

# Cambiano le regole di tassazione in tema di CFC rules

La normativa italiana si adegua alle direttive europee antielusione



**Marco Bargagli**

Esperto di fiscalità internazionale e cultore di diritto tributario presso l'Università degli Studi di Alessandria

La normativa prevista in tema di CFC ha subito, in rapida scansione temporale, radicali modifiche che hanno interessato i criteri di individuazione degli Stati o territori a fiscalità privilegiata. Dopo i numerosi interventi operati dal legislatore italiano, più di recente, con lo schema di decreto legislativo di recepimento della Direttiva ATAD, dal 2019, le regole di tassazione per trasparenza saranno modificate, eliminando la distinzione tra Paesi a fiscalità privilegiata e fiscalità ordinaria. La peculiare normativa anti paradiso fiscale sarà applicata al ricorrere di due condizioni pregiudiziali di accesso: livello di tassazione effettivo estero inferiore al 50% rispetto a quello che sarebbe stato applicato in Italia e, contestualmente, presenza per più di 1/3 di proventi passivi nel conto economico della controllata estera. L'auspicio è quello di creare maggiore certezza per gli addetti ai lavori e regole operative più chiare e dirette in una materia che da sempre ha creato notevoli incertezze applicative.

I. Premessa.....	483
II. Le attuali disposizioni in materia di CFC.....	484
III. La disapplicazione della normativa sui paradisi fiscali.....	484
IV. La CFC white list.....	484
V. L'evoluzione normativa di riferimento.....	485
VI. Le recenti proposte di modifica in materia di CFC ..	486
VII. Le nuove condizioni di accesso al regime CFC .....	486
VIII. La condizione esimente che consentirà la disapplicazione del regime di tassazione .....	487
IX. Conclusione .....	487

## I. Premessa

L'ordinamento giuridico italiano contiene specifiche norme anti paradiso fiscale finalizzate a contrastare la fittizia localizzazione all'estero di società non operative, che non svolgono in realtà alcuna attività economico-impresoriale.

In linea di principio, le regole di tassazione prevedono che il reddito conseguito oltre frontiera da parte della società controllata estera (*Controlled Foreign Companies* [CFC]) sia imputato, al ricorrere di determinate condizioni, al soggetto residente in Italia che controlla il soggetto economico non residente.

La disciplina sostanziale di riferimento ha subito, nel corso del tempo, importanti modifiche con particolare riferimento ai criteri da utilizzare per l'individuazione degli Stati o territori a fiscalità privilegiata.

Più di recente, attuando le indicazioni contenute nella Direttiva n. 2016/1164/UE cd. "ATAD" (*Anti Tax Avoidance Directive*) dal 2019, il legislatore ha ulteriormente novellato la normativa in rassegna eliminando la distinzione, in precedenza prevista, tra Paesi a fiscalità privilegiata e Paesi a fiscalità ordinaria (cd. "white list").

Nello specifico, in futuro, la tassazione per trasparenza si renderà applicabile al ricorrere di una duplice condizione:

- 1) livello di tassazione effettivo estero inferiore al 50% rispetto a quello che sarebbe stato applicato in Italia;
- 2) contabilizzazione, nel conto economico della controllata estera, di *passive income*<sup>[1]</sup> per un importo superiore ad 1/3 rispetto agli altri ricavi e proventi.

[1] Nella nuova formulazione adottata dal legislatore, i redditi di tipo passivo (*reclius: passive income*) saranno intesi come interessi, dividendi, *royalties*, servizi infragruppo a valore aggiunto scarso o nullo, servizi assicurativi ed altri servizi finanziari.

Un'altra importante modifica riguarderà, poi, le condizioni richieste per la disapplicazione delle disposizioni CFC: in merito, come previsto nella nuova versione dell'art. 167, comma 5, del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR), il socio residente in Italia dovrà dimostrare l'esercizio, da parte della società controllata, di una reale attività economica svolta nel Paese estero.

### II. Le attuali disposizioni in materia di CFC

Attualmente, ai sensi dell'art. 167, comma 1, TUIR, la normativa paradisiaca prevede che se un soggetto residente in Italia detiene, direttamente o indirettamente – anche tramite società fiduciarie o per interposta persona – il controllo di un'impresa, di una società o di altro ente, residente o localizzato in Stati o territori con regime fiscale privilegiato<sup>[2]</sup>, diversi da quelli appartenenti all'Unione europea (UE) ovvero da quelli aderenti allo Spazio economico europeo (SEE) con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni, i redditi conseguiti dal soggetto estero controllato sono imputati, a decorrere dalla chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato, ai soggetti residenti in proporzione alle partecipazioni da essi detenute.

Tale disposizione si applica anche per le partecipazioni di controllo in soggetti non residenti relativamente ai redditi derivanti da loro stabili organizzazioni assoggettati ai predetti regimi fiscali privilegiati.

### III. La disapplicazione della normativa sui paradisi fiscali

Ai sensi dell'art. 167, comma 5, lett. a e b, TUIR, la normativa CFC cd. "black list" viene disapplicata se alternativamente:

- 1) 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 o 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 (lett. a);
- 2) dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori a regime fiscale privilegiato (lett. b).

### IV. La CFC white list

L'art. 13 del Decreto Legge (D.L.) n. 78/2009 ha esteso<sup>[3]</sup> il regime di imputazione per trasparenza dei redditi conseguiti dalle società controllate estere paradisiache, anche ai Paesi non localizzati in Stati o territori a fiscalità privilegiata (cd. "white list"), al ricorrere congiunto di due precise condizioni:

- 1) tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella a cui sarebbero stati soggetti ove residenti in Italia;
- 2) conseguimento di proventi derivanti per più del 50% dalla gestione, dalla detenzione o dall'investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie, dalla cessione

o dalla concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria o artistica nonché dalla prestazione di servizi nei confronti di soggetti che direttamente o indirettamente controllano la società o l'ente non residente, ne sono controllati o sono controllati dalla stessa società che controlla la società o l'ente.

In tale circostanza, l'art. 167, comma 8-ter, TUIR, sancisce una specifica esimente prevedendo che la disposizione indicata nel precedente comma 8-bis non si applica "se il soggetto residente dimostra che l'insediamento all'estero non rappresenta una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale".

Sullo specifico tema, la Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 6 ottobre 2010, n. 51/E<sup>[4]</sup>, nel fornire utili chiarimenti in ordine alla definizione di costruzione societaria di puro artificio, richiama la sentenza *Cadbury Schweppes*<sup>[5]</sup> nella parte in cui afferma che:

- la normativa CFC è compatibile con il principio della libertà di stabilimento sancito dall'art. 49 del Trattato sul funzionamento dell'UE (TFUE) limitatamente alle ipotesi di società controllate residenti in uno Stato membro rappresentano "wholly artificial arrangements intended to circumvent national law" (letteralmente "costruzioni di puro artificio destinate ad aggirare la legge nazionale");
- una costruzione societaria non è da considerare meramente artificiosa 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"<sup>[6]</sup>;
- la circostanza che le attività corrispondenti agli utili della società estera controllata ben avrebbero potuto essere effettuate anche da una società stabilita sul territorio dello Stato membro in cui si trova la società residente "non può permettere di concludere per l'esistenza di una costruzione di puro artificio"<sup>[7]</sup>.

Nella Tabella 1 a pagina seguente viene schematizzato l'ambito della normativa in rassegna.

[2] Determinato ai sensi dell'art. 167, comma 4, TUIR

[3] Ai sensi dell'art. 167, commi 8-bis e 8-ter, del Decreto del Presidente della Repubblica (D.P.R.) n. 917/1986.

[4] Cfr. punto 5.2, p. 34 ss.

[5] Sentenza Corte di Giustizia dell'UE (CGUE), C-196/04, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas*, del 12 settembre 2016.

[6] Sentenza CGUE (nota 5), punto 75.

[7] Sentenza CGUE (nota 5), punto 69.

**Tabella 1:** La normativa di riferimento

Criteri tassazione	Descrizione	Norma riferimento
CFC (Paesi a fiscalità privilegiata)	Se un soggetto residente in Italia detiene, direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona, il controllo di un'impresa, di una società o altro ente, residente o localizzato in Stati o territori a regime fiscale privilegiato, diversi da quelli appartenenti all'UE, ovvero da quelli aderenti allo SEE con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni, i redditi conseguiti dal soggetto estero controllato sono imputati, a decorrere dalla chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato, ai soggetti residenti in proporzione alle partecipazioni da essi detenute.	Art. 167, comma 1, TUIR
CFC (Paesi <i>white list</i> )	Il regime CFC rileva anche per i Paesi non localizzati in Stati o territori a fiscalità privilegiata (cd. " <i>white list</i> "), al ricorrere congiunto delle seguenti condizioni:  1) livello di tassazione effettiva inferiore a più della metà rispetto a quella a cui sarebbero stati soggetti ove residenti in Italia; 2) conseguimento di proventi derivanti per più del 50% dalla gestione, dalla detenzione o dall'investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie, dalla cessione o dalla concessione in uso di diritti	Art. 167, comma 8-bis, TUIR

#### V. L'evoluzione normativa di riferimento

Come accennato in premessa, le disposizioni previste dall'ordinamento tributario italiano sulla specifica materia sono state oggetto di numerosi interventi da parte del legislatore, come di seguito analiticamente indicato.

Sino al 31 dicembre 2014, l'individuazione degli Stati e territori a regime fiscale privilegiato avveniva sulla base di una specifica *black list* approvata con il Decreto Ministeriale (D.M.) del 21 novembre 2001. Quest'ultimo era stato redatto considerando privilegiati i regimi fiscali di Stati o territori in ragione del livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia, della mancanza di un adeguato scambio di informazioni ovvero di altri criteri equivalenti.

In attesa di uno specifico intervento legislativo, con specifico riferimento al livello di tassazione, la Camera dei deputati, nella seduta del 4 ottobre 2000, aveva formalmente impegnato il Governo "*a definire in via transitoria, quale livello di tassazione sensibilmente inferiore, quello che in media si discosti di almeno il 30% dal livello di tassazione medio applicato in Italia*".

Il Decreto Legislativo (D.Lgs.) del 14 settembre 2015, n. 147 (cd. "Decreto Crescita e internazionalizzazione delle imprese"), entrato in vigore in data 7 ottobre 2015, ha apportato preliminari modifiche alla normativa CFC prevedendo:

- la facoltà di presentazione dell'interpello disapplicativo (in precedenza, infatti, l'interpello CFC aveva carattere preventivo ed obbligatorio);
- l'eliminazione delle disposizioni in materia di imprese estere collegate (ex art. 168 TUIR);
- l'onere, a carico dell'Amministrazione finanziaria prima di

emettere formale avviso di accertamento, di far pervenire al contribuente uno specifico questionario al fine di richiedere ed ottenere, nel termine di 90 giorni, le condizioni che consentono di evitare la tassazione per trasparenza CFC (art. 167, comma 8-*quater*, primo periodo, TUIR);

- l'obbligo di evidenziare nella dichiarazione dei redditi (quadro FC) il possesso di partecipazioni rilevanti ai fini della normativa in rassegna (art. 167, comma 8-*quater*, ultimo periodo, TUIR).

La Legge (L.) del 23 dicembre 2014 (cd. "Legge di stabilità 2015") ha modificato l'art. 167, comma 4, TUIR prevedendo che, ai fini dell'individuazione dei regimi fiscali privilegiati per "*livello di tassazione sensibilmente inferiore*" si intendeva un livello di tassazione inferiore al 50% di quello applicato in Italia.

Inoltre, si consideravano in ogni caso privilegiati i regimi fiscali speciali che consentivano un livello di tassazione inferiore al 50% di quello applicato in Italia, indipendentemente dalla circostanza che tale regime fosse previsto da un ordinamento estero che applicava un regime generale di imposizione non inferiore al suddetto limite percentuale.

La L. del 28 dicembre 2015, n. 208 (cd. "Legge di Stabilità 2016") ha successivamente modificato i criteri di individuazione del paradiso fiscale novellando l'art. 167, comma 4, TUIR ed eliminando, contestualmente, il tradizionale approccio basato sulla *black list* emanata ai sensi del D.M. del 21 novembre 2001.

In particolare, attualmente, la normativa prevede che: "*[i] regimi fiscali, anche speciali, di Stati o territori si considerano privilegiati laddove il livello nominale di tassazione risulti inferiore al 50 per cento di quello applicabile in Italia*".

In estrema sintesi, a partire dal 1° gennaio 2016 si considerano privilegiati:

- i regimi in cui “il livello nominale di tassazione risulti inferiore al 50 per cento di quello applicabile in Italia”;
- i regimi “speciali”.

Il legislatore, intervenendo sull’art. 167, comma 1, TUIR ha escluso espressamente dalla nozione di “Stati o territori a regime fiscale privilegiato” gli Stati appartenenti all’UE ovvero quelli aderenti allo SEE con i quali l’Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni.

Come precisato dalla Circolare dell’Agenzia delle Entrate del 4 agosto 2016, n. 35/E, ai fini dell’applicazione delle disposizioni in commento, tra i Paesi SEE trasparenti, oltre all’Islanda e alla Norvegia, può essere incluso anche il Liechtenstein.

Nella Tabella 2 vengono illustrati i criteri di individuazione degli Stati o territori a fiscalità privilegiata, come schematizzato nella Circolare n. 35/E/2016.

**Tabella 2:** Criteri di individuazione degli Stati o territori a fiscalità privilegiata

Periodo	Sino al 31 dicembre 2014	Dal 1° gennaio 2015 al 31 dicembre 2015	Dal 1° gennaio 2016
Criterio di individuazione dei regimi fiscali privilegiati	Inclusione nel D.M. del 21 novembre 2001 ( <i>black list</i> )	Inclusione nel D.M. del 21 novembre 2001 ( <i>black list</i> )  Regime speciale che prevede un livello di tassazione inferiore al 50% di quello applicato in Italia  Esclusione dei Paesi UE e SEE	Livello nominale di tassazione inferiore al 50% di quello applicabile in Italia  Regimi speciali  Esclusione dei Paesi UE e SEE

**VI. Le recenti proposte di modifica in materia di CFC**

L’art. 4 dello schema di decreto legislativo di attuazione della Direttiva n. 2016/1164/UE del Consiglio, del 12 luglio 2016, recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno modifica, con decorrenza dal 1° gennaio 2019, modifica anche le disposizioni in materia di società controllate estere intervenendo direttamente sull’art. 167 TUIR.

Le nuove disposizioni in materia di CFC *legislation* si applicheranno:

- alle persone fisiche, alle società semplici, in nome collettivo e in accomandita semplice, alle associazioni, alle società di armamento e alle società di fatto residenti in Italia;
- ai soggetti residenti in Italia indicati nell’art. 73, comma 1,

lett. a, b e c TUIR[8], nonché, relativamente alle loro stabili organizzazioni italiane, ai soggetti di cui all’art. 73, comma 1, lett. d TUIR[9], che controllano soggetti non residenti.

Con riferimento al controllo, per espressa disposizione normativa, saranno considerati 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:

- sono controllati direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciaria o interposta persona, ai sensi dell’art. 2359 del codice civile (c.c.), da parte di un soggetto residente in Italia;
- oltre il 50% della partecipazione ai loro utili è detenuto, direttamente o indirettamente, mediante una o più società controllate ai sensi dell’art. 2359 c.c. o tramite società fiduciaria o interposta persona, da un soggetto residente in Italia.

In merito, si considerano altresì soggetti controllati non residenti:

- le stabili organizzazioni all’estero dell’impresa controllata;
- le stabili organizzazioni all’estero di soggetti residenti che abbiano optato per il regime di esenzione degli utili e delle perdite di cui all’art. 168-ter TUIR (cd. “*branch exemption*”).

**VII. Le nuove condizioni di accesso al regime CFC**

Una delle più importanti novità riguarda i requisiti di accesso al particolare regime in rassegna.

Dal 1° gennaio 2019, la CFC *legislation* si applicherà se i soggetti controllati non residenti integrano congiuntamente le seguenti condizioni:

- sono assoggettati a tassazione effettiva (*Effective Tax Rate*) inferiore alla metà di quella a cui sarebbero stati soggetti qualora residenti in Italia, per effetto della tassazione virtuale domestica;
- oltre 1/3 dei proventi da essi realizzati rientra in una o più delle seguenti categorie:
  - o interessi o qualsiasi altro reddito generato da attivi finanziari;
  - o canoni (*rectius: royalties*) o qualsiasi altro reddito generato da proprietà intellettuale;
  - o dividendi e redditi derivanti dalla cessione di partecipazioni;
  - o redditi da *leasing* finanziario;
  - o redditi da attività assicurativa, bancaria e altre attività finanziarie;

[8] Del seguente tenore: “a) le società per azioni e in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative e le società di mutua assicurazione, nonché le società europee di cui al regolamento (CE) n. 2157/2001 e le società cooperative europee di cui al regolamento (CE) n. 1435/2003 residenti nel territorio dello Stato; b) gli enti pubblici e privati diversi dalle società, nonché i trust, residenti nel territorio dello Stato, che hanno per oggetto esclusivo o principale l’esercizio di attività commerciali; c) gli enti pubblici e privati diversi dalle società, i trust che non hanno per oggetto esclusivo o principale l’esercizio di attività commerciale nonché gli organismi di investimento collettivo del risparmio, residenti nel territorio dello Stato”.

[9] Del seguente tenore: “d) le società e gli enti di ogni tipo, compresi i trust, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato”.

- ♦ o redditi da operazioni di cessione di beni o prestazione di servizi a valore economico aggiunto scarso o nullo 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.

### VIII. La condizione esimente che consentirà la disapplicazione del regime di tassazione

Eliminando le precedenti condizioni previste per la disapplicazione del regime di tassazione per trasparenza CFC<sup>[10]</sup>, dal 2019 la disciplina CFC non si applicherà se il soggetto residente in Italia dimostra che il soggetto controllato non residente svolge un'attività economica effettiva, mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali.

Sotto tale profilo, a parere di chi scrive, per valutare se la società controllata estera svolga o meno una reale attività economica, si renderà necessario valutare se la controllata estera possa essere considerata una struttura di puro artificio.

A tal fine, si richiamano i chiarimenti diramati dall'Agenzia delle Entrate con la Circolare n. 51/E, la quale ha illustrato, a titolo esemplificativo, specifici indicatori di artificiosità, di seguito evidenziati:

- ♦ insufficienza di motivi economici o commerciali validi per l'attribuzione degli utili, che pertanto non rispecchia la realtà economica;
- ♦ la costituzione non risponde essenzialmente a una società reale intesa a svolgere attività economiche effettive;
- ♦ inesistenza di correlazione proporzionale tra le attività apparentemente svolte dalla CFC e la misura in cui tale società esiste fiscalmente in termini di locali, personale e attrezzature. A tal proposito, può risultare significativa l'esibizione di documenti atti a dimostrare l'esistenza e l'idoneità della struttura estera allo svolgimento dell'attività dichiarata (locali, personale, attrezzature, ecc.), nonché l'effettività dell'attività svolta e l'autonomia gestionale della controllata estera (non rilevando, invece, l'operatività nel mercato di stabilimento);
- ♦ sovra-capitalizzazione della CFC, ovvero la stessa dispone di un capitale nettamente superiore a quello di cui ha bisogno per svolgere la propria attività;
- ♦ presenza di transazioni prive di realtà economica, aventi poca o nessuna finalità commerciale o che potrebbero essere contrarie agli interessi commerciali generali, se non fossero state concluse a fini di evasione fiscale.

Inoltre, con specifico riferimento alle "attività immateriali", sempre la Circolare n. 51/E, al punto 5.2, ha precisato che occorre valutare ulteriori e più specifici elementi di prova volti a dimostrare la non artificiosità della controllata estera, quali ad esempio:

- ♦ esame delle funzioni effettivamente esercitate dalla controllata estera, nonché degli *assets* utilizzati e dei rischi assunti. Gli *assets*, in particolare, vanno descritti in termini di rendimento, livello di rischio e liquidità;
- ♦ verifica dei rapporti economico-finanziari della società estera con le altre società del gruppo, specificando, in particolare, la consistenza e la tipologia delle operazioni, attive e passive, poste in essere con le stesse nel periodo di riferimento;
- ♦ valutazione 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;
- ♦ 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.

### IX. Conclusione

Le disposizioni previste dall'ordinamento italiano in tema di *CFC rules* hanno, da sempre, avuto una connotazione spiccatamente anti paradiso fiscale. Dal 2010, inoltre, la normativa *de qua* ha introdotto specifiche condizioni, al ricorrere delle quali scatta la tassazione per trasparenza anche per le cd. "*white list passive income*", ossia le controllate estere residenti in Stati o territori a fiscalità ordinaria che conseguono prevalentemente *passive income* oltre frontiera e sono, contestualmente, soggette ad un livello di tassazione effettiva inferiore al 50% rispetto a quello previsto in Italia. Il legislatore, nel corso degli anni, è intervenuto più volte novellando la normativa sostanziale prevista in *subjecta materia*, modificando simmetricamente i criteri di individuazione dello Stato o territorio a fiscalità privilegiata. Più di recente, lo schema di decreto legislativo di recepimento della Direttiva ATAD, ha introdotto ulteriori profonde novità che rivoluzionano il contesto di riferimento eliminando, nel contempo, la distinzione tra Paesi a fiscalità privilegiata e Paesi a fiscalità ordinaria. L'auspicio è che le nuove regole di tassazione comportino, per gli addetti ai lavori, maggiore chiarezza applicativa, considerato che la materia in rassegna è da sempre connotata da notevoli profili di complessità.

[10] Attualmente previste dall'art. 167, comma 5, lettere a) e b), e comma 8-ter TUIR.