata ritenuta forse opportunamente dal legislatore come una ridondanza rispetto ai criteri di deducibilità ordinari, nell'assetto complessivo dell'ordinamento tributario, forse non appare altrettanto opportuna la rimozione **dell'obbligo di separata esposizione di tali costi** nelle dichiarazioni del contribuente. L'obbligo dichiarativo poteva rappresentare, infatti, un primo ed importante presidio di monitoraggio⁴⁷⁶ al fine di poter azionare eventuali attività di controllo sostanziale.

Le norme CFC sono funzionali al contrasto delle pratiche di erosione della base imponibile, ma solo laddove sia identificata (identificabile) la società CFC verso la quale è distratta base imponibile. Tuttavia, il modello di CFC appare meno funzionale nel caso di **società "filtro"** che a loro volta dirottano gli utili conseguiti verso altre società *off-shore*, delle quali l'autorità del paese dell'azionista potrebbe ignorare l'esistenza. Tale circostanza può verificarsi nel caso di una società CFC (intercettibile dall'autorità fiscale dello stato della controllante) che registra componenti negativi, con conseguente spostamento di materia imponibile, derivanti da un'altra società CFC che però non è conosciuta/conoscibile all'autorità fiscale⁴⁷⁷. In questo caso assume rilevanza fondamentale l'analisi critica del bilancio della prima CFC per intercettare componenti di reddito anomali che possano far presumere operazioni a carattere fraudolento. In

⁴⁷⁶ E conseguente deterrenza dall'utilizzo di tale pratica. Parzialmente tale criticità può ritenersi superata con l'introduzione dello strumento dell'*esterometro* e della fatturazione elettronica.

⁴⁷⁷ Nell'ipotesi in cui la partecipazione di controllo da parte dell'azionista sia celata e vi sia opacità nella disciplina societaria dello stato di incorporazione.

aggiunta, la CFCrule **presuppone la conoscenza di un rapporto di controllo** del soggetto domestico verso la società *off-shore* che, nel caso di strutture societarie complesse, o con azionariato diffuso, può non essere di immediato riscontro.

Sebbene in Italia, da diversi anni, la norma sui costi *black list* sia stata abrogata dall'ordinamento, come descritto in altre sezioni del presente lavoro, gli Stati Uniti e l'OCSE hanno cercato di affrontare il tema dell'erosione attraverso deduzioni della base imponibile di soggetti residenti. Osservando la normativa BEAT (US) e la proposta UPR (OCSE) emergono evidenti similarità tra queste e la norma italiana sull'ineducibilità dei costi *black list*. Rispetto al modello nazionale italiano, tuttavia, i due istituti richiamati determinano l'ineducibilità (in generale l'aumento della base imponibile del soggetto residente), del componente passivo registrato, prescindendo da un'analisi sulla sua genuinità, bensì esclusivamente a seguito del mancato raggiungimento di un livello minimo di tassazione prefissato. Il ritorno, in ambito internazionale, di questo genere di *soluzione* anti-abuso è anche frutto della semplicità dello strumento e dell'immediatezza della sua applicazione⁴⁷⁸.

5.2. Competizione fiscale dannosa e CFCrule

Nell'ambito dell'Unione la mancanza di una politica fiscale armonizzata, in materia di imposte dirette, ha lasciato spazio agli Stati membri di adottare misure di incentivo ed attrazione degli investimenti nei propri territori, realizzando una sorta di *corsa al ribasso*⁴⁷⁹ in termini di convenienza fiscale per gli investitori transnazionali. Il fenomeno ha assunto, come illustrato in precedenti paragrafi, anche forme patologiche riguardo alla cosiddetta *competizione fiscale dannosa*⁴⁸⁰, caratterizzata da regimi

⁴⁷⁸ Sebbene sia la norma BEAT che la proposta dell'UPR non operano come mere norme di ineducibilità di componenti passivi, bensì prevedono, entrambe, articolati calcoli per determinare la quota di costi infragruppo da riprendere a tassazione.

⁴⁷⁹ Lupi R., *Concorrenza tra ordinamenti, Comunità europee e prelievo tributario*, in Rassegna Tributaria, 2004.

⁴⁸⁰ Sul punto si veda Boria Pietro, *Diritto Tributario Europeo*, Giuffrè Editore, 2017, “[...] La “concorrenza fiscale dannosa” (*harmful tax competition*) è così identificata nella adozione di politiche fiscali da parte di uno Stato membro che si rivelano, almeno tendenzialmente, eversive dell'ordinamento fiscale della maggioranza degli altri Stati, in quanto introducono elementi di agevolazione o comunque di beneficio tributario che inducono gli operatori economici a collocarsi nel territorio degli Stati a fiscalità agevolata, ivi allocando le proprie risorse ed i fattori della produzione, a scapito del territorio dello Stato di Residenza (e dunque dell'ambito territoriale, per così dire, “naturale” di sviluppo dell'attività imprenditoriale) [...] l'idea della dannosità della concorrenza fiscale tra Stati risiede nella convinzione che esista uno standard tributario, un livello omogeneo di pressione fiscale presente sul mercato internazionale, al quale i principali ordinamenti fiscali nazionali si vanno allineando [...] determinando un trattamento complessivamente equivalente di imposizione delle imprese e degli operatori economici [...]”.

preferenziali selettivi, livello di tassazione praticamente inesistente e rischio di erosione della base imponibile a danno dei paesi terzi e dei partner europei. L'attivazione delle norme CFC dovrebbe essere funzionale a garantire la **neutralizzazione** del vantaggio fiscale conseguente all'insediamento – artificioso – volto al mero sfruttamento del trattamento fiscale favorevole.

Si riscontra come tale competizione non sia stata fondata esclusivamente sul livello delle aliquote nominali ma soprattutto su una **plethora di correttivi della base imponibile**⁴⁸¹, effettuati prima dell'applicazione delle aliquote di imposta. In questo senso, la disciplina CFC delineata dalla ATAD (art. 7, comma 1, lett. b) focalizzandosi sul livello di tassazione effettiva sicuramente è funzionale a catturare macroscopici fenomeni erosivi/elusivi. La scelta di adottare il *driver* della tassazione effettiva, in parte può esser rivolta a neutralizzare le agevolazioni fiscali dannose che intervengono nella fase di determinazione della base imponibile: nel calcolo del *tax rate* effettivo gli eventuali regimi premiali selettivi vengono intercettati, qualificando il soggetto estero come CFC. Come evidenziato anche dai lavori OCSE, il criterio della tassazione effettiva risulta, in tal senso, maggiormente efficace rispetto a quello del confronto delle aliquote nominali, in quanto non idonee ad intercettare regimi premiali che intervengono prima dell'applicazione dell'aliquota di imposta, riducendo direttamente la base imponibile del soggetto passivo.

5.3. Oltre il progetto BEPS: la proposta GLOBE (Pillar two)

In seguito all'adozione da parte della comunità internazionale delle raccomandazioni BEPS, a qualche anno dalla chiusura dei lavori, il gruppo dei paesi OCSE ha verificato il raggiungimento degli obiettivi prefissati negli anni precedenti, concentrando l'attenzione sui temi ancora aperti rimasti da risolvere. Tra questi vi è quello, rilevante e sensibile, della **tassazione dell'economia digitale**⁴⁸² che, per le caratteristiche del

⁴⁸¹ Ad esempio, i ruling in materia di *transfer pricing* o gli IP box

⁴⁸² Ferme restando le criticità nel delineare una precisa definizione di economia digitale, con un lavoro di sintesi l'OCSE ha riassunto le caratteristiche principali che si riscontrano nel settore e che possono avere ripercussioni e rilevanza da un punto di vista fiscale:

(i) mobilità rispetto agli intangibili, agli utenti ed alle funzioni svolte “come conseguenza del decrescente bisogno di personale locale per svolgere alcune funzioni e della flessibilità scegliere la collocazione dei server e delle altre risorse”;

(ii) utilizzo di quantità significative di dati, in parte prodotti anche dagli utenti, il cui complesso viene definito come big data;

fenomeno, è spesso associato all’adeguata modalità per tassare i giganti tecnologici (in particolar modo il gruppo del c.d. GAFA⁴⁸³), le cui catene del valore sono caratterizzate da una profonda – se non totale – integrazione con il mondo digitale. Ad avviso dei commentatori, le conclusioni del progetto BEPS 1⁴⁸⁴ (*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*) sono state generiche ed interlocutorie, non evidenziando soluzioni sistematiche e definitive, questo anche a causa di una non omogenea ed uniforme volontà politica tra i principali paesi partecipanti ai lavori. A cinque anni dalla chiusura di quel tavolo di lavoro, l’OCSE è ritornata sul tema formulando due proposte concrete (etichettate come ***Pillar one e Pillar two***), nell’ambito del nuovo progetto denominato **GLOBE (*Global anti Base Erosion*)** per affrontare il tema dell’economia digitale, seguite da una nuova consultazione pubblica e la pubblicazione dei relativi report conclusivi.

Delle due proposte, potremmo dire che solo la prima (*Pillar one*) ha ad oggetto propriamente la tassazione dell’economia digitale, definendo un nuovo criterio di collegamento (*nexus*) per poter tassare il valore prodotto dalle multinazionali digitali nel

(iii) effetto di connessione in riferimento alla partecipazione degli utenti, all’integrazione ed alle sinergie ricavabili;

(iv) utilizzo di modelli di business strutturati in modo tale che le due parti del mercato, definite dal fornitore/prestatore e dal cliente/utente, siano collocate in differenti giurisdizioni;

(v) tendenza all’accentramento in monopoli o oligopoli, soprattutto nei modelli di business facenti riferimento alla rete;

(vi) elevata volatilità dovuta alle basse barriere all’entrata ed al rapido sviluppo tecnologico.

I fattori menzionati hanno determinato un generale allungamento della catena del valore per le multinazionali dell’economia digitale, con conseguente difficoltà di comprendere dove tale valore viene generato, in un contesto di elevata parcellizzazione societaria e funzionale. Negli studi condotti circa le opportune azioni da intraprendere, per governare da un punto di vista fiscale questo “nuovo” fenomeno, l’attenzione è stata posta anche al contagio che i modelli dell’economia digitale hanno portato ai settori tradizionali; questi ultimi stanno rapidamente evolvendo verso organizzazioni e schemi che implicano uno o più punti di contatto con i settori puri digitali.

L’emersione di nuovi soggetti multinazionali, il cui core business è completamente (o quasi) caratterizzato dallo sfruttamento digitale, ha mostrato nell’ultimo ventennio l’emersione di sofisticati schemi di pianificazione fiscale aggressiva, attraverso i quali i principali player mondiali hanno cercato – e spesso riuscito – a minimizzare, o addirittura annullare, il carico fiscale nei paesi dove viene svolta l’attività. Proprio questo aspetto, legato all’identificazione del luogo di stabilimento dell’impresa, rispetto al quale giudicare l’allocazione e lo spostamento dei profitti, si è dimostrato un punto critico con significative lacune in relazione ad una normativa tributaria anacronistica rispetto al fenomeno economico. I criteri di collegamento dati dalla sede dell’impresa e dalla stabile organizzazione sono stati rapidamente superati e, ad oggi, rischiano di essere considerati obsoleti in quanto incapaci di catturare gli aspetti moderni dell’economia che è caratterizzata da una costante diminuzione dei fattori produttivi legati alla materialità. L’impossibilità delle attuali regole nazionali ed internazionali di cogliere l’essenza economica delle nuove multinazionali è stata sfruttata da queste per ottenere sensibili vantaggi fiscali, tra i cui effetti economici vi è anche il rischio di una profonda distorsione del corretto funzionamento del mercato interno in ambito europeo.

⁴⁸³ Google, Apple, Facebook, Amazon.

⁴⁸⁴ Cfr. OECD/G20 BEPS – *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy* – ACTION 1: 2015 Final Report <http://www.oecd.org/tax/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report-9789264241046-en.htm>

paese in cui è presente il mercato degli utenti. La proposta mira ad estendere il potere impositivo della *market jurisdiction* identificando criteri alternativi di collegamento, rispetto a quelli in vigore da più di un secolo⁴⁸⁵, in virtù dei mutati ed innovativi modelli di business⁴⁸⁶.

Mentre l'oggetto del *Pillar one* è dunque strettamente circoscritto al tema dell'economia digitale il *Pillar two*⁴⁸⁷, invece, coltiva un'idea molto più ampia⁴⁸⁸, ossia quella della convergenza dei sistemi fiscali partecipanti al progetto nel definire un **livello di tassazione minimo globale** a cui devono essere sottoposte le grandi *corporation*, indipendentemente dalla localizzazione della casa madre e dalle condizioni fiscali di favore di cui possono beneficiare, su base locale⁴⁸⁹, nei paesi di localizzazione delle *subsidiary*. La proposta OCSE è volta a neutralizzare la ricaduta, di parti importanti dei profitti delle multinazionali, in giurisdizioni dove i redditi sono sostanzialmente esclusi dalla tassazione oppure sono assoggettati a tassazione di vantaggio, in una permanente *corsa al ribasso* del prelievo fiscale per attirare capitali esteri. La proposta di regole *Globe*, mirando in primo luogo a regolamentare le grandi multinazionali digitali, è tuttavia applicabile a qualunque gruppo societario – quindi anche non operante nel settore digitale – che integra i requisiti minimi per l'accesso, che nel documento pubblicato consistono nel raggiungimento di un **volume di ricavi**, a livello consolidato, **superiore a 750 milioni di euro**. Questo requisito circoscrive in modo importante il campo di applicazione delle raccomandazioni, le quali sono attinenti esclusivamente a grandi gruppi aziendali e non a tutti i soggetti societari. La soglia dimensionale utilizzata

⁴⁸⁵ I criteri di collegamento individuati dal modello OCSE contro le doppie imposizioni fanno riferimento alla mera presenza fisica del contribuente, in una determinata giurisdizione, per determinare il collegamento del valore ivi prodotto con l'insorgenza del presupposto impositivo.

⁴⁸⁶ Cfr. OECD/G20 BEPS – *Tax Challenges Arising from Digitalisation* – Report on Pillar One Blueprint <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-digitalisation-report-on-pillar-one-blueprint-beba0634-en.htm>, par 1.2, “[...] *Pillar One seeks to adapt the international income tax system to new business models through changes to the profit allocation and nexus rules applicable to business profits. Within this context, it expands the taxing rights of market jurisdictions (which, for some business models, are the jurisdictions where the users are located)*”⁶ *where there is an active and sustained participation of a business in the economy of that jurisdiction through activities in, or remotely directed at, that jurisdiction [...]*”.

⁴⁸⁷ Dopo la fase di consultazione, in data 14 ottobre 2020 l'OCSE ha pubblicato il report (*blueprint*) conclusivo dei lavori “*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint*”.

⁴⁸⁸ La proposta è generalmente applicabile a tutti i grandi gruppi e, in questo senso, si discosta dall'originaria esigenza di regolare la tassazione dell'economia digitale: oggetto del *pillar two* sono i grandi gruppi multinazionali (approccio globale).

⁴⁸⁹ Cfr. OECD/G20 BEPS – *Tax Challenges Arising from Digitalisation* – Report on Pillar Two Blueprint <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-digitalisation-report-on-pillar-two-blueprint-abb4c3d1-en.htm>, par. 8, circa la finalità della proposta: “[...] *that large internationally operating businesses pay a minimum level of tax regardless of where they are headquartered or the jurisdictions they operate in [...]*”.

(750 milioni di euro) è la stessa impiegata per l'identificazione dei soggetti sottoposti alla regola del *country by country reporting*⁴⁹⁰, e presumibilmente l'OCSE ha voluto sovrapporre i due istituti per non creare disallineamenti rispetto a due *set* di regole che comportano, per i gruppi che rientrano nei regimi, un notevole carico di oneri di *compliance*⁴⁹¹.

Il *Globe – Pillar two* è, per espressa previsione del documento di sintesi, un approccio **mutuato dal funzionamento delle norme CFC** ed appare di chiara derivazione statunitense, data la somiglianza con le regole anti-abuso *Gilti e Beat*⁴⁹² introdotte con la riforma fiscale del 2017. Per alcuni commentatori il modello *Globe* è stato concepito in un lasso di tempo troppo ristretto, rispetto alle conclusioni del precedente progetto BEPS, senza attendere un periodo sufficiente per una accurata valutazione degli effetti dell'introduzione delle misure raccomandate dai diversi tavoli BEPS. Il nuovo modello persegue, dunque, la finalità di un livello di tassazione minimo di tutto il gruppo societario multinazionale, ed è fondato su due principali proposte di **norme tra di loro interconnesse**:

- (i) La ***income inclusion rule (IIR)*** prevede la tassazione dei sovraprofiti delle società estere, nella **giurisdizione della casa madre**⁴⁹³, se queste non sono assoggettate ad un livello sufficiente di tassazione nel paese di insediamento delle *subsidiary*. Il livello minimo di tassazione potrebbe fissato convenzionalmente per tutti i paesi aderenti e non sarà direttamente dipendente, come quello di molte *CFCrule*, dal livello di tassazione previsto del paese dell'azionista. La norma prevede anche una *switch over rule* per far

⁴⁹⁰ Per mezzo dello strumento del *country by country reporting*, introdotto in ambito OCSE dalla conclusione del tavolo di lavoro BEPS 13, i paesi aderenti al progetto hanno avuto l'onere di inserire norme nei rispettivi ordinamenti che rendessero obbligatoria la compilazione e la trasmissione all'autorità fiscale, da parte delle società controllanti di gruppi internazionali, di un prospetto analitico riportante i dati di sintesi dell'intero gruppo societario. Il prospetto, che semplificando è strutturato sulla base di una matrice, prevede al suo interno l'indicazione per ogni singola *subsidiary* dell'ordinamento di incorporazione, dei profitti conseguiti, degli asset utilizzati e del prelievo fiscale a cui è sottoposta nel paese di residenza. I report sono a disposizione di tutti i paesi aderenti allo scambio di informazioni ed utilizzati dalle autorità fiscali per *intercettare* fattispecie di pianificazione fiscale internazionale ed abuso. Per espressa previsione, il report non può *autonomamente* essere messo alla base di accertamenti fiscali che, al fine della tutela del contraddittorio e della partecipazione del contribuente, devono essere motivati specificamente rispetto alle condotte illegittime che si intendono perseguire.

⁴⁹¹ Sebbene la posizione dell'OCSE, sul punto, è quella di perseguire sinergie rispetto all'applicazione del CbC Report e diminuire gli oneri di compliance, Cfr. OECD/G20 BEPS – *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint* <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-digitalisation-report-on-pillar-two-blueprint-abb4c3d1-en.htm>, par. 12

⁴⁹² Analizzate nel presente lavoro, nei paragrafi dedicati al modello statunitense di CFC.

⁴⁹³ Soggetto controllante ultimo del gruppo (UPE – Ultimate parent entity).

passare la casa madre da un sistema di stabili organizzazioni estere esenti ad un sistema di stabili tassate. La dinamica della regola IIR determinerà di fatto un significativo spostamento della potestà impositiva verso il paese di residenza della casa madre.

- (ii) La **Undertaxed Payments Rule (UPTR)** è una norma complementare alla IIR in quanto è applicabile solo nel caso in cui il gruppo non sia assoggettato al prelievo della IIR. La UPTR determina l'indeducibilità o un prelievo *whithholding* (attraverso il disconoscimento dei benefici convenzionali) sui pagamenti (contabilizzazione di costi) eseguiti verso parti correlate del gruppo, a favore di soggetti localizzati all'estero, se il gruppo non è assoggettato ad un sufficiente livello minimo di tassazione. La norma sterilizza il vantaggio diretto che conseguono le multinazionali attraverso l'erosione della base imponibile per mezzo di costi da paesi a fiscalità di vantaggio. Il prelievo in questo caso, rispetto alla IIR, avviene per tutte le *legal entity* del gruppo – integrante i requisiti di accesso – e che sono residenti in stati che hanno aderito al programma Globe⁴⁹⁴. La norma di chiusura⁴⁹⁵ è volta a contrastare la cosiddetta *tax driven inversion*, ossia la pratica dello spostamento della casa madre in un paese a fiscalità di vantaggio che, in questo contesto, sarebbe mirato ad eludere la ricaduta nella regola IIR. È opportuno sottolineare come questa innovazione di presumibile prossima introduzione, su scala mondiale, si basi sul ritorno del concetto di indeducibilità dei costi di natura *black list* che è stato presente nell'ordinamento tributario italiano fino al 2016.

La condizione di ingresso per entrambe le regole è che il gruppo (o parte di esso) sia assoggettato ad un **livello di tassazione ritenuto insufficiente** (*minimum tax rate*). L'aliquota della *minimum tax* prevista dal GLOBE potrebbe, presumibilmente, essere diversa e ragionevolmente più bassa dell'aliquota di tassazione ordinaria del paese della casa madre. Il calcolo per la verifica di questa condizione viene operato su base

⁴⁹⁴ Il prelievo è determinato attraverso un complesso meccanismo, su base *jurisdictional*, ed è spalmato rispetto a tutte le *legal entity* che hanno uno sbilancio nei pagamenti verso soggetti "black list".

⁴⁹⁵ È considerata una clausola *backstop* rispetto alla norma IIR ed ha le caratteristiche di una *subject to tax rule*, in quanto la deducibilità del componente negativo è direttamente collegata alla sua effettiva tassazione nel paese di residenza del soggetto prestatore.

giurisdizionale, ovvero per singolo paese in cui sono presenti *subsidiary*. Nel calcolo è possibile effettuare compensazioni tra profitti realizzati ed imposizione sopportata dalle diverse società⁴⁹⁶, compensando le maggiori imposte assolte da una società con il minor prelievo operato su un'altra: il prelievo complessivo su tutte le società residenti in un paese rispetto ai profitti complessivi di queste, determina il tasso effettivo del paese (**ETR – effective tax rate**). Il prodotto tra l'imponibile cumulato della giurisdizione e la differenza tra l'ETR della giurisdizione ed il livello di tassazione (aliquota) minimo prefissato, determina la **top-up tax**, ossia l'insufficiente prelievo nel paese estero che dovrà essere assolto dalla casa madre⁴⁹⁷.

Il GLOBE non ha ad oggetto tutto il reddito del gruppo, bensì solo alla porzione di reddito conseguito *in eccesso*, rispetto a quello ritenuto *fisiologico*, in quanto la finalità esplicitata nel report è quella di focalizzare lo strumento solo sui redditi (in eccesso) derivanti dallo **sfruttamento di intangibili**. Per tale finalità, sono stati previsti dei necessari **carve out**⁴⁹⁸ (esimenti per spese del personale ed immobilizzazioni materiali) per evitare la ricaduta dei profitti conseguiti da attività economiche effettivamente svolte nel paese di insediamento della CFC, anch'essi con calcolo su base *jurisdictional*. Questa esimente parrebbe necessaria anche per adeguare il contenuto della proposta Globe al contesto delle libertà dell'Unione Europea.

Cercando di esaminare le origini della proposta Globe, queste si rinvencono chiaramente nella normativa antiabuso statunitense introdotta nel 2017, formata dall'abbinamento del GILTI e BEAT, rispetto alla quale la proposta dell'OCSE è stata modellata, seppur con specifiche differenze. Tra le più importanti vi è il fatto che, rispetto al modello GILTI, il **carve out** del GLOBE considera anche le spese per il personale, mentre la norma americana tiene in considerazione solo il rendimento nozionale – fisso al 10% – dei beni materiali. Inoltre il *Gilti* consente una compensazione tra i risultati di tutte le

⁴⁹⁶ Cfr. Hey Johanna, *The 2020 Pillar Two Blueprint: What Can the GloBE Income Inclusion Rule Do That CFC Legislation Can't Do?* – in Intertax, 2021, n. 49, pag. 7, “[...] A very low effective tax rate of one subsidiary due to the applicability of R & D incentives/patent boxes, for instance, can be compensated with the higher taxation of other subsidiaries in the same jurisdiction [...]”.

⁴⁹⁷ Oppure, nel caso in cui questa non sia residente in un paese facente parte dell'accordo Globe, dalle altre *subsidiary* del gruppo che ne fanno parte.

⁴⁹⁸ Cfr. OECD/G20 BEPS – *Tax Challenges Arising from Digitalisation* – Report on Pillar Two Blueprint, par. 18 “[...] The formulaic substance carve-out excludes a fixed return for substantive activities within a jurisdiction from the scope of the GloBE rules. Excluding a fixed return from substantive activities focuses GloBE on “excess income”, such as intangible-related income, which is most susceptible to BEPS challenges [...]”.

subsidiary di un gruppo mentre, il progetto di norma IIR, prevedrebbe la compensazione solo tra i soggetti residenti nello stesso paese.

Inevitabilmente la dottrina si sta interrogando sui profili di similitudine e quelli di differenza tra Globe – in particolare lo strumento IIR – e le **norme CFC** il cui meccanismo di applicazione appare il medesimo. Ci si chiede pertanto se sia necessario prevedere anche delle soluzioni operative per armonizzare le due normative e, soprattutto, per evitare sovrapposizioni negli effetti con insorgenza di doppia tassazione.

Rispetto alle *CFCrule* che hanno uno scopo limitato al paese di residenza dell'azionista, il Globe ha invece una **finalità di ordine sistemico**; in questo le *CFCrule* sono state generate da un'esigenza di protezione della base imponibile *nazionale*, mentre la proposta OCSE attiene ad uno **scopo sovranazionale**, volto al perseguimento di un'imposizione minima complessiva (*worldwide taxation*). Rispetto all'ordine di applicazione dei due istituti il report OCSE suggerisce che la norma CFC dovrebbe avere la priorità sul GLOBE, che sarebbe utilizzato solo dopo aver considerato il prelievo fiscale per effetto delle *CFCrule*. Inoltre, mentre le *CFCrule* operano su una *base entity*⁴⁹⁹, il Globe prevede **un approccio per giurisdizione**, effettuando la compensazione (*blending*) tra i profitti e le perdite conseguiti in un paese estero da tutte le società in esso incorporate (possibilità generalmente non concessa dalle norme CFC). Rispetto alle norme CFC, dove sono ampiamente utilizzate, non è presente nel Globe alcun riferimento a liste di paesi (*black, grey o white*).

Differentemente dalle norme CFC il Globe perde – quasi completamente – il legame con la **qualità del reddito** (attivo o passivo) maturato dalle società controllate: i concetti di **passive income** (CFC) ed **excess income**⁵⁰⁰ (GLOBE) appaiono pertanto diversi e non sovrapponibili. Riguardo alla soglia dimensionale, il Globe è rivolto ai soggetti multinazionali con più di 750 milioni di ricavi mentre le norme CFC, seppur con i dovuti *threshold*, non prevedono una tale importante limite.

⁴⁹⁹ C.d. *per entity approach*.

⁵⁰⁰ Sebbene il criterio dell'*excess profits*, simile come concetto a quello del Globe, sia menzionato nell'Action 3 BEPS.

Il Globe, infine, oltre ad aumentare sensibilmente il **livello di complessità** delle regole fiscali per le grandi aziende, determinerà uno scivolamento del criterio di tassazione dal principio di territorialità verso quello della residenza. I grandi gruppi destinatari della norma saranno soggetti ad ulteriori – e forse ad oggi imprevedibili – oneri di *compliance* per la pianificazione ed il calcolo del prelievo fiscale di gruppo. La prospettiva europea, nell'ipotesi di un eventuale recepimento delle indicazioni OCSE, potrebbe anche essere quella di integrazione del GLOBE nelle attuali CFCrule, rispetto alle quali il GLOBE appare come una **CFCrule avanzata**. L'inserimento nel contesto dell'Unione di una siffatta normativa dovrà essere necessariamente concepito con la dovuta attenzione verso la compatibilità della misura rispetto alle libertà fondamentali.

In conclusione, può ritenersi che nella prospettiva del Globe, resterebbe facoltà di ciascun paese di fissare il proprio livello di tassazione, ferma restando **la sussidiarietà del paese di residenza della casa madre** di imporre un livello di tassazione più alto per l'intero gruppo. Tale approccio sarebbe volto a favorire, congiuntamente, le condizioni sia dei paesi esportatori di capitali, nei quali sono collocate le case madri delle grandi multinazionali e che beneficerebbero di maggiori introiti fiscali, sia dei paesi in via di sviluppo per porre fine alla corsa al ribasso in termini di aliquote fiscali ed agevolazioni fornite, in modo da creare le condizioni per uno sviluppo sano e concorrenziale degli stessi.

5.4. Specificità delle strutture CFC negli schemi di pianificazione fiscale aggressiva

La dottrina aziendalistica classifica le società *off-shore* in diverse tipologie, sulla base delle caratteristiche e del ruolo svolto dalle stesse all'interno dei gruppi societari. Sebbene con margini di semplificazione è possibile individuare i seguenti modelli di società CFC all'interno dei gruppi: **cash company; IP company; invoice company e holding**.

Nel caso in cui, oltre ai vantaggi di carattere societario, tali società vengano utilizzate per precostituirsi dei vantaggi fiscali indebiti, a danno della base imponibile di uno o più stati, si parla di **strutture societarie di pianificazione fiscale aggressiva**⁵⁰¹ (ATP).

Il legislatore dell'Unione è intervenuto con la Direttiva DAC 6 n. 2018/822 – recepita in Italia con D.lgs. n. 100 del 30 luglio 2020 – la quale, al fine di fronteggiare l'impiego di tali strutture, prevede un regime automatico di comunicazione delle informazioni, da parte degli intermediari che intervengono a vario titolo nella predisposizione, a favore dei gruppi societari multinazionali, dei suddetti meccanismi di pianificazione transfrontalieri.

Date per acquisite le consolidate differenze tra **evasione fiscale** (*tax evasion*), **elusione fiscale**⁵⁰² (*tax avoidance*), per pianificazione fiscale aggressiva⁵⁰³ si intendono condotte, poste in essere con strutture e accordi con carattere transnazionale, che racchiudono due o più delle seguenti caratteristiche⁵⁰⁴:

⁵⁰¹ Cfr. Antonacchio Fabio, *Pianificazione fiscale aggressiva nell'era post-BEPS*, in *Il Fisco*, n. 9/2020; Cfr. Marino Giuseppe, *Il tax whistleblowing: dal contrasto all'evasione fiscale internazionale alla prevenzione della pianificazione fiscale aggressiva*, in *Diritto e pratica tributaria*, n. 4/2020.

⁵⁰² Nella categoria dell'evasione si usa collocare il comportamento del soggetto passivo che si pone in diretta violazione di una norma dell'ordinamento mentre per elusione – o abuso – si intende l'effettuazione di operazioni prive di sostanza economica che hanno come unico obiettivo il perseguimento di un vantaggio fiscale indebito: in quest'ultimo caso si parla anche di *aggiramento* della normativa tributaria. Cfr. English Joachim, *International Tax Law: New challenges to and from constitutional and legal pluralism*, IBFD, 2016, par. 9.5, “[...] abuse occurs in cases where a person attempts to circumvent domestic law provision while, at the same time, taking improper advantage of the fundamental freedoms, by exercising the right to a fundamental freedom in an artificial manner [...]”]; par. 9.4 “[...] In contrast to the principle of abuse, aggressive tax planning also covers the existence of legal gaps or mismatches exploited in cross-border situations [...]”. Cfr. Beghin Mauro, *L'abuso del diritto nelle operazioni internazionali*, in *Corriere Tributario*, n. 12/2010; Cipollina Silvia, *Elusione fiscale ed abuso del diritto: profili interni e comunitari*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 7/2010. Riguardo al concetto di abuso del diritto nell'ambito della giurisprudenza della Corte di Giustizia si veda la sentenza nella causa C-255/02 Halifax e A. Si veda anche Corasaniti Giuseppe, *Il dibattito sull'abuso o elusione nell'ordinamento tributario*, in *Diritto e pratica tributaria*, n. 2/2016, “In materia tributaria, il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo, il quale preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio d'imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici [...]”.

⁵⁰³ Nel considerando n. 2 della Direttiva DAC 6, è fornita una descrizione di pianificazione fiscale aggressiva: “[...] Tali strutture consistono generalmente in meccanismi che si sviluppano tra varie giurisdizioni e trasferiscono gli utili imponibili verso regimi tributari favorevoli o hanno come effetto quello di ridurre le imposte esigibili nei confronti dei contribuenti. Questo determina spesso riduzioni considerevoli del gettito fiscale degli Stati membri e impedisce loro di applicare politiche fiscali favorevoli alla crescita [...]”.

⁵⁰⁴ Cfr. Cachia Franklin, *Aggressive Tax Planning: An Analysis from an EU Perspective*, in *EC Tax review*, n. 2017-5; Cfr. Baker Philip, *The BEPS Project: Disclosure of Aggressive Tax Planning Schemes*, in *Intertax*, vol. 43, 2015; Carrero José, *The Concept of 'Aggressive Tax Planning' Launched by the OECD and the EU Commission in the BEPS Era: Redefining the Border between Legitimate and Illegitimate Tax Planning*, in *Intertax*, vol. 44, 2016.

- (i) tendono a non riflettere la realtà economica sottostante e le concrete esigenze d’impresa;
- (ii) conducono ad un differimento, anche a tempo indefinito, dell’obbligazione tributaria;
- (iii) caratterizzano in modo asimmetrico un componente di reddito, positivo o negativo, per perseguire una doppia deduzione o una doppia non tassazione;
- (iv) perseguono l’eliminazione permanente del debito d’imposta;
- (v) spostano elementi di reddito da soggetti residenti in paesi ad alta fiscalità verso soggetti residenti in paesi a bassa fiscalità.

Il concetto di pianificazione fiscale aggressiva si declina dunque in una *nozione ombrello* che contiene al suo interno sia la pianificazione fiscale che l’elusione fiscale. Nella Raccomandazione della Commissione Europea del 6 dicembre 2012⁵⁰⁵ veniva sintetizzato il concetto: “*La pianificazione fiscale aggressiva 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 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) [...]*”. La Direttiva DAC 6 si spinge invece a fornire una tipizzazione degli schemi di pianificazione fiscale aggressiva – denominati **meccanismi transfrontalieri** – che sono sottoposti agli obblighi di comunicazione tra Stati membri qualora siano connotati da specifici “elementi distintivi”, ossia “[...] una caratteristica o peculiarità di un meccanismo transfrontaliero che presenti un’indicazione di potenziale rischio di elusione fiscale [...]”.

Un ulteriore strumento, volto alla maggior trasparenza, è stato introdotto negli ordinamenti europeo ed italiano: la reportistica del *Country by Country reporting*. Questa forma di reportistica è stata raccomandata dal progetto BEPS – Action 13 ed è stata introdotta nell’ordinamento europeo dalla Direttiva 2016/881; l’Italia ha recepito

⁵⁰⁵ Commissione Europea – Raccomandazione del 6 dicembre 2012 sulla pianificazione fiscale aggressiva (2012/772/UE)

tale direttiva con la legge di stabilità 2016. Il deposito del reporting è chiesto alle società capogruppo⁵⁰⁶, residenti in paesi europei, ed è rappresentato da una semplice tabella (matrice) nella quale deve essere indicato, per ogni paese ed ogni *subsidiary*, il reddito conseguito, le risorse impiegate e le funzioni svolte. Uno dei principali obiettivi della reportistica è fornire un primo quadro, del gruppo nel suo complesso, dove è possibile intercettare immediatamente fenomeni anomali di *spostamento dei profitti*, di pianificazione e/o di manipolazione dei prezzi di trasferimento.

La reportistica non può essere tuttavia autonomamente utilizzata, da parte delle Autorità fiscali, per operare degli aggiustamenti di marginalità tra paesi: la sua funzione è garantire trasparenza e le medesime informazioni a tutti i paesi dell'Unione, che possono utilizzare i dati per avere un quadro complessivo della postura internazionale dei gruppi ed operare selezioni mirate di contribuenti da sottoporre a controllo. Nello specifico il *CBC reporting*, rappresenta un utilissimo strumento per l'intercettazione di potenziali soggetti CFC nell'ambito dei gruppi,

5.4.1. Cash company

Per *cash company* si usa identificare le società finanziarie che acquisiscono provvista sui mercati finanziari (con proiezione globale o locale) e che la mettono a disposizione degli altri soggetti del gruppo. Queste società possono convogliare la liquidità delle società del gruppo in avanzo per distribuirla a quelle con necessità di finanziamento, implementando strutture di *cash pooling*. La collocazione in paradisi fiscali o stati che garantiscono un sensibile risparmio di imposta è spesso conseguenza dei vantaggi che tali stati garantiscono anche in termini di regolamentazione finanziaria ed accesso a condizioni favorevoli per l'emissione di strumenti finanziari. La pericolosità in termini di erosione di base imponibile si manifesta allorquando i tassi di interesse praticati, ai soggetti del gruppo, divergono in modo sensibile permettendo l'accumulo di interessi attivi *fuori mercato* nei bilanci del soggetto CFC. Il contrasto a tale tipologia di schema può derivare in primo luogo dall'applicazione delle norme CFC ma anche da quelle sui prezzi di trasferimento. Queste ultime sono composte da un set di istruzioni OCSE⁵⁰⁷, definibili quasi come *soft law*, che sono oggetto di continuo aggiornamento e

⁵⁰⁶ Per gruppi che conseguono un fatturato complessivo di oltre 750 milioni di euro.

⁵⁰⁷ Si rinvia al paragrafo inerente i rapporti tra *CFC rule* e le regole di *Transfer pricing*.

rivisitazione, anche con la partecipazione degli operatori del settore fiscale. Riguardo alle regole sui prezzi di trasferimento l’OCSE ha varato, recentemente, la nuova versione delle linee guida⁵⁰⁸ specificamente dedicate alla materia finanziaria, che hanno l’obiettivo di fissare regole chiare per la remunerazione, in condizioni di libera concorrenza, dei rapporti finanziari tra parti correlate (equilibrio che, nell’operatività, si sostanzia in un congruo rapporto tra tassi di interesse attivi e passivi, praticati dalle entità finanziarie di un gruppo).

5.4.2. IP Company

Le *IP Company* sono società che concentrano beni intangibili generati dal gruppo multinazionale, attraverso l’attività di ricerca e sviluppo, o acquisiti a titolo oneroso sul mercato. L’utilizzo degli intangibili, da parte delle società operative del gruppo, avviene dietro remunerazione sotto forma di *royalties* per la concessione delle licenze alla IP company.

Anche per questa tipologia di transazione le regole sull’applicazione dei prezzi di trasferimento sono state oggetto di recente aggiornamento, con la finalità di allocare i benefici *estraibili* dai beni intangibili alle entità del gruppo che hanno sopportato effettivamente i rischi ed hanno esercitato le attività indispensabili alla generazione di tali beni. Inoltre, una azione del progetto BEPS (Action 5⁵⁰⁹) ha avuto ad oggetto specificamente i requisiti dei regimi premiali sugli intangibili, affinché possano non essere ritenuti dannosi e, pertanto, vietati dalla prassi internazionale OCSE. Il rischio insito in strutture che risiedono in paesi che non hanno aderito a tale prassi OCSE si può concretizzare nell’addebito di canoni per intangibili, a soggetti residenti in paesi a fiscalità ordinaria, che sono sostanzialmente privi di tassazione (per effetto dei *ruling*) nel paese del percettore.

Il nuovo paradigma OCSE sui prezzi di trasferimento è legato allo svolgimento di effettive attività e funzioni di R&D, da parte dell’entità che trae vantaggio dell’intangibile, indipendentemente dalla titolarità giuridica dei beni intangibili. Questo tema è collegato a quelle che potrebbero e dovrebbero essere le esimenti per la disapplicazione della CFCrule che si deve necessariamente basare sul profilo funzionale

⁵⁰⁸ Cfr. OECD Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions, february 2020

⁵⁰⁹ OECD/G20 BEPS - *Harmful tax practices, Action 5: Final Report*, 2015

e dell'analisi del rapporto della società con il gruppo nel suo complesso. In questo senso parrebbe riduttivo ricondurla alla mera elencazione delle risorse possedute dalla *subsidiary*, come sottolineato nel caso *Cadbury Schweppes*.

5.4.3. Invoice company

Le *invoice company*, o società di fatturazione, sono entità collocate lungo la filiera distributiva dei gruppi e sono incorporate in territori a fiscalità privilegiata. La collocazione è strumentale al dirottamento di margini di profitto che affluiscono dalle consociate operative e si accumulano nel soggetto distributore. Questa possibilità è data anche dall'inefficacia delle norme sui prezzi di trasferimento che non sempre riescono a "limitare" la marginalità conseguita da un soggetto distributore. Le invoice company hanno avuto una sezione dedicata sia nella Direttiva ATAD che nel nuovo art. 167 del TUIR proprio per contrastarne l'impiego per mezzo di una, più efficace, norma CFC.

Negli ultimi anni questa tipologia di struttura appare frequentemente utilizzata, anche da parte di operatori del mercato digitale e dell'*e-commerce*, in una prospettiva sempre più spinta di **parcellizzazione e frammentazione funzionale**, su scala internazionale. Le società di fatturazione appaiono spesso come *strutture passanti* in quanto, per loro caratteristiche, non sempre determinano l'accumulo di margini di profitto, ma hanno la funzione di fraporsi tra i soggetti nella catena del valore.

5.4.4. Holding

Le *holding* sono strutture societarie necessarie al coordinamento di grandi gruppi societari che si sviluppano su scala continentale o globale. La dottrina⁵¹⁰ le distingue in *statiche* o *dinamiche*. Le prime si occupano esclusivamente di detenere le partecipazioni in altri soggetti del gruppo e di impartire direttive strategiche e finanziarie. Le seconde, oltre alla mera detenzione di partecipazioni, si occupano anche di offrire servizi aziendali quali, ad esempio, di gestione amministrativa, finanziaria, delle risorse umane, ad altri soggetti del gruppo (controllati).

L'impiego di tali società è facilmente intercettabile dalle norme CFC generando una evidente criticità nella possibilità di fornire l'esimente per la disapplicazione, proprio in

⁵¹⁰ Dorigo Stefano, *Holding passive e costruzioni di puro artificio*, in Corriere Tributario, n. 27/2017

ragione delle caratteristiche delle società holding che non hanno struttura aziendale (o hanno una struttura aziendale minimale). A questo si aggiunga che i componenti di reddito conseguiti da una holding sono prevalentemente (o assolutamente) di natura passiva, e per questo la ricaduta nell'ambito di operatività delle norme CFC è molto probabile. Sul punto, la possibilità di fornire prova contraria in quanto soggetti, per loro natura, non dotati di struttura operativa⁵¹¹, è legata alla circostanza che la holding abbia **autonomia decisionale** e possa essere qualificabile come un soggetto autonomo nel compimento delle scelte finanziarie e non solo una mera propaggine dell'organo decisionale del gruppo. Un ulteriore elemento a supporto della circostanza esimente è la presenza di⁵¹² una struttura organizzativa – seppur minimale – senza ricorrere ad **accordi di management service**, per mezzo dei quali il personale, i locali e le attrezzature sono interamente messi a disposizione dai soggetti fornitori dei servizi. Sul punto la prassi dell'Amministrazione Finanziaria ha identificato degli elementi

⁵¹¹ Cfr. Silvestri Andrea, *Holding companies in the BEPS era*, in Intertax, 2017, p. 488, “[...] Leaving aside any technical analysis about the set of recommendations proposed by the OECD and the specific rules provided at EU level, it is clear that an extensive implementation of CFC regimes would affect the use of holding companies, especially considering that income typically received by these entities is ‘passive’ and, as such, targeted by said rules. In this respect, both the OECD and EU measures would result in a higher pressure on the assessment of the level of ‘substance’ of the relevant entity, in terms of factual analysis as to whether the CFC is engaged in an effective business activity and, to this end, is adequately supported by personnel, equipment, assets and premises, therefore actually ‘contributing’ to the realization of the income [...]”.

⁵¹² Si fa riferimento all'allegato n. 5 alla bozza di circolare della riforma ATAD; gli elementi evidenziati sono:

“- descrizione delle funzioni effettivamente esercitate dalla controllata estera, nonché degli asset utilizzati e dei rischi assunti. Gli asset, in particolare, vanno descritti in termini di rendimento, livello di rischio e liquidità;
- indicazione del personale idoneo allo svolgimento delle funzioni e all'assunzione dei rischi;
- l'autonomia dell'organo decisionale. Tale autonomia potrebbe essere evidenziata, a titolo di esempio, attraverso i verbali del cda (in cui gli amministratori non si limitino a ratificare decisioni prese dalla capogruppo attraverso “shareholders resolution” unilaterali); il sistema di deleghe e i relativi poteri attribuiti al cda; la circostanza che gli amministratori non siano a loro volta dipendenti di società di mera “domiciliazione”; la qualificazione professionale e un livello di seniority degli amministratori coerente con le funzioni svolte, così come l'attribuzione di una remunerazione adeguata;
descrizione dei rapporti economico-finanziari della società estera con le altre società del gruppo, dove si specifichi, in particolare, la consistenza e la tipologia delle operazioni, attive e passive, poste in essere con le stesse nel periodo di riferimento;
- indicazione dell'entità delle componenti di reddito “tipiche” in relazione all'attività esercitata dalla società estera e confronto tra tale dato e quello ricavabile dal bilancio della controllante residente. A titolo esemplificativo, nella particolare ipotesi di società estere svolgenti attività bancaria potrà essere fornita l'indicazione dell'incidenza percentuale del componente negativo tipico (svalutazioni su crediti e perdite su crediti) sull'asset tipico (crediti), nonché il confronto tra tale dato e il risultato dell'analogo rapporto (svalutazione crediti / valore crediti evidenziati in bilancio) registrato dalla controllante residente. Qualora dal bilancio dell'istituto di credito estero emerga un valore di tale rapporto sensibilmente incongruo rispetto a quello risultante dal bilancio della controllante italiana, l'istante potrà dimostrare che tale incongruenza non costituisce indice di un indebito vantaggio fiscale, realizzato mediante l'insediamento nel territorio estero di una struttura artificiosa;
- analisi di bilancio della società estera con evidenziazione degli indicatori di redditività del capitale proprio e di quello totale investito e confronto con quelli della controllante residente”.

documentali utili, specificamente riferiti alle holding, al fine di fornire la prova dello svolgimento dell'attività economica effettiva.

La restrittività delle norme CFC nazionali può rappresentare, fra i tanti, un fattore che i grandi gruppi tengono in seria considerazione nella loro politica di dislocazione internazionale. L'articolazione di un gruppo su scala internazionale risponde a numerose esigenze, legate alla catena del valore, che possono attenersi ai diversi aspetti della vita aziendale: vicinanza ai mercati di sbocco, reperimento della manodopera a basso costo, reperimento risorse finanziarie, tutela legale dei diritti amministrativi per la *governance* del gruppo, presenza di mercati finanziari regolamentati e, infine, caratteristiche di vantaggio del sistema fiscale.

La collocazione della capogruppo attiene spesso, oltre che a ragioni storiche legate alla fondazione dell'impresa, alla possibilità di accedere a mercati regolamentati per la quotazione in borsa ed alla presenza, nel paese di incorporazione, delle migliori (o più idonee secondo l'organo di governo) regole di diritto civile per il funzionamento societario. La variabile fiscale incide, favorevolmente, nel caso in cui il paese sia dotato di una funzionale *rete* di convenzioni contro le doppie imposizioni che assicuri il minimo prelievo, sui flussi in entrata ed in uscita dalla società. I gruppi presentano sempre diversi livelli di controllo, con la costituzione di *sub-holding* continentali e regionali, alle quali fa riferimento almeno un altro livello di controllate locali.

Come per le altre numerose variabili, la *CFCrule* può influenzare il radicamento in un territorio delle *holding* ma anche delle *subsidiary* di un gruppo multinazionale. Rispetto al contesto nazionale è importante sottolineare che la *CFCrule* italiana si applica anche a *sub-holding* italiane, controllate da *holding* estere, qualora le prime esercitino il controllo di società del gruppo all'estero ed integrino i requisiti di accesso alla normativa. La tassazione in capo al soggetto italiano si verifica indipendentemente dal fatto che la *sub-holding* sia solo un anello intermedio della catena di controllo. Al manifestarsi delle condizioni ed in assenza di giustificazioni esimenti, tali soggetti resteranno incisi dal carico fiscale della tassazione per trasparenza. Così come strutturata la *CFCrule* può dunque innescare, in capo ad una (sub) holding, l'attivazione della disciplina verso società estere costituite per pure ragioni aziendali e di presidio dei

mercati, senza alcuna finalità di elusione fiscale. Questa circostanza può verificarsi, come è stato illustrato precedentemente, semplicemente a causa di una riduzione dell’aliquota fiscale nel paese di insediamento oppure per una riduzione nel risultato operativo da redditi attivi.

CONCLUSIONI

Le innovazioni intervenute nel panorama internazionale, europeo e nazionale negli ultimi cinque anni, in tema di legislazione CFC, hanno visto segnare un importante passo in avanti verso un **approccio comune, sistematico ed efficace** da parte dei principali paesi economicamente sviluppati. La conclusione dei lavori OCSE sul progetto **BEPS 3** ha offerto numerosi spunti di riflessione che sono stati, quasi completamente⁵¹³, raccolti dal legislatore europeo che nella Direttiva 1164/2016 – ATAD (*Anti Tax Avoidance Directive*) – ha fornito le indicazioni per l'introduzione di una legislazione sulle CFC, negli ordinamenti nazionali dell'Unione, fissando un **minimum standard comune**. Nel fare proprie le raccomandazioni BEPS il legislatore europeo ha dovuto contemperare le **esigenze di protezione** con quelle di assicurare **l'integrità del mercato unico** ed il **rispetto delle libertà fondamentali** previste dal Trattato. Il testo della Direttiva ha, in questo modo, incorporato concetti e principi di diritto sedimentati dalla giurisprudenza pluriennale e consolidata della Corte di Giustizia⁵¹⁴. Si è cercato così di *attualizzare*, al mutato contesto ed alle mutate esigenze di tutela *antiabuso* nell'ambito della fiscalità diretta, i suddetti principi, realizzando la Direttiva volta ad introdurre moderne ed efficaci *CFCrule* negli Stati membri. Nonostante questi presupposti, appaiono, tuttavia, dei punti interrogativi circa la compatibilità con le libertà fondamentali dei punti della Direttiva maggiormente *innovativi*, rispetto al solco tracciato dalla pregressa giurisprudenza.

In relazione al **Modello A** di *CFCrule*, la formulazione dell'esimente che richiama i criteri di sostanza economica della sentenza *Cadbury Schweppes*, strettamente legati a *driver*⁵¹⁵ dell'economia tradizionale⁵¹⁶, può apparire come poco coerente all'interno di un modello *transactional* volto ad esaminare, per sua natura, la coesistenza e la *genuinità* di redditi attivi e, soprattutto, di quelli passivi. Questi ultimi, come si è visto

⁵¹³ Nella redazione della Direttiva ATAD sono stati presi in considerazione i suggerimenti del progetto BEPS in relazione ai diversi aspetti che caratterizzano le norme CFC, cercando di collocare le scelte strategiche di costruzione della norma europea all'interno delle opzioni evidenziate dal gruppo di lavoro OCSE.

⁵¹⁴ In tema di libertà fondamentali previste dal Trattato, quali quella di stabilimento e movimento dei capitali.

⁵¹⁵ Locale, personale, attrezzature e attivi (questi ultimi non citati dalla sentenza *Cadbury Schweppes*).

⁵¹⁶ Fenomeni economici ad alto grado di presenza di asset materiali.

nei capitoli precedenti, sono invece sempre più legati a *driver* immateriali ed a catene del valore che difficilmente si prestano ad essere rappresentate attraverso i consueti indicatori dell'economia materiale. Il **Modello B**, di approccio *substantial*, prevede come condizione per la propria applicazione che la società estera sia una costruzione *non genuina*, qualificando la non genuinità come uno squilibrio funzionale, facendo propri i criteri della prassi internazionale sul *transfer pricing*, non propriamente coincidenti con i principi della giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di libertà di stabilimento.

Con il recepimento della Direttiva la prevalenza dei paesi dell'Unione si è orientata verso il Modello A dell'ATAD, di matrice tedesca, o verso soluzioni ibride ricalcate sulla base di tale modello. Per entrambi i modelli, appare legittimo chiedersi se l'applicazione della ATAD e delle conseguenti norme nazionali a **costruzioni parzialmente artificiali** possa rappresentare una giustificazione proporzionata alla limitazione della libertà di stabilimento o se, in continuità con le pronunce precedenti, la Corte di Giustizia manterrà vivo il principio della limitazione esclusivamente per costruzioni di **puro** artificio. Rispetto ai **rapporti dell'Unione con i paesi terzi**, la Direttiva prevedeva una opzione, esercitabile da parte degli Stati membri, affinché gli stessi siano esonerati dal recepire la clausola esimente del *test Cadbury*, in relazione alle CFC detenute in paesi non facenti parte dell'Unione. Questa clausola appare eccessivamente restrittiva della **libertà di circolazione dei capitali**, soprattutto nell'ipotesi di rapporti con paesi con i quali sono state stipulate convenzioni per lo scambio di informazioni⁵¹⁷. Sempre riguardo alla libertà di circolazione dei capitali potranno destare dubbi di compatibilità con il Trattato eventuali normative CFC nazionali che abbiano ad oggetto **partecipazioni di minoranza** detenute in paesi all'interno dell'Unione. Considerato l'impegno significativo nella omogeneizzazione delle regole CFC, a livello europeo, sarebbe stato forse opportuno che, oltre alla fissazione di limiti *inferiori* dati dal *minimum standard*, la Direttiva avesse previsto

⁵¹⁷ Che consentirebbero alle autorità fiscali degli Stati Membri di verificare puntualmente le circostanze (di fatto) esimenti che hanno giustificato l'insediamento extra europeo.

anche **limiti superiori** oltre i quali le maggiori esigenze di protezione degli Stati membri avrebbero potuto confliggere con il pieno esercizio delle libertà fondamentali⁵¹⁸.

L'Italia, reduce da recenti – e numerosi – interventi in tema di CFC, ha recepito la Direttiva scegliendo un **modello misto**, con il quale si è cercato di conciliare un nuovo metodo transazionale – di matrice ATAD, Modello A – con istituti della vecchia normativa, tra i quali quello della tassazione integrale del reddito estero in un approccio **all or nothing**. Tale criterio parrebbe eccedere quanto previsto dalla Direttiva, la cui *ratio* è quella di recuperare nella base imponibile dello Stato membro i soli redditi passivi della CFC⁵¹⁹, rischiando di determinare l'effetto di sovrastima⁵²⁰ del reddito da tassare.

Il superamento del vecchio approccio dicotomico – *black e white* – rappresenta sicuramente un importante **punto di semplificazione** della normativa che, tuttavia, risulta anche mutata rispetto alle finalità che intende perseguire⁵²¹. Questa modalità di recepimento ha mostrato altresì elementi di contraddittorietà che dovranno essere risolti ed integrati da interpretazioni dell'autorità fiscale o, auspicabilmente, attraverso ulteriori interventi del legislatore.

Una prima considerazione è che la nuova norma avrà sicuramente una **portata più estesa** della precedente in ragione delle nuove condizioni di ingresso. Rispetto ai modelli superati, l'abrogazione della *black list* e l'adozione di un **perimetro mobile** di applicazione rende la CFC *rule* una norma definibile *di sistema* volta a contrastare non solo le fattispecie di elusione internazionale più gravi, ma anche la mera fruizione di vantaggi fiscali accordati, dalle legislazioni estere, alle società controllate che rientrano nelle – più ampie – condizioni di ingresso nella disciplina CFC. Tali nuove condizioni di ingresso ridisegnano considerevolmente l'ambito di operatività della norma e presuppongono una **analisi, anno per anno, stand alone**, su ogni singola controllata

⁵¹⁸ Si prenda ad esempio una legislazione CFC che abbia ad oggetto anche partecipazioni di minoranza verso soggetti residenti nell'Unione Europea, oppure una norma CFC che prevede circostanze esimenti sensibilmente più restrittive di quelle previste dalla Direttiva.

⁵¹⁹ Siano essi rientranti nelle categorie dell'approccio transactional ovvero nei redditi maturati dalla CFC grazie alle funzioni esercitate dalla casa madre.

⁵²⁰ O sottostimare.

⁵²¹ Da uno strumento inizialmente etichettato come antielusivo ad un mezzo per contrastare la pianificazione fiscale aggressiva, il *tax deferral* e la competizione fiscale dannosa.

per la **verifica del rischio fiscale da CFC**⁵²², declinata nel calcolo del *tax rate* effettivo sopportato all'estero e nel calcolo del superamento del limite di un terzo dei proventi passivi. I due parametri utilizzati, così come formulati, rischiano di introdurre un forte **elemento di aleatorietà** nella ricaduta all'interno del regime, essendo entrambe le variabili non completamente governabili dall'investitore residente: la prima (*tax rate*) può dipendere da scelte di prelievo fiscale dell'ordinamento estero in cui è incorporata la società; la seconda (soglia *redditi passivi*) dal mero andamento gestionale della società estera controllata. La concreta applicazione della nuova norma potrà pertanto determinare un maggior costo del sistema fiscale, sia per la *compliance* dei contribuenti residenti, sia riguardo ai meccanismi di controllo da parte dell'Amministrazione Finanziaria. Questo aspetto può destare preoccupazioni in quanto rischia di generare dei *gap* di competitività dei gruppi italiani rispetto a quelli insediati in altri paesi dell'Unione che godono di una disciplina CFC meno stringente e di più agevole applicazione.

I grandi gruppi aziendali, operanti su scala globale, saranno i soggetti maggiormente interessati dalle novità introdotte dalla nuova *CFCrule* italiana e, in misura ancora maggiore, dei cambiamenti delle altre normative CFC nazionali dei vari paesi europei. Le valutazioni in merito all'onerosità della norma CFC, in termini di adempimento e *compliance*, potranno indirizzare le scelte di localizzazione delle *subsidiary* dei gruppi e, in estremo, anche di localizzazione della società capogruppo. Il **sistema competitivo dell'Italia** sarà inevitabilmente comparato ai sistemi esteri più agili i cui ordinamenti sono però caratterizzati, per scelte di politica industriale, da un minor livello di protezione fiscale. L'impatto della ATAD sul sistema Italia risulterà significativo anche *a rovescio*, ossia nel rischio che le controllanti di altri paesi europei, in funzione delle nuove norme CFC, *vedano* le controllate italiane come soggetti CFC ed applichino la relativa disciplina. Questo fenomeno potrà essere particolarmente rilevante dato il basso livello di tassazione effettivo⁵²³ che, ragionevolmente, le società italiane ad alto livello

⁵²² Riguardo alle condizioni del *tax rate* effettivo e del conseguimento dei redditi passivi.

⁵²³ Sul punto si osserva che per effetto delle riforme volte a determinare un forte incentivo fiscale per gli investimenti esteri, l'Italia risulta tra i paesi con il più basso livello di prelievo – IRES – in relazione ai soggetti che svolgono attività tecnologiche e di sviluppo di intangibili. L'introduzione di un comune quadro CFC a livello europeo rischia di vanificare le forme di incentivo e di attrattività per il sistema nazionale italiano. Cfr. Olbert Marcel, *Measuring and Interpreting Countries' Tax Attractiveness for Investments in Digital Business Models*, in *Intertax* vol 47/2019, p. 148

tecnologico potranno conseguire a seguito delle numerose forme di incentivo alla ricerca, allo sviluppo ed alla conservazione, nel territorio nazionale, delle proprietà intangibili (agevolazione *patent box*, industria 4.0, credito di imposta ricerca e sviluppo).

Considerato il fatto che il modello post-ATAD riflette, parzialmente, il precedente modello *white list*, è immaginabile che parte della prassi precedentemente emanata possa essere mantenuta *in vita*, a condizione che ci sia prossimità tra vecchia e nuova legislazione⁵²⁴. Appare difficile invece la conservazione della prassi riguardo alle circostanze esimenti data la modifica – in chiave di riunificazione – della relativa disciplina. Ulteriori chiarimenti sono invece auspicabili specialmente in riferimento ai richiami, incoerenti, che la normativa contiene nella seconda condizione di ingresso quando impiega, come sinonimi, i termini di *proventi e redditi*. Parimenti saranno necessari indirizzi di prassi per gli operatori dei settori finanziario, bancario ed assicurativo, le cui società estere controllate, per scelta del legislatore italiano, non beneficiano di esimenti *ad hoc* e rientrano invece nell'applicazione indistinta del nuovo art. 167 del TUIR. Se, complessivamente, il nuovo modello nazionale appare **convergente** verso i principi di diritto che declinano la libertà di stabilimento, un punto controverso appare quello della **ripartizione dell'onere della prova** che ad oggi, in presenza delle due condizioni di attivazione della norma, grava interamente sul soggetto passivo. Questo aspetto desta qualche perplessità in ordine al principio del contraddittorio preventivo, tra Amministrazione finanziaria e contribuente, nonché rispetto all'introduzione di quella che può definirsi come una **presunzione legale** – relativa – di esercizio abusivo del diritto di stabilimento per sole finalità di risparmio fiscale.

Oltre alla CFC*rule*, l'ordinamento nazionale è stato rivisitato anche in altri **strumenti di contrasto** alle pratiche di erosione della base imponibile e spostamento dei profitti. Il loro impiego deve necessariamente riflettere, oltre che ragioni di opportunità ed efficacia, anche una coerenza rispetto ai fenomeni che si intendono contrastare. In quest'ottica, a fronte di istituti – parzialmente – complementari (*transfer pricing*,

⁵²⁴ Ad es. interventi sul calcolo tax rate potrebbero essere salvati, non quelli sull'identificazione dei redditi passivi o sulle circostanze esimenti.

CFCrule, tassazione in uscita, regole di esteroinvestizione, norma generale antiabuso) i fenomeni che si intende contrastare appaiono rivestire caratteri sempre più sfumati, passando dalla mera evasione fiscale, all'abuso del diritto, all'elusione fiscale internazionale ed alla pianificazione fiscale aggressiva. A tal fine emergono due fondamentali necessità, per l'Amministrazione Finanziaria nazionale da un lato e l'organo legislativo dall'altro. La prima è tenuta a **monitorare tempestivamente** le dislocazioni di apparati produttivi all'estero, al fine di azionare in tempo i poteri di controllo e, soprattutto, farlo attraverso la normativa maggiormente appropriata al caso oggetto dell'intervento. Il legislatore è chiamato, laddove possibile, a dirimere con leggi o regolamenti lo spazio di sovrapposizione che potrebbe crearsi tra i presupposti per l'applicazione di alcuni strumenti, come la normativa sul *transfer pricing*, e la CFCrule, stante il progressivo avvicinamento tra i vari istituti. Negli ultimi due decenni, l'economia italiana ha severamente affrontato le ricadute economiche ed occupazionali che il massiccio processo di **delocalizzazione aziendale** all'estero ha determinato nel paese. Il decisore politico è stato pertanto animato, nelle scelte degli ultimi anni, anche da uno spirito di *protezione* dell'economia nazionale, sebbene da attuarsi con misure non confliggenti con l'ordinamento giuridico europeo e gli accordi internazionali. In questa visione politica si è assistito ad un duplice intervento nell'ambito del diritto tributario: da un lato è stato potenziato lo strumento di contrasto alle **delocalizzazioni fittizie** (CFCrule) e perfezionato l'istituto per regolare la tassazione in uscita di quelle **effettive**, dall'altro sono stati introdotti incentivi ed agevolazioni per **l'attrazione di investimenti esteri** ed il **mantenimento di quelli già presenti**.

La nuova CFCrule si sovrapporrà anche all'entrata in vigore del nuovo articolo 5-ter del D.Lgs 218/97, il quale prevede un obbligo generalizzato di **contraddittorio preventivo** che il legislatore italiano ha configurato nell'attivazione sistematica di una fase di invito all'adesione. Questa fase di adesione, in riferimento al contesto dell'accertamento CFC, si ritiene debba essere – opportunamente – esperita in un momento successivo a quello di presentazione delle esimenti CFC, nei casi in cui queste fossero rigettate, e tra Amministrazione Finanziaria e contribuente sorga la necessità di convergere sul *quantum* del reddito da assoggettare a tassazione separata. Il recente recepimento della Direttiva **DAC 6**, in ordine ai meccanismi di pianificazione fiscale aggressiva, si inserisce nel quadro degli sforzi complessivi volti a perfezionare le regole fiscali

internazionali, in chiave post-BEPS, e consentirà all'autorità fiscale di disporre di ulteriori informazioni per il contrasto degli schemi elusivi transnazionali. La nuova norma CFC costituirà, in chiave complementare, un importante presidio con funzione di deterrenza all'utilizzo di strutture societarie *off-shore*, nell'attesa delle prime pronunce di prassi e di giurisprudenza a chiarimento dei confini applicativi del nuovo istituto.

A livello europeo, la portata innovativa della ATAD in tema di CFC potrebbe determinare situazioni di frizione tra le norme nazionali e le libertà garantite dal Trattato, per le quali saranno necessarie interpretazioni inedite da parte della Corte di Giustizia alla luce del **nuovo contesto** caratterizzato da maggiore complessità, dove sono stati incorporati nel diritto positivo dell'Unione Europea regole, criteri e principi propri della *soft-law* internazionale in tema di *transfer pricing*.

A livello globale invece, lo scenario *post-BEPS* sta delineando una convergenza dei paesi G7 / OCSE verso l'adozione di una – innovativa – proposta su una tassazione minima mondiale delle società, specificamente ritagliata in capo ai grandi gruppi multinazionali. Gli strumenti normativi oggetto di discussione (*Globe – Pillar two*), sebbene siano allo stato attuale dei meri progetti, appaiono come **forme evolute di CFCrule**, rispetto alle quali condividono molto delle modalità applicative ma differiscono per quanto attiene alle finalità ed allo scopo degli stessi. Sarà necessario pertanto esaminare, in futuro, i punti di contiguità tra le eventuali nuove norme di *tassazione minima mondiale* e le *CFCrule*, per definire in modo chiaro l'ordine di applicazione delle regole e le modalità per evitare duplicazioni della tassazione. Inoltre, la partecipazione dei paesi dell'Unione Europea, allo standard di *tassazione minima mondiale*, comporterà inevitabilmente delle ulteriori riflessioni per rendere le nuove norme compatibili con il delicato quadro di libertà fondamentali dell'Unione e con i relativi principi di diritto emanati dalla Corte di Giustizia. Il futuro delle norme CFC nazionali nel contesto dell'Unione, sebbene già tracciato dalla Direttiva ATAD, appare dunque **condizionato dagli sviluppi in corso in sede OCSE** ed all'esito degli accordi dei gruppi G7 / G20 sul tema del *minimum rate* globale.

La sensibilità dell'opinione pubblica dei paesi europei è stata artefice del forte impulso che la Commissione Europea ha cercato di imprimere verso l'adozione di misure, su scala continentale, in grado di contrastare le pratiche di elusione fiscale internazionale dei grandi gruppi globali. Sotto questo aspetto è risultato importante cercare di porre freno anche alla spirale – viziosa – della **competizione fiscale dannosa** tra ordinamenti europei che determina un forte squilibrio nelle finanze pubbliche degli Stati più grandi in termini popolazione e con sistemi di *welfare* universali e pertanto impegnativi da finanziare⁵²⁵. Nel prossimo futuro, inevitabilmente l'attenzione delle istituzioni europee sarà principalmente focalizzata verso gli interventi di sostegno all'economia dell'Unione, per il risanamento dalla recessione causata dall'epidemia del Covid-19. Nel medio termine è però auspicabile che il processo di integrazione del mercato unico sia accompagnato anche da una maggiore armonizzazione della fiscalità diretta. Le misure oggetto di trattazione nel presente lavoro di ricerca hanno rappresentato, senz'altro, un passo in avanti verso questo obiettivo e, nonostante l'adozione di una politica fiscale comune sia ad oggi un traguardo lontano, certamente l'insieme di interventi contro l'abuso e l'elusione internazionale segna una svolta importante verso la rimozione di alcune discrepanze tra gli ordinamenti tributari europei, giudicate ormai anacronistiche e deleterie per una effettiva integrazione politica e sociale degli Stati membri.

⁵²⁵ Cfr. Di Pietro Adriano, *Imposte moderne e Stati post nazionali*, in Studi Tributari Europei, n. 1/2016

BIBLIOGRAFIA

Opere consultate e citate

AA.VV. Ceppellini, Lugano & Associati, *Testo unico delle imposte sui redditi 2019*, Gruppo 24 Ore, 2019

AA.VV. Dragonetti, Piacentini, Sfondrini, *Manuale di fiscalità internazionale*, IPSOA, 2019

AA.VV. Committeri, Pallaria, Scifoni, *Transfer pricing e paradisi fiscali*, IPSOA, 2013

Amatucci Fabrizio, *Principi e nozioni di diritto tributario*, Torino, Giappichelli, 2013

Angelini Andrea, Erario Antonio, *CFC: profili interpretativi e applicativi alla luce delle recenti modifiche normative, compatibilità rispetto al diritto comunitario ed internazionale*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, n. 6/2018, p. 5

Antonacchio fabio, *Pianificazione fiscale aggressiva nell'era post-BEPS*, in *Il Fisco*, n. 9/2020, p. 854

Arnold Brian J., *The Evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and Beyond*, in *Bulletin for international taxation*, IBFD, 2019, p. 631

Artuso Emanuele, Bisinella Inge, *Brevi note sugli artt. 166 e 166bis TUIR: luci ed ombre dei recenti interventi normativi*, in *Diritto e pratica tributaria*, n. 2/2018

Ascoli Giuseppe, *Exit taxation: quadro sistematico della disciplina*, in *Il Fisco*, n. 21/2014

Ascoli Giuseppe, Pellecchia Massimo, *Prospettive di ampliamento delle ipotesi di applicazione della exit taxation*, in *Il Fisco*, n. 38/2018

Avolio Diego, Ruggiero Paolo, *Il recepimento della Direttiva ATAD e le nuove disposizioni in materia di CFC*, in *Il Fisco*, 2019/3, p. 253

Baker Philip, *The BEPS Project: Disclosure of Aggressive Tax Planning Schemes*, In *Intertax*, vol. 43, 2015, p. 85

Bargagli Marco, *La CFC rule si adegua alla Direttiva anti-elusione*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 2018/12, p. 15

Beghin Mauro, *Diritto Tributario*, Padova, Cedam, 2017

Beghin Mauro, *La sentenza Cadbury Schweppes e il malleabile principio della libertà di stabilimento*, in *Rassegna Tributaria*, n. 3/2007, p. 983

Beghin Mauro, *L'abuso del diritto nelle operazioni internazionali*, in *Corriere Tributario*, n. 12/2010, p. 957

Biasco Salvatore – *I danni della concorrenza fiscale in Europa* – in *Rassegna Tributaria* n. 1/2015

Bizioli Gianluigi, *Il processo di integrazione dei principi tributari nel rapporto fra ordinamento costituzionale, comunitario e diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2008

Błazej Kuzniacki, *The Need to Avoid Double Economic Taxation Triggered by CFC Rules under Tax Treaties, and the Way to Achieve It*, In *Intertax*, n.43, 2015

Blum Daniel W., *Controlled Foreign Companies: Selected Policy Issues –or the Missing Elements of BEPS Action 3 and the Anti-Tax Avoidance Directive*, in *Intertax*, n. 46, 2018, p. 296

Bonarelli Piero, Garbarino Carlo, *L'Unione Europea pubblica la black list dei Paesi non cooperativi*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, n. 4/2018

Bonn Jens Schönfeld, *CFC Rules and Anti-Tax Avoidance Directive*, in *EC Tax Review*, 2017/3, p. 145

Boria Pietro, *Diritto Tributario Europeo*, Milano, Giuffrè Editore, 2017

Boria Pietro, *La clausola anti-abuso prevista dalla direttiva ATAD: l'esperienza italiana*, in *Studi Tributari Europei*, Vol. 9/2019, p. 37

Cachia Franklin, *Aggressive Tax Planning: An Analysis from an EU Perspective*, in *EC Tax review*, n. 2017-5, p. 257

Carinci Andrea, Tassani Thomas, *Manuale di diritto tributario*, Torino, Giappichelli, 2019

Carrero José, *The Concept of 'Aggressive Tax Planning' Launched by the OECD and the EU Commission in the BEPS Era: Redefining the Border between Legitimate and Illegitimate Tax Planning*, in *Intertax*, vol. 44, 2016, p. 206

CFE ECJ Task Force, *Opinion Statement ECJ-TF 4/2019 on the ECJ Decision of 26 February 2019 in X-GmbH (Case C-135/17), Concerning the application of the German CFC Legislation in Relation to Third Countries*, in *European Taxation*, 2020, p. 152

Cipollina Silvia, *Elusione fiscale ed abuso del diritto: profili interni e comunitari*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 7/2010, p. 1724

Corasaniti Giuseppe, *Il dibattito sull'abuso o elusione nell'ordinamento tributario*, in *Diritto e pratica tributaria*, n. 2/2016, p. 465

Cordewener Axel – *Anti-Abuse Measures in the Area of Direct Taxation: Towards Converging Standards under Treaty Freedoms and EU Directives?* – in *EC Tax Review* – 2/2017

D'ambrosio Anna Ilaria, *Le sfide della digital Economy: la road map dell'OCSE*, in *Studi Tributari Europei*, vol 9/2019

De Capitani Giorgio, Dal Col Maura, *Tassazione effettiva e CFC: riflessioni e dubbi su casi pratici*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, n. 10/2019, p. 55

De Groot Isabella, Larking Berry, *Implementation of Controlled Foreign Company Rules under the EU Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164)*, in *European Taxation – IBFD*, June 2019, p. 261

Debelva Filip, AA.VV., *LOB Clauses and EU-Law Compatibility: A Debate Revived by BEPS?* – in *EC Tax review* 3/2015

Della Carità Antonio, Bonfanti Luca, *Paradossi e insana (in)coerenza nella CFC delineata dallo schema di decreto di recepimento dell'ATAD*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, n. 12/2018, p. 27

Della Valle Eugenio, AA.VV., *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, Torino, Giappichelli Editore, 2018

Di Pietro Adriano, Tassani Thomas, *I principi europei del diritto tributario*, Padova, CEDAM, 2013

Di Pietro Adriano, *Per una costituzione fiscale europea*, Padova, CEDAM, 2008

Di Pietro Adriano, *Libertà economiche e divieto di discriminazione nell'imposizione diretta*, Padova, CEDAM, 2004

Di Pietro Adriano, *Imposte moderne e Stati post nazionali*, in *Studi Tributari Europei*, n. 1/2016, p. 1

Di Stefano Alessandro, Porcarelli Andrea, Falduto Giuseppe, *CFC: un restyling in formato ATAD*, in *Amministrazione & Finanza*, n. 6/2019, p. 13

Dorigo Stefano, *Holding passive e costruzioni di puro artificio*, in *Corriere Tributario*, n. 27/2017, p. 2115

Dourado Ana Paula, *Free Movement of Capital: The European Union Anti-Tax Avoidance Package and Brexit*, in *Intertax*, 2016/12, p. 870

Eckl Petra, Schill Felix, *Reform of the German Controlled Foreign Company Rules*, in *European Taxation*, 2020, p.247

Enriquez Luca, Zorzi Andrea, *Armonizzazione ed arbitraggio normative nel diritto societario europeo*, in *Rivista delle società*, fasc. 5, 2016

English Joachim, *International Tax Law: New challenges to and from constitutional and legal pluralism*, Amsterdam (NL), IBFD, 2016

Fantozzi Augusto, *Diritto tributario*, Torino, Utet Giuridica, 2012

Furlan Alessandro, Sormani Luca, *Interrelazioni tra disciplina CFC e dividendi da società estere alla luce delle modifiche introdotte dal Decreto ATAD: casi pratici*, in *Fiscalità Finanziaria*, 4/2019, p. 15

Gabelli Massimo, Rossetti Davide, *Trasferimento della residenza all'estero: exit tax a riscossione differita*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, n. 8-9/2012

Ghetti Riccardo, *Il problema delle forme societarie europee tra unificazione, armonizzazione e concorrenza*, in *Rivista delle società*, fasc. 4, 2016

Giordano Andrea, AA.VV., *Diritto tributario europeo e internazionale*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020

Ginevra Guglielmo, *The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU level*, in *Intertax* n. 45, 2017, p. 120

Grandinetti Mario, *Gli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale*, in *Rassegna Tributaria*, n. 3/2017

Grilli Stefano, *Le costruzioni di puro artificio nella giurisprudenza della corte di giustizia: considerazioni in tema di effettiva attività economica*, in *Rassegna Tributaria*, n.4/2008, p. 1169

Hanno Kube, Ekkehart Reimer & Christoph Spengel – “Tax Policy: Trends in the Allocation of Powers Between the Union and Its Member States” – in *EC Tax Review*, 2016, vol. 25, p. 247

Hey Johanna, *The 2020 Pillar Two Blueprint: What Can the GloBE Income Inclusion Rule Do That CFC Legislation Can't Do?* – in *Intertax*, 2021, n. 49, pag. 7

Helminen Marjaana, *Is there a future for CFC-regimes in the EU?*, in *Intertax*, n. 33, 2005, p. 117

Herzfeld Mindy, *Can GILTI + BEAT = GLOBE?*, in *Intertax*, 2019, n. 47, p. 504

Kemmeren E – *Where is EU Law in the OECD BEPS Discussion?* – in *EC Tax Review*, 2014, vol. 23

Kollrus Thomas, *Is ATAD a Black Hole? The impact on International Tax Planning*, in *European Taxation*, IBFD, 2019, p. 377

Kuzniacki Blazej, *Implementing the ATAD's CFC Rules by Poland Contrary to EU Primary Law: A Solitary Example or the Beginning of Infamous Trend?*, in *EC Tax Review*, 2018/3, p. 758

Lampert Steffen, Bittermann Jan-Niklas, Harms Bastian, *Il regime CFC in Germania*, in *Studi Tributari Europei*, n. 1/2013, p. 24

Lang Michael, *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, Alphen aan den Rijn (NL), Kluwer Law International, 2004

Lang Michael, *Controlled Foreign Company Legislation*, Amsterdam (NL), IBFD – WU Institute for Austrian and International Tax Law, n. 17 *European and International Tax Law and Policy Series*, 2020

Letizia Giulia, *The Recent Restrictive ECJ Approach to Exit Tax and the ATAD Implementation*, in *EC Tax Review* n. 1/2020, p. 33

Lupi Raffaello, *Concorrenza tra ordinamenti, Comunità europee e prelievo tributario*, in *Rassegna Tributaria*, 2004, n. 3

Majdowski Filip, Bronzewska Katarzyna, *Revolutionary Changes to the Arm's Length Principle under the OECD BEPS Project: Have CFC Rules Become Redundant?*, in *Intertax* n. 46/2018, p. 210

Malberti Corrado, *Corte di Giustizia trasferimenti transfrontalieri: riflessi di diritto europeo ed interno – il commento*, in *Notariato*, n. 1/2018

Marino Giuseppe, *Il tax whistleblowing: dal contrasto all'evasione fiscale internazionale alla prevenzione della pianificazione fiscale aggressiva*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, n. 4/2020, p. 1347

Mattia Salvatore, *Stati Uniti: un primo bilancio sulla riforma fiscale in vigore nel 2018*; in *Il Fisco*, n. 40/2018, p. 3858

Miele Luca, Piccinini Giorgio, *Nuovo regime CFC: eliminata distinzione tra modelli black e white*, in *Corriere Tributario*, n. 42/2018, p. 3199

Mondini Andrea, *L'obiettivo incertezza della norma tributaria e la disapplicazione delle sanzioni amministrative tra primato del giudice e prospettive comunitarie*, in *Rassegna tributaria*, n. 6/2009, p. 1630

Mondini Andrea, *Contributo allo studio del principio di proporzionalità nel sistema dell'IVA europea*, Pisa, Pacini Editore, 2012

Mondini Andrea, *Le nuove forme di controllo fiscale in Italia*, in *Studi Tributari Europei*, n. 1/2016, p. 28

Morri Stefano, Guarino Stefano, *CFC e libertà di stabilimento tra normative italiana e garanzie europee*, in *Corriere Tributario*, n. 32-33, 2016, p. 2539

Moser Till, Hentschel Sven, *The Provisions of the EU Anti-Tax Avoidance Directive Regarding Controlled Foreign Company Rules: A Critical Review Based on the Experience with the German CFC Legislation*, in *Intertax*, 2017/45, p. 606

Mucciarelli Federico Maria, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normative*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Giuffrè Editore, n. 341, 2010

Nicolosi Francesco, *Brevi osservazioni sulla nuova disciplina CFC recata dallo schema di decreto ATAD*, in *Rivista di Diritto Tributario*, Pisa, Pacini Giuridica, 2018

Nicolosi Francesco, *Compravendita di beni e prestazioni di servizi, con valore economico aggiunto scarso o nullo, nella nuova disciplina cfc*, in *Rivista di Diritto Tributario*, Pisa, Pacini Giuridica, 2019

Nielsen Lars F., *New Perspective on the Taxation of CFCs in Third Countries?*, in *European Taxation*, IBFD, 2018, vol 58, p. 571

Nyström Wilhelm, *Saving the ATAD CFC Regime Through Abuse of Law or the Rule of Reason*, in *Intertax*, vol. 49, p. 223

Olbert Marcel, *Measuring and Interpreting Countries' Tax Attractiveness for Investments in Digital Business Models*, in *Intertax* vol 47/2019, p. 148

O'Shea Tom, *The UK's CFC rules and the freedom of establishment: Cadbury Schweppes plc and its IFSC subsidiaries – tax avoidance or tax mitigation?*, in *EC Tax Review*, 2007/1, p. 13

Peeters Steven, *Exit Taxation: from an internal market barrier to a tax avoidance prevention tool*, in *EC Tax Review*, 2017/3

Peters Cees, *Non-discrimination and tax law: structure and comparison of the various non-discrimination clauses*, in *EC Tax Review*, 2001/1, p. 13

Pellecchia Massimo, *Exit Taxation and Restructuring Operations: A Comparison of EU and Italian Tax Law*, in *European Taxation*, IBFD, Vol. 58 (2018), n. 8

Piazza Marco, Della Carità Antonio, Baggio Elia, *CFC e tassazione integrale dei dividendi esteri: breve guida al self assessment*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, n. 5/2019

Piazza Marco, D'Angelo Giacomo, *Revisione della exit tax: estensione a fusioni, scissioni e rami di stabili organizzazioni*, in *Il Fisco*, n. 2015/22

Pinto Joao Santos, *The role of the concept of control under CFC legislation within the European Union vis-à-vis third countries*, in *European Taxation*, 2013, p. 94

Pistone Pasquale, *Diritto Tributario Internazionale*, Torino, Giappichelli Editore, 2019

Pistone Pasquale, *Diritto Tributario Europeo*, Torino, Giappichelli Editore, 2018

Pistone Pasquale, *The impact of european law on the relations with third countries in the field of direct taxation*, in *Intertax*, 2006/5, p. 234

Popa Oana, *An overview of ATAD implementation in EU Member States*, in *European Taxation*, 2019, p. 120

Quagli Alberto, *Bilancio e principi contabili*, Assago, IPSOA, 2020

Rizzardi Raffaele, *La disciplina CFC: un punto fermo dopo la Direttiva ATAD?*, in *Fiscalità Internazionale*, 2019/3, p. 283

Rolle Giovanni, *“Exit taxation”, riorganizzazioni transfrontaliere e doppia imposizione*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, n. 11/2015

- Romano Carlo, *Using Tax Haven under European Law: Cadbury Schweppes and CFC rules*, in *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, 2007, n. 2
- Romano Carlo – Conti Daniele – *La fiscalità della “digital economy” all’indomani degli studi beps* – in *Corriere Tributario* – 4/2016
- Rossi Pierpaolo, *Aperta la via della concorrenza fiscale in ambito UE. Per la Corte UE, le regole CFC confliggono con la libertà di stabilimento*, in *Il fisco*, 2006
- Russo P., *Manuale di diritto tributario*, Milano, Giuffrè Editore, 2009
- Sacchetto Claudio, *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, Giappichelli Editore, 2016
- Sallustio Carlo, *Il trasferimento della sede e della residenza fiscale all’estero e dall’estero in Italia. Profili sistematici*, in *Rivista di Diritto Tributario*, n. 3/2014
- Sartori Nicola, *Le riorganizzazioni transnazionali nelle imposte sul reddito*, Torino, Giappichelli Editore, 2012
- Scarioni Paolo, Angelucci Pierpaolo, *Il credito di imposta “indiretto” sui dividendi provenienti da paradisi fiscali*, in *Corriere Tributario*, n. 1/2020, p. 52
- Silvestri Andrea, *Holding companies in the BEPS era*, in *Intertax*, 2017, p. 482
- Smit Daniel S. – *International Income Allocation under EU Tax Law: Tinker, Tailor, Soldier, Sailor* – in *EC Tax Review* – 2/2017
- Smith Paul – *New UK CFC Rules* – in *European Taxation* – IBFD, 2013, pag. 127
- Soom Annika, *Double Taxation Resulting from the ATAD: Is there relief?*, in *Intertax*, 2020, p. 273
- Tabet Giuliano, Greggi Marco, *La disciplina delle cd. “società controllate e collegate estere” nell’ordinamento italiano*, in *Studi Tributari Europei*, n. 1 /2014, p. 68
- Tassani Thomas, *Trasferimento di sede sociali in altro stato UE ed “exit tax”*, in *Giurisprudenza delle Imposte*, 2012, vol. 1.
- Tassani Thomas, *Transfer of Residence and Exit Taxation in EU law: the italian approach*, in *Studi Tributari Europei*, n. 1/2009, p. 1
- Tesauro Francesco, *Istituzioni di diritto tributario*, Milano, UTET, 2017
- Tesauro F., *Diritto Comunitario*, Milano, UTET, 2003
- Terra Ben, Wattel Peter, *European Tax Law*, Alphen aan den Rijn (NL), Kluwer Law International, 2012
- Tito Emanuele, Giusti Gabriele, *La commissione UE mette l’accento sull’“action 6” e sull’“action 7” del progetto BEPS*, in *Corriere Tributario*, n. 17/2016

Traversa Edoardo, *The prohibition of abuse of rights in European Tax Law: sacrificing the internal market for the fight against base erosion and profit shifting?*, in *Studi Tributari Europei*, Vol. 9/2019

Turri Giovanni, *Trasferimento di sede all'estero di una società: profili civilistici e fiscali*, in *Diritto e pratica tributaria*, n. 2/2017

Uckmar Victor e AAVV, *Diritto tributario internazionale: manuale*, Padova, CEDAM, 2012

Valente Piergiorgio, *Manuale del transfer pricing*, Assago, IPSOA, 2018

Valente Piergiorgio, *Patent Box e gestione beni immateriali*, Assago, IPSOA, 2017

Valente Piergiorgio, Salvatore Mattia, *CFC rule per le costruzioni di puro artificio*, in *Corriere Tributario*, n. 42/2010, p. 3454

Valente Piergiorgio, *Sede di direzione effettiva: profili comunitari negli interventi della Corte di Giustizia*, in *Il Fisco*, n. 28/2008, p. 5037

Zizzo Giuseppe, *La fiscalità delle società IAS/IFRS*, Assago, IPSOA, 2018

Sentenze della Corte di Giustizia UE

C – 135/17 X Gmbh del 26/02/2019

C – 196/04 Cadbury Schweppes del 12/09/2006

C – 524/04 Thin Cap GLO del 13/03/2007

C – 6/16 Equiom Sas del 7/09/2017

C – 264/96 ICI del 16/07/1998

C – 270/83 Avoir Fiscal del 28/01/1986

C – 307/97 Saint Gobain del 21/09/1999

C – 371/10 National Grid Industries del 29/11/2011

C – 28/17 NN del 4/07/2018

C – 165/17 Morgan Stanley del 24/01/2019

C – 249/17 Ryanair del 17/10/2018

C – 292/16 A Oy del 23/11/2017

C – 575/17 Sofina SA del 22/11/2018

C – 650/16 AS Bevola del 12/06/2018

C – 657/13 Verder Labtec del 21/05/15

C – 255/02 Halifax e A. del 21/02/2006

C – 18/11 Philips Electronics UK Ltd del 6/09/2012

C – 502/17 C&D Foods Acquisition ApS del 8/11/2018

C – 575/17 Sofina SA del 22/11/2018

Prassi dell’Agenzia delle Entrate

Circolare 18/E del 2002

Circolare 51/E del 2010

Circolare 23/E del 2011

Circolare 28/E del 2011

Circolare 9/E del 2016

Circolare 35/E del 2016

Circolare 17/E del 2020

Circolare 11/E del 2016

Risoluzione 43/E del 2008

Risoluzione 326/E del 2008

Prassi internazionale

HMRC Internal Manual – International Manual (UK)

IRS – Internal Revenue Manual – Part4 – 4.61.7 Controlled Foreign Corporations

Documenti dell’Unione Europea

European Commission, *Commission Staff Working Document – Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – Anti Tax Avoidance Package: Next Steps towards delivering effective taxation and greater tax transparency in the EU*, COM (2016) final

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=SWD%3A2016%3A6%3AFIN>

European Commission – *Commission expert group on taxation of the digital economy – 2014*

https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/tax-good-governance/expert-group-taxation-digital-economy_en

European Commission – *Taxation: Commission requests UK to further amend its treatment of controlled foreign corporations (CFCs)*

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/ip_11_606/IP_11_606_EN.pdf

European Parliament – Directorate general for internal policies – *Tax Challenges in the digital economy*, 2016

<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/fc8ce073-41ac-11e6-af30-01aa75ed71a1/language-en>

Commissione Europea – Raccomandazione del 6 dicembre 2012 sulla pianificazione fiscale aggressiva (2012/772/UE)

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A32012H0772>

Documenti OCSE

OECD *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017

<https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-20769717.htm>

OECD/G20 BEPS – *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3: Final Report*, 2015

<https://www.oecd.org/ctp/designing-effective-controlled-foreign-company-rules-action-3-2015-final-report-9789264241152-en.htm>

OECD *Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions*, february 2020

<https://www.oecd.org/tax/beps/transfer-pricing-guidance-on-financial-transactions-inclusive-framework-on-beps-actions-4-8-10.htm>

OECD/G20 BEPS – *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5: Final Report*, 2015

<https://www.oecd.org/tax/countering-harmful-tax-practices-more-effectively-taking-into-account-transparency-and-substance-action-5-2015-final-report-9789264241190-en.htm>

OECD/G20 BEPS – *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy – ACTION 1: 2015 Final Report*

<http://www.oecd.org/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report-9789264241046-en.htm>

OECD/G20 BEPS – *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint*

<https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-digitalisation-report-on-pillar-one-blueprint-beba0634-en.htm>

OECD/G20 BEPS – *Tax Challenges Arising from Digitalisation* – Report on Pillar Two Blueprint

<https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-digitalisation-report-on-pillar-two-blueprint-abb4c3d1-en.htm>

OECD/G20 BEPS – *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances* – Action 6: 2015 Final Report

<https://www.oecd.org/tax/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm>

Pagine internet

<https://www.gov.uk/government/publications/anti-avoidance-directive-about-controlled-foreign-companiesand-eu-exit>

<https://www.law.cornell.edu>

https://www.irs.gov/irm/part4/irm_04-061-007#idm140370044891104

<https://www.irs.gov/newsroom/tax-cuts-and-jobs-act-a-comparison-for-large-businesses-and-international-taxpayers>

ABSTRACT

Il presente lavoro di ricerca ha ad oggetto la disciplina della *CFCrule*, analizzata su tre diversi livelli. Il primo è quello internazionale, con l'analisi delle raccomandazioni OCSE contenute nel progetto BEPS 3, dedicato ai suggerimenti per progettare regole CFC efficaci. L'esame delle conclusioni del BEPS 3 è stato accompagnato da un raffronto delle *CFCrule* in vigore nei principali ordinamenti nazionali (US, Germania, Francia, UK), le cui caratteristiche hanno influenzato i lavori BEPS. Il secondo livello di analisi è quello dell'Unione Europea nella quale, a seguito delle spinte politiche volte al contrasto all'elusione fiscale internazionale, sono state recepite le raccomandazioni BEPS varando un importante pacchetto antielusione. La Direttiva ATAD 1164/2016 prevede disposizioni relative all'introduzione, in ambito europeo, di una norma CFC con caratteristiche di minimum standard al fine di neutralizzare le pratiche illegittime di delocalizzazione fittizia che danneggiano, oltre la base imponibile degli Stati membri, anche l'integrità stessa del Mercato Unico. I numerosi arresti della Corte di Giustizia Europea riguardanti le normative CFC nazionali, in materia di imposizione diretta e libertà fondamentali, hanno offerto una cornice dentro la quale è stata emanata la ATAD ed è stata recepita dagli ordinamenti nazionali. Il terzo livello di studio, quello nazionale, ha visto l'esame del recepimento della Direttiva nell'ordinamento tributario italiano con il nuovo articolo 167 del TUIR, indagando le innovazioni e le ripercussioni operative della nuova disciplina, anche attraverso la lente di osservazione delle libertà fondamentali sancite dal Trattato. È stato inoltre operato un raffronto tra la nuova *CFCrule* italiana rispetto agli altri principali istituti di contrasto all'erosione o abuso (quali il *transfer pricing*, la tassazione in uscita, la GAAR, la disciplina dei costi *black list* e le regole di residenza fiscale delle società) cercando di sottolineare le differenze funzionali ed operative tra gli stessi.