

Controlled foreign companies (Cfc): le novità dal 2010

di Salvatore Mattia

Valente Associati, Centro studi internazionali Geb Partners Srl

Introduzione

Con il dl 1° luglio 2009, n. 78 convertito nella legge 102/09 il legislatore è intervenuto in modo rilevante sulla disciplina Cfc, sia in relazione alle situazioni già disciplinate prima del nuovo intervento normativo, sia introducendo una nuova previsione per quelle società situate in Stati nei quali il carico fiscale è inferiore a più della metà rispetto a quello nazionale e i cui proventi derivino per più del 50% dai c.d. *passive income*.

Nel presente lavoro si analizzerà il **regime delle imprese estere controllate o collegate** (c.d. *Controlled foreign companies* o Cfc) **riguardante i soggetti Irpef e Ires** residenti in Italia che detengono, direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona:

- il controllo ovvero una partecipazione non inferiore al 20% agli utili;
- una impresa, società o altro ente, residente o localizzato in paradisi fiscali.

I soggetti residenti in Italia interessati dalla disciplina Cfc, pertanto, sono:

- **le persone fisiche** esercenti o non esercenti attività commerciale;
- **le società** semplici, le società in nome collettivo, le società in accomandita semplice e i soggetti equiparati (art. 5 del Tuir);
- **le società** per azioni e in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative e le società di mutua assicurazione (art. 73 co. 1 lett. a) del Tuir);
- **gli enti pubblici e privati** diversi dalle società, che han-

no per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali (art. 73 co. 1 lett. b) del Tuir);

- **gli enti pubblici e privati** diversi dalle società, che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali (art. 73 co. 1 lett. c) del Tuir).

In proposito, si rileva da subito che l'art. 13 co. 1 lett. c) del dl 78/09, n. 102, ha aggiunto il co. 8-bis all'art. 167 del Tuir. Pertanto, la disciplina Cfc viene, in tal modo, **estesa** anche alle imprese estere che risiedono in Stati diversi da quelli a fiscalità privilegiata, qualora ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni:

- **la tassazione** effettiva nello Stato estero sia «inferiore a più della metà di quella a cui esse sarebbero state soggette ove residenti in Italia»;
- **i proventi** conseguiti derivino per più del 50% dai c.d. *passive income* (interessi su titoli e attività finanziarie, dividendi, *royalties* e corrispettivi di servizi infragruppo).

Il regime Cfc delle imprese estere controllate

In applicazione del regime Cfc i redditi conseguiti dal soggetto estero partecipato, anche in assenza di effettiva distribuzione, **sono attribuiti in capo al soggetto residente** nel territorio dello Stato che detiene il controllo nel soggetto estero.

Il comma 1 dell'art. 167 del Tuir fa riferimento alla detenzione del controllo di una impresa, di una società o di altro ente.

Il legislatore ha così inteso **ricomprendere** nell'ambito di applicazione della norma **ogni soggetto giuridicamente riconosciuto, residente o localizzato in paradisi fiscali**.

Se il soggetto controllato non residente opera nel paradiso fiscale per il tramite di una stabile organizzazione, il regime delle Cfc si applica con riferimento ai redditi riferibili alla stabile organizzazione (art. 1 co. 1 del dm 429/01).

Ai fini della verifica della sussistenza del controllo, occorre fare riferimento all'art. 2359 C.c. (art. 167 co. 3 del Tuir):

– **controllo di «diritto»:** (art. 2359 co. 1 n. 1): una società dispone, direttamente o indirettamente, della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria di un'altra società;

– controllo di **«fatto»:** una società dispone, direttamente o indirettamente, dei voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria di un'altra società (art. 2359 co. 1 n. 2);

– controllo **«contrattuale»:** si verifica in caso di società che sono sotto un'influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali (art. 2359 co. 1 n. 3).

I criteri indicati nell'art. 2359 Co. 1 e 2 C.c. si applicano anche nei confronti dei **soggetti diversi dalle società commerciali**; per le persone fisiche si tiene conto anche dei voti spettanti ai familiari di cui all'art. 5 co. 5 del Tuir (art. 1 co. 3 del dm 429/01).

L'ipotesi di **controllo indiretto** può realizzarsi anche attraverso una catena partecipativa, vale a dire per il tramite di una o più società controllate dal soggetto residente.

Il co. 1 dell'art. 167 estende l'ambito di applicazione della disciplina in tema di Cfc al caso in cui il controllo nella società partecipata estera sia detenuta per interposta persona (1).

Determinazione del reddito dei soggetti esteri

Per la determinazione dei redditi dei soggetti esteri partecipati (art. 167 co. 6 del Tuir e art. 2 del dm 429/01) si applicano:

– le disposizioni del Titolo II, Capo II, Sezione I del Tuir, con esclusione dell'art. 86 co. 4 (rateizzazione delle plusvalenze);

– gli artt. 84 (riporto delle perdite), 111 (imprese di assicurazione) e 112 (enti creditizi e bancari) del Tuir.

Dall'imposta come sopra determinata sono ammesse in detrazione, ai sensi dell'art. 165 del Tuir, le imposte pagate all'estero a titolo definitivo.

Analogamente, le perdite che dovessero originarsi dall'applicazione delle disposizioni del Tuir **sono computate in**

diminuzione dei redditi del soggetto non residente ex art. 84 del Tuir (art. 2 co. 1 del dm 429/01).

Ne consegue che tali perdite potranno essere compensate solo con utili relativi alla Cfc che ha generato la perdita.

Imputazione e tassazione del reddito in capo al soggetto residente

Imputazione dei redditi

al soggetto controllante residente

I redditi conseguiti dal soggetto controllato non residente sono imputati al soggetto residente in proporzione alla sua quota di partecipazione agli utili diretta o indiretta, indipendentemente dall'effettiva distribuzione.

In caso di **partecipazione indiretta** per il tramite di soggetti residenti o di stabili organizzazioni nel territorio dello Stato di soggetti non residenti, i redditi sono imputati in proporzione alle rispettive quote di partecipazione (art. 3 co. 1 del dm 429/01).

Tassazione dei redditi

in capo al soggetto residente

I redditi imputati al soggetto controllante residente sono assoggettati a **tassazione separata** da ciascun partecipante nel periodo d'imposta in corso alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione dell'impresa, società o ente non residente (art. 167 co. 6 del Tuir e art. 3 co. 2 del dm 429/01):

– con l'aliquota media di tassazione del reddito complessivo netto;

– e comunque con l'aliquota non inferiore al 27%.

Sono ammesse in detrazione, ai sensi dell'art. 165 del Tuir, le imposte sui redditi pagate all'estero a titolo definitivo dall'impresa, società o ente non residente.

Distribuzione di utili da parte

dei soggetti controllati non residenti

In caso di distribuzione in qualsiasi forma di utili da parte

Nota:

(1) La risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 23 ottobre 2008, n. 400 precisa che l'interposizione di un trust nella catena partecipativa di controllo o di collegamento fa scattare il meccanismo di applicazione della normativa Cfc, posto che l'intestazione di partecipazioni ad un trust può essere assimilata all'ipotesi di possesso per interposta persona.

del soggetto estero, gli utili **non concorrono** alla formazione del reddito complessivo del partecipante residente per la quota corrispondente all'ammontare dei redditi assoggettati a tassazione separata, anche in esercizi precedenti, ai sensi degli artt. 167 co. 7 del Tuir e 3 co. 4 del dm 429/01.

Tali utili, ex art. 3 co. 4 del dm 429/01, «si presumono prioritariamente formati con quelli conseguiti dall'impresa, società o ente residente o localizzato nello Stato o territorio con regime fiscale privilegiato che risultino precedentemente posti in distribuzione».

Imposte pagate all'estero a titolo definitivo dal soggetto partecipante

Le imposte pagate all'estero a titolo definitivo dal soggetto partecipante - riferibili ad utili che non hanno concorso alla formazione del reddito complessivo dello stesso soggetto per la quota corrispondente all'ammontare dei redditi assoggettati a tassazione separata - costituiscono **credito d'imposta** fino a concorrenza delle imposte complessivamente applicate a titolo di tassazione separata, diminuite delle somme ammesse in detrazione, in quanto pagate all'estero a titolo definitivo dall'impresa, società o ente non residente (art. 167 co. 7 ultimo periodo del Tuir e art. 3 co. 4 del dm 429/01).

Costo della partecipazione nel soggetto del paradiso fiscale

Il costo delle partecipazioni nell'impresa, società o ente non residente:

- è **umentato** dei redditi imputati al soggetto residente che esercita il controllo;
- è **diminuito**, fino a concorrenza di tali redditi, degli utili distribuiti (art. 3 co. 5 del dm 429/01).

Estensione della disciplina Cfc alle imprese estere che risiedono in Stati diversi da quelli a fiscalità privilegiata

Per effetto del nuovo co. 8-bis dell'art. 167 del Tuir, introdotto dall'art. 13 co. 1 lett. c) del dl 1° luglio 2009, n. 78 (conv. legge 102/09), la disciplina Cfc trova applicazione anche con riferimento alle imprese estere che risiedono in Stati diversi da quelli a fiscalità privilegiata, qualora ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni:

1) la tassazione effettiva nello Stato estero sia «inferiore a più della metà di quella a cui esse sarebbero stati soggetti ove residenti in Italia»;

2) i proventi conseguiti derivino per più del 50% da c.d. passive income, vale a dire:

- **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;
- **dalla prestazione di servizi**, ivi compresi i servizi finanziari, nei confronti di soggetti che direttamente o indirettamente controllano la società non residente, sono da questa controllati ovvero sono controllati dalla stessa società che controlla la società non residente.

Con riguardo alla prima condizione, la relazione illustrativa al provvedimento ha precisato che «il riferimento alla «tassazione inferiore» si intende relativo al carico effettivo di imposizione (e non solo all'aliquota nominale di imposizione societaria) gravante sulla società estera controllata».

La presunzione in oggetto **non si applica** qualora il contribuente presenti apposito interpello dal quale risulti che l'insediamento all'estero «non rappresenta una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale» (co. 8-ter dell'art. 167 del Tuir, introdotto dall'art. 13 co. 1 lett. c) del dl 1° luglio 2009, n. 78, conv. legge 102/09).

Viene, in tal modo, prevista **una nuova disapplicazione ad hoc**, non riconducibile alle due esimenti disciplinate dall'art. 167 co. 5 del Tuir.

Il riferimento alla «costruzione artificiosa» operato dalla norma è mutuata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Ce. Con la sentenza 12 settembre 2006 causa C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), la Corte di Giustizia ha avuto modo di **osservare** che una società dovrebbe essere ritenuta «costruzione di puro artificio» (società «fantasma» o «schermo») qualora si tratti di «un'installazione fittizia che non esercita alcuna attività economica effettiva sul territorio dello Stato membro di stabilimento» costituita al solo scopo di eludere l'imposta ordinariamente dovuta. Al contrario, l'insediamento deve considerarsi **reale** qualora abbia per oggetto «l'espletamento di attività economiche effettive nello Stato membro di stabilimento»; questa constatazione «deve poggiare su elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi, relativi, in particolare, al livello di

presenza fisica ... in termini di locali, di personale e di attrezzature».

Il regime Cfc delle imprese estere collegate

In sede di riforma Ires, il regime Cfc è stato esteso anche alle imprese estere collegate (2) (art. 168 co. 1 del Tuir). A tal fine, è stata introdotta una specifica nozione di **collegamento** che deroga rispetto ai criteri generali previsti dal Codice civile, discostandosi dal disposto dell'art. 2359 co. 3 C.c.

Si rileva da subito che la presunzione del co. 8-bis - che estende, a determinate condizioni, la disciplina Cfc anche alle imprese residenti in Stati non a fiscalità privilegiata - **non trova applicazione** con riguardo alle imprese estere collegate di cui all'art. 168 del Tuir (art. 13 co. 1 lett. d) del dl 1° luglio 2009, n. 78, conv. legge 102/09).

Definizione di imprese estere collegate

Ai fini dell'applicazione del regime Cfc, si considerano collegate le imprese relativamente alle quali il **soggetto residente detiene** - direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona - **una partecipazione non inferiore al 20% agli utili**.

Nel caso di partecipazione agli utili di società quotate in borsa, la percentuale è ridotta al 10% (3).

Nel caso in cui si vengano a creare, contemporaneamente, in capo al medesimo soggetto, i presupposti per l'applicazione sia dell'art. 167 che dell'art. 168 del Tuir, **il primo dovrebbe prevalere sul secondo**.

Qualora, invece, i presupposti ricadano su due soggetti diversi, ciascuno dei due applicherà i rispettivi regimi di riferimento (4).

Determinazione del reddito della collegata estera

Ai sensi dell'art. 2 del dm 268/06, i redditi del soggetto non residente attratti a tassazione in Italia **pro quota** sono determinati per un importo corrispondente al maggiore fra:

- l'**utile** risultante dal bilancio redatto dalla partecipata estera «anche in assenza di un obbligo di legge» e considerato al lordo delle imposte sul reddito;
- un **reddito** determinato induttivamente, sulla base di

coefficienti di rendimento riferiti ad alcune componenti dell'attivo patrimoniale.

Modalità di imputazione del reddito

L'art. 3 del dm 268/06 disciplina le modalità di imputazione **per trasparenza** del reddito della Cfc, dettando regole

Note:

(2) Con la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del dm 7 agosto 2006, n. 268, il legislatore ha dato attuazione all'art. 168 del Tuir. Ai sensi dell'art. 7 co. 1 del dm 268/06, le disposizioni in esso contenute si applicano a decorrere dal periodo d'imposta in corso al 21 ottobre 2006 (giorno successivo a quello di pubblicazione del provvedimento sulla Gazzetta Ufficiale).

Per i soggetti con periodo d'imposta coincidente con l'anno solare, pertanto, il primo periodo di efficacia delle nuove disposizioni è costituito dal 2006.

(3) Con la risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 23 agosto 2007, n. 235, l'Amministrazione finanziaria ha precisato che non rileva ai fini della verifica del requisito del collegamento la circostanza che le partecipazioni detenute nella società non residente conferiscano o meno il diritto di voto.

Sia l'art. 168 co. 1 del Tuir che l'art. 1 del dm 7 agosto 2006, n. 268, infatti, prevedono che il requisito del collegamento debba essere verificato avendo unicamente riguardo all'entità della partecipazione agli utili dell'impresa non residente.

Nel caso considerato dalla risoluzione, la circostanza che parte delle azioni detenute fossero azioni privilegiate, prive del diritto di voto, è stata quindi ritenuta irrilevante ai fini della verifica, la quale ha avuto ad oggetto la sola percentuale di partecipazione agli utili.

Il dm 268/06 non specifica a quale momento ci si debba riferire per la valutazione della sussistenza del requisito del collegamento.

Stante, tuttavia, il rimando generico che l'art. 6 del provvedimento pone al dm 21 novembre 2001, n. 429 (attuativo del «vecchio» art. 127-bis del Tuir, ora art. 167, per le partecipazioni in società controllate), si deve ritenere che questa debba essere effettuata al termine dell'esercizio o periodo di gestione dell'impresa estera.

La disciplina in esame trova applicazione anche con riguardo alle ipotesi di collegamento indiretto.

In tal caso, tuttavia, ai fini del computo degli utili indirettamente spettanti alla società residente in Italia, si dovrà tenere conto degli effetti demoltiplicativi prodotti dalla catena partecipativa.

Con riferimento alle partecipazioni «a cascata», il reddito deve essere imputato al primo soggetto residente che si incontra ripercorrendo all'indietro la catena societaria.

(4) La risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 30 luglio 2008, n. 326 l'Amministrazione finanziaria ha chiarito che il controllo congiunto esercitato da una *joint venture* paritetica tra un soggetto italiano e un soggetto non residente - che non attribuisce a nessuno dei soci una posizione dominante - determina, ai fini della disciplina Cfc italiana, l'applicazione dell'art. 168 del Tuir (relativo alle partecipazioni in imprese collegate) e non dell'art. 167 del Tuir (relativo alle partecipazioni in imprese controllate).

del tutto simili a quelle previste nel caso di partecipazioni in società controllate.

In merito all'imputazione del reddito prodotto dalle Cfc, si rileva che secondo l'art. 3 co. 1 e 2 delle disposizioni attuative:

- i redditi devono essere **convertiti in euro** in base al tasso di cambio del giorno di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto non residente;
- i redditi sono **imputati al soggetto residente**, anche in mancanza dell'effettiva percezione, nel periodo d'imposta in corso alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto non residente;
- i redditi sono **assoggettati a tassazione separata** con l'aliquota media di tassazione del reddito complessivo netto, e comunque non inferiore al 27%;
- dall'imposta italiana così determinata può essere **scomputata** l'eventuale imposta pagata all'estero a titolo definitivo.

Inoltre, al fine di evitare che si ingenerino fenomeni di doppia imposizione, gli utili successivamente distribuiti dal soggetto partecipato non residente non concorrono alla formazione del reddito del soggetto italiano per la quota corrispondente all'ammontare dei redditi assoggettati a tassazione separata (art. 3 co. 3 del dm 268/06).

La norma precisa, inoltre, che nel caso di partecipazione alla Cfc per il tramite di soggetti non residenti, la detassazione riguarda **«gli utili distribuiti dal soggetto non residente direttamente partecipato»**.

Il costo fiscalmente riconosciuto nell'impresa estera è **aumentato** dei redditi imputati e **diminuito**, sino a concorrenza dei redditi imputati, degli utili distribuiti (art. 3 co. 4 del dm 268/06).

Disapplicazione del regime Cfc

Prima delle modifiche apportate all'art. 167 co. 5 lett. a) del Tuir dall'art. 13 co. 1 lett. a) del dl 78/09, occorre dimostrare, alternativamente, che:

- la società o altro ente non residente svolgeva un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività, nello Stato o territorio nel quale la partecipata estera ha la propria sede (c.d. **prima esimente o business test**);
- dalle partecipazioni non conseguiva l'effetto di localizzare i redditi nel paradiso fiscale (c.d. **seconda esimente**).

L'art. 13 del dl 78/09 ha riscritto la prima esimente richiedendo alla partecipata estera **l'esercizio di un'effettiva attività industriale o commerciale**, come sua principale attività, «nel mercato» dello Stato estero di insediamento. Inoltre si rileva che il rinvio operato dall'art. 168 del Tuir alla disciplina Cfc delle società estere controllate consente di concludere per l'applicabilità delle circostanze esimenti dell'art. 167 co. 5 del Tuir anche nel caso di «collegamento».

Prova della «sostanza» della società estera (prima esimente)

Ai fini della prova della «sostanza» della società estera, è necessario dimostrare l'esercizio di una effettiva attività economica «con una struttura organizzativa idonea allo svolgimento della sua citata attività oppure alla sua autonoma preparazione e conclusione» (art. 5 co. 3 del dm 21 novembre 2001, n. 429).

L'Agenzia delle Entrate, con la circ. 23 maggio 2003, n. 29, ha elencato la documentazione che può risultare **idonea**, in sede di interpello, a dimostrare l'esistenza di un'effettiva struttura organizzativa nel territorio a fiscalità privilegiata. A tal fine rilevano, tra l'altro:

- le scritture contabili della partecipata estera, eventualmente certificate sulla base della legislazione del paese in cui l'impresa è localizzata;
- il prospetto descrittivo dell'attività esercitata;
- i contratti comprovanti la detenzione di immobili destinati a sede e ad uffici;
- i contratti conclusi con il personale dipendente;
- i conti correnti bancari aperti presso istituti locali.

Effettivo radicamento della Cfc nel territorio ospitante

Con le successive risoluzioni dell'Agenzia delle Entrate del 5 maggio 2008, n. 187, 10 novembre 2008, n. 427, 26 maggio 2009, n. 128 e 22 giugno 2009, n. 165, l'Agenzia delle Entrate - richiamando la giurisprudenza comunitaria in materia (Corte di Giustizia Ce 12 settembre 2006 causa C-196/04, *Cadbury Schweppes*), nonché la decisione della Commissione europea del 13 febbraio 2007 e la Comunicazione della Commissione europea Com(2007) 785 def del 10 dicembre 2007 - ha peraltro precisato che ai fini della disapplicazione della norma in parola è in ogni ca-

so determinante l'effettivo radicamento dell'attività posta in essere dalla controllata estera nel territorio ospitante e che ai fini della «interpenetrazione» della controllata estera con il mercato locale non è di per sé **«sufficiente la mera disponibilità in loco di una struttura organizzativa»**.

Di conseguenza, la disapplicazione del regime in commento **non può essere accordata** per le partecipazioni in società non residenti che operano principalmente «estero su estero».

Modifica della prima esimente - ospitante esercizio di un'effettiva attività industriale o commerciale nel mercato dello Stato estero

L'art. 13 del dl 78/09 ha modificato l'esimente contenuta nel co. 5 lett. a) dell'art. 167 del Tuir, richiedendo alla partecipata estera non solo l'esercizio di un'attività industriale o commerciale nello Stato estero, ma anche **l'esercizio delle suddette attività** «nel mercato» dello Stato estero (5); viene, in tal modo, richiesto di fatto il radicamento dell'impresa nella struttura economica di tale Stato, in coerenza con la giurisprudenza comunitaria in materia e la recente prassi dell'Agenzia delle Entrate sopra richiamate.

Conseguimento di passive income ed esclusione della prova contraria

Per effetto dell'introduzione del co. 5-bis all'art. 167 del Tuir, viene, inoltre, prevista **l'impossibilità** di applicare la suddetta esimente qualora i proventi della partecipata estera derivino per più del 50% dai cd. passive income, vale a dire:

- **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;
- **dalla prestazione di servizi**, ivi compresi i servizi finanziari, nei confronti di soggetti che direttamente o indirettamente controllano la società non residente, sono da questa controllati ovvero sono controllati dalla stessa società che controlla la società non residente.

Si tratta di una presunzione relativa di **non esercizio di**

un'attività economica effettiva che fa propria la tesi dell'Agenzia delle Entrate espressa, tra le altre, con la risoluzione del 29 gennaio 2003, n. 18, in cui è stato precisato che qualora l'attività svolta dalla società estera sia di fatto limitata alla «mera intestazione di attività finanziarie e al godimento degli eventuali frutti da esse prodotti», il reddito «non è riconducibile ad un'attività commerciale» svolta all'estero.

Il contribuente potrà pertanto **sottrarsi** all'applicazione del regime Cfc solo dimostrando che dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzare i redditi nel paradiso fiscale (c.d. «seconda esimente»).

Entrata in vigore delle nuove disposizioni

L'art. 13 del dl 78/09 non specifica la decorrenza delle modifiche introdotte alla disciplina Cfc; l'art. 26 del dl si limita, infatti, a stabilire che il decreto entra in vigore il giorno stesso della pubblicazione in G.U. (1° luglio 2009).

Con comunicato stampa del 5 febbraio 2010, l'Agenzia delle Entrate ha chiarito che le nuove disposizioni in materia di Cfc entrano in vigore dal 2010 (6).

Note:

(5) Per le attività bancarie, finanziarie e assicurative viene prevista una disposizione *ad hoc*; l'esimente si ritiene soddisfatta «quando la maggior parte delle fonti, degli impieghi o dei ricavi originano nello Stato o territorio di insediamento».

Ai fini della dimostrazione, dovrebbe pertanto bastare la rispondenza anche di uno solo di questi elementi. In tal senso si esprime la relazione illustrativa al provvedimento, laddove precisa che «si prevede che il collegamento con il mercato di insediamento ricorra qualora oltre la metà delle fonti oppure degli impieghi o dei ricavi della società controllata estera derivino da operazioni effettuate nel predetto mercato».

(6) Sul punto si rileva quanto affermato già nella circolare Abi-Ania-Assonime-Confindustria n. 15/09, in base alla quale l'art. 13 del dl 78/09, non prevedendo alcuna deroga a quanto sancito dall'art. 3 della legge 212/00 (c.d. «Statuto del contribuente») - secondo il quale relativamente ai tributi periodici le modifiche introdotte 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 - si limita a stabilire l'entrata in vigore delle disposizioni in esso recate dal giorno stesso della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del dl 78/09 (1° luglio 2009).

Da ciò ne discende, pertanto, che le modifiche in commento - le quali agiscono nella determinazione della base imponibile e, di conseguenza, incidono sulla determinazione dell'Ires - si applicano dal periodo d'imposta successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore del dl 78/09, ovverosia dal periodo d'imposta 2010.

Effetti della localizzazione dei redditi in un paradiso fiscale (seconda esimente)

Alternativamente alla dimostrazione dell'esercizio di un'effettiva attività industriale o commerciale nel mercato dello Stato estero, il soggetto residente **può dimostrare** che «dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzare i redditi» in un paradiso fiscale.

Ai fini della dimostrazione di tale esimente, rileva il fatto che il soggetto non residente consegua il suo reddito in misura non inferiore al 75% in altri Stati o territori diversi da quelli a fiscalità privilegiata (art. 5 co. 3 del dm 429/01).

Sede legale in un paese che applica un'effettiva tassazione

Secondo la risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 18 dicembre 2007, n. 381, la disapplicazione della disciplina Cfc mediante dimostrazione che dal possesso delle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori a fiscalità privilegiata è **garantita** nel momento in cui la società operante nel paradiso fiscale abbia la propria sede legale in uno Stato in cui il **reddito viene effettivamente assoggettato a tassazione**.

La casistica esaminata dall'Agenzia delle Entrate riguarda il possesso di una partecipazione in una società operante in Svizzera, soggetta alle imposte cantonali in misura ridotta (e, pertanto, rientrante nella disciplina Cfc a norma dell'art. 3 del dm 21 novembre 2001), avente la propria sede legale in Germania.

La disapplicazione della norma discende dal fatto che, benché la tassazione svizzera sia effettivamente privilegiata, il reddito viene assoggettato all'imposta sulle società in Germania secondo la relativa normativa interna, scomputando dalle imposte dovute quelle assolte nella Confederazione Elvetica.

La sussistenza dell'esimente rappresentata dalla mancata localizzazione dei redditi in Stati o territori a fiscalità privilegiata è, però, subordinata alla dimostrazione che tutto il reddito prodotto nello Stato a fiscalità privilegiata **sia assoggettato a tassazione nello Stato a fiscalità «ordinaria» in modo continuo e sistematico**.

Procedura di interpello

Ai fini della disapplicazione dei regimi Cfc per le società controllate e collegate, occorre adire in via preventiva la

procedura di interpello di cui all'art. 11 dello Statuto dei diritti del contribuente (legge 212/00).

La presentazione dell'interpello è **condizione necessaria ai fini della disapplicazione**; la mancata presentazione - qualunque ne sia il motivo - comporta, infatti, l'applicazione della disciplina Cfc.

La disapplicazione della norma non è automatica, ma **subordinata** alla presentazione di un'apposita istanza di interpello:

- l'istanza è rivolta all'Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale per la normativa e il contenzioso, per il tramite della Direzione Regionale delle Entrate territorialmente competente;
- la risposta deve essere resa entro i 120 giorni successivi alla consegna o ricezione dell'atto (termine elevato a 180 giorni nel caso di partecipazioni in soggetti già operanti in Stati a fiscalità privilegiata);
- nel caso in cui l'Amministrazione finanziaria non si pronunci, vale la regola del c.d. silenzio assenso.

L'interpello deve avere carattere necessariamente **preventivo**, nel senso che il contribuente ha l'onere di interpellare l'Amministrazione prima della presentazione della dichiarazione dei redditi relativa al periodo d'imposta per il quale si intendono fare valere le esimenti di legge (7).

A pena di inammissibilità (8), l'istanza deve contenere i seguenti elementi:

- dati identificativi dell'istante e del suo legale rappresentante;
- dati identificativi dell'impresa non residente;
- indicazione del domicilio dell'istante (o di un eventuale domiciliatario ove l'Amministrazione possa inoltrare le sue comunicazioni);
- documentazione idonea a dimostrare la sussistenza di almeno una delle esimenti necessarie per la disapplicazione della normativa Cfc;
- sottoscrizione dell'istante o del suo legale rappresentante.

L'istante è tenuto, altresì, ad allegare la documentazione dalla quale si possa evincere **la natura sostanziale e**

Note:

(7) Circ. Agenzia delle Entrate 12 febbraio 2002, n. 18, § 3.

(8) I requisiti dell'istanza di interpello e la documentazione da allegare alla stessa sono indicati nella circ. Agenzia delle Entrate 12 febbraio 2002, n. 18 (§ 3.4 e 3.5).

non fittizia della partecipazione nella società estera.

Tra questi documenti, assumono particolare rilievo:

1) l'atto costitutivo e/o lo Statuto della società estera, dal quale si desumano:

– **la tipologia** di attività svolta nel proprio Stato di residenza,

– **la data di chiusura** dell'esercizio o periodo di gestione;

2) la descrizione della struttura organizzativa della società estera, con idonea documentazione di supporto (delibere degli organi sociali, contratti di lavoro, mansionari, autorizzazioni all'esercizio dell'attività, contratti di locazione, utenze, ...);

3) bilanci, dichiarazioni dei redditi che dimostrino che almeno il 75% del reddito è stato prodotto in Stati o territori a fiscalità ordinaria.

Vincoli alla presentazione dell'istanza per le imprese di rilevanti dimensioni e controllo sull'applicazione della risposta

L'art. 27 co. 12 del dl 185/08, convertito nella legge 28 gennaio 2009, n. 2, **ha modificato** la competenza ad esaminare le istanze di interpello presentate dalle imprese di rilevanti dimensioni, vale a dire dalle imprese che conseguono un volume d'affari o di ricavi non inferiore a 300 milioni di euro (art. 27 co. 10 del dl 185/08).

Per effetto di tale modifica, le istanze devono essere presentate secondo le modalità indicate dal dm 13 giugno 1997, n. 195.

Ai sensi dell'art. 1 del citato dm195/97, le predette istanze devono essere:

– rivolte alla Direzione centrale dell'Agenzia delle Entrate - Dre (competente a decidere nel merito l'istanza);

– spedite alla Dre competente in relazione al domicilio fiscale del richiedente, a mezzo lettera raccomandata con ricevuta di ritorno, la quale provvede ad inoltrarle ai competenti uffici centrali per la risposta.

Il rispetto della soluzione interpretativa fornita dall'Agenzia delle Entrate nella risposta all'interpello è soggetto a **verifica in sede di controllo annuale**.

Conclusioni

Nella sua originaria impostazione la disciplina Cfc perseguiva, prevalentemente, lo scopo di **contrastare** il cd. *tax deferral* delle localizzazioni «di comodo» delle imprese re-

sidenti, salva la dimostrazione dello svolgimento di un'effettiva attività industriale o commerciale tramite una struttura organizzativa adeguata.

Le modifiche apportate dal dl 78/09, per un verso, **rafforzano** il presidio contro le ingiustificate localizzazioni di comodo, richiedendo **una più adeguata dimostrazione del radicamento** della società controllata nel paese di localizzazione; per un altro, si ispirano **al diverso approccio che invece guarda alla natura dei redditi**, per fronteggiare fenomeni di vera e propria **distrazione dei profitti**, tramite localizzazioni fittizie dei passive income o delle attività mobili. L'esclusione delle società collegate estere dall'ambito applicativo delle nuove regole conferma che tali regole si indirizzano solo contro le pratiche di pianificazione fiscale dannosa, le quali, appunto, presuppongono il controllo.

In coerenza con tali obiettivi, anche per i paesi black list, l'esimente **dovrebbe continuare ad essere riconosciuta** in presenza di un'effettiva attività industriale o commerciale, anche se in determinati periodi d'imposta le componenti passive di cui al comma 5-bis siano prevalenti, dovendosi, tuttavia, dare prova che tra i principali scopi perseguiti dal soggetto non residente non vi è la distrazione dei profitti dallo Stato di residenza del controllante e che le transazioni della Cfc in tali esercizi non sono poste in essere per ottenere una riduzione sostanziale delle imposte in Italia.

Infine, per quanto concerne la modifica di maggior rilievo innovativo - quella, cioè, contenuta nei commi 8-bis e 8-ter che introducono il regime di Cfc a carattere generale - sarebbero opportuni alcuni meccanismi di semplificazione: **l'applicazione congiunta**, infatti, del confronto analitico, esercizio per esercizio, del livello di imposizione e dell'obbligo di interpello preventivo **rendono l'intera disciplina** di difficile, se non di impossibile gestione (soprattutto per i gruppi multinazionali con numerose articolazioni all'estero) e non in linea con quella prevista dagli altri Stati *partners*.