



CONSIGLIO NAZIONALE
DEI DOTTORI COMMERCIALISTI

FONDAZIONE
ARISTEIA

ISTITUTO DI RICERCA
DEI DOTTORI
COMMERCIALISTI



DOCUMENTI ARISTEIA

documento n. 66

*La disciplina tributaria delle c.d.
controlled foreign companies*

luglio 2006

**LA DISCIPLINA TRIBUTARIA DELLE C.D.
*CONTROLLED FOREIGN COMPANIES***

SOMMARIO: 1. Premessa: *ratio* della normativa *cfc* – 2. Normativa *cfc* e sua compatibilità con l'ordinamento comunitario e con le convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni – 3. La normativa italiana sulle *cfc*: l'art. 167 del TUIR – 4. Disapplicazione della disciplina antiabuso – 5. L'art. 168 del TUIR: in particolare la nozione di collegamento – 6. La determinazione dell'imponibile in assenza del requisito del controllo.

La disciplina tributaria comunemente denominata controlled foreign companies consiste, sostanzialmente, nella imputazione per trasparenza in capo ad un soggetto residente dei redditi prodotti da società partecipate estere localizzate in paesi a bassa fiscalità.

Detta disciplina, la cui ratio è in buona sostanza antielusiva, pone delicati problemi di compatibilità sia con l'ordinamento comunitario sia con le convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni.

Nel nostro ordinamento tali possibili incompatibilità andranno valutate anche alla stregua della ormai prossima entrata in vigore di un regolamento che, integrando la già vigente normativa primaria, renderà applicabile la disciplina anche alle società collegate estere, mentre sino ad ora l'ambito di applicazione dell'istituto era limitato alle società estere controllate.

1. Premessa: *ratio* della normativa *cfc*

Come è ben noto agli operatori, la liberalizzazione valutaria e la sempre crescente globalizzazione dei mercati consentono alle imprese di adottare strategie aziendali volte a localizzare le attività produttive anche in ragione dell'incidenza del fattore fiscale.

Infatti, tutte le volte in cui una determinata attività può essere delocalizzata in ragione di un basso radicamento territoriale (es. imprese manifatturiere e finanziarie) e di una alta capacità di mobilità internazionale, la possibilità di usufruire di un trattamento fiscale favorevole diviene elemento di pianificazione nelle scelte di gestione delle imprese.

Tutto ciò può consentire il proliferare di pratiche elusive volte a minimizzare il carico fiscale localizzando in paesi a bassa fiscalità “frammenti” facilmente gestibili dell’attività d’impresa mediante il ricorso a società controllate o collegate¹.

In particolare, negli ultimi trenta anni, si è diffuso il fenomeno della costituzione o acquisizione di società estere localizzate in Paesi a fiscalità privilegiata poiché lo schermo societario impedisce, di norma, di attribuire al soggetto controllante residente in un Paese ad alta fiscalità i redditi derivanti da una controllata estera.

In tal modo il soggetto controllante, sfruttando la distinta soggettività giuridica della società controllata localizzata in una giurisdizione a fiscalità ridotta, può attribuire alla stessa redditi propri evitando poi di rimpatriarli sotto forma di dividendi, ottenendo un differimento nell’imposizione che dura sino a che detti utili sono ritenuti dalla società estera.

Dette società estere localizzate in paradisi fiscali sono denominate *controlled foreign companies (o corporations)*².

La dannosità di tali pratiche per i paesi più industrializzati è talmente evidente che i legislatori nazionali di molti Stati, anche europei, supportati anche dall’OCSE, che ha raccomandato³ agli Stati membri dell’Organizzazione di adottare misure volte a contrastare detto fenomeno, hanno introdotto una disciplina antielusiva che prende il nome di *CFC legislation*.

Tale normativa antiabuso prevede, in generale, l’imputazione degli utili della società controllata estera localizzata in Stati o territori a bassa fiscalità direttamente in capo all’azionista residente, in proporzione all’entità della partecipazione ed indipendentemente dalla effettiva distribuzione.

In tal modo si intende contrastare la possibilità per l’azionista residente di non attuare, in maniera sistematica, la distribuzione dei dividendi operando il differimento del prelievo nel Paese della controllante.

Ciò vale in generale, anche se possibili modelli della disciplina *cfc* differiscono sia in relazione alle tipologie di reddito oggetto di imputazione diretta in capo al socio sia per quanto riguarda la *fiction juris* in forza della quale detta imputazione avviene.

Con riferimento al primo aspetto vi sono due diversi approcci: il primo, comunemente indicato come *jurisdictional*, tiene conto della base territoriale del reddito e sottopone ad imposizione per trasparenza tutti i redditi prodotti nel Paese di stabilimento della controllata, indipendentemente dalla loro fonte.

Tale modello, che in Europa è adottato da Italia, Francia, Regno Unito, Portogallo, Svezia e Finlandia, è il più diffuso, anche in considerazione della sua semplicità da un punto di vista applicativo.

Esso richiede l’adozione di una “lista nera” di Paesi che sono considerati giurisdizioni fiscalmente privilegiate: gli azionisti residenti in Paesi che adottano tale normativa sono tassati, in relazione ai redditi prodotti dalle società localizzate in tali giurisdizioni, in proporzione all’entità della partecipazione ed

¹ Cfr. R. LUPI, *Principi generali in tema di C.F.C e radicamento territoriale delle imprese*, in *Rass. trib.*, 2000, 1730 ss.; R. CORDEIRO GUERRA, *Riflessioni critiche e spunti sistematici sulla introducenda disciplina delle controlled foreign companies (art. 127 – bis Tuir)*, *ivi*, 1406 ss.

² Sulle politiche di *tax deferral* si veda C. PINTO, “Società estere” e differimento d’imposta in paesi a fiscalità privilegiata aspetti comparatistici, in *Dir. prat. trib.*, 1999, III, 192 ss.

³ Si veda il rapporto del 1998 dal titolo *Harmful tax competition: an emerging global issue*.

indipendentemente dalla distribuzione, sempre che non ricorrano determinati presupposti che consentono la disapplicazione della normativa antiabuso.

La possibilità di ottenere la disapplicazione della normativa *cfc* mira a non penalizzare l'investimento in società estere che, seppure localizzate in paradisi fiscali, conducono prevalentemente un'attività economica effettiva in detti Paesi⁴.

Il modello alternativo, denominato *transnational*, imputa invece al socio solo certe tipologie di reddito della *cfc*, tipicamente i redditi c.d. passivi o sporchi che non sono frutto di un'effettiva attività economica, bensì di investimenti passivi di redditi finanziari (dividendi, interessi, canoni su brevetti e marchi, *capital gains*, etc.), ed indipendentemente dalla localizzazione della società estera in un paradiso fiscale.

Tale modello, che non richiede né una definizione normativa di paradiso fiscale né una lista di Paesi considerati a fiscalità privilegiata, è adottato in Europa da Germania, Danimarca e Spagna (fuori dall'UE da Stati Uniti e Canada).

Quest'ultimo, se presenta il pregio di una maggiore equità, comporta tuttavia difficoltà di attuazione ed elevati costi amministrativi.

Con riferimento alla *fictio juris* in forza della quale avviene l'imputazione del reddito della società estera sono rinvenibili tre diversi approcci.

Il base al primo l'imputazione avviene come se la *cfc* non esistesse (*disregarded entity* o *piercing the veil approach*); il secondo qualifica il reddito estero come dividendo (*fictive* o *deemed dividend approach*), mentre il terzo tratta l'investimento nella *cfc* come un *asset* finanziario e qualifica il reddito di questa come reddito di capitale (*capital yield approach*)⁵.

Una caratteristica comune alla maggior parte delle discipline *cfc* adottate dai vari Paesi dell'Unione è rappresentata dal rapporto che lega la società localizzata nel paradiso fiscale con il soggetto residente detentore della partecipazione azionaria: quest'ultimo, che normalmente può essere sia una persona fisica che giuridica, deve possedere una partecipazione azionaria "di controllo".

Tale ultimo requisito si concretizza con il possesso di diritti di voto e/o di una partecipazione al capitale azionario superiori a determinate soglie quantitative che variano da Paese a Paese.

A titolo di esempio, in Spagna, Svezia, Finlandia e Regno Unito è richiesto il possesso di una partecipazione azionaria di almeno il 50 per cento, in Francia il riferimento è ad una partecipazione di almeno il 10 per cento (con alcune eccezioni), in Germania viene richiesto oltre il 50 per cento delle azioni o dei diritti di voto esercitabili in mano a residenti anche quando l'utile da attribuire sia riconducibile a ciascun azionista che vanta un interesse su almeno il 10 per cento, in Portogallo il controllo si esprime nel possesso di almeno il 25 per cento del capitale azionario (10 per cento nel caso di partecipazioni detenute da residenti portoghesi

⁴ Si segnala che accanto alle c.d. *black list* in alcuni Paesi è dato rinvenire "liste grigie", ove sono elencati i Paesi che sono considerati paradisi fiscali solo qualora ricorrano determinate condizioni ovvero solo con riferimento a determinati regimi speciali o a certe categorie di redditi, e "liste bianche" di Paesi che non sono mai considerati paradisi fiscali.

⁵ Sul punto si rinvia a S. MORRI, *Il regime delle CFC e i trattati contro le doppie imposizioni: la giurisprudenza francese attesta il conflitto*, in *Fiscalità internazionale*, 2003, 11.

eccedenti il 50 per cento), in Danimarca si ha controllo con il possesso di almeno il 25 per cento di azioni o con almeno il 50 per cento dei diritti di voto esercitabili.

2. Normativa cfc e sua compatibilità con l'ordinamento comunitario e con le convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni.

La presenza di normative *cfc* nell'ordinamento di Paesi dell'UE implica la necessità di verificare se possano riscontrarsi violazioni della normativa comunitaria primaria, in particolare con riferimento ai principi di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei capitali (rispettivamente articoli 43 e 56 del Trattato UE), nonché della direttiva 90/435/CEE (c.d. direttiva madre – figlia).

Evidentemente tale verifica presuppone la rilevanza delle fattispecie per l'ordinamento comunitario, ciò che si verifica in tre ipotesi:

- la società controllata è residente in un Paese comunitario;
- la *cfc* residente in un Paese a fiscalità privilegiata è controllata per il tramite di una società residente nell'UE;
- il soggetto controllato residente nell'UE possiede una stabile organizzazione nel paradiso fiscale (sempre che, come avviene nel nostro Paese, la singola normativa nazionale attragga a tassazione anche i redditi conseguiti dalla stabile organizzazione⁶).

Si rileva, inoltre, che sono stati sollevati dubbi anche sulla conformità delle discipline *cfc* con le disposizioni convenzionali contro la doppia imposizione ed, in particolare, con gli artt. 7, par. 1, e 10, par. 5, dei trattati bilaterali confezionati sul modello di convenzione dell'OCSE⁷.

Con riferimento alle previsioni della direttiva madre – figlia, il problema della compatibilità con l'ordinamento comunitario si pone in quanto la disciplina *cfc* consente allo Stato della società controllante di assoggettare a tassazione il reddito della società controllata mentre per effetto della direttiva detto Stato perde la facoltà di esercitare la propria potestà impositiva (se non nel limite del 5 per cento previsto in via eccezionale dalla stessa direttiva).

Ciò nonostante, sembra potersi concludere per la compatibilità delle normative nazionali *cfc* tutte le volte in cui queste ultime concedano un credito per le imposte assolute all'estero dalla società partecipata estera (c.d. *indirect tax credit*), in tal modo conformandosi ai meccanismi previsti dalla citata direttiva per eliminare i fenomeni di doppia imposizione economica in ambito comunitario in relazione a flussi di reddito tra società madri e figlie di Stati membri diversi (metodo dell'esenzione ovvero, appunto, del credito d'imposta indiretto).

⁶ Cfr. art. 167, comma 1, ultimo periodo, d.p.r. n. 917/1986, come modificato dal d. lgs. n. 344/2003; sul punto si rinvia a C. ROTONDARO, *Note minime in tema di compatibilità dei regimi CFC con il diritto comunitario. Alcune riflessioni sul caso italiano*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, I, 517 ss.

⁷ In tal senso si veda la sentenza del Consiglio di Stato francese del 28 giugno 2002, n. 232276 che ha ravvisato l'esistenza di un conflitto tra la legislazione francese in materia di *cfc* e la convenzione contro le doppie imposizioni tra la Francia e la Confederazione svizzera.

Ben più problematica è la questione della compatibilità della disciplina *cfc* con la libertà di stabilimento, tanto che la dottrina ha più volte sostenuto la necessità di un intervento della Corte di Giustizia.

Come noto, ai sensi dell'art. 43, comma 1, del Trattato sono vietate le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro (diritto primario o “a titolo principale” di stabilimento) nonché le restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di uno Stato membro (stabilimento “a titolo secondario”)⁸.

Detta norma intende assicurare l'applicazione della disciplina nazionale dello Stato membro di stabilimento ai soggetti non residenti.

Inoltre, alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia⁹, la stessa impedisce altresì che lo Stato di origine restringa il diritto di stabilimento in un altro Stato membro di un proprio cittadino o di una società costituita secondo il proprio ordinamento giuridico.

Il principio di libertà di stabilimento “a titolo secondario” consente a persone fisiche o giuridiche di acquisire partecipazioni di controllo e di gestire imprese stabilite in altri Stati membri alle stesse condizioni di soggetti stabiliti unicamente sul territorio nazionale.

Inoltre le imprese sono libere di scegliere la forma ritenuta più idonea per l'esercizio dell'attività economica in un altro Stato membro senza scontare alcuna discriminazione.

Tutto ciò considerato risulta evidente che la disciplina *cfc*, prevedendo un trattamento differenziato in relazione allo Stato dove è localizzata la controllata, pone delle restrizioni al diritto di stabilimento “a titolo secondario”, potendo altresì condizionare le scelte in ordine alla costituzione o meno di una società controllata rispetto ad una stabile organizzazione.

Anche in relazione alla libera circolazione dei capitali garantita dagli artt. 56 e seguenti del Trattato valgono sostanzialmente le medesime argomentazioni appena esposte con riferimento alla libertà di stabilimento.

In particolare, la disciplina *cfc* di uno Stato membro rende meno attrattiva la localizzazione all'estero di investimenti dei cittadini dello stesso Stato all'interno della Comunità rispetto all'investimento interno, ponendosi dunque in contrasto con l'art. 56, almeno che non ricorrano le circostanze considerate dall'art. 58¹⁰.

Si rileva inoltre che, secondo la giurisprudenza comunitaria, una medesima disposizione di uno Stato membro può violare simultaneamente più di una libertà fondamentale; qualora risulti ostacolata direttamente la circolazione dei capitali si applica l'art. 56, mentre in caso di violazione o restrizione indiretta trovano applicazione le norme sulla libertà di stabilimento¹¹.

⁸ Tale libertà di aprire agenzie, succursali o filiali sussiste anche quando le stesse siano stabilite al di fuori del territorio della Comunità.

⁹ Cfr. sentenza 27 settembre 1988, C - 81/87, *Daily Mail*.

¹⁰ Tale articolo consente ad uno Stato membro di discriminare tra i propri cittadini in base alla localizzazione dei propri investimenti all'estero nonché di prendere le misure necessarie per impedire la violazione della normativa nazionale, in particolare nel settore fiscale, e di adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza. Tali misure non devono tuttavia costituire un mezzo di discriminazione arbitraria né una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali.

¹¹ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 13 marzo 2000, C - 251/98, *Baars*; sentenza 6 giugno 2000, C - 35/98, *Verkooijen*.

Una volta acclarata l'esistenza di un contrasto tra discipline nazionali *cfc* e libertà di stabilimento e/o di circolazione dei capitali, occorre indagare sulla sussistenza di cause giustificative che legittimino tali restrizioni alle libertà fondamentali.

Una prima causa giustificativa potrebbe essere individuata nella necessità degli Stati membri di contrastare forme di elusione fiscale attuate mediante la costituzione di società estere controllate.

Tale giustificazione non sembra tuttavia idonea con riferimento alla maggior parte delle normative nazionali *cfc* se non altro per l'assenza del requisito della proporzionalità.

Difatti dette normative sono normalmente suscettibili di applicazione a fattispecie in cui non sussiste alcuna effettiva sottrazione di materia imponibile allo Stato di residenza del soggetto controllante e alcuna elusione della tassazione interna e quindi le stesse hanno un impatto restrittivo sulle libertà fondamentali che eccede quanto strettamente necessario al raggiungimento dello scopo antiabuso.

Altra causa giustificativa potrebbe essere rappresentata dalla necessità di preservare la coerenza del sistema fiscale, la cui configurazione spetta a ciascuno Stato membro, sempre che l'obiettivo non possa essere raggiunto con disposizioni meno restrittive¹².

Anche in questo caso è dunque fondamentale il rispetto del principio di proporzionalità.

Ebbene, benché l'adozione di una legislazione *cfc* possa teoricamente trovare giustificazione nella esigenza di garantire la neutralità all'esportazione ed all'importazione dei capitali, sembra tuttavia che, almeno la maggior parte delle normative adottate dagli Stati membri, non possa ritenersi legittima per assenza di proporzionalità.

Ciò perché, come detto in precedenza, tali discipline possono, nella maggior parte dei casi, trovare applicazione anche in fattispecie in cui non si realizza alcun effettivo risparmio d'imposta¹³.

Dunque la disciplina *cfc* sembra porsi in contrasto con libertà fondamentali del Trattato tanto che da più parti è stato auspicato un intervento della Corte che sancisca il tramonto di detto strumento antiabuso.

Tuttavia l'esigenza sottostante dette normative, sostanzialmente impedire alle ricchezze facilmente delocalizzabili di effettuare lo *shopping* dei regimi fiscali, appare degna di rilievo e potrà trovare definitiva soddisfazione solo a condizione che nell'Unione si riesca a raggiungere una maggiore uniformità impositiva.

Vale la pena di segnalare che l'esigenza di limitare pratiche elusive operate mediante la costituzione di società di diritto estero spesso localizzate in paradisi fiscali o, comunque, in paesi che accordano determinati

¹² Cfr. sentenza della Corte di Giustizia 28 gennaio 1992, C – 204/90, *Bachmann*.

¹³ È ad esempio il caso della normativa *cfc* italiana che, come noto, si avvale esclusivamente di una *black list* di Stati che si presumono a ridotta tassazione senza preoccuparsi dell'effettivo carico impositivo gravante sulla partecipata estera, non essendo previsto alcun tipo di *comparable tax test*; sul punto si rinvia a C. SACCHETTO – S. PLEBANI, *Compatibilità della legislazione CFC italiana con le norme convenzionali e con l'ordinamento comunitario*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2002, 35 ss; secondo C. ROTONDARO, *Note minime in tema di compatibilità dei regimi CFC con il diritto comunitario. Alcune riflessioni sul caso italiano*, cit., 555, alla normativa *cfc* italiana è estranea la finalità di protezione della coerenza dell'ordinamento, rappresentando quest'ultima piuttosto un elemento d'incoerenza e discrasia nel sistema impositivo italiano. Vale la pena di notare che i dubbi sulla compatibilità della normativa *cfc* italiana risultano acuiti dall'estensione dell'ambito operativo di detta normativa a società estere in ipotesi in cui non è dato ravvisare un rapporto di controllo (nuovo art. 168 del d.p.r. n. 917/1986 introdotto dal d. lgs. n. 344/2003, sul punto *infra* par. 3).

vantaggi di natura fiscale (quali, ad es., l'esenzione delle plusvalenze derivanti da cessione di partecipazioni) ha indotto il legislatore nazionale ad introdurre una nuova norma di cautela.

Difatti, il d.l. 4 luglio 2006, n. 223, introduce nell'art. 73 del testo unico il comma 5-*bis* ai sensi del quale 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, comma 1, del c.c., in società di capitali ed enti commerciali qualora, in alternativa, le stesse siano controllate (anche indirettamente) da soggetti residenti nel territorio dello Stato ovvero siano amministrate da un consiglio di amministrazione (o altro organo equivalente di gestione) composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato¹⁴. Si tratta, come chiaramente si evince dal dettato normativo, di una presunzione legale relativa, che ammette quindi la prova contraria.

3. La normativa italiana sulle *cfc*: l'art. 167 del TUIR.

La originaria disciplina *cfc* era contenuta nell'art. 127-*bis* del d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917 (TUIR) con riferimento ai casi di controllo di imprese estere localizzate in territori a regime fiscale privilegiato.

La normativa primaria era poi integrata dal D.M. 21 novembre 2001, n. 429 recante le disposizioni attuative della disciplina *cfc*¹⁵.

Dopo la riforma operata dal d. lgs. n. 344/2003 le disposizioni contenute nel predetto art. 127-*bis* sono confluite nell'art. 167 del novellato testo unico rubricato "disposizioni in materia di imprese estere controllate".

Detto articolo prevede che qualora soggetti residenti in Italia detengano, direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona, il controllo di una impresa, società od ente residenti o localizzati in paesi con regime fiscale privilegiato¹⁶, i redditi prodotti da questi ultimi sono imputati ai soggetti residenti in proporzione alle partecipazioni da essi detenute.

Si tratta quindi di una ulteriore ipotesi di imputazione del reddito per trasparenza, criterio già previsto nel nostro ordinamento per i redditi prodotti dalle società di persone e, in alcuni casi e a determinate condizioni, per quelli delle società di capitali.

Presupposto per l'applicazione della normativa è il possesso di redditi conseguiti in uno degli Stati o territori con regime fiscale privilegiato individuati dal D.M. 21 novembre 2001, contenente la c.d. *black list*, da imprese, società o enti controllati, direttamente o indirettamente, da persone fisiche, anche non titolari di

¹⁴ Ai fini della verifica della sussistenza del controllo rileva la situazione esistente alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato; per le persone fisiche si tiene conto anche dei voti spettanti al coniuge, ai parenti entro il terzo grado e agli affini entro il secondo.

¹⁵ Per una approfondita analisi della disciplina dettata dal decreto attuativo si veda L. ROSSI – P. SCARIONI, *La disciplina delle controlled foreign companies cfc*, in *Boll. trib.*, 2004, 981 ss.

¹⁶ Sul concetto di regime fiscale privilegiato v. R. CORDEIRO GUERRA, *La nuova definizione di "regime fiscale privilegiato" nell'ambito della disciplina in tema di controlled foreign companies e di componenti negative derivanti da operazioni con imprese estere*, in *Rass. trib.*, 2000, 1788; G. VALENTE, *Unico 2003 CFC e paradisi fiscali*, in *Fisco*, 2003, 2471.

reddito di impresa in Italia, da società di persone (semplici, in nome collettivo, in accomandita semplice) e da soggetti passivi IRES residenti nel territorio dello Stato.

Rientrano in detta disposizione anche i redditi conseguiti da controllate estere, ancorché non residenti in uno degli Stati o territori a fiscalità privilegiata ai sensi del predetto decreto ministeriale, che tuttavia provengano da stabili organizzazioni situate in uno di detti Stati o territori.

Si considerano, inoltre, residenti o localizzati in Stati o territori con regime fiscale privilegiato le società o gli enti ammessi comunque a fruire di tali regimi privilegiati.

Per la sussistenza del requisito del controllo, presupposto per la imputazione dei redditi al soggetto residente, rileva la situazione esistente alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato.

Qualora né dallo statuto del soggetto estero controllato né dalle disposizioni generali del paese estero sia dato individuare una data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione, si deve fare riferimento alla data di chiusura dell'esercizio fiscale del soggetto residente controllante.

Con riferimento alla nozione di controllo occorre far riferimento ai criteri indicati nel primo e secondo comma dell'art. 2359 del c.c.; le situazioni rilevanti sono quelle di controllo di diritto di cui ai numeri 1 e 2, comma 1, del predetto art. 2359, nonché quelle di controllo di fatto derivanti da influenza dominante legata a particolari vincoli contrattuali sempre che sussista una partecipazione¹⁷

In caso di controllo attribuibile a persone fisiche, devono essere considerati anche i voti spettanti al coniuge, ai parenti entro il terzo grado ed agli affini entro il secondo¹⁸.

Il reddito conseguito dalla controllata estera è imputato al soggetto residente controllante prescindendo dal periodo di possesso della partecipazione.

Verificandosi il presupposto del controllo alla data di chiusura dell'esercizio della partecipata estera, il reddito conseguito nell'esercizio dovrà essere imputato al soggetto residente controllante in proporzione alla sua quota di partecipazione agli utili.

Ricorrendo i ricordati presupposti il soggetto residente deve dichiarare, in apposito prospetto allegato alla dichiarazione annuale, i redditi dell'impresa, società o ente non residente al quale si rende applicabile il regime *c/fc*.

Detto prospetto deve essere redatto sulla base dei dati del bilancio o di altro documento riepilogativo della contabilità di esercizio della controllata estera predisposto secondo le disposizioni dello Stato o territorio in cui risiede o è localizzata.

Nonostante la diretta utilizzabilità dei dati contabili della controllata estera, il soggetto residente deve tuttavia essere in grado di fornire idonea documentazione dei costi di acquisizione dei beni relativi all'attività

¹⁷ Tuttavia parte della dottrina esprime dubbi in merito alla rilevanza ai fini della normativa in discussione delle ipotesi di controllo contrattuale di cui al n. 3 del comma 1 dell'art. 2359 c.c.; in tal senso, D. STEVANATO, *Controlled foreign companies: concetto di controllo e imputazione del reddito*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, I, 779.

¹⁸ In tal senso Circolare Agenzia Ent., Dir. Centr. Normativa e contenzioso, 12 febbraio 2002, n. 18/E.

esercitata nonché delle componenti reddituali rilevanti ai fini della determinazione dei redditi o delle perdite, entro 30 giorni dall'eventuale richiesta dell'Amministrazione finanziaria.

Nel caso di società o enti non residenti non soggetti alla tenuta della contabilità secondo la propria normativa domestica, il soggetto residente sarà comunque tenuto alla redazione dell'apposito prospetto in conformità alle discipline nazionali.

Ai sensi del comma 6 dell'art. 167 del TUIR, i redditi del soggetto non residente, imputati per trasparenza, sono assoggettati a tassazione separata con l'aliquota media applicata sul reddito complessivo del soggetto residente, aliquota che, comunque, non può essere inferiore al 27 per cento.

I redditi oggetto di imputazione sono determinati in base alle disposizioni del testo unico che disciplinano i redditi d'impresa nonché degli articoli 84 (riporto delle perdite), 111 (imprese di assicurazioni) e 112 (operazioni fuori bilancio) dello stesso; diversamente non si applicano le disposizioni di cui agli articoli 86, comma 4 (sulla tassazione rateizzata delle plusvalenze) e 102, comma 3 (in tema di deducibilità di ammortamenti accelerati ed anticipati).

Inoltre, dall'imposta così determinata sono ammesse in detrazione le imposte pagate all'estero a titolo definitivo.

Al fine di evitare fenomeni di doppia imposizione il comma 7 del più volte citato art. 167 dispone che gli utili distribuiti, in qualsiasi forma, dai soggetti sottoposti al regime in discorso non concorrono alla formazione del reddito dei soggetti controllanti residenti fino a concorrenza del reddito assoggettato a tassazione, anche negli esercizi precedenti.

Detta detassazione degli utili percepiti dal soggetto residente vale anche quando la partecipazione agli utili della *cfc* avviene per il tramite di soggetti non residenti (c.d. partecipazioni indirette)¹⁹.

Ulteriore norma tesa ad evitare fenomeni di doppia imposizione è quella di cui all'art. 3, comma 5, del citato D.M. n. 429/2001 ai sensi della quale, analogamente a quanto previsto per il regime di trasparenza fiscale, il costo della partecipazione nella *cfc* è incrementato di un importo pari ai redditi dalla stessa prodotti ed imputati al soggetto partecipante e diminuito, sino a concorrenza di tali redditi, degli utili dalla stessa distribuiti.

4. Disapplicazione della disciplina antiabuso.

La disciplina sulle *cfc* prevede che i soggetti residenti, tramite apposita istanza di interpello, possano ottenere la disapplicazione delle norme in oggetto qualora venga dimostrata la ricorrenza, alternativa, di una delle seguenti condizioni:

¹⁹ Il settimo comma dell'art. 167 chiarisce infine che le imposte pagate all'estero sugli utili che non concorrono alla formazione del reddito del soggetto residente sono ammesse in detrazione, ai sensi dell'articolo 165, fino a concorrenza delle imposte determinate con la tassazione separata di cui al comma 6, diminuite delle altre imposte già pagate all'estero a titolo definitivo.

- che la *cfc* svolga, in via principale, una effettiva attività industriale o commerciale nello stato o territorio nel quale ha sede,

ovvero,

- che dalle partecipazioni possedute non consegua l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori in cui sono sottoposti a regimi fiscali privilegiati.

Ai sensi dell'art. 5, comma 3, del D.M. n. 429/2001, rileva in particolare, nei riguardi del soggetto controllante autore dell'interpello, il fatto che l'impresa, la società o l'ente non residente svolga effettivamente un'attività commerciale, ai sensi dell'art. 2195 c.c., come sua principale attività nello Stato o nel territorio con regime fiscale privilegiato nel quale ha sede, con una struttura organizzativa idonea allo svolgimento di detta attività oppure alla sua autonoma preparazione e conclusione ovvero il fatto che i redditi conseguiti da tali soggetti sono prodotti in misura non inferiore al 75 per cento in altri Stati o territori diversi da quelli a regime fiscale privilegiato ed ivi sottoposti integralmente a tassazione ordinaria²⁰.

L'onere di proporre istanza di interpello deve essere assolto prima di presentare la dichiarazione dei redditi relativa al periodo d'imposta per il quale si richiede la non applicazione della disciplina in discussione²¹.

Come affermato anche dall'Amministrazione finanziaria, il mancato rispetto della condizione di preventività non preclude la possibilità di acquisire il parere dell'Agenzia delle entrate, ma l'eventuale accoglimento dell'istanza avrà effetto solo a partire dal periodo d'imposta cui si riferisce la dichiarazione presentata dopo la comunicazione della risposta resa dalla stessa Agenzia.

Secondo la regola del silenzio assenso, decorsi 120 giorni senza che sia stato emesso un atto espresso da parte di quest'ultima, la risposta deve intendersi accolta.

Ai sensi dell'art. 5 del D.M. n. 429/2001 l'istanza di interpello deve essere inoltrata alla Agenzia delle entrate - Direzione centrale normativa e contenzioso, per il tramite della Direzione regionale competente per territorio.

Val la pena di ricordare che la presentazione dell'istanza di interpello non ha effetto sulle scadenze previste dalle norme tributarie, né sulla decorrenza dei termini di decadenza e non comporta interruzione o sospensione dei termini di prescrizione (art. 1, co. 5 del D.M. n. 209/2001).

5. L'art. 168 del TUIR: in particolare la nozione di collegamento.

²⁰ Per un esame della copiosa prassi in tema di disapplicazione della norma antielusiva in discussione si rinvia a M. PIAZZA, *Primi orientamenti degli interpelli relativi alla normativa sulle Controlled foreign companies (art. 127 bis Tuir)*, in *Riv. dir. trib.*, 2003, IV, 49.L. ROSSI – P. SCARIONI, *La disciplina delle controlled foreign companies cfc*, cit., 992 s.; M. IAVAGNILIO – F. TRUTALLI, *Imprese estere partecipate. Ancora sulla disapplicazione della disciplina cfc*, in *Boll. trib.*, 2003, 1225 ss.

²¹ Le modalità di presentazione dell'istanza sono stabilite dall'articolo 5 del D.M. n. 429/2001; poiché detto articolo rinvia espressamente al D.M. 26 aprile 2001, n. 209, che disciplina l' "interpello del contribuente" di cui all'art. 11 della legge 27 luglio 2000, n. 212, alla procedura in esame risulteranno applicabili, ove compatibili, le relative disposizioni.

La disciplina sostanziale appena delineata non si discosta da quanto previsto prima della riforma operata dal d. lgs. n. 344/2003, limitandosi il nuovo comma 5 dell'art. 167 a chiarire che i due casi di esclusione del regime sono alternativi tra loro.

Del tutto nuove sono invece le previsioni contenute nell'art. 168 del testo unico che, conformemente a quanto previsto nella legge delega (art. 4, co. 1, lett. o) legge 7 aprile 2003, n. 80), interviene anche sull'istituto in esame al fine di estenderne l'ambito di applicazione anche alle società collegate.

Il comma 1 dell'art. 168 dispone che le norme in tema di *cfc* contenute nel precedente art. 167 si applicano anche nel caso in cui una società, ente o persona fisica residente in Italia detiene direttamente o indirettamente (anche tramite società fiduciarie o per interposta persona) una partecipazione agli utili di un'impresa, di una società o di altro ente, residenti o localizzati in Stati o territori con regime fiscale privilegiato, non inferiore al 20 per cento. La percentuale si riduce al 10 per cento qualora si tratti di partecipazione agli utili di società quotate in borsa (o altri mercati regolamentati).

Diversamente da quanto previsto nel caso di controllo, la disciplina in discussione non si applica per le partecipazioni in soggetti non residenti in paradisi fiscali di cui al d.m. 21 novembre 2001 in relazione a redditi assoggettati a regimi fiscali privilegiati provenienti da loro stabili organizzazioni.

Come rilevato in dottrina, la norma in discussione delinea un autonomo concetto di collegamento, che si discosta da quello civilistico²².

Difatti, ai sensi dell'art. 2359, comma 3, c.c., debbono considerarsi collegate le società soggette all'influenza notevole da parte di un'altra società. La norma codicistica pone poi una presunzione, dai più ritenuta relativa e quindi soggetta a prova contraria, di esistenza dell'influenza notevole qualora nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti, ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa.

Diversamente il legislatore tributario individua il criterio di collegamento nella detenzione di una partecipazione agli utili non inferiore al 20 per cento (o 10 per cento nel caso di società quotate).

Quindi, da un lato perde ogni rilevanza il concetto di "influenza notevole", che è invece qualificante per la norma civilistica²³, dall'altro assume rilevanza la sussistenza di una certa percentuale di partecipazione agli utili, mentre l'art. 2359 c.c. si riferisce ai diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria.

Con riferimento al primo aspetto può accadere che una partecipazione del 20 per cento, idonea a configurare un collegamento rilevante ai fini della normativa sulle *cfc*, da un lato possa non essere civilisticamente tale, in assenza dell'influenza notevole, dall'altro che detta partecipazione, in particolari circostanze di fatto, sia sufficiente ad attribuire un'influenza dominante, tale da configurare un'ipotesi di controllo interno di fatto, ex n. 2, comma 1, art. 2359 c.c.

²² Per tutti si rinvia a E. DELLA VALLE, *La stabile organizzazione e le disposizioni in materia di rapporti internazionali*, relazione al convegno *Riforma fiscale: la nuova imposta sul reddito delle società*, Roma 23 ottobre 2003, 235.

²³ Secondo R. DOMINICI, *Considerazioni sul regime delle "cfc"*, in *Corr. trib.*, 2003, 3124, posto che civilisticamente vi può essere collegamento senza che tra le società sussista alcun rapporto partecipativo, nemmeno di minoranza, l'art. 168 si limita ad estendere la normativa in discussione a fattispecie che si possono definire soltanto come non di controllo.

In quest'ultimo caso la norma da applicare dovrebbe essere quella dell'art. 167 sulle imprese estere controllate e non quella dell'art. 168²⁴.

Per quanto riguarda il riferimento alla sussistenza di una certa percentuale di partecipazione agli utili, anziché di diritti di voto, vale la pena di evidenziare come anche tale previsione sia idonea ad attrarre nella disciplina sulle *cfc* ipotesi in cui, civilisticamente, non è ipotizzabile alcuna forma di collegamento.

Si pensi, ad es., al possesso di azioni prive di diritto di voto nell'assemblea ordinaria, similari alle nostre azioni di risparmio o privilegiate.

Un tale ampliamento dell'ambito di applicazione della normativa in discussione impone di riflettere sulla *ratio* ispiratrice la disciplina sulle *cfc*.

Se quest'ultima viene individuata esclusivamente nella volontà di reprimere politiche di differimento della tassazione in Italia di redditi prodotti in paradisi fiscali mediante la postergazione nel tempo della distribuzione di riserve di utili, l'estensione del regime a ipotesi di mero collegamento societario suscita non pochi dubbi in relazione al rispetto di principi fondamentali dell'imposizione sul reddito.

Difatti tali politiche di differimento della tassazione presuppongono che il soggetto residente in Italia abbia il potere di indirizzare le decisioni dell'assemblea della partecipata estera nella direzione della ritenzione degli utili.

Ciò non sembra affatto realizzarsi nei casi di mero collegamento non essendovi alcuna certezza che la società residente sia in grado di influenzare le decisioni dell'assemblea della società estera²⁵.

L'estensione del regime a questi casi appare invece più giustificata qualora si attribuisca alle norme in discussione una funzione di contrasto a fenomeni di interposizione fittizia, diretti alla localizzazione in paradisi fiscali di redditi in realtà generati attraverso un'attività che continua ad avere una primaria connessione col territorio dello Stato²⁶.

6. La determinazione dell'imponibile in assenza del requisito del controllo.

La legge delega pone come principio direttivo, nei casi di assenza del requisito del controllo, quello dell'imputazione del maggiore tra l'utile di bilancio prima delle imposte ed un utile forfetariamente determinato sulla base di coefficienti di rendimento da applicare ai beni che figurano nell'attivo patrimoniale.

Il secondo comma dell'art. 168 dispone che i redditi oggetto di imputazione sono determinati per un importo corrispondente al maggiore tra l'utile prima delle imposte risultante dal bilancio²⁷ redatto dalla partecipata estera (anche in assenza di un obbligo di legge di predisposizione dello stesso) ed un reddito induttivamente

²⁴ La differenza è rilevante poiché i criteri di determinazione dell'imponibile da imputare per trasparenza nei casi di controllo differiscono da quelli dettati per i casi di mero collegamento.

²⁵ In tal senso D. STEVANATO, *La delega fiscale e la CFC Legislation*, in *Fisco*, 2002, 2731.

²⁶ Così R. DOMINICI, *Considerazioni sul regime delle "cfc"*, *cit.*, 3123 ss.

²⁷ Lo schema di regolamento recante le disposizioni applicative della disciplina in discorso, predisposto in attuazione di quanto previsto dall'art. 168, comma 4, del testo unico, sembrerebbe prevedere che la situazione economico-patrimoniale del soggetto non residente venga attestata, in relazione all'utile lordo e alla congruità dei valori degli elementi dell'attivo, da uno o più soggetti iscritti nel registro dei revisori contabili.

determinato sulla base di coefficienti di rendimento riferiti alle categorie di beni che compongono l'attivo patrimoniale elencati al successivo comma 3.

Tale ultima norma dispone che, ai fini dell'individuazione del reddito induttivamente o forfetariamente determinato, al valore dei beni elencati devono applicarsi i seguenti coefficienti:

- a) valore di azioni o quote di partecipazioni, anche non rappresentate da titoli, al capitale di società ed enti soggetti passivi dell'imposta sul reddito delle società, sempre che alle stesse non si applichi la *participation exemption*; valore degli strumenti finanziari assimilati alle azioni emessi dai predetti soggetti diversi da quelli esenti ai sensi del più volte citato art. 87; valore di obbligazioni e di altri titoli in serie o di massa diversi da quelli indicati in precedenza; valore dei crediti: 1 per cento;
- b) valore delle immobilizzazioni costituite da beni immobili e dai beni di cui all'art. 8-bis, comma 1, lettera a) del d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633 (navi destinate all'esercizio di attività commerciali o della pesca o ad operazioni di salvataggio o di assistenza in mare, ovvero alla demolizione, con esclusione delle unità da diporto), anche in locazione finanziaria: 4 per cento;
- c) valore complessivo delle altre immobilizzazioni, anche in locazione finanziaria: 15 per cento.

L'art. 3 dello schema di decreto attuativo chiarisce che il reddito così determinato, da imputare per trasparenza, deve essere assunto con riferimento alla data di chiusura dell'esercizio della partecipata estera; pertanto a tale data deve essere verificato il possesso del requisito del collegamento risultando esclusa la possibilità di una imputazione *pro rata temporis*²⁸.

Si rileva che, contrariamente a quanto previsto dall'art. 167, comma 6, per le ipotesi di controllo, nei casi disciplinati dall'art. 168 la determinazione della base imponibile non avviene mediante l'applicazione delle norme sul reddito d'impresa.

Tale differenza è probabilmente da attribuire ad un intento semplificatorio, anche in considerazione delle difficoltà che potrebbe incontrare l'impresa residente nell'acquisire i dati e le informazioni necessarie per applicare la normativa domestica per la determinazione della base imponibile²⁹.

Tuttavia, da una parte il riferimento all'utile emergente da un bilancio redatto in paesi che spesso non adottano criteri contabili rigorosi paragonabili a quelli nazionali od internazionali, ed oltretutto redatto anche in assenza di un obbligo di legge e quindi al di fuori di ogni forma di controllo, rischia di comportare facili erosioni della base imponibile. Tali perplessità non sono del tutto eliminate nemmeno dall'obbligo di attestazione da parte di soggetti iscritti all'albo dei revisori contabili, obbligo che sembra imposto dallo schema di regolamento attuativo di prossima emanazione.

D'altra parte il rimedio della previsione della possibilità di tassazione di un utile forfetariamente determinato, nei casi in cui quest'ultimo ecceda l'utile di bilancio, solleva qualche dubbio in relazione ai principi costituzionali che garantiscono l'effettività del prelievo.

²⁸ Così si esprime il Parere del Consiglio di Stato del 27 febbraio 2006, n. 200600709, in *Corr. trib.*, 2006, 1842 ss, con commento di R. DOMINICI.

²⁹ In tal senso D. STEVANATO, *La delega fiscale e la CFC Legislation*, cit., 2732.

Se ad esempio la società estera chiudesse un esercizio in perdita la partecipante residente si vedrebbe tassata per redditi che non le verranno mai distribuiti perché semplicemente inesistenti.

In tutti i casi in cui il reddito effettivamente prodotto dall'impresa estera localizzata nel territorio a regime fiscale privilegiato fosse inferiore a quello forfetariamente determinato, l'impresa residente avrebbe come unica alternativa per sfuggire a tale prelievo per trasparenza quello di ricorrere all'interpello previsto dal comma 5 dell'art. 167 al fine di ottenere la non applicazione del regime *cfc*.

Difatti, considerato che l'art. 168 rinvia, salvo quanto da esso diversamente disposto, alla norma di cui all'art. 167, non dovrebbero esservi dubbi sulla possibilità per il contribuente di interpellare l'amministrazione finanziaria e provare la ricorrenza delle cause di non applicazione della normativa *cfc*³⁰. In tal senso si esprime anche l'art. 5 dello schema di decreto attuativo che sul punto richiama espressamente la disciplina dettata dall'art. 167, comma 5, del testo unico.

Occorre rilevare che, ai sensi dell'art. 3, comma 1, dello schema di decreto attuativo, la descritta disciplina relativa alle imprese estere collegate residenti o localizzate in paradisi fiscali si applica a decorrere dal periodo d'imposta che inizia il 1° gennaio 2007 (per i soggetti che hanno periodo d'imposta coincidente con l'anno solare) sempre che, naturalmente, il regolamento attuativo entri in vigore entro il 31 dicembre 2006.

Per quanto non espressamente disciplinato dall'art. 168 e dall'emanando decreto attuativo, l'art. 6 di quest'ultimo espressamente rinvia alla disciplina di cui al più volte citato regolamento n. 429/2001 in materia di tassazione delle imprese estere controllate.

³⁰ In tal senso E. DELLA VALLE, *La stabile organizzazione e le disposizioni in materia di rapporti internazionali*, cit., 239.

Stampato presso la sede della Fondazione – luglio 2006

FONDAZIONE ARISTEIA – Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti

Via Torino 98 – 00184 Roma

Tel. 06/4782901 – Fax 06/4874756 – www.aristeia.it