

Circolare del 06/10/2010 n. 51 - Agenzia delle Entrate - Direzione Centrale Normativa

Disciplina relativa alle controlled foreign companies (CFC) - Dividendi provenienti e costi sostenuti con Stati o territori a fiscalità privilegiata - Chiarimenti

Testo:

Indice

1. Premessa
2. La disciplina cfc
3. Prima esimente
 - 3.1. Il nuovo comma 5-bis
4. Seconda esimente
5. Stati o territori inclusi nella white list di cui all'articolo 168-bis del Tuir: estensione della cfc rule
 - 5.1. La condizione della tassazione effettiva inferiore a più della metà della corrispondente tassazione italiana
 - 5.2. La disapplicazione del comma 8-bis: lesimente della costruzione di puro artificio
6. Modalità di presentazione dell'istanza di interpello
 - 6.1. Documentazione da allegare all'istanza di interpello disapplicativo
7. Entrata in vigore della nuova disciplina cfc
8. La disciplina dei dividendi provenienti da stati o territori black list
 - 8.1. Holding: individuazione degli utili provenienti da paradisi fiscali
 - 8.2. Decorrenza della modifica normativa di cui all'[articolo 36 del d.l. n. 223/2006](#)
 - 8.3. Coordinamento della disciplina di cui agli articoli 167 e 168 del Tuir con altre norme relative a società black list
9. Disciplina relativa ai costi da black list
 - 9.1 ambito soggettivo
 - 9.2 ambito oggettivo
 - 9.3 esimenti
 - 9.4 rapporti con la cfc rule

1. PREMESSA

Nell'ambito della strategia di contrasto agli arbitraggi fiscali internazionali, [l'articolo 13 del decreto legge 1° luglio 2009, n. 78](#), convertito (con modificazioni) con [legge 3 agosto 2009, n. 102](#), ha apportato importanti modifiche alla normativa CFC (*Controlled Foreign Companies*), di cui all'articolo 167 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi, approvato con [decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917](#) (di seguito Tuir).

A tal fine, l'attenzione del legislatore si è concentrata sulle operazioni infragruppo poste in essere tra imprese residenti e proprie partecipate, situate in Paesi o territori a bassa fiscalità, le quali possono determinare la distrazione dell'utile dall'Italia verso regimi fiscali esteri più favorevoli, che spesso non consentono un effettivo e adeguato scambio di informazioni.

Ne è seguita una modifica della disciplina CFC che - in un'ottica spiccatamente antielusiva - è volta a garantire *l'effettività sostanziale* della società o ente non residente controllato. Ciò a tutela e vantaggio non solo delle ragioni erariali, ma anche di quei contribuenti residenti che, per effettive ragioni commerciali, geografico - logistiche o strategiche, investono in Stati o territori con regimi fiscali più favorevoli.

Coerentemente con tali finalità:

- è stata sostituita la lettera *a)* del comma 5 dell'articolo 167 del Tuir con una previsione volta ad affermare che, per la disapplicazione della disciplina antielusiva in commento, è necessario dimostrare che il soggetto estero partecipato svolge un'ineffettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività, *nel mercato dello Stato o territorio di insediamento*;
- è stato introdotto nell'articolo da ultimo menzionato un nuovo comma *5-bis*, che esclude l'ordinaria applicazione dell'esimente di cui alla citata lett. *a)*, qualora i proventi della società estera partecipata siano costituiti per oltre il 50 per cento da *passive income* o derivino dalla prestazione di servizi infragruppo.

Inoltre, in adesione all'invito formulato dalla Commissione Europea agli Stati membri di *rivedere le loro norme antielusione* (COM (2007)785def del 10 dicembre 2007) con riferimento a soggetti che si avvalgono in altri Stati di costruzioni di puro artificio, sono stati introdotti nell'articolo 167 del Tuir i nuovi commi *8-bis* e *8-ter* che, tuttavia, non si applicano alle società estere collegate di cui all'articolo 168 del Tuir.

In particolare, il comma *8-bis* estende la disciplina *CFC* anche ai soggetti controllati residenti in Stati o territori compresi nel decreto del Ministro dell'economia e delle finanze di cui all'articolo 168-*bis* del Tuir (c.d. *white list*).

L'estensione opera a condizione che la controllata estera benefici di una tassazione particolarmente privilegiata (nella specie inferiore di oltre la metà rispetto a quella cui sarebbe stata soggetta qualora residente in Italia) e sempre che abbia conseguito in prevalenza *passive income* o proventi derivanti dalla prestazione di servizi infragruppo. In altri termini, con l'introduzione della disposizione in commento, si estende l'applicazione della normativa *CFC* a tutti gli insediamenti esteri che siano espressione di fenomeni elusivi indipendentemente dal territorio di insediamento.

Al verificarsi delle predette condizioni, il nuovo comma *8-ter* assicura comunque al socio controllante residente la possibilità di dimostrare, mediante la procedura di interpello di cui all'[articolo 11 della legge 27 luglio 2000, n. 212](#), che la propria controllata estera non rappresenta *una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale*.

Con la presente circolare, si intende fornire un quadro aggiornato della disciplina in materia di *CFC*, con particolare riguardo alle modifiche da ultimo introdotte dall'[articolo 13 del d.l. n. 78 del 2009](#), con ciò significando che devono ritenersi superati i precedenti chiarimenti forniti in materia qualora in contrasto o non compatibili con le presenti istruzioni.

Lesame verterà, inoltre, su alcune tematiche collegate all'argomento in commento, quali l'imposizione degli utili da partecipazione provenienti da Stati o territori a fiscalità privilegiata e la deducibilità delle spese e degli altri componenti negativi di reddito derivanti da operazioni intercorse con imprese residenti ovvero localizzate nei predetti Stati o territori.

2. LA DISCIPLINA CFC

Al ricorrere dei presupposti previsti dall'articolo 167 del Tuir, l'applicazione della disciplina *CFC* comporta la tassazione per trasparenza in capo al soggetto controllante residente nel territorio dello Stato dei *redditi conseguiti dal soggetto estero partecipato* residente o localizzato in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell'articolo 168-*bis* (c.d. *white list*).

Tale ultimo decreto (da emanarsi da parte del Ministro dell'economia e delle finanze) dovrà individuare i c.d. Paesi o territori virtuosi, ovvero gli Stati o territori *che consentono un adeguato scambio di informazioni e nei quali il livello di tassazione non è sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia* (cfr. articolo 168-*bis*, comma 2, del Tuir).

Nelle more dell'emanazione di tale decreto e fino alla sua entrata in vigore (prevista per il periodo di imposta successivo a quello della sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale) continuano, in ogni caso, ad applicarsi le disposizioni vigenti sino al 31 dicembre 2007 (cfr. [articolo 1, comma 88, della legge 24 dicembre 2007, n. 244](#)).

Al momento, dunque, la normativa *CFC* continua ad applicarsi con riferimento all'elenco di cui al decreto ministeriale 21 novembre 2001 (c.d. *black list*) che individua i Paesi o territori a regime fiscale privilegiato *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*.

La norma di cui al citato articolo 167 - con esclusione di quanto previsto dal comma *8-bis* - si applica *() anche nel caso in cui il soggetto residente in Italia detiene, direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona, una partecipazione non inferiore al 20 per cento agli utili di un'impresa, di una società o di altro ente, residente o localizzato in Stati o territori - vale a dire a fiscalità privilegiata - ...; tale percentuale è ridotta al 10 per cento nel caso di partecipazione agli utili di società quotate in borsa* (cfr. articolo 168, comma 1, del Tuir).

A prescindere da elementi di natura meramente formale (sulla base dei quali, ad esempio, potrebbe determinarsi la residenza della società estera), nonché dal regime fiscale della partecipata nel Paese estero, si ricorda che il soggetto partecipato consegue redditi in Stati o territori a fiscalità privilegiata ogniqualvolta gli stessi derivino da una fonte produttiva ivi localizzata.

Nel caso in cui tra il socio residente e il soggetto estero partecipato intercorra un rapporto di controllo, i redditi della *CFC* sono determinati secondo le disposizioni del Titolo I, Capo VI, del Tuir (vale a dire secondo le regole ordinariamente previste per la determinazione del reddito d'impresa), nonché secondo le norme comuni del titolo IV (ora titolo III) e quelle degli artt. 84, 111 e 112 del medesimo Tuir.

Ne consegue che se nel corso dell'esercizio la società o ente *black list* percepisce dividendi da proprie partecipate estere residenti o localizzate in Paesi o territori diversi da quelli di cui al D.M. 21 novembre 2001, tali proventi concorrono a formare il reddito della *CFC* ai sensi dell'articolo 89, comma 2, del Tuir, cioè nella misura del 5 per cento.

Ai fini della determinazione del reddito della *CFC*, non trovano invece applicazione le disposizioni in materia di imponibilità frazionata delle plusvalenze di cui all'articolo 86, comma 4, del Tuir.

Nella particolare ipotesi in cui tra il socio residente e il soggetto estero partecipato intercorra un rapporto non di controllo, bensì di collegamento in misura almeno pari alle percentuali (calcolate con riferimento alla partecipazione agli utili) di cui all'articolo 168 del Tuir, i redditi della *CFC* oggetto di imputazione sono determinati per un importo corrispondente al maggiore fra:

- l'utile prima delle imposte risultante dal bilancio redatto dalla partecipata estera anche in assenza di un obbligo di legge;
- un reddito induttivamente determinato sulla base di coefficienti di rendimento riferiti alle categorie di beni che compongono l'attivo patrimoniale della partecipata estera.
I coefficienti in questione sono i seguenti:
 - 1 per cento sul valore dei beni indicati nell'articolo 85, comma 1, lettere *c)*, *d)* ed *e)*, anche se costituiscono immobilizzazioni finanziarie, aumentato del valore dei crediti;
 - 4 per cento sul valore delle immobilizzazioni costituite da beni immobili e da beni indicati nell'[articolo 8-bis, comma 1, lettera a\), del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633](#) e successive modificazioni, anche in locazione finanziaria;
 - 15 per cento sul valore delle altre immobilizzazioni, anche in locazione finanziaria.

Il reddito della *CFC*, sia essa controllata che collegata, è assoggettato a tassazione separata dai soggetti partecipanti residenti con aliquota media applicata sul reddito complessivo netto e, comunque non inferiore al 27 per cento (cfr. articolo 167, comma 6, del Tuir e articolo 3, comma 1, del D.M. 7 agosto 2006, n. 268). Se risulta una perdita, questa è computata in diminuzione dei redditi della stessa *CFC* ai sensi dell'articolo 84 del Tuir (e non dei redditi dei soggetti partecipanti).

Il reddito della *CFC* tassato per trasparenza in capo al socio italiano incrementa il costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione nell'impresa non residente. Tale costo è diminuito fino a concorrenza dei redditi precedentemente tassati per trasparenza dei dividendi distribuiti dalla controllata estera.

Ai sensi dell'articolo 167, comma 7, del Tuir, i dividendi distribuiti dalla *CFC* non concorrono alla formazione del reddito dei soggetti residenti fino all'ammontare del reddito assoggettato a tassazione, .. anche negli esercizi precedenti.

La tassazione per trasparenza dei redditi prodotti dalla controllata estera *black list* viene meno nel caso in cui il soggetto controllante residente chieda ed ottenga la disapplicazione della disciplina in esame.

Al riguardo, il comma 5 dell'articolo 167 del Tuir prevede due condizioni di disapplicazione, operanti in modo autonomo ed indipendente l'una dall'altra.

La prima condizione (c.d. **prima esimente**) si verifica quando il soggetto controllante residente dimostra che la partecipata estera svolge *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* [cfr. articolo 167, comma 5, lettera *a)*, del Tuir].

La seconda condizione (c.d. **seconda esimente**) ricorre quando il soggetto controllante residente dimostra che dal possesso delle partecipazioni non consegue *l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis* [cfr. articolo 167, comma 5, lettera *b)*, del Tuir].

La dimostrazione di una (o entrambe) delle predette esimenti va fornita - relativamente a ciascuna partecipata estera - in sede di interpello, da presentarsi secondo le modalità di cui all'[articolo 11 della legge 27 luglio 2000, n. 212](#), che disciplina il c.d. interpello ordinario.

Il parere positivo a fronte della dimostrazione della sussistenza della seconda esimente rileva anche ai fini della disapplicazione dei regimi:

- di cui agli articoli 47, comma 4, e 89, comma 3, del Tuir, relativi alla tassazione integrale dei dividendi provenienti da soggetti residenti o localizzati in Stati o territori *black list*;

- di cui agli articoli 68, comma 4, e 87, comma 1, lettera c) del medesimo Tuir, relativi alla tassazione integrale delle plusvalenze realizzate su azioni o quote di partecipazione nei predetti soggetti.

Si rammenta che al fine della disapplicazione dei regimi di cui ai punti precedenti, il socio residente è, in ogni caso, tenuto a fornire la prova che fin dall'inizio del periodo di possesso delle partecipazioni non è stato conseguito l'effetto di delocalizzare i redditi in Stati o territori *black list* [cfr. articolo 87, comma 1, lettera c), del Tuir richiamato dagli articoli 47, comma 4, 68, comma 4, e 89, comma 3, del medesimo T.U.].

Concorrono, comunque, per l'intero alla formazione del reddito imponibile del soggetto residente i dividendi *provenienti* da una società *black list* in relazione alla quale il medesimo soggetto abbia richiesto e ottenuto la disapplicazione della normativa *CFC* a seguito della dimostrazione della prima esimente.

Il riconoscimento della sussistenza della prima circostanza esimente, inoltre, non consente l'applicazione dei regimi di cui agli articoli 68, comma 4, e 87 del Tuir: pertanto in caso di cessione della partecipazione nella società *black list*, l'eventuale plusvalenza concorrerà interamente alla formazione del reddito imponibile del socio residente.

3. PRIMA ESIMENTE

Ai sensi della novellata lett. a) del comma 5 dell'articolo 167 in commento, la disciplina *CFC* non si applica se il contribuente residente in Italia dimostra - in sede di interpello - che *la società o altro ente non residente svolge 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.*

Nel rispetto delle finalità antielusive della disciplina in esame, la disposizione sopra riportata stabilisce che per la dimostrazione della prima esimente il socio residente nel territorio dello Stato deve provare il radicamento della propria partecipata nel Paese o territorio estero di insediamento, oltre ovviamente alla disponibilità *in loco* da parte della stessa di una struttura organizzativa idonea allo svolgimento dell'attività commerciale dichiarata, dotata peraltro di autonomia gestionale.

In altri termini, allo scopo di escludere l'artificialità della struttura estera, il radicamento diventa un elemento rilevante per provare che la *CFC* svolge nel territorio in cui è localizzata un'effettiva attività industriale o commerciale.

Ne consegue che per invocare la prima esimente la disponibilità *in loco* da parte della società estera di una struttura organizzativa idonea - richiesta dall'articolo 5, comma 3, del D.M. 21 novembre 2001, n. 429 - è condizione necessaria, ma può risultare non sufficiente.

Infatti, la disponibilità di una struttura organizzativa idonea dimostra unicamente la presenza fisica della partecipata estera nel territorio ospitante e non anche che quest'ultima svolge effettivamente *in loco* un'attività industriale o commerciale.

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 *mercato* è normalmente da intendersi come collegamento al mercato di sbocco o al mercato di approvvigionamento.

Pertanto la circostanza che la *CFC* non si rivolge al mercato locale né in fase di approvvigionamento, né in fase di distribuzione, costituisce un indizio del mancato esercizio da parte della stessa di un'effettiva attività commerciale nel territorio di insediamento.

Tuttavia, tale ultima circostanza non impedisce di valorizzare anche altri elementi eventualmente prodotti dal contribuente a supporto della richiesta disapplicativa. In sede di trattazione delle istanze, ad esempio, potrà darsi rilievo alle ragioni economiche-imprenditoriali che hanno portato l'impresa residente a investire nello Stato o territorio a fiscalità privilegiata.

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, come, ad esempio, quelle di stima e valutazione dei rischi coperti, accertamento e valutazione del danno, nonché dell'eventuale contenzioso.

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.

In ultimo, si fa presente che il *mercato dello stato o territorio di insediamento* 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).

3.1 Il nuovo comma 5-bis

Nell'articolo 167 del Tuir è stato introdotto il nuovo comma 5-bis in base al quale la prima esimente non può essere invocata 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*".

In virtù della norma appena richiamata, l'Amministrazione finanziaria può negare la disapplicazione della disciplina CFC in base alle condizioni previste dall'articolo 167, comma 5, lett. a) del Tuir, quando, a prescindere dalla valutazione di ogni altro elemento, i proventi di detta società o ente non residente per più (>) del 50 per cento derivano dalla:

- gestione, detenzione o investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie (es. dividendi, plusvalenze, interessi attivi, commissioni);
- dalla cessione o dalla concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria o artistica (es. *royalties*);
- dalla prestazione di servizi infragruppo, ivi compresi i servizi finanziari (es. servizi di contabilità, di tesoreria accentrata o di consulenza).

Tale disposizione è finalizzata a contrastare le politiche di delocalizzazione dei *passive income* attuate mediante la collocazione, in Paesi a fiscalità privilegiata, degli *asset* produttivi di detti redditi. A tal fine, sono attratti a tassazione in Italia quei redditi che solo formalmente sono prodotti all'estero, mediante la creazione, in territori a fiscalità privilegiata, di società formalmente autonome, che sostanzialmente svolgono attività di sfruttamento passivo di *asset* in grado di per sé, ovvero per le loro caratteristiche intrinseche, di produrre reddito (c.d. società senza impresa).

Si ritiene che la norma in esame vada interpretata coerentemente con i principi comunitari in materia di antiabuso. Tali principi riconoscono al contribuente, cui si applicano particolari disposizioni nazionali che individuano delle soglie al di là delle quali il rischio di abuso diventa più elevato, la possibilità di dimostrare il contrario [cfr. Risoluzione del Consiglio dell'Unione Europea sul coordinamento delle norme sulle società estere controllate (SEC) e sulla sottocapitalizzazione nell'Unione europea, dell'8 giugno 2010, pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea C156 del 16 giugno 2010].

Ne consegue che i limiti introdotti dal comma 5-bis in esame vanno visti quali soglie al superamento delle quali si presume salvo prova contraria - che la partecipata estera sia una società senza impresa nel senso prima chiarito.

La prova contraria va fornita preventivamente in sede di interpello da presentarsi ai sensi dell'articolo 167, comma 5, del Tuir, che sul punto richiama [l'articolo 11 della legge 27 luglio 2000, n. 212](#).

In tale sede, l'esame dell'Amministrazione finanziaria sarà diretto a verificare non solo la sussistenza degli elementi normalmente rilevanti ai fini della disapplicazione della disciplina CFC per il ricorrere della prima esimente (i.e. effettività sostanziale della struttura estera e dell'attività dalla stessa svolta nel mercato dello Stato o territorio di insediamento), ma anche la mancanza nel caso specifico - di intenti o effetti elusivi finalizzati alla distrazione di utili dall'Italia verso Paesi o territori a fiscalità privilegiata.

Non può non rilevarsi, infatti, che la partecipata estera che si trovi nelle condizioni del comma 5-bis è per espressa

previsione normativa in una situazione in cui il rischio di abuso è potenzialmente più elevato.

Per tale motivo, quindi, il legislatore ha posto il presidio speciale della disposizione in esame che da un lato consente all'Amministrazione finanziaria di negare la disapplicazione della *CFC rule* sulla base della mera constatazione dei parametri quantitativi ivi previsti, dall'altro richiede al contribuente di fornire elementi di prova più stringenti rispetto a quelli ordinariamente richiesti ai fini della dimostrazione della sussistenza della prima circostanza esimente.

In linea di principio, l'obbligo di interpello sussiste per tutte le *CFC* che presentino le caratteristiche prima evidenziate.

Non si ritiene, infatti, di poter escludere dalla valutazione preliminare, da condurre appunto in tale sede, determinate realtà imprenditoriali in ragione della mancanza di caratteristiche idonee a conseguire fenomeni elusivi.

E il caso, ad esempio, delle *CFC* che operano essenzialmente nei confronti di consociate non residenti (cioè estero su estero).

Ciò non toglie, ovviamente, che tali circostanze possano ricevere adeguata e concreta valorizzazione in sede di analisi dell'istanza di interpello.

Allo stesso modo, ai fini della disapplicazione del comma 5-*bis* in commento, potrà, tra l'altro, essere tenuta in considerazione la circostanza che determinate attività (ad esempio, di gestione finanziaria) ritenute dal legislatore potenzialmente produttive di *passive income* - vengano svolte o meno nell'ambito del c.d. *core business*.

Ciò posto, si fa presente che per l'applicazione della norma in esame, la nozione di gruppo si ricava dall'articolo 167, comma 3, del Tuir secondo cui per la determinazione del limite del controllo *si applica l'art. 2359, commi 1 e 2, del codice civile, in materia di società controllate e collegate*.

In ogni caso, ai fini della verifica del superamento o meno della soglia del 50 per cento, il contribuente deve considerare tutti i proventi lordi conseguiti dalla *CFC*, sia ordinari che straordinari.

La verifica del superamento della suddetta soglia deve essere effettuata di anno in anno a cura del contribuente, a prescindere dalla circostanza che abbia già ottenuto parere favorevole alla disapplicazione della disciplina *CFC* per il ricorrere delle condizioni di cui al comma 5, lett. a) dell'articolo 167 del Tuir.

La documentazione da cui risulta lesivo di tale verifica deve essere conservata a cura del contribuente ai fini dell'esibizione in sede di eventuali controlli.

Ciò comporta che se nei confronti di una partecipata estera, per l'esercizio 2010, è stata riconosciuta la disapplicazione della disciplina *CFC* sulla base della prima esimente, e la medesima società nel periodo d'imposta 2011 ricade nell'ambito di applicazione del comma 5-*bis* in commento, per quest'ultimo esercizio il contribuente residente deve presentare una nuova richiesta di disapplicazione dimostrando nel senso prima chiarito - la mancanza di intenti o effetti elusivi collegati all'insediamento estero.

Se poi, in un esercizio successivo (es. 2013), i *passive income* rientrassero nella soglia del 50 per cento, la società non dovrebbe presentare una nuova istanza di interpello, tenuto conto che la prova (rafforzata) fornita ai fini del comma 5-*bis* è sufficiente anche ai fini dell'articolo 167, comma 5, lett. a) del Tuir.

Con riferimento al medesimo esempio, si precisa, inoltre, che qualora la *CFC* superasse di nuovo il limite del comma 5-*bis* (ad esempio, nell'esercizio 2015), l'interpello andrebbe rinnovato solo nel caso in cui siano mutati gli altri elementi di fatto, che hanno determinato la precedente pronuncia dell'Amministrazione finanziaria.

In altri termini, la mera oscillazione del parametro quantitativo dei *passive income* non incide sulla validità del parere favorevole alla disapplicazione della *CFC rule* reso nei confronti di una partecipata estera che si è trovata nelle condizioni del comma 5-*bis*.

L'interpello va, invece, nuovamente presentato quando sono mutati gli altri presupposti di fatto in base ai quali il precedente parere è stato reso.

4. SECONDA ESIMENTE

Per poter invocare l'esimente di cui all'articolo 167, comma 5, lettera b), del Tuir (c.d. seconda esimente) il contribuente residente deve dimostrare che *dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis*.

Al riguardo, l'articolo 5, comma 3, del D.M. 21 novembre 2001, n. 429 prevede che *ai fini della risposta positiva rileva, in particolare, nei riguardi del soggetto controllante autore dell'interpello, () il fatto che i redditi conseguiti da tali soggetti (le società o enti partecipati non residenti, n.d.r.) sono prodotti in misura non inferiore al 75 per cento in altri Stati o territori diversi da quelli [di cui al D.M. 21 novembre 2001, n.d.r.] (...) ed ivi sottoposti integralmente a*

tassazione ordinaria () .Ai fini della medesima risposta positiva, nel caso di cui all'articolo 1, comma 1, ultimo periodo, del presente regolamento, rileva anche il fatto che i redditi della stabile organizzazione risultano sottoposti integralmente a tassazione ordinaria nello Stato o territorio in cui ha sede l'impresa, la società o l'ente partecipato .

Tale circostanza ricorre quando la CFC abbia prodotto direttamente redditi di fonte estera, in misura non inferiore al 75 per cento del totale, tramite, ad esempio, una stabile organizzazione o in virtù del possesso di cespiti immobilizzati, localizzati e sottoposti a tassazione fuori dagli Stati o territori a fiscalità privilegiata.

Detta circostanza può ricorrere anche quando:

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

In ogni caso, le ipotesi di disapplicazione in base alla seconda esimente previste dal D.M. 21 novembre 2001, n. 429 devono considerarsi menzionate a titolo esemplificativo e non esaustivo.

In generale, si ritiene che, ai fini del riconoscimento dell'esimente in esame, assume rilevanza il carico fiscale complessivamente gravante sul gruppo societario in relazione ai redditi prodotti da una CFC appartenente al medesimo gruppo.

Tale parametro, infatti, è determinante per la verifica del rispetto sostanziale della *ratio* insita nelle disposizioni che regolano la seconda esimente, che è quella di garantire che i redditi prodotti dalla CFC siano tassati in misura congrua.

In particolare, la *ratio* della disposizione in esame va considerata in linea di principio soddisfatta quando il *tax rate* effettivo complessivamente scontato sui redditi prodotti dalla CFC risulti congruo rispetto al livello di imposizione vigente in Italia.

In altri termini, in caso di catene societarie che coinvolgano più Paesi, si ritiene che la suddetta condizione sia rispettata quando l'imposizione effettiva complessivamente gravante sull'utile ante imposte della CFC sia in linea con l'imposizione italiana, a prescindere dal luogo in cui il reddito si considera prodotto e dallo Stato (o dagli Stati) in cui avviene detta tassazione.

Ciò presuppone un'indagine da condurre in ogni caso in sede di interpello, sulla base di un'adeguata e circostanziata documentazione, che consenta all'Amministrazione finanziaria di verificare in maniera certa e incontrovertibile la sussistenza della predetta circostanza.

Inoltre, considerato che l'inclusione di uno Stato o territorio nella vigente *black list* è stata effettuata dal legislatore non solo in ragione del livello di tassazione effettivamente applicabile sul reddito delle società ivi residenti, ma anche della mancanza di un completo ed efficiente scambio di informazioni con l'Amministrazione finanziaria italiana, assume rilievo ai fini del riconoscimento dell'esimente in commento la presentazione di una documentazione idonea a dimostrare la sistematica distribuzione verso l'Italia dell'utile proveniente dalla CFC. Ciò, ovviamente, nel presupposto che risulti contemporaneamente verificata la precedente condizione, e cioè che l'imposizione effettiva complessivamente gravante sull'utile ante imposte della CFC sia congrua rispetto al livello di imposizione gravante in Italia, a prescindere dal luogo in cui il reddito si considera prodotto e dallo Stato (o dagli Stati) in cui avviene detta tassazione.

La sistematica distribuzione dei dividendi, infatti, da un lato rafforza la dimostrazione della carenza di intenti elusivi, dall'altro immette l'utile prodotto dalla CFC in circuiti totalmente accessibili all'Amministrazione finanziaria italiana ai fini dell'acquisizione delle relative informazioni.

Si fa presente, inoltre, che se il *tax rate* effettivo complessivamente gravante sui redditi della partecipata estera fosse inferiore all'aliquota nominale delle imposte sul reddito vigente in Italia, detta circostanza di per sé non precluderebbe al contribuente la possibilità di invocare la disapplicazione della *CFC rule* per il ricorrere della seconda esimente.

In tale fattispecie va dato necessariamente rilievo anche alla tassazione effettiva che la CFC avrebbe subito qualora la stessa fosse stata localizzata nel territorio dello Stato, che, per ipotesi, potrebbe essere anch'essa inferiore alla tassazione ad aliquota nominale per effetto della concorrenza alla formazione dell'utile civilistico di redditi esenti o esclusi (ad esempio, dividendi, plusvalenze *per*, ecc).

Pertanto, la seconda esimente può essere riconosciuta quando il *tax rate* effettivo complessivamente scontato sui redditi della partecipata estera risulta comunque congruo in relazione all'imposizione fiscale effettiva che l'utile della CFC avrebbe subito in Italia.

Ciò si verifica, ad esempio, in fattispecie quali quella della Tabella 1, dove è rappresentato il caso di una *Holding* localizzata in un paradiso fiscale, direttamente controllata da una società italiana, che detiene esclusivamente partecipazioni in società operative situate in Paesi *white list*, tassate in via ordinaria nei rispettivi Stati di localizzazione.

Tabella 1

per la tabella vedi file allegato

In tale contesto, anche se il reddito della *CFC* è da considerarsi in linea di principio prodotto in un *tax haven*, ai fini in esame non può essere ignorata la circostanza che i dividendi distribuiti alla società italiana dalla *Holding*, in realtà derivano interamente da un reddito prodotto e tassato in via ordinaria in uno Stato *white list*, e che in caso di percezione diretta dei dividendi *white list* da parte di GAMMA (i.e. senza lo schermo *black list*), gli stessi avrebbero scontato ai fini IRES un'imposizione effettiva dell'1,375 per cento.

Il ricorrere di tali presupposti, ovviamente, va dimostrato mediante idonea documentazione da prodursi in sede di interpello disapplicativo.

In ogni caso, in considerazione della generale finalità antielusiva della disciplina in esame, risultante a seguito delle modifiche introdotte dal **d.l. n. 78 del 2009**, si ritiene che il riconoscimento dellesime in esame non possa prescindere dalla dimostrazione sempre in sede di interpello - che la struttura societaria alla quale appartiene la *CFC* non sia stata creata per fini di elusione fiscale.

5. STATI O TERRITORI INCLUSI NELLA WHITE LIST DI CUI ALLARTICOLO 168- BIS DEL TUIR: ESTENSIONE DELLA CFC RULE

L'articolo 167, comma 8-bis, del Tuir prevede che *la disciplina di cui al comma 1 trova applicazione anche nell'ipotesi in cui i soggetti controllati ai sensi dello stesso comma sono localizzati in Stati o territori diversi da quelli ivi richiamati, qualora ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni:*

- *sono assoggettati a tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella a cui sarebbero stati soggetti ove residenti in Italia;*
- *hanno conseguito proventi derivanti per più del 50% dalla gestione, dalla detenzione o dall'investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie, dalla cessione o dalla concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria o artistica nonché dalla prestazione di servizi nei confronti di soggetti che direttamente o indirettamente controllano la società o l'ente non residente, ne sono controllati o sono controllati dalla stessa società che controlla la società o l'ente non residente, ivi compresi i servizi finanziari.*

L'obiettivo della disposizione in commento è quello di consentire l'applicazione della disciplina *CFC* nei confronti di controllate localizzate in Paesi o territori inclusi nel decreto del Ministro dell'economia e delle finanze di cui all'articolo 168-bis del Tuir (c.d. *white list*) che, come noto, dovrà individuare i c.d. Paesi o territori virtuosi, ovvero gli Stati o territori *che consentono un adeguato scambio di informazioni e nei quali il livello di tassazione non è sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia* (cfr. articolo 168-bis, comma 2, del Tuir).

Come già chiarito nel paragrafo 2, in attesa dell'emanazione di tale decreto e fino alla sua entrata in vigore, la normativa *CFC* continua ad applicarsi con riferimento alla c.d. *black list* di cui al decreto ministeriale 21 novembre 2001, che individua gli Stati o territori a regime fiscale privilegiato: conseguentemente le disposizioni del comma 8-bis in commento andranno, sino all'entrata in vigore della nuova *white list*, riferite agli Stati o territori non inclusi della predetta *black list*.

L'estensione a tali Paesi della disciplina *CFC*, tuttavia, opera solo ai fini dell'applicazione dell'articolo 167 del Tuir: l'estensione, infatti, delle disposizioni del comma 8-bis in commento alle società collegate estere è espressamente esclusa dall'articolo 168, comma 1, del Tuir, come modificato dall'**articolo 13, comma 1, lettera d) del d.l. n. 78 del 2009**.

Per espressa previsione del citato comma 8-bis, relativamente al rapporto di controllo rilevante ai fini dell'applicazione delle disposizioni in esame vale la stessa nozione accolta dal comma 1 per le società *black list* e, quindi, la nozione di controllo civilistico prevista dall'articolo 2359, commi 1 e 2, del **codice civile**.

La norma in commento si applica esclusivamente al ricorrere delle seguenti condizioni:

- la partecipata estera paga imposte nello Stato o territorio di insediamento per un importo pari a meno della metà (< 50 per cento) del carico impositivo cui sarebbe stata sottoposta qualora fiscalmente residente in Italia;
- i proventi della partecipata estera derivano per più della metà (>50 per cento) da:

- gestione, detenzione o investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie;
- cessione o concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria o artistica;
- 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.

Le due condizioni devono verificarsi congiuntamente.

Con riferimento alla condizione *sub b)*, si osserva che, nel presupposto dell'identica formulazione della disposizione in commento con quella di cui al comma 5-*bis* del medesimo articolo 167 del Tuir, vanno estese alla fattispecie in esame le considerazioni già svolte al paragrafo 3.1, con riferimento all'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione.

Pertanto, la disciplina *CFC* va estesa a tutte le controllate localizzate in Paesi o territori diversi da quelli indicati nella *black list*, che presentino le caratteristiche di cui al punto *sub b)*, comprese le partecipate estere svolgenti attività bancaria, finanziaria e assicurativa.

Anche ai fini in esame, inoltre, per la verifica del superamento della soglia del 50 per cento, dovranno - in linea di principio - considerarsi tutti i proventi lordi conseguiti dalla *CFC*, ordinari e straordinari, risultanti dal bilancio o rendiconto della partecipata estera.

Resta inteso che qualora il contribuente ritenga di trovarsi in una fattispecie che, nonostante il superamento della soglia del 50 per cento, non lo pone nella situazione che la norma in esame intende perseguire (i.e. *costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale*), deve comunque presentare interpello, sottoponendo il suo caso alla valutazione dell'Agenzia delle entrate.

5.1. La condizione della tassazione effettiva inferiore a più della metà della corrispondente tassazione italiana

La norma in esame consente di applicare la *CFC rule* a contribuenti residenti che dalla costituzione all'estero di una propria controllata (indipendentemente dal territorio di insediamento) traggono un notevole risparmio fiscale, determinato da un'imposizione effettiva estera inferiore a più della metà di quella che la controllata avrebbe assolto qualora fosse stata residente in Italia.

L'applicazione della disciplina *CFC* a queste fattispecie (con la connessa imputazione reddituale per trasparenza) determina, ovviamente, un azzeramento di questo risparmio fiscale.

Ai fini della verifica della condizione prevista dalla lett. *a)* del comma 8-*bis* dell'articolo 167 del Tuir, si ritiene opportuno chiarire che, in considerazione della collocazione della *CFC rule* nel Tuir, il confronto tra la tassazione effettiva estera e quella virtuale interna vada condotto considerando esclusivamente le imposte sul reddito, da individuare facendo riferimento, qualora esistente, alla Convenzione per evitare le doppie imposizioni vigente con lo Stato estero, ed escludendo in ogni caso IIRAP.

In mancanza di una Convenzione tra Italia e lo Stato estero, vanno considerate, sul fronte interno, unicamente IIRES e sue eventuali addizionali, mentre, sul fronte estero, le corrispondenti imposte sul reddito, a prescindere dall'ente riscossore (es. imposte sul reddito federali, statali, ecc.).

Per quanto riguarda, inoltre, la comparazione richiesta dalla norma in commento - coerentemente con quanto previsto nella relazione di accompagnamento all'[articolo 13 del d. lgs. n. 78 del 2009](#) - si ritiene che:

- occorra fare riferimento, relativamente ad entrambi i termini del confronto, al *carico effettivo di imposizione (e non all'aliquota nominale di imposizione societaria) gravante sulla società estera*. A tal fine, pertanto, occorrerà considerare *leffective tax rate*, ossia il rapporto tra l'imposta corrispondente al reddito imponibile e l'utile ante imposte;
- i due termini di raffronto debbano essere omogenei.

Si fa presente che, ai fini del confronto in esame, vanno prese in considerazione solo le imposte correnti e non anche le eventuali imposte anticipate e differite: quest'ultime, infatti, rilevano unicamente ai fini della corretta redazione del bilancio, in quanto, insieme alle imposte correnti, individuano il carico fiscale complessivo di competenza dell'esercizio. Non incidono, pertanto, sulle somme che la società deve *effettivamente* a titolo di imposte sul reddito per l'esercizio considerato. Eventuali effetti distorsivi sul confronto tra la tassazione virtuale domestica e quella effettiva estera, derivanti dalla mancata considerazione di rilevanti ammontari di imposte anticipate e/o differite, andranno valutati in sede di interpello.

Per quanto riguarda il **tax rate estero**, questo va determinato facendo riferimento innanzitutto ai dati risultanti dal bilancio di esercizio (o rendiconto) della società estera, redatto secondo le norme locali.

In caso di adesione della partecipata estera ad una forma di tassazione di gruppo prevista nello Stato estero di insediamento, si ritiene corretto dare rilevanza ai fini in esame solo alle imposte sul reddito di competenza della medesima controllata, singolarmente considerata (*stand alone*), ossia alle imposte sul reddito corrispondenti al suo reddito imponibile e non a quello della *fiscal unit*.

Al di fuori della particolare ipotesi sopra evidenziata, si deve trattare di imposte sul reddito effettivamente dovute nello Stato o territorio estero di localizzazione, che devono trovare evidenza nel bilancio (o rendiconto) di esercizio della società estera, nella relativa dichiarazione dei redditi presentata alle competenti autorità fiscali, nonché nelle connesse ricevute di versamento. Tali documenti probatori, peraltro, ove non immediatamente disponibili al momento della presentazione dell'eventuale istanza di interpello disapplicativo, potranno essere allegati successivamente anche a titolo di volontaria integrazione documentale.

Tenuto conto di quanto fino ad ora precisato circa la rilevanza ai fini in esame delle imposte corrispondenti al reddito imponibile (in linea di principio corrispondenti con le c.d. imposte correnti, evidenziate nel bilancio di esercizio), non è parimenti rilevante l'eventuale utilizzo in sede di versamento di crediti d'imposta per redditi prodotti all'estero riconosciuti dallo Stato di insediamento, nonché di ritenute d'acconto subite ad opera di sostituti d'imposta o altri soggetti locali.

Allo stesso modo, non sono considerati gli effetti sul calcolo del reddito imponibile e/o delle imposte corrispondenti di eventuali agevolazioni di carattere temporaneo o non strutturale, riconosciute alla generalità dei contribuenti dalla legislazione dello Stato estero.

Assumono, invece, rilevanza altre forme di riduzione di imposte spettanti al singolo contribuente diverse da quelle sopra citate come, ad esempio, quelle accordate in base ad un apposito *ruling* concluso da quest'ultimo con l'Amministrazione fiscale estera.

Inoltre, in considerazione della finalità antielusiva della disposizione in commento dapprima illustrata, ai fini della determinazione dell'*effective tax rate* estero, si ritiene corretto tener conto di eventuali agevolazioni riconosciute dallo Stato o territorio di insediamento ai soci della partecipata estera e, quindi, *in primis* al socio controllante residente in Italia (sottoforma, ad esempio, di accreditamento al socio di tutta o parte dell'imposta estera prelevata in capo alla società partecipata). Ciò anche nel caso in cui si tratti di meccanismi di *tax refund* che la normativa locale prevede su base generalizzata, a prescindere dalla residenza del socio percettore.

In simili circostanze, infatti, la tassazione effettiva degli utili societari non può non essere valutata considerando congiuntamente il binomio socio società, ovvero la posizione fiscale della società estera che li ha prodotti e quella del socio percettore.

In sede di prima applicazione della disciplina in esame, per ragioni di semplificazione e omogeneità dei termini di confronto, si ritiene opportuno sempre ai fini della determinazione dell'*effective tax rate* estero non considerare le perdite fiscali estere maturate antecedentemente all'entrata in vigore della nuova disciplina CFC (c.d. sterilizzazione delle perdite pregresse). A regime, avranno rilevanza quelle maturate dal primo periodo di applicazione della nuove disposizioni, cioè per i contribuenti con periodo d'imposta coincidente con l'anno solare, a decorrere dal 2010.

Ciò ovviamente nel presupposto che a tale data il contribuente residente abbia il controllo della società estera.

Al di fuori di tale fattispecie, rilevano le perdite maturate dalla partecipata estera a decorrere dal periodo d'imposta in cui il contribuente italiano acquista il controllo della medesima società. Pertanto, se il requisito del controllo sussiste dal 2014, ai fini in esame, vanno considerate solo le perdite maturate dalla partecipata estera a decorrere da tale periodo d'imposta.

Tabella 2

2010 (A)	2010 (B)	2011	2012
Utile ante imposte (1) 1.000	Utile ante imposte 1.000	Utile ante imposte 900	Utile ante imposte 1.300
Perdite pregresse 2.500	Perdite pregresse 2.500	Perdite pregresse 800	Perdite pregresse 1.800
Reddito di periodo 1.200	Reddito di periodo - 800	Reddito di periodo - 1.000	Reddito di periodo 2.400

Reddito imponibile nello Stato estero 0	Reddito imponibile nello Stato estero 0	Reddito imponibile nello Stato estero 0	Reddito imponibile nello Stato estero 600
<i>Tax rate</i> estero (2) 12%	<i>Tax rate</i> estero 0	<i>Tax rate</i> estero 0	<i>Tax rate</i> estero 4,62%

- Utile ante imposte risultante dal bilancio dell'esercizio 2010 della controllata estera;
- Aliquota nominale dell'imposta sul reddito estera assunta pari al 10 per cento.

Ciò comporta che, con riferimento all'esempio della Tabella 2, sopra riportata, ai fini in esame, il reddito imponibile della controllata estera relativo al periodo d'imposta 2010 va considerato pari a 1.200, posta irrilevante per le ragioni prima illustrate dell'utilizzo in compensazione delle perdite fiscali pregresse. L'*effective tax rate* estero del periodo d'imposta 2010, quindi, non va considerato pari a 0, ma pari al 12 per cento, in quanto rideterminato con riferimento ad un reddito imponibile di 1.200.

Analoghe conseguenze nel caso in cui la medesima controllata estera conseguiva, nel periodo d'imposta 2010, una perdita fiscale di 800 (ipotesi B): ai fini del calcolo del *tax rate* estero relativo ai periodi d'imposta successivi, assumono rilevanza solo le perdite fiscali realizzate a partire da tale periodo d'imposta, anche se trasferite alla *fiscal unit*. In altri termini, sempre con riferimento all'esempio della Tabella 2, il reddito imponibile realizzato nel periodo d'imposta 2012 dalla controllata estera può essere compensato solo con le perdite fiscali dalla stessa conseguite nei periodi d'imposta 2010 e 2011 (1.800), anche se la medesima partecipata può effettivamente utilizzare in compensazione nel suo Stato di localizzazione perdite fiscali per 4.300 (cioè 2.500 + 800 + 1.000).

In merito all'**effective tax rate domestico**, la valutazione non può prescindere da una rideterminazione virtuale - secondo le disposizioni ordinariamente previste dal Tuir in materia di reddito d'impresa - del reddito prodotto dalla controllata estera.

Il novellato comma 8-bis, lett. a) dell'articolo 167 del Tuir prevede, infatti, che il confronto vada condotto considerando la tassazione effettiva a cui i soggetti controllati esteri *sarebbero stati soggetti ove residenti in Italia*.

Il calcolo va effettuato partendo dal bilancio dell'esercizio (o rendiconto) della società estera, redatto secondo le disposizioni locali.

Al riguardo, si precisa che se tale bilancio (o rendiconto) fosse redatto in conformità ai principi contabili internazionali (IAS/IFRS *compliant*), la controllante residente dovrebbe rideterminare il reddito della propria partecipata secondo le disposizioni appositamente previste per i soggetti *IAS/IFRS adopter* dal Tuir (come modificato dall'articolo 1, commi 58 e seguenti, della Finanziaria 2008, **legge n. 244 del 2007**) e dal decreto 1° aprile 2009, n. 48.

Per quanto attiene ai valori di partenza fiscali degli elementi patrimoniali dell'impresa estera controllata, si ritengono applicabili le disposizioni di cui all'articolo 2, comma 2, del decreto 21 novembre 2001, n. 429.

Detti valori, pertanto, sono quelli risultanti dal bilancio relativo all'esercizio o periodo di gestione anteriore a quello a cui si applicano le disposizioni in commento (*i.e.* bilancio dell'esercizio 2009) a condizione che gli stessi siano conformi a quelli derivanti dall'applicazione dei criteri contabili adottati nei precedenti esercizi o ne venga attestata la congruità da uno o più soggetti che siano in possesso dei requisiti previsti dall'**articolo 11 del decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 88** (Registro dei Revisori contabili).

Gli ammortamenti e i fondi per rischi ed oneri risultanti dal predetto bilancio si considerano dedotti anche se diversi da quelli ammessi dal Tuir, ovvero se eccedenti i limiti di deducibilità ivi previsti.

Anche ai fini in esame (*i.e.* determinazione del *tax rate* domestico), valgono i chiarimenti forniti relativamente al *tax rate* estero con riferimento all'utilizzo dei crediti d'imposta e delle ritenute da conto subite.

Per quanto riguarda le perdite fiscali domestiche, considerato che le disposizioni in esame si applicano per la prima volta a partire dal periodo d'imposta 2010, si ritiene opportuno tener conto solo delle perdite maturate a decorrere da tale periodo d'imposta ovvero dal periodo d'imposta in cui si acquista il controllo della società estera, qualora successivo. Il loro utilizzo in compensazione avverrà secondo le disposizioni dell'articolo 84 del Tuir: le stesse, pertanto, potranno essere utilizzate senza alcun limite di temporale, solo se conseguite nei primi 3 periodi d'imposta dalla data di costituzione della CFC. Diversamente, il loro utilizzo potrà avvenire non oltre il quinto periodo d'imposta successivo a quello della loro determinazione.

Ai fini in esame, preme ricordare, inoltre, che in caso di società holding, in possesso esclusivamente di partecipazioni

con i requisiti per la *participation exemption* di cui all'articolo 87 del Tuir, si riconosce, in linea di principio, la sostanziale equivalenza tra l'esenzione totale e l'ineducibilità dei costi, da un lato, e la tassazione dell'1,375 per cento a fronte della deducibilità dei costi, dall'altro.

Tuttavia, tenuto conto che secondo la giurisprudenza comunitaria il carico fiscale effettivamente applicato in Italia sui redditi (plusvalenze e dividendi) derivanti da tali partecipazioni deve essere considerato pari all'1,375 per cento, si ritiene che le holding in questione ricadano comunque nell'ambito applicativo della norma in commento (cfr. sentenza della Corte di Giustizia 19 novembre 2009, Causa C-540/07, par. 32 e 33, nonché conclusioni dell'avvocato generale presentate il 16 luglio 2009, par. 30, ove si fa riferimento all'analoga posizione espressa dalla Commissione europea). Le stesse, pertanto, qualora intendano disapplicare la *CFC rule*, dovranno presentare apposita istanza di interpello, nel cui ambito sarà adeguatamente valutata la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento della menzionata equivalenza di regimi impositivi.

Le imposte virtuali corrispondenti al reddito imponibile determinato secondo le disposizioni fiscali italiane vanno successivamente rapportate all'utile ante imposte quale emergente dal bilancio (o rendiconto) della *CFC*: se il *tax rate* domestico così ottenuto è più del doppio di quello estero, risulta soddisfatto il requisito di cui al comma 8-bis, lettera a). Nel caso in cui risulti verificata l'ulteriore condizione individuata dalla lettera b) relativamente alle *passive income companies* la controllata estera va in linea di principio considerata a fiscalità privilegiata e come tale assoggettata alla *CFC rule*.

Si precisa, infine, che la comparazione richiesta dalla lett. a) del comma 8-bis in commento va verificata a cura del contribuente in ogni esercizio, posto che la tassazione effettiva muta in considerazione del reddito conseguito nei vari periodi d'imposta.

Se in seguito a questa verifica non risultano integrate entrambe le condizioni di cui al comma 8-bis in commento, il contribuente non ricade nell'ambito applicativo della disposizione in esame. Anche in questo caso, ai fini di eventuali controlli, egli dovrà avere cura di conservare la documentazione da cui risulti lesito della verifica da lui condotta.

Viceversa, nel caso in cui le condizioni del comma 8-bis risultano entrambe verificate, il contribuente non potrà esimersi dal presentare interpello, ai fini della disapplicazione della *CFC rule*, nel rispetto delle modalità di seguito illustrate.

5.2. La disapplicazione del comma 8-bis: lesimente della costruzione di puro artificio. Interpello disapplicativo.

Ai sensi del comma 8-ter dell'articolo 167 del Tuir *le disposizioni del comma 8-bis non si applicano se il soggetto residente dimostra che l'insediamento all'estero non rappresenta una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale. Ai fini del presente comma il contribuente deve interpellare l'amministrazione finanziaria secondo le modalità indicate nel precedente comma 5.*

In altri termini, la *CFC rule* non si estende a controllate localizzate in Paesi o territori a fiscalità ordinaria, anche qualora queste siano nelle condizioni di cui alle lett. a) e b) del predetto comma 8-bis, quando queste ultime sono rappresentative di insediamenti effettivi, ovvero costituiscono costruzioni non artificiose, come tali non volte a conseguire un indebito vantaggio fiscale.

Al riguardo, si osserva che l'espressione utilizzata dal legislatore nazionale appare in linea con la terminologia adottata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea che, nella sentenza *Cadbury-Schweppes* del 12 settembre 2006 (causa C-196/04), ha affermato il principio della compatibilità delle normative *CFC* con il principio della libertà di stabilimento sancito dall'articolo 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (ex articolo 43 del TCE), limitatamente alle ipotesi di società controllate residenti in uno Stato membro che rappresentano *wholly artificial arrangements intended to circumvent national law*.

Si ritiene, dunque, che il legislatore domestico abbia voluto accogliere la nozione di costruzione di puro artificio elaborata dagli organi comunitari.

Secondo la Corte di Giustizia, 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* (cfr. sentenza *Cadbury-Schweppes*, punto 75). Ciò in quanto *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* (cfr. sentenza *Cadbury-Schweppes*, punto 69).

Nel contesto comunitario, peraltro, l'espressione *volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale* rappresenta una mera specificazione del concetto di costruzione di puro artificio.

L'interpretazione seguita nella sentenza *Cadbury Schweppes* è stata sostanzialmente confermata sia dalla successiva giurisprudenza della Corte (cfr. ad es. la sentenza 13 marzo 2007, Causa C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*), sia dalla Commissione europea nella comunicazione COM(2007) 785 def del 10 dicembre 2007,

riguardante *L'applicazione di misure antiabuso nel settore dell'imposizione diretta all'interno dell'UE e nei confronti dei Paesi terzi.*

La prova che la struttura estera *non rappresenta una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale* va fornita preventivamente in sede di interpello da presentarsi secondo le modalità indicate nel comma 5 dell'articolo 167 del Tuir.

Si tratta di un adempimento obbligatorio che il contribuente deve eseguire qualora intenda disapplicare la disciplina in esame nei confronti di una sua controllata estera, che, in un determinato periodo di imposta, supera entrambi i limiti indicati nel comma 8-bis.

Infatti, in conformità a quanto già precisato in relazione al comma 5-bis, detti limiti - anche con riferimento alla fattispecie in esame - vanno considerati come soglie al superamento delle quali si presume - salvo prova contraria sia più elevato il rischio di abuso, ovvero la possibilità che la partecipata estera sia una struttura di puro artificio.

Coerentemente con gli orientamenti comunitari (*ex multis*, sentenza CGE Leur-Bloem del 17 luglio 1997, C-28/95, punto 41), la valutazione dell'artificialità della costruzione estera andrà, comunque, valutata caso per caso (cd. *case by case analysis*) in base ad *elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi.*

La previsione dell'interpello da parte del legislatore risponde a tale finalità in quanto consente all'Amministrazione finanziaria di applicare la *CFC rule* solo nei casi di strutture prive di effettiva sostanza economica.

Il parere reso dall'Agenzia delle entrate non è vincolante per il contribuente, che resta libero di decidere se uniformarsi o meno alla risposta ottenuta. Il carattere non vincolante di tale parere comporta che, nel caso in cui il contribuente decida di non uniformarsi alla risposta ottenuta, resta per lui impregiudicata la possibilità di dimostrare anche successivamente ad esempio in sede di contenzioso la sussistenza delle condizioni che consentono la disapplicazione della *CFC rule*.

Ad ogni buon fine, si fa presente, inoltre, che il parere dell'Amministrazione finanziaria in ordine alla disapplicazione della *CFC rule* a favore di partecipate estere *white list* non viene reso sulla base di elementi valutati in maniera discrezionale, quanto, piuttosto, in aderenza a indici predefiniti, cui è normalmente attribuito carattere di oggettività.

Pertanto, alla dimostrazione da parte del contribuente che, sulla base dei predetti indici, la sua struttura estera *non rappresenta una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale*, consegue di regola il parere positivo dell'Amministrazione finanziaria alla disapplicazione del regime in esame.

In merito agli indici di cui sopra, si ritiene che gli stessi vadano individuati facendo riferimento alla Risoluzione del Consiglio dell'Unione Europea sul coordinamento delle norme sulle società estere controllate (SEC) e sulla sottocapitalizzazione nell'Unione europea, dell'8 giugno 2010, pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea C156 del 16 giugno 2010, che prevede un elenco non esaustivo di indicatori in presenza dei quali è ragionevole presumere che gli utili della controllata estera siano stati artificialmente trasferiti ad una *CFC* e quindi distratti dallo Stato UE di origine.

In particolare, ai sensi della citata Risoluzione, sono considerati indicatori dell'artificialità della struttura estera:

- *l'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;*
- *non esiste alcuna correlazione proporzionale tra le attività apparentemente svolte dalla CFC e la misura in cui tale società esiste fiscalmente in termini di locali, personale e attrezzature;*
- *la società non residente è sovracapitalizzata: dispone di un capitale nettamente superiore a quello di cui ha bisogno per svolgere un'attività;*
- *il contribuente ha concluso transazioni prive di realtà economica, aventi poca o nessuna finalità commerciale o che potrebbero essere contrarie agli interessi commerciali generali se non fossero state concluse a fini di evasione fiscale.*

Con riferimento, ad esempio, all'indicatore *sub c)*, coerentemente con quanto precisato sia dalla Corte di Giustizia che dalla Commissione Europea, possono essere considerati elementi di prova, volti a dimostrare il livello di presenza fisica della controllata nel territorio estero, la disponibilità *in loco* da parte della stessa di locali, personale e attrezzature [sentenza *Cadbury-Schwepkes* e COM(2007) 785 def del 10 dicembre 2007].

A tal fine, si ritiene possano essere considerati idonei gli elementi di prova che il contribuente è tenuto a produrre per la disapplicazione della *CFC rule* per il ricorrere della prima circostanza esimente di cui all'articolo 167, comma 5, lett. a) del Tuir. Si tratta, in altri termini, dei documenti volti 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.

Al riguardo va tuttavia rilevato che la stessa Commissione Europea ammette la difficoltà di applicare tali elementi oggettivi di prova alle attività c.d. immateriali, quali ad esempio, le attività bancarie, finanziarie e assicurative: lo svolgimento di tali attività, infatti, non richiede necessariamente una presenza fisica significativa [COM(2007) 785 def del 10 dicembre 2007].

Da qui la necessità di individuare con riferimento alle predette realtà - ulteriori e più specifici elementi di prova volti a dimostrare la non artificiosità della controllata estera. Tali elementi peraltro utili anche ai fini della disapplicazione del comma 5-*bis* dell'articolo 167 del Tuir consistono ad esempio nella:

- descrizione 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;
- descrizione 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;
- 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 dovrà 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 dovrà 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.

In ultimo, si fa presente che l'efficacia del parere reso dall'Amministrazione finanziaria in merito alla disapplicazione del comma 8-*bis* dell'articolo 167 del Tuir non è circoscritta al periodo di imposta cui la richiesta di disapplicazione è rivolta.

Ciò in quanto la formulazione letterale della specifica esimente di cui al comma 8-*ter* individua il soggetto della valutazione affidata all'Amministrazione nella sostanza della *costruzione* estera.

E' evidente che il riconoscimento del carattere non artificioso della *costruzione* estera rappresenta, laddove verificato, un dato acquisito. Ciò, ovviamente, a condizione che nei successivi esercizi permangano inalterate le condizioni fattuali rappresentate nell'istanza sulla quale si è fondato il parere positivo dell'Agenzia delle entrate.

Va da sé che, in caso di parere negativo alla disapplicazione della *CFC rule*, resta impregiudicato per il contribuente la possibilità di presentare una nuova istanza di interpello. Ciò ovviamente nel presupposto che nel frattempo si siano modificate le circostanze di fatto che hanno determinato - in precedenza - la pronuncia negativa dell'Amministrazione finanziaria.

6. MODALITÀ DI PRESENTAZIONE DELL'ISTANZA DI INTERPELLO

La circolare n. 32/E del 14 giugno 2010 chiarisce che l'interpello *CFC rule* si caratterizza per l'obbligatorietà della presentazione della relativa istanza ai fini dell'ottenimento del parere favorevole all'accesso al regime derogatorio rispetto a quello legale, normalmente applicabile.

L'obbligo di presentazione dell'istanza previsto dalla normativa di riferimento, risponde peraltro all'esigenza di consentire all'Amministrazione finanziaria un monitoraggio preventivo in merito a particolari situazioni considerate dal legislatore potenzialmente elusive.

L'obbligatorietà dell'istanza non muta il carattere non vincolante della risposta quale atto avente natura di parere, né tantomeno preclude all'istante la possibilità di dimostrare anche successivamente la sussistenza delle condizioni che legittimano l'accesso al regime derogatorio.

Come già anticipato, in tutte le ipotesi di interpello previste dall'articolo 167 del Tuir, infatti, compresa quella di cui al comma 8-*ter*, le determinazioni dell'Agenzia delle entrate rappresentano comunque un atto di indirizzo, indicativo dell'orientamento assunto dall'Amministrazione sulla base della documentazione fornita e/o richiesta in ordine alla valutazione della sussistenza delle esimenti che autorizzano la disapplicazione della *CFC rule*.

Si fa presente, inoltre, che nelle stesse ipotesi, il parere dell'Agenzia delle entrate conserva la sua validità fintanto che restano immutate le circostanze di fatto e di diritto sulla base delle quali è stato reso (c.d. valenza ultrattiva).

L'istanza per la disapplicazione della *CFC rule* va inoltrata all'Agenzia delle entrate preventivamente.

Come già ricordato con circolare n. 32/E del 2010, trattandosi di un comportamento che trova attuazione nella dichiarazione dei redditi, l'istanza va presentata - a pena di inammissibilità - in tempo utile per ottenere la risposta

prima della scadenza del termine ordinario di presentazione della predetta dichiarazione, a nulla rilevando la circostanza che l'adempimento può essere sanato nei 90 giorni successivi ovvero che la dichiarazione originariamente presentata è integrabile, sia a favore del contribuente, sia a favore dell'erario.

Pertanto, se un contribuente con periodo d'imposta coincidente con l'anno solare intende chiedere la disapplicazione della *CFC rule* con riferimento ad una controllata estera per il periodo d'imposta 2010, la relativa istanza dovrà essere presentata entro il 1° giugno 2011, posto che il termine ordinario per l'invio della relativa dichiarazione dei redditi scade il 30 settembre 2011.

Ai sensi dell'articolo 5 del D.M. 21 novembre 2001, n. 429, l'istanza di disapplicazione va inoltrata alla Agenzia delle entrate - Direzione centrale normativa, per il tramite della Direzione regionale competente per territorio in relazione al domicilio fiscale del socio controllante, secondo una delle seguenti modalità:

- consegna a mano;
- spedizione tramite servizio postale in plico raccomandato, senza busta, con avviso di ricevimento.

L'Amministrazione finanziaria rende il proprio parere *entro centoventi giorni decorrenti dalla data di consegna o di ricezione dell'istanza di interpello da parte dell'ufficio* (cfr. articolo 4, comma 1, decreto 26 aprile 2001, n. 209), pena il consolidamento del silenzio-assenso.

In caso di richiesta di documentazione integrativa, tale termine si interrompe e riprende a decorrere *ex novo* a partire dal momento in cui l'Agenzia delle entrate riceve ulteriore documentazione.

6.1 Documentazione da allegare all'istanza di interpello disapplicativo

Al fine di orientare il contribuente nella predisposizione delle istanze di interpello per la disapplicazione della *CFC rule*, l'Agenzia delle entrate, con le circolari 12 febbraio 2002, n. 18/E e 23 maggio 2003, n. 29/E ha fornito alcune indicazioni in merito ai documenti utili ai fini della dimostrazione delle esimenti previste dal più volte menzionato articolo 167 del Tuir.

Considerato che la completezza della documentazione presentata e la trasparenza della situazione tutelano l'interesse dei contribuenti ad ottenere una risposta in tempi rapidi e, nello stesso tempo, agevolano il lavoro dell'Amministrazione, si ritiene utile aggiornare le predette circolari alla luce delle novità apportate dall'**articolo 13 del D.L. n. 78 del 2009**, convertito (con modificazioni) con **legge n. 102 del 2009**.

Il presente paragrafo ha, pertanto, lo scopo di fornire indicazioni uniformi relativamente alla predisposizione delle istanze di interpello presentate ai sensi dell'articolo 167, comma 5, del Tuir e di focalizzare l'attenzione degli utenti sui principali documenti necessari ai fini della richiesta di disapplicazione della *CFC rule*.

Le precisazioni in esame sono valide anche con riguardo alle istanze presentate per la disapplicazione della disciplina *CFC* relativamente a società collegate estere, di cui all'articolo 168 del Tuir.

In linea con quanto chiarito nella circolare n. 32/E del 2010, l'istanza deve essere circostanziata: in particolare, il contribuente deve fornire una rappresentazione completa della fattispecie senza porre a carico dell'Agenzia l'onere di ricavare dalla documentazione allegata le informazioni necessarie alla compiuta definizione del caso prospettato.

A tal fine l'istanza, oltre ad essere corredata della documentazione solitamente fornita per evidenziare l'esistenza di una struttura *in loco*, deve evidenziare in una logica *substance over form* - l'effettività sostanziale della struttura estera ovvero nel caso dell'interpello di cui al comma 8-ter, prima illustrato - la non artificiosità delle *CFC*.

Ciò premesso, con riferimento alla **prima esimente** di cui all'articolo 167, comma 5, lett. a), del Tuir, l'istante deve produrre in allegato almeno la seguente documentazione o, in alternativa, spiegare i motivi della mancata esibizione:

- bilancio della società estera relativo all'esercizio cui l'istanza disapplicativa si riferisce, corredata 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 le mansioni svolte;
- 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);
- 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;
- prospetto dei principali mercati di penetrazione commerciale e di approvvigionamento della partecipata estera corredata dell'esposizione, in forma schematica, della ripartizione dei fornitori e della clientela per area geografica di residenza, con evidenziazione - per ciascuna area - del relativo volume d'affari (in termini assoluti, nonché in percentuale del volume d'affari complessivo della partecipata);
- descrizione delle operazioni, effettuate nel periodo di riferimento, con parti correlate.

Le predette indicazioni devono intendersi a titolo esemplificativo e non esaustivo per cui l'istante potrà sempre presentare ulteriori documenti di natura diversa che ritenga essere di aiuto ad ottenere la disapplicazione della CFC *rule*. Né tantomeno è preclusa all'Amministrazione finanziaria la facoltà, ove lo ritenga necessario, di chiedere ulteriore documentazione.

Con specifico riferimento alla dimostrazione della sussistenza dei presupposti richiesti per la **seconda esimente** di cui all'articolo 167, comma 5, lettera b) del Tuir si osserva quanto segue.

Il contribuente è tenuto a presentare documentazione contabile e fiscale (bilancio, dichiarazioni dei redditi, etc.) idonea a dimostrare che i redditi conseguiti dalla società estera collegata o controllata sono prodotti in misura non inferiore al 75 per cento in Stati o territori diversi da quelli a fiscalità privilegiata ed ivi sottoposti integralmente a tassazione ordinaria. In particolare, dovrà essere esibita la documentazione fiscale attestante l'effettivo ed integrale assoggettamento dei redditi medesimi a tassazione ordinaria nell'anno per il quale è richiesta la disapplicazione, unitamente alla sintetica illustrazione del sistema di tassazione vigente - ai fini delle imposte sui redditi - nel Paese o territorio di produzione dei redditi.

Nel caso in cui si voglia invocare la seconda esimente dimostrando la congruità del carico fiscale complessivo di gruppo, il contribuente dovrà produrre dati e documenti da cui risulti la composizione e le modalità di determinazione del reddito della società *black list* di livello più elevato, l'eventuale distribuzione di tale reddito alle società sovraordinate, sino alla controllante residente, e la misura della tassazione cui è stato complessivamente assoggettato il reddito prodotto dalla CFC.

In particolare, il contribuente è tenuto a esibire in sede di interpello:

- il bilancio certificato della CFC di livello più elevato e il prospetto di calcolo delle imposte dovute nello Stato *black list* di localizzazione in base alla normativa locale, corredato della normativa applicabile, della dichiarazione dei redditi (qualora presentata) e della dimostrazione del pagamento delle imposte anche a titolo di acconto o ritenuta;
- copia della delibera o delle delibere di distribuzione degli utili della CFC approvate nel corso dell'esercizio di riferimento;
- bilancio delle società cui è stato eventualmente distribuito l'utile della partecipata estera con prospetto di calcolo delle imposte dalle stesse dovute nel relativo Stato di localizzazione con riferimento agli utili ricevuti dalla CFC, e documentazione attestante il pagamento delle predette imposte anche a titolo di acconto o ritenuta.

In caso di parere positivo, la documentazione di cui sopra va predisposta dal contribuente anche con riferimento ai periodi di imposta successivi, così da dimostrare - in sede di eventuale controllo - il perdurare delle circostanze di fatto che hanno determinato il riconoscimento dell'esimente in esame.

Nella particolare ipotesi in cui, infine, la seconda esimente sia richiesta anche ai fini della disapplicazione degli articoli 47, comma 4, e 89, comma 3, del Tuir, la documentazione prodotta non potrà riguardare il solo anno per il quale è richiesta la disapplicazione della normativa CFC, ma dovrà essere idonea a dimostrare che i requisiti richiesti per la disapplicazione sussistono *sin dall'inizio del possesso* delle partecipazioni, così da ricostruire tutte le vicende reddituali e fiscali della controllata *black list*.

Anche in questa circostanza, le predette indicazioni sono esemplificative e non esaustive per cui l'istante potrà sempre presentare ulteriori documenti di natura diversa, utili alla dimostrazione dell'esimente in commento.

Allo stesso modo, la scrivente - ove ritenuto opportuno - potrà invitare il contribuente a produrre documenti diversi ed ulteriori rispetto a quelli in precedenza indicati.

7. ENTRATA IN VIGORE DELLA NUOVA DISCIPLINA CFC

L'articolo 26 del decreto n. 78 del 2009 prevede che le disposizioni in esso contenute entrano in vigore *il giorno stesso della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*, avvenuta nel n. 150 del 1° luglio 2009.

Al riguardo si fa presente che con riferimento ai tributi periodici, quali IRES e IIRPEF, **articolo 3, comma 1, della legge 27 luglio 2000, n. 212** (c.d. Statuto del contribuente), prevede che *() le modifiche introdotte [in via normativa, n.d.r.] si applicano solo a partire dal periodo d'imposta successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore delle disposizioni che le prevedono.*

Ciò posto, come precisato dalla scrivente con comunicato stampa del 5 febbraio 2010, le modifiche apportate alla disciplina CFC dall'**articolo 13 del decreto legge n. 78 del 2009** trovano applicazione a partire dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 1° luglio 2009, ovvero per i soggetti con periodo d'imposta coincidente con l'anno solare, a partire dal 1° gennaio 2010.

Nel presupposto che *i redditi conseguiti dal soggetto estero partecipato sono imputati* n.d.r. ai soggetti residenti -, *a decorrere dalla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero partecipato*, (cfr. articolo 167, comma 1, del Tuir), si ritiene che ai fini in esame abbia rilevanza la data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione della partecipata non residente.

Ne consegue che per i redditi realizzati dalle partecipate estere a partire dall'esercizio o periodo di gestione che inizia successivamente a quello in corso al 1° luglio 2009, si applicano le nuove disposizioni in materia di CFC *rule* e perdono di validità le disapplicazioni della disciplina CFC precedentemente riconosciute dall'Agenzia delle Entrate a seguito della dimostrazione della prima esimente, essendosi modificati i presupposti di diritto in base ai quali le stesse sono state rese.

Va da sé che i contribuenti che intendono chiedere la disapplicazione della CFC *rule* in base alla nuova disciplina in vigore dal 2010 in poi, devono presentare interpello secondo le modalità in precedenza illustrate.

8. LA DISCIPLINA DEI DIVIDENDI PROVENIENTI DA STATI O TERRITORI BLACK LIST

La disciplina degli utili *provenienti* da Paesi a fiscalità privilegiata è in linea generale contenuta negli articoli 47, comma 4 e 89, comma 3, del Tuir (così come modificati dall'**articolo 36 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223**) relativi rispettivamente al regime di imposizione dei dividendi percepiti dai soggetti IRPEF e all'imposizione dei dividendi percepiti dai soggetti IRES.

A prescindere dalla natura della partecipazione detenuta (qualificata o non qualificata), tali disposizioni prevedono una deroga all'ordinaria disciplina di tassazione degli utili da partecipazione, assoggettando ad imposizione integrale, anziché parziale, gli utili *provenienti* da società o enti localizzati in Paesi o territori aventi regime fiscale privilegiato, come individuati dal D.M. 21 novembre 2001.

Ciò a meno che gli stessi non siano già stati imputati al socio, per trasparenza, ai sensi degli articoli 167, comma 1, e 168 del Tuir, ovvero sia stata data dimostrazione, in seguito all'esercizio dell'interpello - secondo le modalità del comma 5, lett. b) del medesimo articolo 167 - che dalle partecipazioni non è stato conseguito, sin dall'inizio del periodo di possesso, l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori in cui sono sottoposti a regimi fiscali privilegiati.

Come evidenziato nella circolare 4 agosto 2006, n. 28/E, par. 24, l'utilizzo del termine *provenienti* (introdotto nei menzionati articoli 47 e 89 dal citato **D.L. n. 223 del 2006**) risponde all'esigenza di evitare triangolazioni sui dividendi che consentano ai soci residenti in Italia di percepire utili provenienti dai paradisi fiscali attraverso società intermedie (c.d. *conduit companies*), sostanzialmente interposte, localizzate in Stati o territori diversi da quelli a fiscalità privilegiata.

Appare evidente l'intenzione del legislatore nazionale di comprendere nell'ambito applicativo degli articoli 47, comma 4 e 89, comma 3, del Tuir anche gli utili distribuiti da una società *conduit* europea, ma provenienti da Paesi o territori a fiscalità privilegiata.

Ciò posto, con specifico riferimento alle società, è da ritenere che il descritto regime di imposizione integrale si applichi anche nel caso di dividendi distribuiti da società *conduit figlie* - ai sensi della **Direttiva del Consiglio 23 luglio 1990, n. 90/435/CE** (cosiddetta *direttiva madri e figlie*) - della società italiana che percepisce i dividendi, quando la fattispecie considerata ricade nell'ambito applicativo dell'articolo 1, comma 2, della citata direttiva.

La norma appena richiamata prevede, infatti, che la direttiva *madri e figlie non pregiudica l'applicazione di disposizioni nazionali o convenzionali necessarie per evitare le frodi e gli abusi.*

Al riguardo, peraltro, si ricorda che la sentenza della Corte di Giustizia relativa alla causa C-7196/04 (c.d. *Cadbury-Schweppes*) tende a riconoscere (punto 55) la legittimità delle norme antiabuso nazionali nei limiti in cui le stesse abbiano *lo scopo di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica e finalizzate ad eludere la normale imposta sugli utili societari.*

Nella predetta pronuncia viene, altresì, precisato che *la constatazione dell'esistenza di una tale costruzione, richiede*

() oltre ad un elemento soggettivo consistente nella volontà di ottenere un vantaggio fiscale, elementi oggettivi dai quali risulti che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dall'ordinamento comunitario, l'obiettivo perseguito dalla libertà di stabilimento (n.d.r. vale a dire l'esercizio effettivo di un'attività economica in un altro Stato membro) non è stato raggiunto (cfr. sentenza *Cadbury-Schweppes*, punto 64).

Tale indagine non può che essere condotta caso per caso coerentemente con il consolidato orientamento giurisprudenziale comunitario secondo il quale *per accertare se l'operazione che si intende effettuare abbia come obiettivi principali la frode o l'evasione fiscali le autorità nazionali competenti devono procedere, in ciascun caso, ad un esame globale della detta operazione* (cfr. Corte di Giustizia, sentenza *Leur-Bloem* del 17 luglio 1997, C-28/95, punto 48B).

Ciò posto, la vigente disciplina nazionale adotta un siffatto approccio *case by case*, in quanto nell'articolo 89, comma 3, del Tuir è espressamente prevista la possibilità di presentare istanza di interpello per ottenere la disapplicazione del regime di tassazione integrale dei dividendi, previa dimostrazione che dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori a fiscalità privilegiata.

Alla luce dei principi comunitari sopra enunciati è da ritenere, pertanto, che ai fini della disapplicazione del regime di imposizione integrale dei dividendi distribuiti da una *conduit* figlia UE, *provenienti* in tutto o in parte da Paesi a fiscalità privilegiata, l'esame condotto dall'Amministrazione fiscale italiana non può essere limitato all'applicazione di criteri generali predeterminati, ma dovrà essere effettuato caso per caso.

L'analisi specifica di ogni singolo caso si baserà, piuttosto che su semplici quantificazioni del carico fiscale subito dagli utili percepiti dalla *madre* italiana, sulla circostanza che la partecipazione nel soggetto localizzato nel *tax haven* non sia detenuta tramite la società figlia allo scopo di evitare artificialmente che i redditi siano tassati in maniera congrua.

Tale analisi dovrà essere condotta anche per gli utili distribuiti in misura eccedente (rispetto a quella già oggetto di imputazione per trasparenza) da controllate o collegate estere soggette al regime *CFC* di cui agli articoli 167 e 168 del Tuir.

Più precisamente, se tra il socio italiano e la *CFC* è interposta una *conduit* costituente una società figlia ai sensi della richiamata direttiva UE e il reddito della *CFC* nell'esercizio *n* è tassato per trasparenza per un importo pari a 100 in capo al socio residente, nel caso in cui in epoca successiva la medesima *CFC* distribuisca dividendi per 120, l'eccedenza di 20 (una volta posta in distribuzione dalla figlia intermedia) concorre integralmente alla formazione del reddito del socio residente, a meno che non sia stato presentato interpello disapplicativo ai sensi dell'articolo 89, comma 3, del Tuir, con esito favorevole.

Trattandosi di utili formalmente distribuiti da una società figlia, ai fini del parere favorevole rileverà in particolare la mancata artificialità del disegno nei termini sopra illustrati.

8.1. Holding: individuazione degli utili provenienti da paradisi fiscali

L'applicazione del regime di tassazione integrale degli utili *black list* non presenta particolari problemi operativi nell'ipotesi di *holding* intermedie - qualificabili come mere *conduit company* - che posseggono partecipazioni esclusivamente in società *black list*, per le quali l'intero utile distribuito è generato nel paradiso fiscale in cui sono localizzate le partecipate.

Diversamente, nell'ipotesi di *holding* o società *conduit* che detengono partecipazioni anche in società residenti in Paesi considerati a fiscalità ordinaria o che non si limitano alla mera detenzione di partecipazioni ma svolgono esse stesse un'effettiva attività economica, si pone il problema di individuare la fonte degli utili erogati.

Al riguardo, si osserva in via preliminare che ai fini in esame rilevano solo i proventi qualificabili come utili ai sensi della legislazione fiscale interna e ciò sia con riguardo ai flussi reddituali che intercorrono tra la *conduit company* e il socio residente in Italia, sia in relazione ai rapporti intercorrenti tra la società intermedia e le società *black list* (cfr. per ulteriori dettagli la circolare 18 gennaio 2006, n. 4/E).

Ciò posto, nel caso in cui la società *conduit* distribuisca poste del suo patrimonio netto formate anche con utili provenienti da partecipate non *black list* ovvero da utili conseguiti mediante lo svolgimento della propria attività economica, diversa dalla mera detenzione di partecipazioni, si osserva che, ai fini dell'individuazione della quota parte di utili provenienti da paradisi fiscali, nell'ordinamento tributario nazionale manca un principio di carattere generale che regoli la distribuzione, l'utilizzo, la ricostituzione o la ripartizione delle riserve.

In mancanza di un criterio espresso previsto dal legislatore, si ritiene che la società *conduit* debba documentare di volta in volta la provenienza degli utili (se da Stati o territori a fiscalità privilegiata, o meno) distribuiti al socio residente. In altri termini, in base ad una ricostruzione analitica della provenienza degli utili distribuiti al socio residente dalla *conduit white*, si renderà applicabile il regime di imposizione integrale nel caso di utili di provenienza *black list*, ovvero di parziale imponibilità per gli utili non provenienti da territori o Stati a fiscalità privilegiata.

Resta inteso che la provenienza dell'utile percepito deve essere adeguatamente documentata dal contribuente. In mancanza di adeguato supporto documentale, si ritengono distribuiti al socio italiano, in via prioritaria e fino a

concorrenza, gli utili di provenienza *black list*.

Analogo criterio va applicato nel caso in cui oggetto di distribuzione siano poste patrimoniali formate con utili pregressi.

8.2. Decorrenza della modifica normativa di cui all'articolo 36 del D.L. n. 223/2006

Come ricordato, l'articolo 36, commi 3 e 4-*bis*, del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, ha apportato modifiche al comma 4 dell'articolo 47 del Tuir e al comma 3 dell'articolo 89 del medesimo Tuir, sostituendo il riferimento, in essi contenuto, agli utili *corrisposti* da società o enti *black list* con quello agli utili *provenienti* da tali società o enti.

Con riferimento alle modifiche apportate all'articolo 47 del Tuir, il comma 4 del citato articolo 36 ne fissa la decorrenza a partire dal periodo d'imposta in corso alla data di entrata in vigore dello stesso decreto n. 223, cioè dal periodo d'imposta in corso al 4 luglio 2006.

Sebbene la norma non contenga un esplicito riferimento alla decorrenza delle modifiche (di analogo tenore) apportate all'articolo 89, comma 3, del Tuir, si ritiene che la citata circolare n. 28/E del 2006 abbia già sufficientemente chiarito che la decorrenza stabilita per i percettori soggetti IRPEF abbia valenza generale e, pertanto, si riferisca anche alle modifiche che interessano i soggetti IRES.

Ciò posto, si fa presente che ai fini in esame è irrilevante la circostanza che gli utili che il soggetto intermedio (residente in un Paese a fiscalità ordinaria) attribuisce al percettore residente possano essersi formati in periodi d'imposta precedenti a quello di decorrenza delle nuove disposizioni: la lettera della norma, infatti, fa riferimento agli utili *provenienti* da soggetti residenti in Stati o territori a fiscalità privilegiata senza compiere alcun distinguo in ordine al periodo di relativa formazione.

Peraltro, la stessa circolare n. 28/E ha chiarito che *la disposizione si applica a decorrere dal periodo d'imposta in corso alla data di entrata in vigore del decreto stesso e quindi agli utili e ai proventi equiparati distribuiti a decorrere dal medesimo periodo di imposta, anche prima di detta data*.

Le istruzioni fornite dal citato documento di prassi sono riferite alla distribuzione da parte del soggetto intermedio al percettore residente e non attribuiscono alcuna rilevanza al periodo di formazione degli utili, cioè al momento in cui sono stati distribuiti originariamente dal soggetto residente nel Paese a fiscalità privilegiata.

Tale interpretazione è, inoltre, suffragata dalla considerazione della *ratio* dell'intervento normativo in parola che, come già precisato, risponde a finalità di carattere antielusivo, assolvendo ad una funzione di chiusura del sistema contro le triangolazioni sui dividendi.

8.3. Coordinamento della disciplina di cui agli articoli 167 e 168 del Tuir con altre norme relative a società *black list*

Come già chiarito nei paragrafi precedenti, nell'ipotesi in cui tra la società residente e quella localizzata in un Paese a fiscalità privilegiata sussista un rapporto di controllo o di collegamento qualificato ai sensi degli articoli 167 e 168 Tuir, la tassazione per trasparenza prevista da queste ultime norme viene a sovrapporsi alla tassazione integrale dei dividendi prevista dagli articoli 47, comma 4, e 89, comma 3, Tuir.

Il coordinamento tra la disciplina *CFC* e quella prevista dalle norme in esame è assicurato dall'articolo 167, comma 7, Tuir ai sensi del quale *gli utili distribuiti, in qualsiasi forma, dai soggetti non residenti di cui al comma 1 (le società controllate residenti in Paesi o territori *black list*, n.d.r.) non concorrono alla formazione del reddito dei soggetti residenti fino all'ammontare del reddito assoggettato a tassazione, ai sensi del medesimo comma 1, anche negli esercizi precedenti*.

Tale disposizione ha la finalità di evitare la doppia imposizione sugli utili distribuiti dalla *CFC* nell'ipotesi in cui il suo reddito sia stato precedentemente tassato per trasparenza in capo al socio italiano, previa rideterminazione dello stesso secondo le disposizioni fiscali italiane.

Coerentemente con la citata finalità, si ritiene che l'imposizione per trasparenza del reddito della partecipata *black list* esaurisca il prelievo fiscale in relazione al medesimo reddito: in altri termini, se gli utili distribuiti dalla *CFC* originano da un reddito precedentemente tassato per trasparenza in capo al socio italiano, gli stessi non vanno nuovamente tassati in capo al medesimo soggetto. Ciò a prescindere dalla circostanza che, a seguito delle variazioni in aumento ed in diminuzione operate al fine di determinare il reddito imponibile, quest'ultimo sia superiore o inferiore all'utile dell'esercizio distribuito.

Viceversa, nell'ipotesi in cui oggetto di distribuzione siano utili provenienti da riserve pregresse, vale a dire da riserve di utili costituite in periodi d'imposta in cui non c'è stata alcuna tassazione per trasparenza, gli stessi concorrono alla determinazione del reddito imponibile per l'intero ammontare ai sensi degli articoli 47, comma 4, e 89, comma 3, del Tuir.

Si ricorda che concorrono, comunque, per l'intero ammontare alla formazione del reddito imponibile del socio

residente i dividendi provenienti da una sua partecipata estera nei confronti della quale sia stata ottenuta la disapplicazione della *CFC rule* a seguito della dimostrazione della prima esimente.

Diversamente, a norma dei più volte menzionati articoli 47, comma 4, e 89, comma 3, sono tassati solo per il 5 per cento del loro ammontare i dividendi provenienti da una società in relazione alla quale sia avvenuta la dimostrazione che *siano rispettate le condizioni di cui alla lettera c) del comma 1 dell'articolo 87 del Tuir*. Tale prova va fornita mediante interpello da presentarsi secondo le modalità di cui all'articolo 167, comma 5, lettera b) del Tuir e ha ad oggetto la dimostrazione che *dalle partecipazioni non sia stato conseguito, fin dall'inizio del periodo di possesso, l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori a fiscalità privilegiata*.

In altri termini, nel caso in cui, in sede di interpello *CFC*, l'Amministrazione finanziaria non rilevi la sussistenza della seconda esimente, tale risposta negativa produce effetti anche ai fini della disciplina fiscale applicabile ai dividendi provenienti dalla medesima *CFC*.

Viceversa, l'eventuale parere favorevole in merito alla sussistenza della citata esimente rileva anche ai fini della disciplina dei dividendi provenienti da società *black list*, ma solo a condizione che l'Amministrazione finanziaria riscontri, in concreto, la sussistenza dell'ulteriore requisito previsto per la disapplicazione del regime di cui agli articoli 47, comma 4, o 89, comma 3, del Tuir (e, cioè, che l'effetto di delocalizzazione dei redditi nel paradiso fiscale non è stato conseguito *sin dall'inizio del periodo di possesso* delle partecipazioni).

9. DISCIPLINA RELATIVA AI COSTI DA BLACK LIST

L'articolo 110, comma 10, del Tuir - nella versione attualmente vigente - prevede che *non sono ammessi in deduzione le spese e gli altri componenti negativi derivanti da operazioni intercorse con imprese residenti ovvero localizzate in Stati o territori diversi da quelli individuati nella lista di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell'art. 168-bis. Tale deduzione è ammessa per le operazioni intercorse con imprese residenti o localizzate in Stati dell'Unione europea e dello Spazio economico europeo inclusi nella lista di cui al citato decreto*.

Ai sensi del comma 12-bis del citato articolo 110 - nella versione attualmente in vigore - *le disposizioni dei commi 10 e 11 si applicano anche alle prestazioni di servizi rese dai professionisti domiciliati in Stati o territori diversi da quelli individuati nella lista di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell'art. 168-bis. Tale disposizione non si applica ai professionisti domiciliati in Stati dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo inclusi nella lista di cui al citato decreto*.

Nelle more dell'emanazione del decreto da ultimo menzionato e fino alla sua entrata in vigore (prevista per il periodo di imposta successivo a quello della sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale) continuano, in ogni caso, ad applicarsi le disposizioni vigenti sino al 31 dicembre 2007 (cfr. [articolo 1, comma 88, della legge 24 dicembre 2007, n. 244](#)).

Ne consegue che ai fini della presente disciplina continua ad assumere rilevanza la *black list* contenuta nel decreto ministeriale 23 gennaio 2002 che contempla una serie di Stati o territori esteri *in ragione del livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia, ovvero della mancanza di un adeguato scambio di informazioni, ovvero di altri criteri equivalenti*.

Le disposizioni sopra richiamate delineano una disciplina antielusiva la cui finalità è contrastare la distrazione di utile dall'Italia verso Paesi o territori a fiscalità privilegiata, ponendo in essere delle operazioni considerate a priori come irrilevanti ai fini fiscali.

Coerentemente con tale finalità, le disposizioni di cui ai citati commi 10 e 12-bis possono essere disapplicate nel caso in cui l'impresa residente fornisca la prova che *le imprese estere svolgono prevalentemente un'attività commerciale effettiva* (c.d. **prima esimente**, n.d.r.), *ovvero che le operazioni poste in essere rispondono ad un effettivo interesse economico* (c.d. **seconda esimente**, n.d.r.) e *che le stesse hanno avuto concreta esecuzione* (cfr. articolo 110, comma 11, del Tuir).

Si tratta di esimenti tra loro alternative la cui dimostrazione può essere fornita dal contribuente in sede di controllo, oppure in via preventiva, cioè prima di porre in essere l'operazione, inoltrando all'Amministrazione finanziaria apposita istanza di interpello ai sensi dell'[articolo 11, comma 13, della legge n. 413/1991](#) (cfr. per ulteriori dettagli circolare n. 32/E del 2010).

9.1 Ambito soggettivo

Per quanto riguarda i soggetti residenti, in coerenza con le finalità antielusive della disciplina in commento, si ritiene che l'ineducibilità dei costi *black list* sia disposta con riferimento a tutti i soggetti che esercitano nel territorio dello Stato un'attività d'impresa.

Ai fini in esame, il concetto di impresa non può che essere interpretato estensivamente, ricomprendendo in tale definizione, ad esempio, non solo i vari tipi di società di capitali e di persone delineati nel [codice civile](#), ma anche le imprese individuali e le stabili organizzazioni in Italia di società estere, la cui esclusione, peraltro, determinerebbe un'ingiusta discriminazione a danno delle imprese residenti nel territorio dello Stato.

In senso analogo va inteso il riferimento alle imprese estere residenti o localizzate in stati *black list*, con la

conseguenza che la disciplina in commento trova applicazione anche con riferimento alle operazioni intervenute tra un soggetto residente esercente attività d'impresa e una stabile organizzazione *black list* di un'impresa residente in un Paese a fiscalità ordinaria (così come di un'impresa nazionale).

Al riguardo, infatti, la circolare 16 novembre 2000, n. 207/E, par. 1.1.1. chiarisce che la portata delle misure antielusive in commento va estesa a *tutti i rapporti commerciali posti in essere con imprese (non solo società) situate in Paesi e territori a regime fiscale privilegiato, prescindendo totalmente dall'esistenza di qualsiasi legame di controllo con le imprese italiane.*

E da ritenere, pertanto, che rientrino nella nozione di impresa estera anche le stabili organizzazioni in paradisi fiscali di società residenti nel territorio dello Stato, così come in Paesi o territori a fiscalità ordinaria.

Come accennato al paragrafo precedente, la disciplina in esame rileva anche con riguardo alle prestazioni di servizi rese da professionisti domiciliati in Stati o territori *black list*.

Coerentemente con quanto già precisato per la nozione di impresa, il riferimento ai professionisti è da interpretare in senso ampio, cioè come categoria residuale rispetto alle imprese a cui si rivolge il comma 10 dell'articolo 110 del Tuir. Rientrano pertanto nella definizione di professionisti non soltanto i soggetti appartenenti alle professioni cosiddette regolamentate, ma tutti coloro che agiscono nell'esercizio di arti e professioni.

Analoga interpretazione estensiva va adottata con riferimento all'espressione *domiciliati in Stati o territori a fiscalità privilegiata*, che quindi va intesa nel senso di ricomprendere nell'ambito applicativo della disciplina in esame sia i professionisti fiscalmente residenti nei predetti Stati, sia coloro che sono comunque ivi localizzati in base a criteri di collegamento diversi dalla residenza, ad esempio perché dispongono di una base fissa da cui forniscono i propri servizi.

9.2 Ambito oggettivo

L'ineducibilità prevista dalla disciplina in commento riguarda *le spese e gli altri componenti negativi* ().

Si tratta di un riferimento particolarmente ampio che consente di estendere l'ambito applicativo delle stesse a qualunque componente negativo di reddito derivante da transazioni commerciali poste in essere con fornitori *black list*.

In tale ottica sono da considerare, ad esempio, indeducibili gli ammortamenti, le svalutazioni, le perdite, le minusvalenze e ogni altro componente negativo derivante da operazioni intercorse con soggetti *black list*. Questi, infatti, sono componenti negativi che derivano in ogni caso da un'operazione intercorsa con un soggetto *black list* e che, anche se in periodi di imposta successivi rispetto a quello in cui la transazione è stata effettuata, comportano una diminuzione del reddito imponibile dell'impresa italiana.

9.3 Esimenti

Come accennato al paragrafo 9, la finalità della disciplina in commento è contrastare il trasferimento/drenaggio di reddito imponibile verso Stati o territori a bassa fiscalità e con i quali non esiste un adeguato scambio di informazioni, attraverso la deduzione dal reddito delle imprese residenti di costi derivanti da operazioni effettuate con fornitori localizzati in detti Stati o territori.

A tal fine, il legislatore introduce una presunzione relativa in base alla quale le transazioni in esame si considerano *ab origine* viziate da un potenziale intento elusivo e come tali sono da considerarsi, fino a prova contraria, irrilevanti ai fini fiscali.

Ne consegue l'inversione dell'onere della prova in capo al contribuente, il quale, per dedurre le spese e agli altri componenti negativi *black list*, deve dimostrare la credibilità commerciale e l'effettiva operatività del fornitore estero localizzato nel territorio a fiscalità privilegiata o, in alternativa, la convenienza economica delle operazioni poste in essere.

Ovviamente resta inteso che, in ogni caso, presupposto indefettibile per il riconoscimento della rilevanza fiscale dei costi *black list* è l'effettiva esecuzione delle operazioni da cui i medesimi costi traggono origine.

Con riferimento alla **prima esimente**, consistente nella prova del contenuto commerciale dell'attività svolta dal soggetto estero, si ribadisce che l'eventuale risposta positiva all'istanza di interpello volta ad ottenere la disapplicazione della *CFC rule* facendo valere lesimente di cui all'articolo 167, comma 5, lett. a) del Tuir, va ritenuta valida anche al fine di consentire la deducibilità dei componenti negativi derivanti da operazioni intercorse con il soggetto estero localizzato nel territorio a fiscalità privilegiata.

Ciò premesso, si fa presente che l'espresso riferimento *al mercato dello stato o territorio di insediamento*, ora presente nell'ambito della prima esimente prevista per la disapplicazione della *CFC rule*, assente invece nell'analoga esimente di cui all'articolo 110, comma 11, del Tuir, va ritenuto un chiaro indizio della volontà del legislatore di

differenziare le modalità di disapplicazione delle due discipline in commento, posto che quella in materia di deducibilità di costi *black list* riguarda anche imprese residenti che non hanno alcun legame partecipativo con il fornitore estero.

E da ritenere, pertanto, che il c.d. radicamento previsto ai fini *CFC* non costituisce un elemento dirimente ai fini della disapplicazione delle disposizioni in materia di deducibilità di costi *black list*, che, in linea di principio, va riconosciuta a seguito della dimostrazione dello svolgimento da parte del fornitore estero di un'ineffettiva attività commerciale mediante un'adeguata struttura *in loco*.

La sussistenza del *radicamento*, pur non essendo determinante ai fini del riconoscimento della disapplicazione della disciplina in commento, costituisce tuttavia un elemento senz'altro utile a dimostrare lesivamente stessa.

I contribuenti interessati possono, in ogni caso, evitare l'applicazione della disciplina in commento invocando la **seconda esimente**, e cioè dando prova che le operazioni intercorse con il fornitore estero rispondono ad un effettivo interesse economico (oltre ad aver avuto, ovviamente, concreta esecuzione).

La valutazione della sussistenza o meno di tale condizione (*i.e.* effettivo interesse economico) va effettuata tenendo conto di tutti gli elementi e le circostanze che caratterizzano il caso concreto, attribuendo rilevanza alle condizioni complessive dell'operazione, quali ad esempio:

- il prezzo della transazione;
- la presenza di costi accessori, quali, ad esempio, quelli di stoccaggio, magazzino;
- le modalità di attuazione dell'operazione (ad esempio, i tempi di consegna);
- la possibilità di acquisire il medesimo prodotto presso altri fornitori;
- lesistenza di vincoli organizzativi/commerciali/produttivi che inducono ad effettuare la transazione con il fornitore *black list* o, comunque, che renderebbero eccessivamente onerosa la medesima transazione con altro fornitore.

Riguardo all'esistenza di vincoli contrattuali, organizzativi e simili, l'interesse economico all'effettuazione dell'operazione non può essere giustificato sulla base del mero obbligo contrattuale per il contribuente residente di avvalersi di un fornitore *black list*, magari appartenente al medesimo gruppo.

La rilevanza di tale elemento presuppone un *quid pluris* da individuare nell'esistenza di oggettivi e significativi vantaggi economici che verrebbero meno qualora si acquistasse da altro fornitore (ad esempio, la presenza di una centrale acquisti a livello di gruppo presso cui si approvvigionano tutte le società consociate dislocate in diversi Paesi).

Con particolare riferimento al prezzo praticato dal fornitore *black list*, si ritiene alla luce delle considerazioni formulate che la deducibilità dei costi in esame non possa essere disconosciuta sulla base della mera circostanza che il prezzo dei beni e servizi acquistati è superiore a quello mediamente praticato sul mercato.

In altri termini, un prezzo apparentemente anomalo può essere giustificato dalla valutazione delle altre condizioni che regolano la transazione e, quindi, non pregiudicare la sussistenza dell'effettivo interesse economico all'operazione.

Qualora, in base alla valutazione degli elementi finora considerati, non si ravvisi lesistenza dell'effettivo interesse economico, opera l'indeducibilità di cui al comma 10 dell'articolo 110 del Tuir.

9.4 Rapporti con la CFC rule

Il comma 12 dell'articolo 110 del Tuir disciplina i rapporti intercorrenti tra le norme in esame e la *CFC rule*, prevedendo che *le disposizioni di cui ai commi 10 e 11 non si applicano per le operazioni intercorse con soggetti non residenti cui risultino applicabili gli articoli 167 o 168, concernente disposizioni in materia di imprese estere partecipate*.

Tale disposizione chiarisce che, ove ne ricorrano i presupposti, la *CFC rule* si applica prioritariamente rispetto al regime di indeducibilità in esame.

Pertanto, nel caso in cui il reddito della partecipata estera venga attratto a tassazione (per trasparenza) in Italia in capo al socio residente, nei confronti di quest'ultimo non troverà applicazione il disposto del comma 10 dell'articolo 110 del Tuir relativamente ai costi derivanti da transazioni intercorse con la medesima partecipata.

* * *

Le Direzioni Regionali vigileranno affinché le istruzioni fornite e i principi enunciati con la presente circolare vengano puntualmente osservati dagli uffici.

CIRCOLARE N. 51/E



Roma, 6 ottobre 2010

Direzione Centrale Normativa

***OGGETTO: Disciplina relativa alle controlled foreign companies (CFC) -
Dividendi provenienti e costi sostenuti con Stati o territori a
fiscalità privilegiata - Chiarimenti***

INDICE

1.	PREMESSA	3
2.	LA DISCIPLINA CFC	5
3.	PRIMA ESIMENTE.....	10
	<i>3.1. IL NUOVO COMMA 5-BIS</i>	<i>12</i>
4.	SECONDA ESIMENTE.....	16
5.	STATI O TERRITORI INCLUSI NELLA “WHITE LIST” DI CUI ALL’ARTICOLO 168-BIS DEL TUIR: ESTENSIONE DELLA CFC RULE....	21
	<i>5.1. LA CONDIZIONE DELLA “TASSAZIONE EFFETTIVA INFERIORE A PIÙ DELLA METÀ” DELLA CORRISPONDENTE TASSAZIONE ITALIANA.....</i>	<i>23</i>
	<i>5.2. LA DISAPPLICAZIONE DEL COMMA 8-BIS: L’ESIMENTE DELLA “COSTRUZIONE DI PURO ARTIFICIO”</i>	<i>31</i>
6.	MODALITA’ DI PRESENTAZIONE DELL’ISTANZA DI INTERPELLO	37
	<i>6.1. DOCUMENTAZIONE DA ALLEGARE ALL’ISTANZA DI INTERPELLO DISAPPLICATIVO</i>	<i>39</i>
7.	ENTRATA IN VIGORE DELLA “NUOVA” DISCIPLINA CFC	43
8.	LA DISCIPLINA DEI DIVIDENDI PROVENIENTI DA STATI O TERRITORI BLACK LIST.....	45
	<i>8.1. HOLDING: INDIVIDUAZIONE DEGLI UTILI “PROVENIENTI” DA PARADISI FISCALI.....</i>	<i>48</i>
	<i>8.2. DECORRENZA DELLA MODIFICA NORMATIVA DI CUI ALL’ARTICOLO 36 DEL D.L. N. 223/2006</i>	<i>50</i>
	<i>8.3. COORDINAMENTO DELLA DISCIPLINA DI CUI AGLI ARTICOLI 167 E 168 DEL TUIR CON ALTRE NORME RELATIVE A SOCIETÀ BLACK LIST.....</i>	<i>51</i>
9.	DISCIPLINA RELATIVA AI COSTI DA BLACK LIST	53
	<i>9.1 AMBITO SOGGETTIVO.....</i>	<i>54</i>
	<i>9.2 AMBITO OGGETTIVO.....</i>	<i>56</i>
	<i>9.3 ESIMENTI.....</i>	<i>56</i>
	<i>9.4 RAPPORTI CON LA CFC RULE</i>	<i>59</i>

1. PREMESSA

Nell'ambito della strategia di contrasto agli arbitraggi fiscali internazionali, l'articolo 13 del decreto legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito (con modificazioni) con legge 3 agosto 2009, n. 102, ha apportato importanti modifiche alla normativa *CFC* (*Controlled Foreign Companies*), di cui all'articolo 167 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917 (di seguito "Tuir").

A tal fine, l'attenzione del legislatore si è concentrata sulle operazioni infragruppo poste in essere tra imprese residenti e proprie partecipate, situate in Paesi o territori a bassa fiscalità, le quali possono determinare la "distrazione" dell'utile dall'Italia verso regimi fiscali esteri più favorevoli, che spesso non consentono un effettivo e adeguato scambio di informazioni.

Ne è seguita una modifica della disciplina *CFC* che - in un'ottica spiccatamente antielusiva - è volta a garantire "l'effettività sostanziale" della società o ente non residente controllato. Ciò a tutela e vantaggio non solo delle ragioni erariali, ma anche di quei contribuenti residenti che, per effettive ragioni commerciali, geografico - logistiche o strategiche, investono in Stati o territori con regimi fiscali più favorevoli.

Coerentemente con tali finalità:

1. è stata sostituita la lettera *a)* del comma 5 dell'articolo 167 del Tuir con una previsione volta ad affermare che, per la disapplicazione della disciplina antielusiva in commento, è necessario dimostrare che il soggetto estero partecipato svolge un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività, "nel mercato dello Stato o territorio di insediamento";
2. è stato introdotto nell'articolo da ultimo menzionato un nuovo comma *5-bis*, che esclude l'ordinaria applicazione dell'esimente di cui alla citata lett. *a)*, qualora i proventi della società estera partecipata siano

costituiti per oltre il 50 per cento da *passive income* o derivino dalla prestazione di servizi infragruppo.

Inoltre, in adesione all'invito formulato dalla Commissione Europea agli Stati membri di "*rivedere le loro norme antielusione*" (COM (2007)785def del 10 dicembre 2007) con riferimento a soggetti che si avvalgono in altri Stati di costruzioni di puro artificio, sono stati introdotti nell'articolo 167 del Tuir i nuovi commi 8-*bis* e 8-*ter* che, tuttavia, non si applicano alle società estere collegate di cui all'articolo 168 del Tuir.

In particolare, il comma 8-*bis* estende la disciplina *CFC* anche ai soggetti controllati residenti in Stati o territori compresi nell'emanando decreto del Ministro dell'economia e delle finanze di cui all'articolo 168-*bis* del Tuir (c.d. *white list*).

L'estensione opera a condizione che la controllata estera benefici di una tassazione particolarmente privilegiata (nella specie inferiore di oltre la metà rispetto a quella cui sarebbe stata soggetta qualora residente in Italia) e sempre che abbia conseguito in prevalenza *passive income* o proventi derivanti dalla prestazione di servizi infragruppo. In altri termini, con l'introduzione della disposizione in commento, si estende l'applicazione della normativa *CFC* a tutti gli insediamenti esteri che siano espressione di fenomeni elusivi indipendentemente dal territorio di insediamento.

Al verificarsi delle predette condizioni, il nuovo comma 8-*ter* assicura comunque al socio controllante residente la possibilità di dimostrare, mediante la procedura di interpello di cui all'articolo 11 della legge 27 luglio 2000, n. 212, che la propria controllata estera non rappresenta "*una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale*".

Con la presente circolare, si intende fornire un quadro aggiornato della disciplina in materia di *CFC*, con particolare riguardo alle modifiche da ultimo introdotte dall'articolo 13 del d.l. n. 78 del 2009, con ciò significando che

devono ritenersi superati i precedenti chiarimenti forniti in materia qualora in contrasto o non compatibili con le presenti istruzioni.

L'esame verterà, inoltre, su alcune tematiche collegate all'argomento in commento, quali l'imposizione degli utili da partecipazione provenienti da Stati o territori a fiscalità privilegiata e la deducibilità delle spese e degli altri componenti negativi di reddito derivanti da operazioni intercorse con imprese residenti ovvero localizzate nei predetti Stati o territori.

2. LA DISCIPLINA CFC

Al ricorrere dei presupposti previsti dall'articolo 167 del Tuir, l'applicazione della disciplina *CFC* comporta la tassazione per trasparenza in capo al soggetto controllante residente nel territorio dello Stato dei "...redditi conseguiti dal soggetto estero partecipato..." residente o localizzato in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell'articolo 168-bis (c.d. *white list*).

Tale ultimo decreto (da emanarsi da parte del Ministro dell'economia e delle finanze) dovrà individuare i c.d. "Paesi o territori virtuosi", ovvero gli Stati o territori "*che consentono un adeguato scambio di informazioni e nei quali il livello di tassazione non è sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia*" (cfr. articolo 168-bis, comma 2, del Tuir).

Nelle more dell'emanazione di tale decreto e fino alla sua entrata in vigore (prevista per il periodo d'imposta successivo a quello della sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale) continuano, in ogni caso, ad applicarsi le disposizioni vigenti sino al 31 dicembre 2007 (cfr. articolo 1, comma 88, della legge 24 dicembre 2007, n. 244).

Al momento, dunque, la normativa *CFC* continua ad applicarsi con riferimento all'elenco di cui al decreto ministeriale 21 novembre 2001 (c.d. *black list*) che individua i Paesi o territori a regime fiscale privilegiato "*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”.

La norma di cui al citato articolo 167 - con esclusione di quanto previsto dal comma 8-bis - si applica “(...) *anche nel caso in cui il soggetto residente in Italia detiene, direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona, una partecipazione non inferiore al 20 per cento agli utili di un'impresa, di una società o di altro ente, residente o localizzato in Stati o territori... - vale a dire a fiscalità privilegiata -...; tale percentuale é ridotta al 10 per cento nel caso di partecipazione agli utili di società quotate in borsa*” (cfr. articolo 168, comma 1, del Tuir).

A prescindere da elementi di natura meramente formale (sulla base dei quali, ad esempio, potrebbe determinarsi la residenza della società estera), nonché dal regime fiscale della partecipata nel Paese estero, si ricorda che il soggetto partecipato “consegue” redditi in Stati o territori a fiscalità privilegiata ogniqualvolta gli stessi derivino da una fonte produttiva ivi localizzata.

Nel caso in cui tra il socio residente e il soggetto estero partecipato intercorre un rapporto di controllo, i redditi della *CFC* sono determinati secondo le disposizioni del Titolo I, Capo VI, del Tuir (vale a dire secondo le regole ordinariamente previste per la determinazione del reddito d'impresa), nonché secondo le norme comuni del titolo IV (ora titolo III) e quelle degli artt. 84, 111 e 112 del medesimo Tuir.

Ne consegue che se nel corso dell'esercizio la società o ente *black list* percepisce dividendi da proprie partecipate estere residenti o localizzate in Paesi o territori diversi da quelli di cui al D.M. 21 novembre 2001, tali proventi concorrono a formare il reddito della *CFC* ai sensi dell'articolo 89, comma 2, del Tuir, cioè nella misura del 5 per cento.

Ai fini della determinazione del reddito della *CFC*, non trovano invece applicazione le disposizioni in materia di imponibilità frazionata delle plusvalenze di cui all'articolo 86, comma 4, del Tuir.

Nella particolare ipotesi in cui tra il socio residente e il soggetto estero partecipato intercorra un rapporto non di controllo, bensì di collegamento in misura almeno pari alle percentuali (calcolate con riferimento alla partecipazione agli utili) di cui all'articolo 168 del Tuir, i redditi della *CFC* oggetto di imputazione sono determinati per un importo corrispondente al maggiore fra:

- a) l'utile prima delle imposte risultante dal bilancio redatto dalla partecipata estera anche in assenza di un obbligo di legge;
- b) un reddito induttivamente determinato sulla base di coefficienti di rendimento riferiti alle categorie di beni che compongono l'attivo patrimoniale della partecipata estera.

I coefficienti in questione sono i seguenti:

- i. 1 per cento sul valore dei beni indicati nell'articolo 85, comma 1, lettere *c)*, *d)* ed *e)*, anche se costituiscono immobilizzazioni finanziarie, aumentato del valore dei crediti;
- ii. 4 per cento sul valore delle immobilizzazioni costituite da beni immobili e da beni indicati nell'articolo 8-*bis*, comma 1, lettera *a)*, del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 e successive modificazioni, anche in locazione finanziaria;
- iii. 15 per cento sul valore delle altre immobilizzazioni, anche in locazione finanziaria.

Il reddito della *CFC*, sia essa controllata che collegata, è assoggettato a tassazione separata dai soggetti partecipanti residenti con l'aliquota media applicata sul reddito complessivo netto e, comunque non inferiore al 27 per cento (cfr. articolo 167, comma 6, del Tuir e articolo 3, comma 1, del D.M. 7 agosto 2006, n. 268). Se risulta una perdita, questa è computata in diminuzione

dei redditi della stessa *CFC* ai sensi dell'articolo 84 del Tuir (e non dei redditi dei soggetti partecipanti).

Il reddito della *CFC* tassato per trasparenza in capo al socio italiano incrementa il costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione nell'impresa non residente. Tale costo è diminuito – fino a concorrenza dei redditi precedentemente tassati per trasparenza – dei dividendi distribuiti dalla controllata estera.

Ai sensi dell'articolo 167, comma 7, del Tuir, i dividendi distribuiti dalla *CFC* “...non concorrono alla formazione del reddito dei soggetti residenti fino all'ammontare del reddito assoggettato a tassazione, ..., anche negli esercizi precedenti”.

La tassazione per trasparenza dei redditi prodotti dalla controllata estera *black list* viene meno nel caso in cui il soggetto controllante residente chieda ed ottenga la disapplicazione della disciplina in esame.

Al riguardo, il comma 5 dell'articolo 167 del Tuir prevede due condizioni di disapplicazione, operanti in modo autonomo ed indipendente l'una dall'altra.

La prima condizione (c.d. ***prima esimente***) si verifica quando il soggetto controllante residente dimostra che la partecipata estera svolge “*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*” [cfr. articolo 167, comma 5, lettera a), del Tuir].

La seconda condizione (c.d. ***seconda esimente***) ricorre quando il soggetto controllante residente dimostra che dal possesso delle partecipazioni non consegue “...*l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis*” [cfr. articolo 167, comma 5, lettera b), del Tuir].

La dimostrazione di una (o entrambe) delle predette esimenti va fornita - relativamente a ciascuna partecipata estera - in sede di interpello, da presentarsi secondo le modalità di cui all'articolo 11 della legge 27 luglio 2000, n. 212, che disciplina il c.d. interpello ordinario.

Il parere positivo a fronte della dimostrazione della sussistenza della seconda esimente rileva anche ai fini della disapplicazione dei regimi:

- di cui agli articoli 47, comma 4, e 89, comma 3, del Tuir, relativi alla tassazione integrale dei dividendi provenienti da soggetti residenti o localizzati in Stati o territori *black list*;
- di cui agli articoli 68, comma 4, e 87, comma 1, lettera c) del medesimo Tuir, relativi alla tassazione integrale delle plusvalenze realizzate su azioni o quote di partecipazione nei predetti soggetti.

Si rammenta che al fine della disapplicazione dei regimi di cui ai punti precedenti, il socio residente è, in ogni caso, tenuto a fornire la prova che fin dall'inizio del periodo di possesso delle partecipazioni non è stato conseguito l'effetto di delocalizzare i redditi in Stati o territori *black list* [cfr. articolo 87, comma 1, lettera c), del Tuir richiamato dagli articoli 47, comma 4, 68, comma 4, e 89, comma 3, del medesimo T.U.].

Concorrono, comunque, per l'intero alla formazione del reddito imponibile del soggetto residente i dividendi "*provenienti*" da una società *black list* in relazione alla quale il medesimo soggetto abbia richiesto e ottenuto la disapplicazione della normativa *CFC* a seguito della dimostrazione della prima esimente.

Il riconoscimento della sussistenza della prima circostanza esimente, inoltre, non consente l'applicazione dei regimi di cui agli articoli 68, comma 4, e 87 del Tuir: pertanto in caso di cessione della partecipazione nella società *black list*, l'eventuale plusvalenza concorrerà interamente alla formazione del reddito imponibile del socio residente.

3. PRIMA ESIMENTE

Ai sensi della novellata lett. a) del comma 5 dell'articolo 167 in commento, la disciplina *CFC* non si applica se il contribuente residente in Italia dimostra - in sede di interpello - che *“la società o altro ente non residente svolge 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”*.

Nel rispetto delle finalità antielusive della disciplina in esame, la disposizione sopra riportata stabilisce che per la dimostrazione della prima esimente il socio residente nel territorio dello Stato deve provare il radicamento della propria partecipata nel Paese o territorio estero di insediamento, oltre ovviamente alla disponibilità *in loco* da parte della stessa di una struttura organizzativa idonea allo svolgimento dell'attività commerciale dichiarata, dotata peraltro di autonomia gestionale.

In altri termini, allo scopo di escludere l'artificiosità della struttura estera, il radicamento diventa un elemento rilevante per provare che la *CFC* svolge nel territorio in cui è localizzata un'effettiva attività industriale o commerciale.

Ne consegue che per invocare la prima esimente la disponibilità *in loco* da parte della società estera di una struttura organizzativa idonea - richiesta dall'articolo 5, comma 3, del D.M. 21 novembre 2001, n. 429 - è condizione necessaria, ma può risultare non sufficiente.

Infatti, la disponibilità di una struttura organizzativa idonea dimostra unicamente la presenza fisica della partecipata estera nel territorio ospitante e non anche che quest'ultima svolge effettivamente *in loco* un'attività industriale o commerciale.

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

Pertanto la circostanza che la *CFC* non si rivolge al mercato locale né in fase di approvvigionamento, né in fase di distribuzione, costituisce un indizio del mancato esercizio da parte della stessa di un’effettiva attività commerciale nel territorio di insediamento.

Tuttavia, tale ultima circostanza non impedisce di valorizzare anche altri elementi eventualmente prodotti dal contribuente a supporto della richiesta disapplicativa. In sede di trattazione delle istanze, ad esempio, potrà darsi rilievo alle ragioni economiche-imprenditoriali che hanno portato l’impresa residente a investire nello Stato o territorio a fiscalità privilegiata.

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, come, ad esempio, quelle di stima e valutazione dei rischi coperti, accertamento e valutazione del danno, nonché dell’eventuale contenzioso.

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.

In ultimo, si fa presente che il “...mercato dello stato o territorio di insediamento” 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*).

3.1 Il nuovo comma 5-bis

Nell’articolo 167 del Tuir è stato introdotto il nuovo comma 5-bis in base al quale la prima esimente non può essere invocata 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".

In virtù della norma appena richiamata, l'Amministrazione finanziaria può negare la disapplicazione della disciplina *CFC* in base alle condizioni previste dall'articolo 167, comma 5, lett. *a*) del Tuir, quando, a prescindere dalla valutazione di ogni altro elemento, i proventi di detta società o ente non residente per più (>) del 50 per cento derivano dalla:

- gestione, detenzione o investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie (es. dividendi, plusvalenze, interessi attivi, commissioni);
- dalla cessione o dalla concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria o artistica (es. *royalties*);
- dalla prestazione di servizi infragruppo, ivi compresi i servizi finanziari (es. servizi di contabilità, di tesoreria accentrata o di consulenza).

Tale disposizione è finalizzata a contrastare le politiche di delocalizzazione dei *passive income* attuate mediante la collocazione, in Paesi a fiscalità privilegiata, degli *asset* produttivi di detti redditi. A tal fine, sono attratti a tassazione in Italia quei redditi che solo formalmente sono prodotti all'estero, mediante la creazione, in territori a fiscalità privilegiata, di società formalmente autonome, che sostanzialmente svolgono attività di sfruttamento passivo di *asset* in grado di per sé, ovvero per le loro caratteristiche intrinseche, di produrre reddito (c.d. società senza impresa).

Si ritiene che la norma in esame vada interpretata coerentemente con i principi comunitari in materia di antiabuso. Tali principi riconoscono al contribuente, cui si applicano particolari disposizioni nazionali che individuano delle soglie al di là della quali il rischio di abuso diventa più elevato, la possibilità di dimostrare il contrario [cfr. Risoluzione del Consiglio dell'Unione Europea sul coordinamento delle norme sulle società estere

controllate (SEC) e sulla sottocapitalizzazione nell'Unione europea, dell'8 giugno 2010, pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea C156 del 16 giugno 2010].

Ne consegue che i limiti introdotti dal comma *5-bis* in esame vanno visti quali soglie al superamento delle quali si presume – salvo prova contraria - che la partecipata estera sia una società senza impresa nel senso prima chiarito.

La prova contraria va fornita preventivamente in sede di interpello da presentarsi ai sensi dell'articolo 167, comma 5, del Tuir, che sul punto richiama l'articolo 11 della legge 27 luglio 2000, n. 212.

In tale sede, l'esame dell'Amministrazione finanziaria sarà diretto a verificare non solo la sussistenza degli elementi normalmente rilevanti ai fini della disapplicazione della disciplina *CFC* per il ricorrere della prima esimente (i.e. effettività sostanziale della struttura estera e dell'attività dalla stessa svolta nel mercato dello Stato o territorio di insediamento), ma anche la mancanza – nel caso specifico - di intenti o effetti elusivi finalizzati alla distrazione di utili dall'Italia verso Paesi o territori a fiscalità privilegiata.

Non può non rilevarsi, infatti, che la partecipata estera che si trovi nelle condizioni del comma *5-bis* è per espressa previsione normativa in una situazione in cui il rischio di abuso è potenzialmente più elevato.

Per tale motivo, quindi, il legislatore ha posto il presidio speciale della disposizione in esame che da un lato consente all'Amministrazione finanziaria di negare la disapplicazione della *CFC rule* sulla base della mera constatazione dei parametri quantitativi ivi previsti, dall'altro richiede al contribuente di fornire elementi di prova più stringenti rispetto a quelli ordinariamente richiesti ai fini della dimostrazione della sussistenza della prima circostanza esimente.

In linea di principio, l'obbligo di interpello sussiste per tutte le *CFC* che presentino le caratteristiche prima evidenziate.

Non si ritiene, infatti, di poter escludere dalla valutazione preliminare, da condurre appunto in tale sede, determinate realtà imprenditoriali in ragione dell'astratta mancanza di caratteristiche idonee a conseguire fenomeni elusivi.

E' il caso, ad esempio, delle *CFC* che operano essenzialmente nei confronti di consociate non residenti (cioè estero su estero).

Ciò non toglie, ovviamente, che tali circostanze possano ricevere adeguata e concreta valorizzazione in sede di analisi dell'istanza di interpello.

Allo stesso modo, ai fini della disapplicazione del comma 5-*bis* in commento, potrà, tra l'altro, essere tenuta in considerazione la circostanza che determinate attività (ad esempio, di gestione finanziaria) – ritenute dal legislatore potenzialmente produttive di *passive income* - vengano svolte o meno nell'ambito del c.d. *core business*.

Ciò posto, si fa presente che per l'applicazione della norma in esame, la nozione di gruppo si ricava dall'articolo 167, comma 3, del Tuir secondo cui per la determinazione del limite del controllo “...*si applica l'art. 2359, commi 1 e 2, del codice civile, in materia di società controllate e collegate*”.

In ogni caso, ai fini della verifica del superamento o meno della soglia del 50 per cento, il contribuente deve considerare tutti i proventi lordi conseguiti dalla *CFC*, sia ordinari che straordinari.

La verifica del superamento della suddetta soglia deve essere effettuata di anno in anno a cura del contribuente, a prescindere dalla circostanza che abbia già ottenuto parere favorevole alla disapplicazione della disciplina *CFC* per il ricorrere delle condizioni di cui al comma 5, lett. a) dell'articolo 167 del Tuir.

La documentazione da cui risulta l'esito di tale verifica deve essere conservata a cura del contribuente ai fini dell'esibizione in sede di eventuali controlli.

Ciò comporta che se nei confronti di una partecipata estera, per l'esercizio 2010, è stata riconosciuta la disapplicazione della disciplina *CFC*

sulla base della prima esimente, e la medesima società nel periodo d'imposta 2011 ricade nell'ambito di applicazione del comma 5-*bis* in commento, per quest'ultimo esercizio il contribuente residente deve presentare una nuova richiesta di disapplicazione dimostrando – nel senso prima chiarito - la mancanza di intenti o effetti elusivi collegati all'insediamento estero.

Se poi, in un esercizio successivo (es. 2013), i *passive income* rientrassero nella “soglia” del 50 per cento, la società non dovrebbe presentare una nuova istanza di interpello, tenuto conto che la prova (“rafforzata”) fornita ai fini del comma 5-*bis* è sufficiente anche ai fini dell'articolo 167, comma 5, lett. a) del Tuir.

Con riferimento al medesimo esempio, si precisa, inoltre, che qualora la *CFC* superasse di nuovo il limite del comma 5-*bis* (ad esempio, nell'esercizio 2015), l'interpello andrebbe rinnovato solo nel caso in cui siano mutati gli altri elementi di fatto, che hanno determinato la precedente pronuncia dell'Amministrazione finanziaria.

In altri termini, la mera oscillazione del parametro quantitativo dei *passive income* non incide sulla validità del parere favorevole alla disapplicazione della *CFC rule* reso nei confronti di una partecipata estera che si è trovata nelle condizioni del comma 5-*bis*.

L'interpello va, invece, nuovamente presentato quando sono mutati gli altri presupposti di fatto in base ai quali il precedente parere è stato reso.

4. SECONDA ESIMENTE

Per poter invocare l'esimente di cui all'articolo 167, comma 5, lettera b), del Tuir (c.d. seconda esimente) il contribuente residente deve dimostrare che “*dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis*”.

Al riguardo, l'articolo 5, comma 3, del D.M. 21 novembre 2001, n. 429 prevede che “ *ai fini della risposta positiva rileva, in particolare, nei riguardi del soggetto controllante autore dell'interpello, (...) il fatto che i redditi conseguiti da tali soggetti (le società o enti partecipati non residenti, n.d.r.) sono prodotti in misura non inferiore al 75 per cento in altri Stati o territori diversi da quelli [di cui al D.M. 21 novembre 2001, n.d.r.] (...) ed ivi sottoposti integralmente a tassazione ordinaria (...). Ai fini della medesima risposta positiva, nel caso di cui all'articolo 1, comma 1, ultimo periodo, del presente regolamento, rileva anche il fatto che i redditi della stabile organizzazione risultano sottoposti integralmente a tassazione ordinaria nello Stato o territorio in cui ha sede l'impresa, la società o l'ente partecipato*”.

Tale circostanza ricorre quando la *CFC* abbia prodotto direttamente redditi di fonte estera, in misura non inferiore al 75 per cento del totale, tramite, ad esempio, una stabile organizzazione o in virtù del possesso di cespiti immobilizzati, localizzati e sottoposti a tassazione fuori dagli Stati o territori a fiscalità privilegiata.

Detta circostanza può ricorrere anche quando:

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

In ogni caso, le ipotesi di disapplicazione in base alla seconda esimente previste dal D.M. 21 novembre 2001, n. 429 devono considerarsi menzionate a titolo esemplificativo e non esaustivo.

In generale, si ritiene che, ai fini del riconoscimento dell'esimente in esame, assume rilevanza il carico fiscale complessivamente gravante sul gruppo societario in relazione ai redditi prodotti da una *CFC* appartenente al medesimo gruppo.

Tale parametro, infatti, è determinante per la verifica del rispetto sostanziale della *ratio* insita nelle disposizioni che regolano la seconda esimente, che è quella di garantire che i redditi prodotti dalla *CFC* siano tassati in misura congrua.

In particolare, la *ratio* della disposizione in esame va considerata in linea di principio soddisfatta quando il *tax rate* effettivo "complessivamente scontato" sui redditi prodotti dalla *CFC* risulti congruo rispetto al livello di imposizione vigente in Italia.

In altri termini, in caso di catene societarie che coinvolgano più Paesi, si ritiene che la suddetta condizione sia rispettata quando l'imposizione effettiva complessivamente gravante sull'utile ante imposte della *CFC* sia in linea con l'imposizione italiana, a prescindere dal luogo in cui il reddito si considera prodotto e dallo Stato (o dagli Stati) in cui avviene detta tassazione.

Ciò presuppone un'indagine da condurre in ogni caso in sede di interpello, sulla base di un'idonea e circostanziata documentazione, che consenta all'Amministrazione finanziaria di verificare in maniera certa e incontrovertibile la sussistenza della predetta circostanza.

Inoltre, considerato che l'inclusione di uno Stato o territorio nella vigente *black list* è stata effettuata dal legislatore non solo in ragione del livello di tassazione effettivamente applicabile sul reddito delle società ivi residenti, ma anche della mancanza di un completo ed efficiente scambio di informazioni con l'Amministrazione finanziaria italiana, assume rilievo ai fini del riconoscimento dell'esimente in commento la presentazione di una documentazione idonea a dimostrare la sistematica distribuzione verso l'Italia dell'utile proveniente dalla *CFC*. Ciò, ovviamente, nel presupposto che risulti

contemporaneamente verificata la precedente condizione, e cioè che l'imposizione effettiva complessivamente gravante sull'utile ante imposte della *CFC* sia congrua rispetto al livello di imposizione gravante in Italia, a prescindere dal luogo in cui il reddito si considera prodotto e dallo Stato (o dagli Stati) in cui avviene detta tassazione.

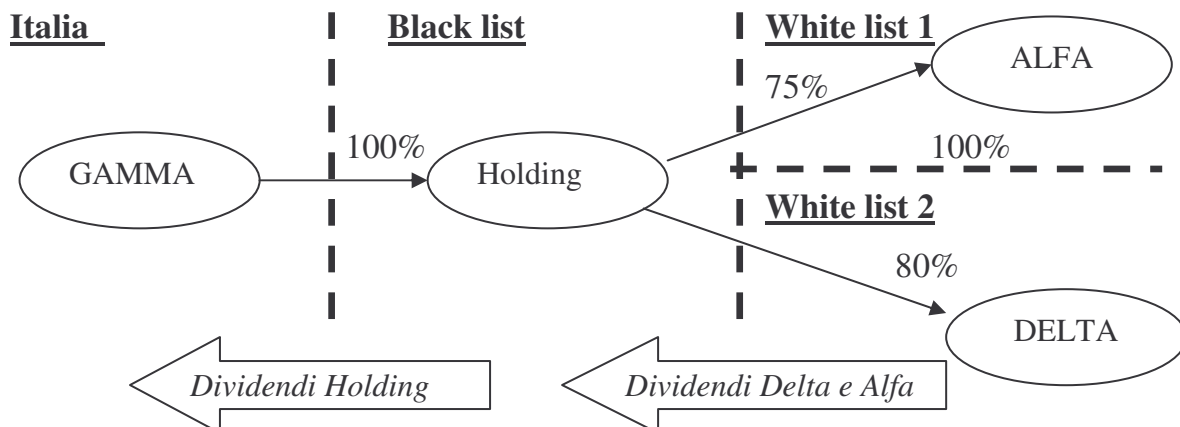
La sistematica distribuzione dei dividendi, infatti, da un lato rafforza la dimostrazione della carenza di intenti elusivi, dall'altro immette l'utile prodotto dalla *CFC* in circuiti totalmente accessibili all'Amministrazione finanziaria italiana ai fini dell'acquisizione delle relative informazioni.

Si fa presente, inoltre, che se il *tax rate* effettivo complessivamente gravante sui redditi della partecipata estera fosse inferiore all'aliquota nominale delle imposte sul reddito vigente in Italia, detta circostanza di per sé non precluderebbe al contribuente la possibilità di invocare la disapplicazione della *CFC rule* per il ricorrere della seconda esimente.

In tale fattispecie va dato necessariamente rilievo anche alla tassazione effettiva che la *CFC* avrebbe subito qualora la stessa fosse stata localizzata nel territorio dello Stato, che, per ipotesi, potrebbe essere anch'essa inferiore alla tassazione ad aliquota nominale per effetto della concorrenza alla formazione dell'utile civilistico di redditi esenti o esclusi (ad esempio, dividendi, plusvalenze *pex*, ecc).

Pertanto, la seconda esimente può essere riconosciuta quando il *tax rate* effettivo complessivamente scontato sui redditi della partecipata estera risulta comunque congruo in relazione all'imposizione fiscale effettiva che l'utile della *CFC* avrebbe subito in Italia.

Ciò si verifica, ad esempio, in fattispecie quali quella della Tabella 1, dove è rappresentato il caso di una *Holding* localizzata in un paradiso fiscale, direttamente controllata da una società italiana, che detiene esclusivamente partecipazioni in società operative situate in Paesi *white list*, tassate in via ordinaria nei rispettivi Stati di localizzazione.

TABELLA 1

In tale contesto, anche se il reddito della *CFC* è da considerarsi in linea di principio prodotto in un *tax haven*, ai fini in esame non può essere ignorata la circostanza che i dividendi distribuiti alla società italiana dalla *Holding*, in realtà derivano interamente da un reddito prodotto e tassato in via ordinaria in uno Stato *white list*, e che in caso di percezione diretta dei dividendi *white list* da parte di **GAMMA** (i.e. senza lo “schermo” *black list*), gli stessi avrebbero scontato ai fini IRES un'imposizione effettiva dell'1,375 per cento.

Il ricorrere di tali presupposti, ovviamente, va dimostrato mediante idonea documentazione da prodursi in sede di interpello disapplicativo.

In ogni caso, in considerazione della generale finalità antielusiva della disciplina in esame, risultante a seguito delle modifiche introdotte dal d.l. n. 78 del 2009, si ritiene che il riconoscimento dell'esimente in esame non possa prescindere dalla dimostrazione – sempre in sede di interpello - che la struttura societaria alla quale appartiene la *CFC* non sia stata creata per fini di elusione fiscale.

5. STATI O TERRITORI INCLUSI NELLA “WHITE LIST” DI CUI ALL’ARTICOLO 168-BIS DEL TUIR: ESTENSIONE DELLA CFC RULE

L’articolo 167, comma 8-bis, del Tuir prevede che *“la disciplina di cui al comma 1 trova applicazione anche nell’ipotesi in cui i soggetti controllati ai sensi dello stesso comma sono localizzati in Stati o territori diversi da quelli ivi richiamati, qualora ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni:*

- a) sono assoggettati a tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella a cui sarebbero stati soggetti ove residenti in Italia;*
- b) hanno conseguito proventi derivanti per più del 50% dalla gestione, dalla detenzione o dall’investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie, dalla cessione o dalla concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria o artistica nonché dalla prestazione di servizi nei confronti di soggetti che direttamente o indirettamente controllano la società o l’ente non residente, ne sono controllati o sono controllati dalla stessa società che controlla la società o l’ente non residente, ivi compresi i servizi finanziari”.*

L’obiettivo della disposizione in commento è quello di consentire l’applicazione della disciplina CFC nei confronti di controllate localizzate in Paesi o territori inclusi nell’emanando decreto del Ministro dell’economia e delle finanze di cui all’articolo 168-bis del Tuir (c.d. *white list*) che, come noto, dovrà individuare i c.d. “Paesi o territori virtuosi”, ovvero gli Stati o territori *“che consentono un adeguato scambio di informazioni e nei quali il livello di tassazione non è sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia”* (cfr. articolo 168-bis, comma 2, del Tuir).

Come già chiarito nel paragrafo 2, in attesa dell’emanazione di tale decreto e fino alla sua entrata in vigore, la normativa CFC continua ad applicarsi con riferimento alla c.d. *black list* di cui al decreto ministeriale 21

novembre 2001, che individua gli Stati o territori a regime fiscale privilegiato: conseguentemente le disposizioni del comma 8-*bis* in commento andranno, sino all'entrata in vigore della nuova *white list*, riferite agli Stati o territori non inclusi della predetta *black list*.

L'estensione a tali Paesi della disciplina *CFC*, tuttavia, opera solo ai fini dell'applicazione dell'articolo 167 del Tuir: l'estensione, infatti, delle disposizioni del comma 8-*bis* in commento alle società collegate estere è espressamente esclusa dall'articolo 168, comma 1, del Tuir, come modificato dall'articolo 13, comma 1, lettera *d*) del d.l. n. 78 del 2009.

Per espressa previsione del citato comma 8-*bis*, relativamente al rapporto di controllo rilevante ai fini dell'applicazione delle disposizioni in esame vale la stessa nozione accolta dal comma 1 per le società *black list* e, quindi, la nozione di controllo civilistico prevista dall'articolo 2359, commi 1 e 2, del codice civile.

La norma in commento si applica esclusivamente al ricorrere delle seguenti condizioni:

- a) la partecipata estera paga imposte nello Stato o territorio di insediamento per un importo pari a meno della metà (< 50 per cento) del carico impositivo cui sarebbe stata sottoposta qualora fiscalmente residente in Italia;
- b) i proventi della partecipata estera derivano per più della metà (>50 per cento) da:
 - i. gestione, detenzione o investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie;
 - ii. cessione o concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria o artistica;
 - iii. 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.

Le due condizioni devono verificarsi congiuntamente.

Con riferimento alla condizione *sub b)*, si osserva che, nel presupposto dell'identica formulazione della disposizione in commento con quella di cui al comma *5-bis* del medesimo articolo 167 del Tuir, vanno estese alla fattispecie in esame le considerazioni già svolte al paragrafo 3.1, con riferimento all'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione.

Pertanto, la disciplina *CFC* va estesa a tutte le controllate localizzate in Paesi o territori diversi da quelli indicati nella *black list*, che presentino le caratteristiche di cui al punto *sub b)*, comprese le partecipate estere svolgenti attività bancaria, finanziaria e assicurativa.

Anche ai fini in esame, inoltre, per la verifica del superamento della soglia del 50 per cento, dovranno - in linea di principio - considerarsi tutti i proventi lordi conseguiti dalla *CFC*, ordinari e straordinari, risultanti dal bilancio o rendiconto della partecipata estera.

Resta inteso che qualora il contribuente ritenga di trovarsi in una fattispecie che, nonostante il superamento della "soglia" del 50 per cento, non lo pone nella situazione che la norma in esame intende perseguire (i.e. "*costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale*"), deve comunque presentare interpello, sottoponendo il suo caso alla valutazione dell'Agenzia delle entrate.

5.1. La condizione della "tassazione effettiva inferiore a più della metà" della corrispondente tassazione italiana

La norma in esame consente di applicare la *CFC rule* a contribuenti residenti che dalla costituzione all'estero di una propria controllata (indipendentemente dal territorio di insediamento) traggono un notevole risparmio fiscale, determinato da un'imposizione effettiva estera inferiore a più

della metà di quella che la controllata avrebbe assolto qualora fosse stata residente in Italia.

L'applicazione della disciplina *CFC* a queste fattispecie (con la connessa imputazione reddituale per trasparenza) determina, ovviamente, un azzeramento di questo risparmio fiscale.

Ai fini della verifica della condizione prevista dalla lett. *a*) del comma 8-*bis* dell'articolo 167 del Tuir, si ritiene opportuno chiarire che, in considerazione della collocazione della *CFC rule* nel Tuir, il confronto tra la tassazione effettiva estera e quella "virtuale" interna vada condotto considerando esclusivamente le imposte sul reddito, da individuare facendo riferimento, qualora esistente, alla Convenzione per evitare le doppie imposizioni vigente con lo Stato estero, ed escludendo in ogni caso l'IRAP.

In mancanza di una Convenzione tra l'Italia e lo Stato estero, vanno considerate, sul fronte interno, unicamente l'IRES e sue eventuali addizionali, mentre, sul fronte estero, le corrispondenti imposte sul reddito, a prescindere dall'ente riscossore (es. imposte sul reddito federali, statali, ecc.).

Per quanto riguarda, inoltre, la comparazione richiesta dalla norma in commento - coerentemente con quanto previsto nella relazione di accompagnamento all'articolo 13 del d. lgs. n. 78 del 2009 - si ritiene che:

- occorra fare riferimento, relativamente ad entrambi i termini del confronto, al "*carico effettivo di imposizione (e non all'aliquota nominale di imposizione societaria) gravante sulla società estera*". A tal fine, pertanto, occorrerà considerare l'*effective tax rate*", ossia il rapporto tra l'imposta corrispondente al reddito imponibile e l'utile ante imposte;
- i due termini di raffronto debbano essere omogenei.

Si fa presente che, ai fini del confronto in esame, vanno prese in considerazione solo le imposte correnti e non anche le eventuali imposte anticipate e differite: quest'ultime, infatti, rilevano unicamente ai fini della

corretta redazione del bilancio, in quanto, insieme alle imposte correnti, individuano il carico fiscale complessivo di competenza dell'esercizio. Non incidono, pertanto, sulle somme che la società deve *effettivamente* a titolo di imposte sul reddito per l'esercizio considerato. Eventuali effetti distorsivi sul confronto tra la tassazione "virtuale" domestica e quella effettiva estera, derivanti dalla mancata considerazione di rilevanti ammontari di imposte anticipate e/o differite, andranno valutati in sede di interpello.

Per quanto riguarda il **tax rate estero**, questo va determinato facendo riferimento innanzitutto ai dati risultanti dal bilancio di esercizio (o rendiconto) della società estera, redatto secondo le norme locali.

In caso di adesione della partecipata estera ad una forma di tassazione di gruppo prevista nello Stato estero di insediamento, si ritiene corretto dare rilevanza ai fini in esame solo alle imposte sul reddito di competenza della medesima controllata, singolarmente considerata ("*stand alone*"), ossia alle imposte sul reddito corrispondenti al suo reddito imponibile e non a quello della *fiscal unit*.

Al di fuori della particolare ipotesi sopra evidenziata, si deve trattare di imposte sul reddito effettivamente dovute nello Stato o territorio estero di localizzazione, che devono trovare evidenza nel bilancio (o rendiconto) di esercizio della società estera, nella relativa dichiarazione dei redditi presentata alle competenti autorità fiscali, nonché nelle connesse ricevute di versamento. Tali documenti probatori, peraltro, ove non immediatamente disponibili al momento della presentazione dell'eventuale istanza di interpello disapplicativo, potranno essere allegati successivamente anche a titolo di volontaria integrazione documentale.

Tenuto conto di quanto fino ad ora precisato circa la rilevanza ai fini in esame delle imposte corrispondenti al reddito imponibile (in linea di principio corrispondenti con le c.d. imposte correnti, evidenziate nel bilancio di esercizio), non è parimenti rilevante l'eventuale utilizzo in sede di versamento

di crediti d'imposta per redditi prodotti all'estero riconosciuti dallo Stato di insediamento, nonché di ritenute d'acconto subite ad opera di sostituti d'imposta o altri soggetti locali.

Allo stesso modo, non sono considerati gli effetti sul calcolo del reddito imponibile e/o delle imposte corrispondenti di eventuali agevolazioni di carattere temporaneo o non strutturale, riconosciute alla generalità dei contribuenti dalla legislazione dello Stato estero.

Assumono, invece, rilevanza altre forme di riduzione di imposte spettanti al singolo contribuente diverse da quelle sopra citate come, ad esempio, quelle accordate in base ad un apposito *ruling* concluso da quest'ultimo con l'Amministrazione fiscale estera.

Inoltre, in considerazione della finalità antielusiva della disposizione in commento dapprima illustrata, ai fini della determinazione dell'*effective tax rate* estero, si ritiene corretto tener conto di eventuali agevolazioni riconosciute dallo Stato o territorio di insediamento ai soci della partecipata estera e, quindi, *in primis* al socio "controllante" residente in Italia (sottoforma, ad esempio, di accredito al socio di tutta o parte dell'imposta estera prelevata in capo alla società partecipata). Ciò anche nel caso in cui si tratti di meccanismi di *tax refund* che la normativa locale prevede su base generalizzata, a prescindere dalla residenza del socio percettore.

In simili circostanze, infatti, la tassazione effettiva degli utili societari non può non essere valutata considerando congiuntamente il binomio socio – società, ovvero la posizione fiscale della società estera che li ha prodotti e quella del socio percettore.

In sede di prima applicazione della disciplina in esame, per ragioni di semplificazione e omogeneità dei termini di confronto, si ritiene opportuno – sempre ai fini della determinazione dell'*effective tax rate* estero – non considerare le perdite fiscali "estere" maturate antecedentemente all'entrata in vigore della "nuova" disciplina *CFC* (c.d. sterilizzazione delle perdite

pregresse). A regime, avranno rilevanza quelle maturate dal primo periodo di applicazione della “nuove” disposizioni, cioè per i contribuenti con periodo d’imposta coincidente con l’anno solare, a decorrere dal 2010.

Ciò ovviamente nel presupposto che a tale data il contribuente residente abbia il controllo della società estera.

Al di fuori di tale fattispecie, rilevano le perdite maturate dalla partecipata estera a decorrere dal periodo d’imposta in cui il contribuente italiano acquista il controllo della medesima società. Pertanto, se il requisito del controllo sussiste dal 2014, ai fini in esame, vanno considerate solo le perdite maturate dalla partecipata estera a decorrere da tale periodo d’imposta.

Tabella 2

2010 (A)	2010 (B)	2011	2012
Utile ante imposte (1) 1.000	Utile ante imposte 1.000	Utile ante imposte 900	Utile ante imposte 1.300
Perdite pregresse 2.500	Perdite pregresse 2.500	Perdite pregresse 800	Perdite pregresse 1.800
Reddito di periodo 1.200	Reddito di periodo - 800	Reddito di periodo - 1.000	Reddito di periodo 2.400
Reddito imponibile nello Stato estero 0	Reddito imponibile nello Stato estero 0	Reddito imponibile nello Stato estero 0	Reddito imponibile nello Stato estero 600
<i>Tax rate</i> estero (2) 12%	<i>Tax rate</i> estero 0	<i>Tax rate</i> estero 0	<i>Tax rate</i> estero 4,62%

(1) Utile ante imposte risultante dal bilancio dell’esercizio 2010 della controllata estera;

(2) Aliquota nominale dell’imposta sul reddito estera assunta pari al 10 per cento.

Ciò comporta che, con riferimento all’esempio della Tabella 2, sopra riportata, ai fini in esame, il reddito imponibile della controllata estera relativo al periodo d’imposta 2010 va considerato pari a 1.200, posta l’irrilevanza – per

le ragioni prima illustrate – dell'utilizzo in compensazione delle perdite fiscali pregresse. L'*effective tax rate* estero del periodo d'imposta 2010, quindi, non va considerato pari a 0, ma pari al 12 per cento, in quanto rideterminato con riferimento ad un reddito imponibile di 1.200.

Analoghe conseguenze nel caso in cui la medesima controllata estera conseguia, nel periodo d'imposta 2010, una perdita fiscale di 800 (ipotesi B): ai fini del calcolo del *tax rate* estero relativo ai periodi d'imposta successivi, assumono rilevanza solo le perdite fiscali realizzate a partire da tale periodo d'imposta, anche se trasferite alla *fiscal unit*. In altri termini, sempre con riferimento all'esempio della Tabella 2, il reddito imponibile realizzato nel periodo d'imposta 2012 dalla controllata estera può essere compensato solo con le perdite fiscali dalla stessa conseguite nei periodi d'imposta 2010 e 2011 (1.800), anche se la medesima partecipata può effettivamente utilizzare in compensazione nel suo Stato di localizzazione perdite fiscali per 4.300 (cioè $2.500 + 800 + 1.000$).

In merito all'*effective tax rate domestico*, la valutazione non può prescindere da una rideterminazione “virtuale” - secondo le disposizioni ordinariamente previste dal Tuir in materia di reddito d'impresa - del reddito prodotto dalla controllata estera.

Il novellato comma 8-bis, lett. a) dell'articolo 167 del Tuir prevede, infatti, che il confronto vada condotto considerando la tassazione effettiva a cui i soggetti controllati esteri “...sarebbero stati soggetti ove residenti in Italia”.

Il calcolo va effettuato partendo dal bilancio d'esercizio (o rendiconto) della società estera, redatto secondo le disposizioni locali.

Al riguardo, si precisa che se tale bilancio (o rendiconto) fosse redatto in conformità ai principi contabili internazionali (IAS/IFRS *compliant*), la controllante residente dovrebbe rideterminare il reddito della propria partecipata secondo le disposizioni appositamente previste per i soggetti *IAS/IFRS adopter* dal Tuir (come modificato dall'articolo 1, commi 58 e

seguenti, della Finanziaria 2008, legge n. 244 del 2007) e dal decreto 1° aprile 2009, n. 48.

Per quanto attiene ai “valori di partenza fiscali” degli elementi patrimoniali dell’impresa estera controllata, si ritengono applicabili le disposizioni di cui all’articolo 2, comma 2, del decreto 21 novembre 2001, n. 429.

Detti valori, pertanto, sono quelli risultanti dal bilancio relativo all’esercizio o periodo di gestione anteriore a quello a cui si applicano le disposizioni in commento (*i.e.* bilancio dell’esercizio 2009) a condizione che gli stessi siano conformi a quelli derivanti dall’applicazione dei criteri contabili adottati nei precedenti esercizi o ne venga attestata la congruità da uno o più soggetti che siano in possesso dei requisiti previsti dall’articolo 11 del decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 88 (Registro dei Revisori contabili).

Gli ammortamenti e i fondi per rischi ed oneri risultanti dal predetto bilancio si considerano dedotti anche se diversi da quelli ammessi dal Tuir, ovvero se eccedenti i limiti di deducibilità ivi previsti.

Anche ai fini in esame (*i.e.* determinazione del *tax rate* domestico), valgono i chiarimenti forniti relativamente al *tax rate* estero con riferimento all’utilizzo dei crediti d’imposta e delle ritenute d’acconto subite.

Per quanto riguarda le perdite fiscali “domestiche”, considerato che le disposizioni in esame si applicano per la prima volta a partire dal periodo d’imposta 2010, si ritiene opportuno tener conto solo delle perdite maturate a decorrere da tale periodo d’imposta ovvero dal periodo d’imposta in cui si acquista il controllo della società estera, qualora successivo. Il loro utilizzo in compensazione avverrà secondo le disposizioni dell’articolo 84 del Tuir: le stesse, pertanto, potranno essere utilizzate senza alcun limite di temporale, solo se conseguite nei primi 3 periodi d’imposta dalla data di costituzione della *CFC*. Diversamente, il loro utilizzo potrà avvenire non oltre il quinto periodo d’imposta successivo a quello della loro determinazione.

Ai fini in esame, preme ricordare, inoltre, che in caso di società holding, in possesso esclusivamente di partecipazioni con i requisiti per la *participation exemption* di cui all'articolo 87 del Tuir, si riconosce, in linea di principio, la sostanziale equivalenza tra l'esenzione totale e l'indeducibilità dei costi, da un lato, e la tassazione dell'1,375 per cento a fronte della deducibilità dei costi, dall'altro.

Tuttavia, tenuto conto che secondo la giurisprudenza comunitaria il carico fiscale effettivamente applicato in Italia sui redditi (plusvalenze e dividendi) derivanti da tali partecipazioni deve essere considerato pari all'1,375 per cento, si ritiene che le holding in questione ricadano comunque nell'ambito applicativo della norma in commento (cfr. sentenza della Corte di Giustizia 19 novembre 2009, Causa C-540/07, parr. 32 e 33, nonché conclusioni dell'avvocato generale presentate il 16 luglio 2009, par. 30, ove si fa riferimento all'analogia posizione espressa dalla Commissione europea). Le stesse, pertanto, qualora intendano disapplicare la *CFC rule*, dovranno presentare apposita istanza di interpello, nel cui ambito sarà adeguatamente valutata la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento della menzionata equivalenza di regimi impositivi.

Le imposte "virtuali" corrispondenti al reddito imponibile determinato secondo le disposizioni fiscali italiane vanno successivamente rapportate all'utile ante imposte quale emergente dal bilancio (o rendiconto) della *CFC*: se il *tax rate* domestico così ottenuto è più del doppio di quello estero, risulta soddisfatto il requisito di cui al comma 8-bis, lettera a). Nel caso in cui risulti verificata l'ulteriore condizione individuata dalla lettera b) relativamente alle *passive income companies* la controllata estera va in linea di principio considerata a fiscalità privilegiata e come tale assoggettata alla *CFC rule*.

Si precisa, infine, che la comparazione richiesta dalla lett. a) del comma 8-bis in commento va verificata a cura del contribuente in ogni esercizio, posto

che la tassazione effettiva muta in considerazione del reddito conseguito nei vari periodi d'imposta.

Se in seguito a questa verifica non risultano integrate entrambe le condizioni di cui al comma 8-bis in commento, il contribuente non ricade nell'ambito applicativo della disposizione in esame. Anche in questo caso, ai fini di eventuali controlli, egli dovrà avere cura di conservare la documentazione da cui risulti l'esito della verifica da lui condotta.

Viceversa, nel caso in cui le condizioni del comma 8-bis risultano entrambe verificate, il contribuente non potrà esimersi dal presentare interpello, ai fini della disapplicazione della *CFC rule*, nel rispetto delle modalità di seguito illustrate.

5.2. La disapplicazione del comma 8-bis: l'esimente della "costruzione di puro artificio". Interpello disapplicativo.

Ai sensi del comma 8-ter dell'articolo 167 del Tuir "le disposizioni del comma 8-bis non si applicano se il soggetto residente dimostra che l'insediamento all'estero non rappresenta una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale. Ai fini del presente comma il contribuente deve interpellare l'amministrazione finanziaria secondo le modalità indicate nel precedente comma 5".

In altri termini, la *CFC rule* non si estende a controllate localizzate in Paesi o territori a fiscalità ordinaria, anche qualora queste siano nelle condizioni di cui alle lett. a) e b) del predetto comma 8-bis, quando queste ultime sono rappresentative di insediamenti effettivi, ovvero costituiscono costruzioni non artificiose, come tali non volte a conseguire un indebito vantaggio fiscale.

Al riguardo, si osserva che l'espressione utilizzata dal legislatore nazionale appare in linea con la terminologia adottata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea che, nella sentenza *Cadbury-Schweppes* del 12 settembre

2006 (causa C-196/04), ha affermato il principio della compatibilità delle normative *CFC* con il principio della libertà di stabilimento sancito dall'articolo 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (ex articolo 43 del TCE), limitatamente alle ipotesi di società controllate residenti in uno Stato membro che rappresentano “*wholly artificial arrangements intended to circumvent national law*”.

Si ritiene, dunque, che il legislatore domestico abbia voluto accogliere la nozione di “costruzione di puro artificio” elaborata dagli organi comunitari.

Secondo la Corte di Giustizia, 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*” (cfr. sentenza *Cadbury-Schweppes*, punto 75). Ciò in quanto “*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*” (cfr. sentenza *Cadbury-Schweppes*, punto 69).

Nel contesto comunitario, peraltro, l'espressione “*volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale*” rappresenta una mera specificazione del concetto di costruzione di puro artificio.

L'interpretazione seguita nella sentenza *Cadbury Schweppes* è stata sostanzialmente confermata sia dalla successiva giurisprudenza della Corte (cfr. ad es. la sentenza 13 marzo 2007, Causa C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*), sia dalla Commissione europea nella comunicazione COM(2007) 785 def del 10 dicembre 2007, riguardante “*L'applicazione di misure antiabuso nel settore dell'imposizione diretta all'interno dell'UE e nei confronti dei Paesi terzi*”.

La prova che la struttura estera “...*non rappresenta una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale*” va fornita preventivamente in sede di interpello da presentarsi secondo le modalità indicate nel comma 5 dell’articolo 167 del Tuir.

Si tratta di un adempimento obbligatorio che il contribuente deve eseguire qualora intenda disapplicare la disciplina in esame nei confronti di una sua controllata estera, che, in un determinato periodo d’imposta, supera entrambi i limiti indicati nel comma 8-*bis*.

Infatti, in conformità a quanto già precisato in relazione al comma 5-*bis*, detti limiti - anche con riferimento alla fattispecie in esame - vanno considerati come soglie al superamento delle quali si presume - salvo prova contraria – sia più elevato il rischio di abuso, ovvero la possibilità che la partecipata estera sia una struttura di puro artificio.

Coerentemente con gli orientamenti comunitari (*ex multis*, sentenza CGE Leur-Bloem del 17 luglio 1997, C-28/95, punto 41), la valutazione dell’artificialità della costruzione estera andrà, comunque, valutata caso per caso (cd. *case by case analysis*) in base ad “*elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi*”.

La previsione dell’interpello da parte del legislatore risponde a tale finalità in quanto consente all’Amministrazione finanziaria di applicare la *CFC rule* solo nei casi di strutture prive di effettiva sostanza economica.

Il parere reso dall’Agenzia delle entrate non è vincolante per il contribuente, che resta libero di decidere se uniformarsi o meno alla risposta ottenuta. Il carattere non vincolante di tale parere comporta che, nel caso in cui l’istante decida di non uniformarsi alla risposta ottenuta, resta per lui impregiudicata la possibilità di dimostrare anche successivamente – ad esempio in sede di contenzioso – la sussistenza delle condizioni che consentono la disapplicazione della *CFC rule*.

Ad ogni buon fine, si fa presente, inoltre, che il parere dell'Amministrazione finanziaria in ordine alla disapplicazione della *CFC rule* a favore di partecipate estere *white list* non viene reso sulla base di elementi valutati in maniera discrezionale, quanto, piuttosto, in aderenza a indici predefiniti, cui è normalmente attribuito carattere di oggettività.

Pertanto, alla dimostrazione da parte del contribuente che, sulla base dei predetti indici, la sua struttura estera “...*non rappresenta una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale*”, consegue di regola il parere positivo dell'Amministrazione finanziaria alla disapplicazione del regime in esame.

In merito agli indici di cui sopra, si ritiene che gli stessi vadano individuati facendo riferimento alla Risoluzione del Consiglio dell'Unione Europea sul coordinamento delle norme sulle società estere controllate (SEC) e sulla sottocapitalizzazione nell'Unione europea, dell'8 giugno 2010, pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea C156 del 16 giugno 2010, che prevede un elenco non esaustivo di indicatori in presenza dei quali è ragionevole presumere che gli utili della controllata estera siano stati artificialmente trasferiti ad una *CFC* e quindi distratti dallo Stato UE di origine.

In particolare, ai sensi della citata Risoluzione, sono considerati indicatori dell'artificialità della struttura estera:

- a. *“l'insufficienza di motivi economici o commerciali validi per l'attribuzione degli utili, che pertanto non rispecchia la realtà economica;*
- b. *la costituzione non risponde essenzialmente a una società reale intesa a svolgere attività economiche effettive;*
- c. *non esiste alcuna correlazione proporzionale tra le attività apparentemente svolte dalla CFC e la misura in cui tale società esiste fiscalmente in termini di locali, personale e attrezzature;*

- d. *la società non residente è sovracapitalizzata: dispone di un capitale nettamente superiore a quello di cui ha bisogno per svolgere un'attività;*
- e. *il contribuente ha concluso transazioni prive di realtà economica, aventi poca o nessuna finalità commerciale o che potrebbero essere contrarie agli interessi commerciali generali se non fossero state concluse a fini di evasione fiscale”.*

Con riferimento, ad esempio, all'indicatore *sub c)*, coerentemente con quanto precisato sia dalla Corte di Giustizia che dalla Commissione Europea, possono essere considerati elementi di prova, volti a dimostrare il livello di presenza fisica della controllata nel territorio estero, la disponibilità *in loco* da parte della stessa di locali, personale e attrezzature [sentenza *Cadbury-Schweppes* e COM(2007) 785 def del 10 dicembre 2007].

A tal fine, si ritiene possano essere considerati idonei gli elementi di prova che il contribuente è tenuto a produrre per la disapplicazione della *CFC rule* per il ricorrere della prima circostanza esimente di cui all'articolo 167, comma 5, lett. *a)* del Tuir. Si tratta, in altri termini, dei documenti volti 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.

Al riguardo va tuttavia rilevato che la stessa Commissione Europea ammette la difficoltà di “applicare” tali elementi oggettivi di prova alle attività c.d. immateriali, quali ad esempio, le attività bancarie, finanziarie e assicurative: lo svolgimento di tali attività, infatti, non richiede necessariamente una presenza fisica significativa [COM(2007) 785 def del 10 dicembre 2007].

Da qui la necessità di individuare – con riferimento alle predette realtà - ulteriori e più specifici elementi di prova volti a dimostrare la non artificiosità della controllata estera. Tali elementi – peraltro utili anche ai fini della

disapplicazione del comma 5-bis dell'articolo 167 del Tuir – consistono ad esempio nella:

- descrizione 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;
- descrizione 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;
- 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 dovrà 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 dovrà 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.

In ultimo, si fa presente che l'efficacia del parere reso dall'Amministrazione finanziaria in merito alla disapplicazione del comma 8-*bis* dell'articolo 167 del Tuir non è circoscritta al periodo d'imposta cui la richiesta di disapplicazione è rivolta.

Ciò in quanto la formulazione letterale della specifica esimente di cui al comma 8-*ter* individua l'oggetto della valutazione affidata all'Amministrazione nella sostanza della “*costruzione*” estera.

E' evidente che il riconoscimento del carattere non artificioso della “*costruzione*” estera rappresenta, laddove verificato, un dato acquisito. Ciò, ovviamente, a condizione che nei successivi esercizi permangano inalterate le condizioni fattuali rappresentate nell'istanza sulla quale si è fondato il parere positivo dell'Agenzia delle entrate.

Va da sé che, in caso di parere negativo alla disapplicazione della *CFC rule*, resta impregiudicato per il contribuente la possibilità di presentare una nuova istanza di interpello. Ciò ovviamente nel presupposto che nel frattempo si siano modificate le circostanze di fatto che hanno determinato - in precedenza - la pronuncia negativa dell'Amministrazione finanziaria.

6. MODALITA' DI PRESENTAZIONE DELL'ISTANZA DI INTERPELLO

La circolare n. 32/E del 14 giugno 2010 chiarisce che l'interpello *CFC rule* si caratterizza per l'obbligatorietà della presentazione della relativa istanza ai fini dell'ottenimento del parere favorevole all'accesso al regime derogatorio rispetto a quello legale, normalmente applicabile.

L'obbligo di presentazione dell'istanza previsto dalla normativa di riferimento, risponde peraltro all'esigenza di consentire all'Amministrazione finanziaria un monitoraggio preventivo in merito a particolari situazioni considerate dal legislatore potenzialmente elusive.

L'obbligatorietà dell'istanza non muta il carattere non vincolante della risposta quale atto avente natura di parere, né tantomeno preclude all'istante la possibilità di dimostrare anche successivamente la sussistenza delle condizioni che legittimano l'accesso al regime derogatorio.

Come già anticipato, in tutte le ipotesi di interpello previste dall'articolo 167 del Tuir, infatti, compresa quella di cui al comma 8-ter, le determinazioni dell'Agenzia delle entrate rappresentano comunque un atto di indirizzo, indicativo dell'orientamento assunto dall'Amministrazione sulla base della documentazione fornita e/o richiesta in ordine alla valutazione della sussistenza delle esimenti che autorizzano la disapplicazione della *CFC rule*.

Si fa presente, inoltre, che nelle stesse ipotesi, il parere dell'Agenzia delle entrate conserva la sua validità fintanto che restano immutate le circostanze di fatto e di diritto sulla base delle quali è stato reso (c.d. valenza ultrattiva).

L'istanza per la disapplicazione della *CFC rule* va inoltrata all'Agenzia delle entrate preventivamente.

Come già ricordato con circolare n. 32/E del 2010, trattandosi di un comportamento che trova attuazione nella dichiarazione dei redditi, l'istanza va presentata - a pena di inammissibilità - in tempo utile per ottenere la risposta prima della scadenza del termine ordinario di presentazione della predetta dichiarazione, a nulla rilevando la circostanza che l'inadempimento può essere sanato nei 90 giorni successivi ovvero che la dichiarazione originariamente presentata è integrabile, sia a favore del contribuente, sia a favore dell'erario.

Pertanto, se un contribuente con periodo d'imposta coincidente con l'anno solare intende chiedere la disapplicazione della *CFC rule* con riferimento ad una controllata estera per il periodo d'imposta 2010, la relativa istanza dovrà essere presentata entro il 1° giugno 2011, posto che il termine ordinario per l'invio della relativa dichiarazione dei redditi scade il 30 settembre 2011.

Ai sensi dell'articolo 5 del D.M. 21 novembre 2001, n. 429, l'istanza di disapplicazione va inoltrata alla Agenzia delle entrate - Direzione centrale normativa, per il tramite della Direzione regionale competente per territorio in relazione al domicilio fiscale del socio controllante, secondo una delle seguenti modalità:

- consegna a mano;
- spedizione tramite servizio postale in plico raccomandato, senza busta, con avviso di ricevimento.

L'Amministrazione finanziaria rende il proprio parere “*entro centoventi giorni decorrenti dalla data di consegna o di ricezione dell'istanza di interpello da parte dell'ufficio (...)*” (cfr. articolo 4, comma 1, decreto 26 aprile 2001, n. 209), pena il consolidamento del silenzio-assenso.

In caso di richiesta di documentazione integrativa, tale termine si interrompe e riprende a decorrere *ex novo* a partire dal momento in cui l'Agenzia delle entrate riceve l'ulteriore documentazione.

6.1 Documentazione da allegare all'istanza di interpello disapplicativo

Al fine di orientare il contribuente nella predisposizione delle istanze di interpello per la disapplicazione della *CFC rule*, l'Agenzia delle entrate, con le circolari 12 febbraio 2002, n. 18/E e 23 maggio 2003, n. 29/E ha fornito alcune indicazioni in merito ai documenti utili ai fini della dimostrazione delle esimenti previste dal più volte menzionato articolo 167 del Tuir.

Considerato che la completezza della documentazione presentata e la trasparenza della situazione tutelano l'interesse dei contribuenti ad ottenere una risposta in tempi rapidi e, nello stesso tempo, agevolano il lavoro dell'Amministrazione, si ritiene utile aggiornare le predette circolari alla luce delle novità apportate dall'articolo 13 del D.L. n. 78 del 2009, convertito (con modificazioni) con legge n. 102 del 2009.

Il presente paragrafo ha, pertanto, lo scopo di fornire indicazioni uniformi relativamente alla predisposizione delle istanze di interpello presentate ai sensi dell'articolo 167, comma 5, del Tuir e di focalizzare l'attenzione degli utenti sui principali documenti necessari ai fini della richiesta di disapplicazione della *CFC rule*.

Le precisazioni in esame sono valide anche con riguardo alle istanze presentate per la disapplicazione della disciplina *CFC* relativamente a società collegate estere, di cui all'articolo 168 del Tuir.

In linea con quanto chiarito nella circolare n. 32/E del 2010, l'istanza deve essere circostanziata: in particolare, il contribuente deve fornire una rappresentazione completa della fattispecie senza porre a carico dell'Agenzia l'onere di ricavare dalla documentazione allegata le informazioni necessarie alla compiuta definizione del caso prospettato.

A tal fine l'istanza, oltre ad essere corredata della documentazione solitamente fornita per evidenziare l'esistenza di una struttura *in loco*, deve evidenziare – in una logica “*substance over form*” - l'effettività sostanziale della struttura estera ovvero – nel caso dell'interpello di cui al comma 8-ter, prima illustrato- la non artificiosità delle *CFC*.

Ciò premesso, con riferimento alla *prima esimente* di cui all'articolo 167, comma 5, lett. a), del Tuir, l'istante deve produrre in allegato almeno la seguente documentazione o, in alternativa, spiegare i motivi della mancata esibizione:

- bilancio della società estera relativo all'esercizio cui l'istanza disapplicativa si riferisce, corredata 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 le mansioni svolte;
- 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);
- 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*;
- prospetto dei principali mercati di penetrazione commerciale e di approvvigionamento della partecipata estera corredata dell'esposizione, in forma schematica, della ripartizione dei fornitori e della clientela per area geografica di residenza, con evidenziazione - per ciascuna area - del relativo volume d'affari (in termini assoluti, nonché in percentuale del volume d'affari complessivo della partecipata);
- descrizione delle operazioni, effettuate nel periodo di riferimento, con parti correlate.

Le predette indicazioni devono intendersi a titolo esemplificativo e non esaustivo per cui l'istante potrà sempre presentare ulteriori documenti di natura

diversa che ritenga essere di aiuto ad ottenere la disapplicazione della *CFC rule*. Né tantomeno è preclusa all'Amministrazione finanziaria la facoltà, ove lo ritenga necessario, di chiedere ulteriore documentazione.

Con specifico riferimento alla dimostrazione della sussistenza dei presupposti richiesti per la *seconda esimente* di cui all'articolo 167, comma 5, lettera *b*) del Tuir si osserva quanto segue.

Il contribuente è tenuto a presentare documentazione contabile e fiscale (bilancio, dichiarazioni dei redditi, etc.) idonea a dimostrare che i redditi conseguiti dalla società estera collegata o controllata sono prodotti in misura non inferiore al 75 per cento in Stati o territori diversi da quelli a fiscalità privilegiata ed ivi sottoposti integralmente a tassazione ordinaria. In particolare, dovrà essere esibita la documentazione fiscale attestante l'effettivo ed integrale assoggettamento dei redditi medesimi a tassazione ordinaria nell'anno per il quale è richiesta la disapplicazione, unitamente alla sintetica illustrazione del sistema di tassazione vigente - ai fini delle imposte sui redditi - nel Paese o territorio di produzione dei redditi.

Nel caso in cui si voglia invocare la seconda esimente dimostrando la congruità del "carico fiscale complessivo di gruppo", il contribuente dovrà produrre dati e documenti da cui risulti la composizione e le modalità di determinazione del reddito della società *black list* di livello più elevato, l'eventuale distribuzione di tale reddito alle società sovraordinate, sino alla controllante residente, e la misura della tassazione cui è stato complessivamente assoggettato il reddito prodotto dalla *CFC*.

In particolare, il contribuente è tenuto a esibire in sede di interpello:

- il bilancio certificato della *CFC* di livello più elevato e il prospetto di calcolo delle imposte dovute nello Stato *black list* di localizzazione in base alla normativa locale, corredato della normativa applicabile, della dichiarazione dei redditi (qualora presentata) e della dimostrazione del pagamento delle imposte anche a titolo di acconto o ritenuta;

- copia della delibera o delle delibere di distribuzione degli utili della *CFC* approvate nel corso dell'esercizio di riferimento;
- bilancio delle società cui è stato eventualmente distribuito l'utile della partecipata estera con prospetto di calcolo delle imposte dalle stesse dovute nel relativo Stato di localizzazione con riferimento agli utili ricevuti dalla *CFC*, e documentazione attestante il pagamento delle predette imposte anche a titolo di acconto o ritenuta.

In caso di parere positivo, la documentazione di cui sopra va predisposta dal contribuente anche con riferimento ai periodi d'imposta successivi, così da dimostrare - in sede di eventuale controllo - il perdurare delle circostanze di fatto che hanno determinato il riconoscimento dell'esimente in esame.

Nella particolare ipotesi in cui, infine, la seconda esimente sia richiesta anche ai fini della disapplicazione degli articoli 47, comma 4, e 89, comma 3, del Tuir, la documentazione prodotta non potrà riguardare il solo anno per il quale è richiesta la disapplicazione della normativa *CFC*, ma dovrà essere idonea a dimostrare che i requisiti richiesti per la disapplicazione sussistono "*sin dall'inizio del possesso*" delle partecipazioni, così da ricostruire tutte le vicende reddituali e fiscali della controllata *black list*.

Anche in questa circostanza, le predette indicazioni sono esemplificative e non esaustive per cui l'istante potrà sempre presentare ulteriori documenti di natura diversa, utili alla dimostrazione dell'esimente in commento.

Allo stesso modo, la scrivente - ove ritenuto opportuno - potrà invitare il contribuente a produrre documenti diversi ed ulteriori rispetto a quelli in precedenza indicati.

7. ENTRATA IN VIGORE DELLA "NUOVA" DISCIPLINA *CFC*

L'articolo 26 del decreto n. 78 del 2009 prevede che le disposizioni in esso contenute entrano in vigore "*...il giorno stesso della sua pubblicazione*

nella Gazzetta Ufficiale delle Repubblica italiana...”, avvenuta nel n. 150 del 1° luglio 2009.

Al riguardo si fa presente che con riferimento ai tributi periodici, quali l’IRES e l’IRPEF, l’articolo 3, comma 1, della legge 27 luglio 2000, n. 212 (c.d. Statuto del contribuente), prevede che “(...) *le modifiche introdotte [in via normativa, n.d.r.] si applicano solo a partire dal periodo d'imposta successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore delle disposizioni che le prevedono*”.

Ciò posto, come precisato dalla scrivente con comunicato stampa del 5 febbraio 2010, le modifiche apportate alla disciplina *CFC* dall’articolo 13 del decreto legge n. 78 del 2009 trovano applicazione a partire dal periodo d’imposta successivo a quello in corso al 1° luglio 2009, ovvero per i soggetti con periodo d’imposta coincidente con l’anno solare, a partire dal 1° gennaio 2010.

Nel presupposto che “...*i redditi conseguiti dal soggetto estero partecipato sono imputati – n.d.r. ai soggetti residenti -, a decorrere dalla data di chiusura dell’esercizio o periodo di gestione del soggetto estero partecipato, ...*”(cfr. articolo 167, comma 1, del Tuir), si ritiene che ai fini in esame abbia rilevanza la data di chiusura dell’esercizio o periodo di gestione della partecipata non residente.

Ne consegue che per i redditi realizzati dalle partecipate estere a partire dall’esercizio o periodo di gestione che inizia successivamente a quello in corso al 1° luglio 2009, si applicano le nuove disposizioni in materia di *CFC rule* e perdono di validità le disapplicazioni della disciplina *CFC* precedentemente riconosciute dall’Agenzia delle Entrate a seguito della dimostrazione della prima esimente, essendosi modificati i presupposti di diritto in base ai quali le stesse sono state rese.

Va da sé che i contribuenti che intendono chiedere la disapplicazione della *CFC rule* in base alla “nuova” disciplina in vigore dal 2010 in poi, devono presentare interpello secondo le modalità in precedenza illustrate.

8. LA DISCIPLINA DEI DIVIDENDI PROVENIENTI DA STATI O TERRITORI *BLACK LIST*

La disciplina degli utili “*provenienti*” da Paesi a fiscalità privilegiata è in linea generale contenuta negli articoli 47, comma 4 e 89, comma 3, del Tuir (così come modificati dall’articolo 36 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223) relativi rispettivamente al regime di imposizione dei dividendi percepiti dai soggetti IRPEF e all’imposizione dei dividendi percepiti dai soggetti IRES.

A prescindere dalla natura della partecipazione detenuta (qualificata o non qualificata), tali disposizioni prevedono una deroga all’ordinaria disciplina di tassazione degli utili da partecipazione, assoggettando ad imposizione integrale, anziché parziale, gli utili “*provenienti*” da società o enti localizzati in Paesi o territori aventi regime fiscale privilegiato, come individuati dal D.M. 21 novembre 2001.

Ciò a meno che gli stessi non siano già stati imputati al socio, per trasparenza, ai sensi degli articoli 167, comma 1, e 168 del Tuir, ovvero sia stata data dimostrazione, in seguito all’esercizio dell’interpello - secondo le modalità del comma 5, lett. *b*) del medesimo articolo 167 - che dalle partecipazioni non è stato conseguito, sin dall’inizio del periodo di possesso, l’effetto di localizzare i redditi in Stati o territori in cui sono sottoposti a regimi fiscali privilegiati.

Come evidenziato nella circolare 4 agosto 2006, n. 28/E, par. 24, l’utilizzo del termine “*provenienti*” (introdotto nei menzionati articoli 47 e 89 dal citato D.L. n. 223 del 2006) risponde all’esigenza di evitare triangolazioni sui dividendi che consentano ai soci residenti in Italia di percepire utili provenienti dai paradisi fiscali attraverso società intermedie (c.d. *conduit*

companies), sostanzialmente interposte, localizzate in Stati o territori diversi da quelli a fiscalità privilegiata.

Appare evidente l'intenzione del legislatore nazionale di comprendere nell'ambito applicativo degli articoli 47, comma 4 e 89, comma 3, del Tuir anche gli utili distribuiti da una società *conduit* europea, ma provenienti da Paesi o territori a fiscalità privilegiata.

Ciò posto, con specifico riferimento alle società, è da ritenere che il descritto regime di imposizione integrale si applichi anche nel caso di dividendi distribuiti da società *conduit* "figlie" - ai sensi della Direttiva del Consiglio 23 luglio 1990, n. 90/435/CE (cosiddetta *direttiva madri e figlie*) - della società italiana che percepisce i dividendi, quando la fattispecie considerata ricade nell'ambito applicativo dell'articolo 1, comma 2, della citata direttiva.

La norma appena richiamata prevede, infatti, che la direttiva *madri e figlie* " *non pregiudica l'applicazione di disposizioni nazionali o convenzionali necessarie per evitare le frodi e gli abusi*".

Al riguardo, peraltro, si ricorda che la sentenza della Corte di Giustizia relativa alla causa C-196/04 (c.d. *Cadbury-Schweppes*) tende a riconoscere (punto 55) la legittimità delle norme antiabuso nazionali nei limiti in cui le stesse abbiano " *lo scopo di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica e finalizzate ad eludere la normale imposta sugli utili*" societari.

Nella predetta pronuncia viene, altresì, precisato che " *la constatazione dell'esistenza di una tale costruzione, richiede (...) oltre ad un elemento soggettivo consistente nella volontà di ottenere un vantaggio fiscale, elementi oggettivi dai quali risulti che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dall'ordinamento comunitario, l'obiettivo perseguito dalla libertà di stabilimento* (n.d.r. vale a dire l'esercizio effettivo di un'attività economica in

un altro Stato membro) *non è stato raggiunto*” (cfr. sentenza *Cadbury-Schweppes*, punto 64).

Tale indagine non può che essere condotta caso per caso coerentemente con il consolidato orientamento giurisprudenziale comunitario secondo il quale *“per accertare se l’operazione che si intende effettuare abbia come obiettivi principali la frode o l’evasione fiscali le autorità nazionali competenti devono procedere, in ciascun caso, ad un esame globale della detta operazione”* (cfr. Corte di Giustizia, sentenza *Leur-Bloem* del 17 luglio 1997, C-28/95, punto 48B).

Ciò posto, la vigente disciplina nazionale adotta un siffatto approccio *case by case*, in quanto nell’articolo 89, comma 3, del Tuir è espressamente prevista la possibilità di presentare istanza di interpello per ottenere la disapplicazione del regime di tassazione integrale dei dividendi, previa dimostrazione che dalle partecipazioni non consegue l’effetto di localizzare i redditi in Stati o territori a fiscalità privilegiata.

Alla luce dei principi comunitari sopra enunciati è da ritenere, pertanto, che ai fini della disapplicazione del regime di imposizione integrale dei dividendi distribuiti da una *conduit* figlia UE, *“provenienti”* in tutto o in parte da Paesi a fiscalità privilegiata, l’esame condotto dall’Amministrazione fiscale italiana non può essere limitato all’applicazione di criteri generali predeterminati, ma dovrà essere effettuato caso per caso.

L’analisi specifica di ogni singolo caso si baserà, piuttosto che su semplici quantificazioni del carico fiscale subito dagli utili percepiti dalla *“madre”* italiana, sulla circostanza che la partecipazione nel soggetto localizzato nel *tax haven* non sia detenuta tramite la società figlia allo scopo di evitare artificialmente che i redditi siano tassati in maniera congrua.

Tale analisi dovrà essere condotta anche per gli utili distribuiti in misura eccedente (rispetto a quella già oggetto di imputazione per trasparenza) da

controllate o collegate estere soggette al regime *CFC* di cui agli articoli 167 e 168 del Tuir.

Più precisamente, se tra il socio italiano e la *CFC* è interposta una *conduit* costituente una società “figlia” ai sensi della richiamata direttiva UE e il reddito della *CFC* nell’esercizio *n* è tassato per trasparenza per un importo pari a 100 in capo al socio residente, nel caso in cui in epoca successiva la medesima *CFC* distribuisca dividendi per 120, l’eccedenza di 20 (una volta posta in distribuzione dalla “figlia” intermedia) concorre integralmente alla formazione del reddito del socio residente, a meno che non sia stato presentato interpello disapplicativo ai sensi dell’articolo 89, comma 3, del Tuir, con esito favorevole.

Trattandosi di utili formalmente distribuiti da una società “figlia”, ai fini del parere favorevole rileverà in particolare la mancata artificiosità del disegno nei termini sopra illustrati.

8.1. Holding: individuazione degli utili “provenienti” da paradisi fiscali

L'applicazione del regime di tassazione integrale degli utili *black list* non presenta particolari problemi operativi nell’ipotesi di *holding* intermedie - qualificabili come mere *conduit company* - che posseggono partecipazioni esclusivamente in società *black list*, per le quali l’intero utile distribuito è generato nel paradiso fiscale in cui sono localizzate le partecipate.

Diversamente, nell’ipotesi di *holding* o società *conduit* che detengono partecipazioni anche in società residenti in Paesi considerati a fiscalità ordinaria o che non si limitano alla mera detenzione di partecipazioni ma svolgono esse stesse un’effettiva attività economica, si pone il problema di individuare la fonte degli utili erogati.

Al riguardo, si osserva in via preliminare che ai fini in esame rilevano solo i proventi qualificabili come utili ai sensi della legislazione fiscale interna

e ciò sia con riguardo ai flussi reddituali che intercorrono tra la *conduit company* e il socio residente in Italia, sia in relazione ai rapporti intercorrenti tra la società intermedia e le società *black list* (cfr. per ulteriori dettagli la circolare 18 gennaio 2006, n. 4/E).

Ciò posto, nel caso in cui la società *conduit* distribuisca poste del suo patrimonio netto formate anche con utili provenienti da partecipate non *black list* ovvero da utili conseguiti mediante lo svolgimento della propria attività economica, diversa dalla mera detenzione di partecipazioni, si osserva che, ai fini dell'individuazione della quota parte di utili provenienti da paradisi fiscali, nell'ordinamento tributario nazionale manca un principio di carattere generale che regoli la distribuzione, l'utilizzo, la ricostituzione o la ripartizione delle riserve.

In mancanza di un criterio espresso previsto dal legislatore, si ritiene che la società *conduit* debba documentare di volta in volta la provenienza degli utili (se da Stati o territori a fiscalità privilegiata, o meno) distribuiti al socio residente. In altri termini, in base ad una ricostruzione analitica della provenienza degli utili distribuiti al socio residente dalla *conduit "white"*, si renderà applicabile il regime di imposizione integrale nel caso di utili di provenienza *black list*, ovvero di parziale imponibilità per gli utili non provenienti da territori o Stati a fiscalità privilegiata.

Resta inteso che la provenienza dell'utile percepito deve essere adeguatamente documentata dal contribuente. In mancanza di adeguato supporto documentale, si ritengono distribuiti al socio italiano, in via prioritaria e fino a concorrenza, gli utili di provenienza *black list*.

Analogo criterio va applicato nel caso in cui oggetto di distribuzione siano poste patrimoniali formate con utili pregressi.

8.2. Decorrenza della modifica normativa di cui all'articolo 36 del D.L. n. 223/2006

Come ricordato, l'articolo 36, commi 3 e 4-*bis*, del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, ha apportato modifiche al comma 4 dell'articolo 47 del Tuir e al comma 3 dell'articolo 89 del medesimo Tuir, sostituendo il riferimento, in essi contenuto, agli utili "*corrisposti*" da società o enti *black list* con quello agli utili "*provenienti*" da tali società o enti.

Con riferimento alle modifiche apportate all'articolo 47 del Tuir, il comma 4 del citato articolo 36 ne fissa la decorrenza a partire dal periodo d'imposta in corso alla data di entrata in vigore dello stesso decreto n. 223, cioè dal periodo d'imposta in corso al 4 luglio 2006.

Sebbene la norma non contenga un esplicito riferimento alla decorrenza delle modifiche (di analogo tenore) apportate all'articolo 89, comma 3, del Tuir, si ritiene che la citata circolare n. 28/E del 2006 abbia già sufficientemente chiarito che la decorrenza stabilita per i percettori soggetti IRPEF abbia valenza generale e, pertanto, si riferisca anche alle modifiche che interessano i soggetti IRES.

Ciò posto, si fa presente che ai fini in esame è irrilevante la circostanza che gli utili che il soggetto intermedio (residente in un Paese a fiscalità ordinaria) attribuisce al percettore residente possano essersi formati in periodi d'imposta precedenti a quello di decorrenza delle nuove disposizioni: la lettera della norma, infatti, fa riferimento agli utili "*provenienti*" da soggetti residenti in Stati o territori a fiscalità privilegiata senza compiere alcun distinguo in ordine al periodo di relativa formazione.

Peraltro, la stessa circolare n. 28/E ha chiarito che "*la disposizione si applica a decorrere dal periodo d'imposta in corso alla data di entrata in vigore del decreto stesso e quindi agli utili e ai proventi equiparati distribuiti a decorrere dal medesimo periodo di imposta, anche prima di detta data*".

Le istruzioni fornite dal citato documento di prassi sono riferite alla distribuzione da parte del soggetto intermedio al percettore residente e non attribuiscono alcuna rilevanza al periodo di formazione degli utili, cioè al momento in cui sono stati distribuiti originariamente dal soggetto residente nel Paese a fiscalità privilegiata.

Tale interpretazione è, inoltre, suffragata dalla considerazione della *ratio* dell'intervento normativo in parola che, come già precisato, risponde a finalità di carattere antielusivo, assolvendo ad una funzione di chiusura del sistema contro le triangolazioni sui dividendi.

8.3. Coordinamento della disciplina di cui agli articoli 167 e 168 del Tuir con altre norme relative a società black list

Come già chiarito nei paragrafi precedenti, nell'ipotesi in cui tra la società residente e quella localizzata in un Paese a fiscalità privilegiata sussista un rapporto di controllo o di collegamento qualificato ai sensi degli articoli 167 e 168 Tuir, la tassazione per trasparenza prevista da queste ultime norme viene a sovrapporsi alla tassazione integrale dei dividendi prevista dagli articoli 47, comma 4, e 89, comma 3, Tuir.

Il coordinamento tra la disciplina *CFC* e quella prevista dalle norme in esame è assicurato dall'articolo 167, comma 7, Tuir ai sensi del quale “*gli utili distribuiti, in qualsiasi forma, dai soggetti non residenti di cui al comma 1 (le società controllate residenti in Paesi o territori black list, n.d.r.) non concorrono alla formazione del reddito dei soggetti residenti fino all'ammontare del reddito assoggettato a tassazione, ai sensi del medesimo comma 1, anche negli esercizi precedenti*”.

Tale disposizione ha la finalità di evitare la doppia imposizione sugli utili distribuiti dalla *CFC* nell'ipotesi in cui il suo reddito sia stato precedentemente tassato per trasparenza in capo al socio italiano, previa rideterminazione dello stesso secondo le disposizioni fiscali italiane.

Coerentemente con la citata finalità, si ritiene che l'imposizione per trasparenza del reddito della partecipata *black list* esaurisca il prelievo fiscale in relazione al medesimo reddito: in altri termini, se gli utili distribuiti dalla *CFC* originano da un reddito precedentemente tassato per trasparenza in capo al socio italiano, gli stessi non vanno nuovamente tassati in capo al medesimo soggetto. Ciò a prescindere dalla circostanza che, a seguito delle variazioni in aumento ed in diminuzione operate al fine di determinare il reddito imponibile, quest'ultimo sia superiore o inferiore all'utile dell'esercizio distribuito.

Viceversa, nell'ipotesi in cui oggetto di distribuzione siano utili provenienti da riserve pregresse, vale a dire da riserve di utili costituite in periodi d'imposta in cui non c'è stata alcuna tassazione per trasparenza, gli stessi concorrono alla determinazione del reddito imponibile per l'intero ammontare ai sensi degli articoli 47, comma 4, e 89, comma 3, del Tuir.

Si ricorda che concorrono, comunque, per l'intero ammontare alla formazione del reddito imponibile del socio residente i dividendi provenienti da una sua partecipata estera nei confronti della quale sia stata ottenuta la disapplicazione della *CFC rule* a seguito della dimostrazione della prima esimente.

Diversamente, a norma dei più volte menzionati articoli 47, comma 4, e 89, comma 3, sono tassati solo per il 5 per cento del loro ammontare i dividendi provenienti da una società in relazione alla quale sia avvenuta la dimostrazione che *“siano rispettate le condizioni di cui alla lettera c) del comma 1 dell'articolo 87”* del Tuir. Tale prova va fornita mediante interpello da presentarsi secondo le modalità di cui all'articolo 167, comma 5, lettera b) del Tuir e ha ad oggetto la dimostrazione che *“dalle partecipazioni non sia stato conseguito, fin dall'inizio del periodo di possesso, l'effetto di localizzare i redditi...”* in Stati o territori a fiscalità privilegiata.

In altri termini, nel caso in cui, in sede di interpello *CFC*, l'Amministrazione finanziaria non rilevi la sussistenza della seconda esimente,

tale risposta negativa produce effetti anche ai fini della disciplina fiscale applicabile ai dividendi provenienti dalla medesima *CFC*.

Viceversa, l'eventuale parere favorevole in merito alla sussistenza della citata esimente rileva anche ai fini della disciplina dei dividendi provenienti da società *black list*, ma solo a condizione che l'Amministrazione finanziaria riscontri, in concreto, la sussistenza dell'ulteriore requisito previsto per la disapplicazione del regime di cui agli articoli 47, comma 4, o 89, comma 3, del Tuir (e, cioè, che l'effetto di delocalizzazione dei redditi nel paradiso fiscale non è stato conseguito "*sin dall'inizio del periodo di possesso*" delle partecipazioni).

9. DISCIPLINA RELATIVA AI COSTI DA *BLACK LIST*

L'articolo 110, comma 10, del Tuir - nella versione attualmente vigente - prevede che "*non sono ammessi in deduzione le spese e gli altri componenti negativi derivanti da operazioni intercorse con imprese residenti ovvero localizzate in Stati o territori diversi da quelli individuati nella lista di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell'art. 168-bis. Tale deduzione è ammessa per le operazioni intercorse con imprese residenti o localizzate in Stati dell'Unione europea e dello Spazio economico europeo inclusi nella lista di cui al citato decreto*".

Ai sensi del comma 12-bis del citato articolo 110 - nella versione attualmente in vigore - "*le disposizioni dei commi 10 e 11 si applicano anche alle prestazioni di servizi rese dai professionisti domiciliati in Stati o territori diversi da quelli individuati nella lista di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell'art. 168-bis. Tale disposizione non si applica ai professionisti domiciliati in Stati dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo inclusi nella lista di cui al citato decreto*".

Nelle more dell'emanazione del decreto da ultimo menzionato e fino alla sua entrata in vigore (prevista per il periodo d'imposta successivo a quello

della sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale) continuano, in ogni caso, ad applicarsi le disposizioni vigenti sino al 31 dicembre 2007 (cfr. articolo 1, comma 88, della legge 24 dicembre 2007, n. 244).

Ne consegue che ai fini della presente disciplina continua ad assumere rilevanza la *black list* contenuta nel decreto ministeriale 23 gennaio 2002 che contempla una serie di Stati o territori esteri “*in ragione del livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia, ovvero della mancanza di un adeguato scambio di informazioni, ovvero di altri criteri equivalenti*”.

Le disposizioni sopra richiamate delineano una disciplina antielusiva la cui finalità è contrastare la distrazione di utile dall'Italia verso Paesi o territori a fiscalità privilegiata, ponendo in essere delle operazioni considerate a priori come irrilevanti ai fini fiscali.

Coerentemente con tale finalità, le disposizioni di cui ai citati commi 10 e 12-*bis* possono essere disapplicate nel caso in cui l'impresa residente fornisca la prova che “*le imprese estere svolgono prevalentemente un'attività commerciale effettiva (c.d. **prima esimente**, n.d.r.), ovvero che le operazioni poste in essere rispondono ad un effettivo interesse economico (c.d. **seconda esimente**, n.d.r.) e che le stesse hanno avuto concreta esecuzione*” (cfr. articolo 110, comma 11, del Tuir).

Si tratta di esimenti tra loro alternative la cui dimostrazione può essere fornita dal contribuente in sede di controllo, oppure in via preventiva, cioè prima di porre in essere l'operazione, inoltrando all'Amministrazione finanziaria apposita istanza di interpello ai sensi dell'articolo 11, comma 13, della legge n. 413/1991 (cfr. per ulteriori dettagli circolare n. 32/E del 2010).

9.1 Ambito soggettivo

Per quanto riguarda i soggetti residenti, in coerenza con le finalità antielusive della disciplina in commento, si ritiene che l'indeducibilità dei costi

black list sia disposta con riferimento a tutti i soggetti che esercitano nel territorio dello Stato un'attività d'impresa.

Ai fini in esame, il concetto di impresa non può che essere interpretato estensivamente, ricomprendendo in tale definizione, ad esempio, non solo i vari tipi di società di capitali e di persone delineati nel codice civile, ma anche le imprese individuali e le stabili organizzazioni in Italia di società estere, la cui esclusione, peraltro, determinerebbe un'ingiusta discriminazione a danno delle imprese residenti nel territorio dello Stato.

In senso analogo va inteso il riferimento alle imprese estere residenti o localizzate in stati *black list*, con la conseguenza che la disciplina in commento trova applicazione anche con riferimento alle operazioni intervenute tra un soggetto residente esercente attività d'impresa e una stabile organizzazione *black list* di un'impresa residente in un Paese a fiscalità ordinaria (così come di un'impresa nazionale).

Al riguardo, infatti, la circolare 16 novembre 2000, n. 207/E, par. 1.1.1. chiarisce che la portata delle misure antielusive in commento va estesa “*a tutti i rapporti commerciali posti in essere con imprese (non solo società) situate in Paesi e territori a regime fiscale privilegiato, prescindendo totalmente dall'esistenza di qualsiasi legame di controllo*” con le imprese italiane.

E' da ritenere, pertanto, che rientrino nella nozione di impresa estera anche le stabili organizzazioni in paradisi fiscali di società residenti nel territorio dello Stato, così come in Paesi o territori a fiscalità ordinaria.

Come accennato al paragrafo precedente, la disciplina in esame rileva anche con riguardo alle prestazioni di servizi rese da professionisti domiciliati in Stati o territori *black list*.

Coerentemente con quanto già precisato per la nozione di impresa, il riferimento ai professionisti è da interpretare in senso ampio, cioè come categoria residuale rispetto alle imprese a cui si rivolge il comma 10 dell'articolo 110 del Tuir. Rientrano pertanto nella definizione di professionisti

non soltanto i soggetti appartenenti alle professioni cosiddette ‘regolamentate’, ma tutti coloro che agiscono nell'esercizio di arti e professioni.

Analoga interpretazione estensiva va adottata con riferimento all'espressione “*domiciliati in Stati o territori a fiscalità privilegiata*”, che quindi va intesa nel senso di ricomprendere – nell’ambito applicativo della disciplina in esame – sia i professionisti fiscalmente residenti nei predetti Stati, sia coloro che sono comunque ivi localizzati in base a criteri di collegamento diversi dalla residenza, ad esempio perché dispongono di una base fissa da cui forniscono i propri servizi.

9.2 Ambito oggettivo

L’indeducibilità prevista dalla disciplina in commento riguarda “*le spese e gli altri componenti negativi (...)*”.

Si tratta di un riferimento particolarmente ampio che consente di estendere l’ambito applicativo delle stessa a qualunque componente negativo di reddito derivante da transazioni commerciali poste in essere con fornitori *black list*.

In tale ottica sono da considerare, ad esempio, indeducibili gli ammortamenti, le svalutazioni, le perdite, le minusvalenze e ogni altro componente negativo derivante da operazioni intercorse con soggetti *black list*. Questi, infatti, sono componenti negativi che derivano in ogni caso da un’operazione intercorsa con un soggetto *black list* e che, anche se in periodi d’imposta successivi rispetto a quello in cui la transazione è stata effettuata, comportano una diminuzione del reddito imponibile dell’impresa italiana.

9.3 Esimenti

Come accennato al paragrafo 9, la finalità della disciplina in commento è contrastare il trasferimento/drenaggio di reddito imponibile verso Stati o territori a bassa fiscalità e con i quali non esiste un adeguato scambio di

informazioni, attraverso la deduzione dal reddito delle imprese residenti di costi derivanti da operazioni effettuate con fornitori localizzati in detti Stati o territori.

A tal fine, il legislatore introduce una presunzione relativa in base alla quale le transazioni in esame si considerano *ab origine* viziate da un potenziale intento elusivo e come tali sono da considerarsi, fino a prova contraria, irrilevanti ai fini fiscali.

Ne consegue l'inversione dell'onere della prova in capo al contribuente, il quale, per dedurre le spese e agli altri componenti negativi *black list*, deve dimostrare la credibilità commerciale e l'effettiva operatività del fornitore estero localizzato nel territorio a fiscalità privilegiata o, in alternativa, la "convenienza" economica delle operazioni poste in essere.

Ovviamente resta inteso che, in ogni caso, presupposto indefettibile per il riconoscimento della rilevanza fiscale dei costi *black list* è l'effettiva esecuzione delle operazioni da cui i medesimi costi traggono origine.

Con riferimento alla *prima esimente*, consistente nella prova del contenuto commerciale dell'attività svolta dal soggetto estero, si ribadisce che l'eventuale risposta positiva all'istanza di interpello volta ad ottenere la disapplicazione della *CFC rule* facendo valere l'esimente di cui all'articolo 167, comma 5, lett. a) del Tuir, va ritenuta valida anche al fine di consentire la deducibilità dei componenti negativi derivanti da operazioni intercorse con il soggetto estero localizzato nel territorio a fiscalità privilegiata.

Ciò premesso, si fa presente che l'espreso riferimento "*al mercato dello stato o territorio di insediamento*", ora presente nell'ambito della prima esimente prevista per la disapplicazione della *CFC rule*, assente invece nell'analoga esimente di cui all'articolo 110, comma 11, del Tuir, va ritenuto un chiaro indizio della volontà del legislatore di differenziare le modalità di disapplicazione delle due discipline in commento, posto che quella in materia

di deducibilità di costi *black list* riguarda anche imprese residenti che non hanno alcun legame partecipativo con il fornitore *estero*.

E' da ritenere, pertanto, che il c.d. radicamento previsto ai fini *CFC* non costituisce un elemento dirimente ai fini della disapplicazione delle disposizioni in materia di deducibilità di costi *black list*, che, in linea di principio, va riconosciuta a seguito della dimostrazione dello svolgimento da parte del fornitore estero di un'effettiva attività commerciale mediante un'idonea struttura *in loco*.

La sussistenza del *radicamento*, pur non essendo determinante ai fini del riconoscimento della disapplicazione della disciplina in commento, costituisce tuttavia un elemento senz'altro utile a dimostrare l'esimente stessa.

I contribuenti interessati possono, in ogni caso, evitare l'applicazione della disciplina in commento invocando la *seconda esimente*, e cioè dando prova che le operazioni intercorse con il fornitore estero rispondono ad un effettivo interesse economico (oltre ad aver avuto, ovviamente, concreta esecuzione).

La valutazione della sussistenza o meno di tale condizione (*i.e.* effettivo interesse economico) va effettuata tenendo conto di tutti gli elementi e le circostanze che caratterizzano il caso concreto, attribuendo rilevanza alle condizioni complessive dell'operazione, quali ad esempio:

- il prezzo della transazione;
- la presenza di costi accessori, quali, ad esempio, quelli di stoccaggio, magazzino;
- le modalità di attuazione dell'operazione (ad esempio, i tempi di consegna);
- la possibilità di acquisire il medesimo prodotto presso altri fornitori;
- l'esistenza di vincoli organizzativi/commerciali/produttivi che inducono ad effettuare la transazione con il fornitore *black list* o, comunque, che

renderebbero eccessivamente onerosa la medesima transazione con altro fornitore.

Riguardo all'esistenza di vincoli contrattuali, organizzativi e simili, l'interesse economico all'effettuazione dell'operazione non può essere giustificato sulla base del mero obbligo contrattuale per il contribuente residente di avvalersi di un fornitore *black list*, magari appartenente al medesimo gruppo.

La rilevanza di tale elemento presuppone un *quid pluris* da individuare nell'esistenza di oggettivi e significativi vantaggi economici che verrebbero meno qualora si acquistasse da altro fornitore (ad esempio, la presenza di una "centrale acquisti" a livello di gruppo presso cui si approvvigionano tutte le società consociate dislocate in diversi Paesi).

Con particolare riferimento al prezzo praticato dal fornitore *black list*, si ritiene – alla luce delle considerazioni formulate – che la deducibilità dei costi in esame non possa essere disconosciuta sulla base della mera circostanza che il prezzo dei beni e servizi acquistati è superiore a quello mediamente praticato sul mercato.

In altri termini, un prezzo apparentemente anomalo può essere giustificato dalla valutazione delle altre condizioni che regolano la transazione e, quindi, non pregiudicare la sussistenza dell'effettivo interesse economico all'operazione.

Qualora, in base alla valutazione degli elementi finora considerati, non si ravvisi l'esistenza dell'effettivo interesse economico, opera l'indeducibilità di cui al comma 10 dell'articolo 110 del Tuir.

9.4 Rapporti con la CFC rule

Il comma 12 dell'articolo 110 del Tuir disciplina i rapporti intercorrenti tra le norme in esame e la *CFC rule*, prevedendo che "*le disposizioni di cui ai commi 10 e 11 non si applicano per le operazioni intercorse con soggetti non*

residenti cui risultino applicabili gli articoli 167 o 168, concernente disposizioni in materia di imprese estere partecipate”.

Tale disposizione chiarisce che, ove ne ricorrano i presupposti, la *CFC rule* si applica prioritariamente rispetto al regime di indeducibilità in esame.

Pertanto, nel caso in cui il reddito della partecipata estera venga attratto a tassazione (per trasparenza) in Italia in capo al socio residente, nei confronti di quest’ultimo non troverà applicazione il disposto del comma 10 dell’articolo 110 del Tuir relativamente ai costi derivanti da transazioni intercorse con la medesima partecipata.

* * *

Le Direzioni Regionali vigileranno affinché le istruzioni fornite e i principi enunciati con la presente circolare vengano puntualmente osservati dagli uffici.

IL DIRETTORE DELL’ AGENZIA