

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI “G. D’ANNUNZIO”

CHIETI - PESCARA

FACOLTÀ DI SCIENZE MANAGERIALI

Corso di Laurea Specialistica in Economia e Management

Tesi di Laurea

***La normativa italiana sulle Controlled Foreign
Companies, analisi dei casi***

Laureando:
Giuseppe LUCIANI

Relatore:
Chiar.mo Prof. Carlo Geronimo CARDIA

Anno Accademico 2006/2007

INDICE

INTRODUZIONE

Capitolo 1°

Controlled Foreign Companies

- 1.1-** Introduzione in Italia della disciplina antiabuso CFC
- 1.2-** La scelta del metodo jurisdictional
- 1.3-** Il presupposto soggettivo d'applicazione
- 1.4-** Il presupposto oggettivo d'applicazione
- 1.5-** Individuazione dei paesi RFP, la Black List
- 1.6** –Requisito del controllo/collegamento
- 1.7-** Determinazione dei redditi della CFC
- 1.8-**Modalità di tassazione dei redditi
- 1.9-**La tassazione per trasparenza
- 1.10** –Il consolidato nazionale
- 1.11** – Il consolidato mondiale
- 1.12-**Esclusione dei dividendi distribuiti dalla CFC

1.13-Credito d'imposta per le imposte pagate all'estero

1.14-Registrazioni contabili relative alle imposte sul reddito imponibile della CFC

1.15-L'applicazione delle norme antielusive

1.16-L'istituto dell'interpello

Capitolo 2°

La disapplicazione delle disposizioni contenute nell'articolo 167 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi

2.1-Modalità e disapplicazione.

2.2-Risoluzione Agenzia delle entrate N.63/E del 28/03/07

2.3-Risoluzione Agenzia delle entrate N.18/E del 29/01/2003

2.4-Risoluzione Agenzia delle entrate N.389/E del 19/12/2002

2.5-Risoluzione Agenzia delle entrate N.388/E del 19/12/2002

2.6-Risoluzione Agenzia delle entrate N.387/E del 19/12/2002

2.7-Risoluzione Agenzia delle entrate N.386/E del 19/12/2002

2.8-Risoluzione Agenzia delle entrate N.358/E del 15/11/2002

2.9-Risoluzione Agenzia delle entrate N.343/E del 31/10/2002

2.10-Risoluzione Agenzia delle entrate N.285/E del 16/08/2002

2.11-Risoluzione Agenzia delle entrate N.274/E del 09/08/2002

2.12-Risoluzione Agenzia delle entrate N.275/E del 09/08/2002

2.13-Risoluzione Agenzia delle entrate N.276/E del 09/08/2002

Capitolo 3°

Libertà di stabilimento e CFC

3.1- Libertà di stabilimento

**3.2- Il caso della società Cadbury Schweppes plc, sentenza del
12/09/2006 N C-196/04**

**3.3.-Il caso della società Denkavit International BV, sentenza del
14/12/2006 N C-170/05**

Capitolo 4°

La disciplina del Trust.

4.1-Breve sintesi normativa in materia di Trust

4.2-Applicabilità della disciplina sulle CFC all'istituto del trust.

CONCLUSIONI

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

Il presente lavoro, ha come obiettivo l'analisi della normativa italiana sui redditi delle società estere partecipate, generalmente conosciuta con l'acronimo "CFC". La sua denominazione è di origine americana poiché è negli Stati Uniti che vengono svolti i primi studi a riguardo ed inoltre l'Amministrazione statunitense è stata la prima in assoluto ad introdurre la *Controlled Foreign Companies Legislation*.

Tale disciplina è stata introdotta con l'articolo 1, comma 1, della Legge 21/11/2000 n.342, che ha inserito nel Dpr n. 917/86 l'articolo 127 bis del Testo Unico delle Imposte sui Redditi, intitolato "*Disposizioni in materia di imprese estere partecipate*" e si inserisce tra le misure rivolte a contrastare la concorrenza fiscale dannosa tra gli Stati, posta in essere dai c.d. "paradisi fiscali", ossia da quegli Stati o territori dove si applica un'imposizione sul reddito e/o sul patrimonio pressochè nulla o particolarmente favorevole.

La normativa CFC costituisce uno strumento antielusivo e un'arma di reazione nei confronti del sempre più massiccio ricorso ai suddetti paradisi fiscali o a Stati che, dispongono di una legislazione lacunosa, con l'evidente scopo di attrarre capitale ed investimenti di provenienza estera.

Il fulcro della nuova disciplina è contenuto nel comma 1, che definisce i presupposti soggettivi e oggettivi della fattispecie e ne stabilisce gli effetti sul piano sostanziale.

Infine, per rendere più completa ed approfondita la trattazione in oggetto, verranno analizzati casi pratici oltre al rapporto tra l'istituto dell'interpello e la disciplina delle Controlled Foreign Companies.

CAPITOLO 1

CONTROLLED FOREIGN COMPANIES

1.1 Introduzione in Italia della disciplina antiabuso CFC.

La normativa riguardante le *controlled foreign companies* è entrata a far parte dell'ordinamento giuridico italiano con l'inserimento, ad opera dell'art. 1, lettera a), della L. 21 novembre 2000, n. 342, che ha introdotto l'art. 127-bis¹, con l'obiettivo di contrastare la delocalizzazione all'estero delle imprese nazionali ed il differimento nella tassazione dell'utile, mediante la produzione dello stesso da parte di società controllate poste in Stati o territori aventi fiscalità "privilegiata" (tassazione nulla o grandemente attenuata rispetto a quella italiana, a parità di altre condizioni).

La produzione dell'utile attraverso un soggetto giuridicamente distinto e così localizzato comporta, in effetti, che l'utile medesimo per la giurisdizione tributaria italiana possa assumere rilevanza non prima che lo si distribuisca. Di conseguenza che il soggetto residente, pur se effettivo gestore delle attività della controllata, beneficia nel frattempo sia di una tassazione nulla o tenue, alla fonte, sia del differimento a tempo indeterminato della tassazione italiana sulla percezione del dividendo². Ove la società estera si astenga dal distribuirlo, i dividendi sono difatti imponibili unicamente per cassa³.

¹ Oggi art. 167 TUIR

² C.d. Tax deferral

³ Si veda l'art. 89 del TUIR

L'intento del legislatore è quindi quello di attrarre a tassazione in Italia i redditi che fanno riferimento a soggetti residenti ma che sono stati de localizzati in Stati o territori dove è applicata un'imposizione sul reddito e/o patrimonio pressoché nulla o particolarmente favorevole.

L'obiettivo di questa disposizione emerge chiaramente dagli atti preparatori e dai documenti del Ministero dell'Economia e Finanze, in particolare la C.M. 207/2000, precisa che il fine della norma consiste nel “contrastare pratiche elusive attuate mediante partecipazione in società con sedi in Paesi a fiscalità privilegiata”.

La reazione a tale architettura consiste sostanzialmente nell'assumere che gli utili prodotti dalla società non residente siano conseguiti dal partecipante italiano “come se” la società fosse una stabile organizzazione estera del partecipante, oppure una società di persone “trasparente”. Ciò determina sia l'attrazione anticipata del reddito a tassazione, al momento della produzione, sia la modifica del criterio di tassazione, non più modellato sulla percezione dell'utile dopo le imposte locali (se ed in quanto vi siano), ma sulla qualificazione dell'utile alla fonte, imputato per maturazione al soggetto controllante, come reddito d'impresa, da determinarsi secondo le regole proprie di tale categoria reddituale. A questa tassazione “per trasparenza” corrisponde, l'accredito delle imposte eventualmente pagate all'estero in modo che siano evitati o ridotti aspetti di doppia imposizione.

Ora, invece, in base alla nuova disposizione in commento i redditi del soggetto estero partecipato sono imputati alle controllanti già a decorrere dal momento di chiusura

dell'esercizio o periodo di gestione nel quale sono stati realizzati e che costituisce il presupposto impositivo per il partecipante residente⁴.

In tal modo, la tassazione del reddito da partecipazione, che abbia le caratteristiche su indicate, viene ad essere del tutto indipendente dalla volontà del soggetto controllante che, invece, in passato poteva, spesso, "ottimizzare", in relazione alla propria situazione fiscale, il momento della delibera e della effettiva distribuzione degli utili.

Sul piano generale, il sistema di tassazione dell'impresa partecipata localizzata in paradisi fiscali adottato dall'Italia (ma anche da Francia ed

Inghilterra), è il c.d. sistema jurisdictional⁵ (o territoriale) in base al quale, una volta stabilito che lo Stato estero di riferimento rientra tra quelli "incriminati", il reddito del soggetto partecipato estero, ivi localizzato, viene unitariamente ricondotto al controllante residente, indipendentemente dalla diversità delle sue fonti di provenienza.

⁴ MAISTRO, *il regime di imputazione dei redditi delle imprese estere partecipate (c.d. Controlled Foreign Companies)* in Riv. Dir. Trib., 2000, 39 ss.

⁵ Ad esso si contrappone il *sistema transactional* o per tipologia di reddito adottato in USA, Spagna, Danimarca, che fa riferimento al tipo di reddito ed in particolare al *passive income*, al reddito cioè derivante più che dall'esercizio di una effettiva attività economica, dalla produttività insita in cespiti di facile mobilità, quale tipicamente il reddito di natura finanziaria (interessi, royalties, dividendi, capital gains, ecc). in tal caso, quindi, si prescinde dalla mera localizzazione in sé e si prende in considerazione la natura del reddito prodotto.

1.2 Scelta del metodo jurisdictional

Il sistema di tassazione dell'impresa partecipata localizzata in paradisi fiscali adottato dall'Italia è il sistema Jurisdictional, fondato su base territoriale. Ne risulta che, una volta stabilito che la controllata risieda in uno Stato indicato nella *black list*, il reddito di quest'ultima viene unitariamente ricondotto al soggetto controllante e sottoposto a tassazione separata, indipendentemente dalla categoria di appartenenza e dalla sua effettiva distribuzione sotto forma di dividendi. Ciò permette di anticipare il momento impositivo e quindi di contrastare in modo più efficace il ricorso alle pratiche elusive attuate dai contribuenti. Si ritiene, inoltre, che la scelta del metodo fondato su base territoriale sia stata dettata anche dalla necessità di non modificare eccessivamente il sistema complessivo sull'impostazione personale dei redditi ed in particolare delle disposizioni del TUIR che regolano la tassazione dei redditi.

Tale metodo è stato preferito a quello *transactional*, che utilizza come discriminante per l'applicazione della normativa CFC la tipologia di reddito estero anziché la residenza. I redditi rilevanti in tal senso sono quelli definiti *passive income* che sono redditi tendenzialmente non derivanti dall'esercizio di una effettiva attività produttiva o commerciale, prescindendo dalla presenza di una *black list*. Questo comporta la tassazione nella Stato di residenza della controllante, di qualsiasi reddito qualificabile come *passive income*, indipendentemente dallo Stato estero in cui si forma.

1.3 Il presupposto soggettivo dell'applicazione

I soggetti, che ai fini della normativa CFC, sono considerati partecipanti, sono individuati dal combinato del disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 167 del TUIR. L'art. 167, comma 1, prevede in generale che se *“un soggetto residente in Italia detiene, direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona, il controllo di una impresa, di una società o di altro ente, residente o localizzato in Stati o territori con regime fiscale privilegiato, i redditi conseguiti dal soggetto partecipante sono imputati ai soggetti residenti in proporzione alle partecipazioni da essi detenute”*.

Il comma 2 indica i soggetti partecipanti oggetto della normativa CFC:

- le persone fisiche residenti;
- i soggetti di cui agli art. 5 e 73 del TUIR;
- i soggetti di cui all'art. 87 del TUIR.

L'inclusione delle persone fisiche residenti⁶ tra i soggetti destinatari della disciplina CFC sembra prescindere dalla circostanza che esse esercitino un'attività d'impresa in Italia.

Analoga considerazione può formularsi per i soggetti di cui alla lettera c) dell'art.87 del TUIR, costituiti dagli enti residenti non aventi per oggetto l'esercizio di attività commerciali⁷. In entrambe i casi, l'assenza di esercizio di impresa in Italia potrà determinare rilevanti difficoltà applicative, in quanto tali soggetti non sono soggetti agli obblighi contabili previsti per gli imprenditori residenti e non sembra che questi possano essere fatti discendere indirettamente dall'imputabilità del reddito delle CFC la cui contabilità sarà evidentemente tenuta secondo la disciplina dello Stato estero.

Il richiamo all'art. 5 del TUIR attrae nell'ambito di applicazione della disciplina CFC anche quei soggetti (società semplici, società di persone, società di fatto, società di armamento, associazioni tra artisti e professionisti) per i quali è già prevista l'imputazione dei redditi, per trasparenza, ad altri soggetti (soci, associati o partecipanti). Se ne dovrebbe dedurre che l'imputazione si applica anche ai redditi CFC con una sorta di imputazione a cascata: dalla CFC al controllante residente e da questi ai soci, associati o partecipanti, sempre in proporzione alle quote di partecipazione agli utili.

L'art. 167 non pone alcun riferimento alle società e agli enti non residenti in Italia indicati alla lett. d) dell'art. 73, comma 1, TUIR. Ne consegue che la norma non si applica ai soggetti non residenti in Italia anche se con S.O.⁸ nel territorio dello stato Italiano. Mentre nel caso in cui si configurasse una S.O. all'estero di un soggetto residente, il reddito prodotto da tale unità sarà comunque attribuito al soggetto residente in ragione delle

⁶ Il concetto di residenza è quello definito dal comma 2, art. 2 del TUIR: “ *Ai fini delle imposte sul reddito si considerano residenti le persone che per la maggior parte del periodo d'imposta sono iscritte nelle anagrafi della popolazione residente, o che hanno nel territorio dello Stato la residenza o il domicilio ai sensi dell'art.43 Codice civile*”

⁷ Assonime, Imposte sui redditi – *Introduzione di una nuova disciplina di tassazione delle imprese partecipate estere*, Roma, 18 dicembre 2000, Circolare n. 65.

⁸ Stabili Organizzazioni art. 5 Modello OCSE

disposizioni contenute nel TUIR, secondo cui i redditi delle S.O. estere sono in ogni caso tassati per competenza, con attribuzione diretta al soggetto passivo in Italia. Resta ferma l'applicazione del disposto quando il soggetto estero (con o senza S.O. in Italia) che controlla la CFC è partecipato a sua volta da un soggetto residente, configurandosi in tal modo una catena partecipativa diretta verso l'impresa controllata estera.

1.4 Il presupposto oggettivo d'applicazione

L'art. 167 prevede, quale presupposto territoriale per l'applicazione della normativa CFC, anche la "localizzazione" della *cfc* in Stati o territori con regime fiscale privilegiato. Dunque, ai fini della sua applicazione, il legame che deve sussistere tra i soggetti partecipati esteri ed il paese RFP⁹ può anche essere meno intenso di quello basato sulla residenza, dato che, in base al tenore letterale della norma, può trattarsi anche di una semplice "localizzazione".

Tale espressione fa riferimento alla possibilità di fruire del regime fiscale di favore. Una società si intende quindi localizzata in uno Stato o territorio con regime fiscale privilegiato se, a prescindere dalla residenza della medesima, può beneficiare del regime stesso¹⁰. Con riferimento al requisito della localizzazione la norma individua i soggetti partecipati esteri

⁹ Paese a fiscalità privilegiata

¹⁰ D.M. 429/2001

avendo riguardo al fatto che essi godano oggettivamente dei regimi fiscali privilegiati, quale che sia il collegamento territoriale che determini tale situazione.

L'art. 167, comma 2, dispone che la normativa CFC trova operatività nel caso in cui un soggetto residente detiene, direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona, il controllo di una impresa estera sita in un paese RFP. Il comma 3 stabilisce che, ai fini della determinazione del limite del controllo di cui sopra, si applica l'art. 2359 Codice civile, in materia di società controllate e società collegate. La norma individua quindi una nozione di "controllo" specifica. Inoltre l'art. 168 comma 1, prevede che, la norma di cui all'art. 167 si applica anche nel caso in cui il soggetto residente in Italia detiene, direttamente o indirettamente, 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 con regime fiscale privilegiato; tale percentuale è ridotta al 10 per cento nel caso di partecipazione agli utili di società quotate in borsa.

1.5 Individuazione dei paesi RFP, la black list

Il legislatore ha sempre cercato di porre in essere appositi rimedi alle numerose fattispecie di elusioni realizzate attraverso società localizzate in Paesi a fiscalità privilegiata: se in origine i suddetti rimedi consistevano in un netto contrasto delle operazioni realizzate all'interno del gruppo, oggi il legislatore ha adottato una prospettiva più generalizzata, arrivando a contestare genericamente le componenti negative derivanti da operazioni con imprese residenti in paradisi fiscali.

Nella pratica, la prospettiva di cui sopra si è tradotta nel disposto dell'articolo 110, comma 10 del TUIR, che considera privilegiati i regimi fiscali di Stati o territori individuati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze. La norma individua tre criteri:

1. livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato dall'Italia;
2. mancanza di un adeguato scambio di informazioni;
3. altri criteri equivalenti;

Per quanto riguarda il criterio della *“mancanza di un adeguato scambio di informazioni”*, l'Amministrazione finanziaria sembra orientata a ritenere che esso sia integrato quando manca una Convenzione contro le doppie imposizioni sul reddito. Tuttavia, la presenza di una Convenzione, non è condizione sufficiente per poter affermare la presenza di un adeguato scambio di informazioni fra le Amministrazioni finanziarie dei vari Stati. Per quanto concerne invece, *“gli altri criteri equivalenti”*, essi sono individuabili in via residuale attraverso una condizione congiunta costituita dal basso livello di tassazione e dalla mancanza di un adeguato scambio di informazioni.

Anche se in base ad un'interpretazione letterale, i criteri risultano alternativi, il loro rapporto va inteso nel senso che il criterio della tassazione inferiore risulta sempre applicabile, mentre il criterio della mancanza di scambio di informazioni ed i criteri

equivalenti sono alternativi. In concreto se il livello di tassazione di una certa giurisdizione è sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia, allora si applicheranno anche gli altri due criteri, per contro se il livello di tassazione di una certa giurisdizione non è sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia, allora gli altri criteri sono irrilevanti.

Per quanto riguarda il “*livello di tassazione sensibilmente inferiore*”, la Circolare ministeriale chiarisce che si tratta di una situazione riscontrabile non solo con riferimento al livello delle aliquote delle imposte di un determinato Paese o territorio, ma anche alle caratteristiche strutturali dei tributi, la cui applicazione comporti, di fatto, una tassazione inferiore in capo al contribuente¹¹.

Potranno essere considerati a fiscalità privilegiata, ad esempio Stati e territori le cui aliquote d'imposta siano eccessivamente basse¹² e di altri le cui aliquote siano paragonabili a quelle italiane ma, in ipotesi, adottino regole generali di formazione della base imponibile notevolmente difformi, con la conseguenza che la tassazione risulti di fatto sensibilmente inferiore.

Quindi l'individuazione dei paesi RFP in sede regolamentare può essere attuata tanto per i singoli Stati o territori, quanto per fattispecie.

L'art. 110, comma 10, prevede che non sono ammessi in deduzione le spese e gli altri componenti negativi derivanti da operazioni intercorse tra imprese residenti ed imprese domiciliate fiscalmente in Stati o territori, non appartenenti all'Unione Europea, aventi regimi fiscali privilegiati; non è quindi possibile includere nella lista ministeriale Paesi Membri dell'Unione Europea, vale a dire, i Paesi ai quali si applica integralmente il trattato di Roma. Inoltre, sono esclusi dalla lista i territori di cui uno Stato Membro ha la

¹¹ Circolare 16 novembre 2000, n. 207/E

rappresentanza con l'estero ai sensi dell'art. 227, comma 4 del Trattato, sono invece inclusi in quei Paesi o territori che non hanno un rapporto di “*appartenenza piena*” all'UE ma un semplice *status di associazione*¹³.

Possono essere addotte due ragioni a fondamento di tale scelta: la prima relativa alla preoccupazione di evitare la violazione del principio di non discriminazione vigente nell'Unione Europea, la seconda legata all'obiettivo di una futura armonizzazione fiscale volta anche all'eliminazione dei Paesi RFP in ambito europeo.

Il D.M. 23 gennaio 2002 contiene un elenco¹⁴ degli Stati e territori con regime fiscale privilegiato che rispondono ai criteri indicati dall'art. 110 comma 10.

L'elenco di cui al citato D.M. ha natura tassativa, conseguentemente la residenza o domiciliazione della controparte dell'operazione in uno Stato o territorio incluso nella *black list* costituisce un requisito per l'applicabilità della normativa, che non si applica quindi nei confronti di quei Paesi che non sono stati inclusi nell'apposita lista ministeriale.

Il D.M. 23 gennaio 2002 è costituito da tre articoli ed ha la seguente struttura:

1. individuazione di *black list* tassativa di Paesi RFP¹⁵;
2. inclusione nella *black list* di Paesi non inclusi in quella tassativa, ma con esclusione di alcuni soggetti situati in tali Paesi¹⁶;
3. inclusione nella *black list* di paesi non inclusi in quella tassativa, ma con riferimento ad alcuni soggetti situati in tali Paesi¹⁷.

¹² Il Parlamento, nell'ordine del giorno della Camera del 4 ottobre 2000, ha impegnato il Governo, in sede di attuazione della normativa, a definire in via transitoria, quale livello di tassazione sensibilmente inferiore, quello che in media si discosti di almeno il 30 per cento dal livello di tassazione medio applicato in Italia.

¹³ Tra questi rientrano le isole Normanne Jersey e Guernsey e l'isola di Man

¹⁴ Cd. Black list

¹⁵ D.M. 23 gennaio 2002 art. 1

¹⁶ D.M. 23 gennaio 2002 art. 2

¹⁷ D.M. 23 gennaio 2002 art. 3

Se un certo soggetto non è incluso nella *black list* tassativa dell'art. 1, si deve verificare se è incluso in quelle integrative degli artt. 2 e 3.

L'art. 1 dell'art. 76, comma 7-bis¹⁸ individua quindi una serie di Stati, che si considerano per presunzione di legge Stati con regime fiscale privilegiato in base alla considerazione che essi godono di un regime di esenzione quasi totale rispondendo quindi al requisito della tassazione sensibilmente inferiore a quella applicata in Italia.

L'elenco di cui all'art. 1 ha quindi natura tassativa, ma nei confronti di questi Paesi opera comunque solo la presunzione relativa, di cui all'art. 110, comma 10, che può essere vinta fornendo la prova esimente¹⁹.

L'art. 2 dispone che sono altresì inclusi tra gli stati ed i territori di cui all'art. 1, una serie di Paesi espressamente ed esaustivamente indicati con specifica esclusione, tuttavia, di *determinate tipologie societarie* situate in Stati, che, pur considerandosi Paesi RFP, prevedono delle eccezioni di alcune tipologie societarie, in considerazione di fattori quali lo svolgimento di attività in particolari settori economici, la percentuale di fatturato realizzata al di fuori del Paese, etc.

L'elenco di cui all'ar. 2 ha natura tassativa, in quanto esso non reca clausole residuali o generiche con riferimento alle esclusioni da esso tipizzate.

Il comma 2 dell'art. 3 del decreto in oggetto include i soggetti e le attività insediati nei Paesi di cui al comma 1 del medesimo articolo, che usufruiscono di regimi fiscali agevolati "*sostanzialmente analoghi*" a quelli indicati nello stesso comma 1, in forza di accordi o provvedimenti dell'Amministrazione finanziaria dei medesimi Stati. Tale norma consente all'Amministrazione finanziaria di ricomprendere regimi che non siano stabiliti dalla legge, bensì in virtù di atti o prassi di tipo amministrativo.

Anche tale elenco ha natura tassativa, in quanto esso non reca clausole residuali o generiche con riferimento alle inclusioni in esso previste. Di particolare rilievo è l'inclusione della Svizzera nell'art. 3 con riferimento alle società *holding*, alle società ausiliarie ed alle società di domicilio.

1.6 Requisito del controllo / collegamento

L'art. 167, comma 1, prevede esplicitamente che rientrano nel regime di applicazione delle norme riguardanti le controllate estere non solo le partecipazioni detenute da residenti italiani in maniera diretta²⁰ ma anche in maniera indiretta, vale a dire tramite una società fiduciaria o per interposta persona. A tal proposito va precisato che il termine "persona" va inteso in una accezione ampia comprendente le persone fisiche, le società e qualunque altro ente composto di persone.

Il presupposto per l'applicazione del regime CFC si realizza ogni qualvolta il soggetto residente in Italia detiene direttamente o indirettamente il controllo del soggetto estero posto in paesi o territori a regime fiscale privilegiato, in proporzione alle partecipazioni detenute.

Il comma 3 chiarisce che i criteri da prendere a riferimento per stabilire l'esistenza del presupposto del controllo sono quelli fissati dalla normativa italiana all'articolo 2359 del codice civile, a nulla valendo eventuali altri criteri di determinazione del controllo presenti nella legislazione dello Stato dove è localizzata la controllante estera.

¹⁸ Ora art. 110, comma 10

¹⁹ C.d. Interpello

I criteri da prendere a riferimento per stabilire l'esistenza del controllo sono:

- Controllo di diritto, fondato sulla disponibilità della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria²¹;
- Controllo di fatto, fondato sulla disponibilità dei voti sufficienti ad esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;
- Controllo contrattuale, fondato sulla presenza di accordi che consentano l'esercizio di un'influenza dominante sulla società.

Il comma 1 dell'art. 168 prevede che la normativa CFC si applichi anche nel caso in cui il soggetto residente in Italia detenga, 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 con regime fiscale privilegiato. Tale percentuale è ridotta al 10 per cento nel caso di partecipazione agli utili di società quotate in borsa.

Dunque la normativa CFC si applica anche in presenza della semplice detenzione da parte del soggetto residente di una partecipazione di "collegamento", così come definita dallo stesso art. 168.

Nei casi in cui si verifichi una situazione di controllo esterno, di fatto la norma applicabile è l'art. 167 e non l'art. 168. L'art. 168 è applicabile soltanto nei casi in cui non sia dimostrabile una situazione di controllo esterno di fatto ma si verifichi soltanto il requisito della partecipazione agli utili di cui all'art. 168.

²⁰ C.d. controllo diretto

²¹ Il soggetto dispone del 50 per cento più uno delle azioni con diritto di voto nell'assemblea ordinaria

I rapporti tra l'art. 167 e l'art. 168 non sono disciplinati, cosicchè può verificarsi la situazione di una medesima CFC nei riguardi della quale si integri una situazione di "controllo" e una situazione di "collegamento" rispettivamente da parte di due diversi soggetti residenti. In tal caso se l'influenza notevole si risolve in un mero potere interdittivo (cioè non dispositivo) rispetto alle scelte di rimandare il rimpatrio degli utili da parte della CFC società estera, l'applicazione dell'art. 168 risulta giustificata. Se invece non si integra tale situazione e le scelte di localizzazione del reddito siano esclusivamente imputabili al diverso soggetto che esercita il controllo sulla CFC, l'art. 168 non dovrebbe essere applicabile al socio nei confronti del quale si integri la fattispecie della partecipazione agli utili non inferiore al 20 o 10 per cento.

L'art. 168 , comma 1, ultimo periodo prevede che l'estensione CFC "collegate" non si applica alle partecipazioni in soggetti non localizzati in Paesi RFP riguardo ai redditi derivanti da loro SO assoggettate a regimi fiscali privilegiati.

1.7 Determinazione dei redditi della CFC

Verificata la sussistenza delle condizioni di applicazione della normativa CFC, si considerino ora, le modalità di imputazione del reddito in capo al soggetto residente, che controlla la società estera avente sede nel paradiso fiscale.

Circa la determinazione dei redditi delle imprese partecipate bisogna distinguere l'ipotesi di partecipazioni di controllo da quelle di collegamento: nel primo caso si applicano le disposizioni in tema di reddito d'impresa indicate dall'art. 167, comma 6, nel secondo caso si considera il maggiore importo tra l'utile risultante dal bilancio d'esercizio (redatto anche in assenza di un obbligo di legge) ed il reddito induttivamente determinato sulla base degli indici di rendimento applicati su alcuni beni dell'attivo patrimoniale.

Nel primo caso, il contribuente italiano deve dichiarare il reddito prodotto dalla controllata in proporzione alla sua quota di partecipazione diretta o indiretta. Si può desumere che il secondo risulta il metodo più agevole, in quanto, il socio di collegamento potrebbe non essere in condizione di acquisire tutte le informazioni contabili ed amministrative necessarie per procedere all'effettiva determinazione del reddito d'impresa.

Consideriamo ora alcuni esempi:

1. possesso diretto ed indiretto;
2. possesso indiretto tramite soggetti italiani;
3. possesso per interposta persona;

Nel primo caso, supponiamo che un contribuente, persona fisica residente in Italia (A), detenga direttamente il 70 per cento della società B situata in un Paese della Black List.

La società B ha prodotto un reddito pari a 100 milioni di euro, in questo caso A dovrà dichiarare 70 milioni, corrispondenti alla sua partecipazione del 70 per cento, indipendentemente dell'erogazione di dividendi e dall'incasso.

Se invece, A detiene un controllo indiretto su B, attraverso il controllo del 70 per cento della società holding C, residente in un Paese non a fiscalità privilegiata, che a sua volta controlla il 60 per cento di B, la quota che deve essere dichiarata dal contribuente italiano sarà pari a 42 milioni di euro, corrispondenti al 70 per cento del 60 per cento di 100 milioni di euro.

Nel secondo caso verifichiamo che il controllo indiretto di una società situata in un paradiso fiscale, da parte di un contribuente italiano, è ottenuto per il tramite di due imprese ubicate in Italia. Il reddito dovrà essere imputato alle due società residenti, in proporzione alle rispettive quote partecipative ²².

Nel terzo caso verificandosi un'interposizione attraverso terzi, il reddito da attrarre a tassazione in Italia deve essere calcolato nella stessa misura, riconducibile all'interposto e riferito all'effettivo titolare della partecipazione. Se il contribuente italiano possiede il 70

²² Circolare ASSONIME n. 65 del 18 dicembre 2000

per cento della società estera mediante società fiduciaria o interposizione di un altro soggetto, la quota di reddito da tassare in capo all'effettivo titolare sarà sempre del 70 per cento.

1.8 Modalità di tassazione dei redditi

La regola generale della normativa CFC è duplice: imputazione al soggetto residente per trasparenza e pro quota degli utili della CFC (al fine di assoggettare ad imposizione i redditi di soggetti non residenti altrimenti non tassabili in Italia), e correlata de-tassazione dei dividendi distribuiti dalla CFC al soggetto residente (al fine di evitare una duplicazione, in capo al soggetto residente, di utili distribuiti e di utili imputati, entrambi tassabili).

L'art. 167, comma 6 prevede la regola generale in base alla quale i redditi delle CFC sono determinati secondo le norme del Titolo I, Capo IV, TUIR, ma pone delle deroghe prevedendo la non applicazione di alcune norme interne alle CFC.

Per la determinazione del reddito della CFC, in base alle norme del TUIR, devono essere apportate al risultato economico della CFC le variazioni in aumento e in diminuzione, rispetto all'utile civilistico risultante dal bilancio redatto secondo le norme dello Stato o

territorio in cui è localizzata la CFC. Questo comporta molte difficoltà operative derivanti dall'applicazione di regole nazionali a risultati ottenuti in contesti giuridici differenti e spesso incomparabili. Inoltre sorgono dei problemi anche in relazione agli accertamenti dell'Amministrazione finanziaria italiana, per l'assenza di scambi di informazioni e di cooperazioni con le Amministrazioni dei Paesi a fiscalità privilegiata.

L'art. 2, comma 2, D.M. 429/2001 prevede che, i valori risultanti dal bilancio del soggetto estero relativo all'esercizio anteriore a quello di decorrenza della normativa CFC sono riconosciuti interamente, a condizione che siano conformi a quelli dei precedenti esercizi, ovvero attestati da uno o più soggetti in possesso dei requisiti previsti dall'art. 11, D.Lgs. 88/1992.

Il secondo periodo dell'art.2, comma 2, D.M. 429/2001, prevede la deduzione, agli effetti fiscali, nella misura risultante dal bilancio della partecipata, sia degli ammortamenti e fondi rischi ed oneri²³, sia dei fondi rischi ed oneri eccedenti i limiti di deducibilità.

Per la determinazione del reddito delle partecipate, l'art. 167 prevede che sia applicabile l'art. 84 del TUIR, che prevede la deduzione delle perdite della CFC siano portate in deduzione del reddito dei periodi d'imposta successivi, non oltre il quinto. Le perdite realizzate dalla CFC estera sono computate in diminuzione del reddito della stessa, e non al soggetto residente.

Tale regime del riporto opera anche se il soggetto controllante sia una persona fisica. La CFC potrà riportare in avanti le perdite anche in caso di trasferimento di proprietà ad altro soggetto residente.

Il comma 2, dell'art. 168, del TUIR, dispone che i redditi della CFC collegata oggetto di imputazione sono determinati per un importo corrispondente al maggiore tra l'utile prima

delle imposte risultante dal bilancio della CFC e un reddito induttivamente determinato sulla base dei coefficienti di rendimento riferiti alle categorie di beni che compongono l'attivo patrimoniale.

Il comma 3, dell'art. 168, si occupa della determinazione forfettaria del reddito sulla base dei seguenti coefficienti:

- 1) 1 per cento sul valore delle azioni, delle quote di partecipazione, degli strumenti finanziari assimilati alle azioni, delle obbligazioni e degli altri titoli in serie o di massa, anche se non costituiscono immobilizzazioni finanziarie, aumentato del valore dei crediti;
- 2) 4 per cento sul valore delle immobilizzazioni costituite da beni immobili e da navi, anche in locazione finanziaria;
- 3) 15 per cento sul valore delle altre immobilizzazioni, anche in locazione finanziaria.

1.9 La tassazione per trasparenza

L'art. 72, comma 1, lettera a del TUIR, consente alle società di capitali di optare per il regime di trasparenza fiscale tipico delle società di persone. Il nuovo istituto della trasparenza fiscale è contenuto negli articoli 116 e 117 del TUIR che disciplineranno, il primo la trasparenza fiscale delle società partecipate esclusivamente da altre società di capitali²⁴, il secondo, la trasparenza fiscale delle società a ristretta base proprietaria.

La tassazione per trasparenza consente di imputare il reddito imponibile della società di capitale in capo a ciascun socio, proporzionalmente alla sua quota di partecipazione agli utili, indipendentemente dalla percezione degli stessi. In pratica, il reddito imponibile è

²³ Normalmente ammessi in deduzione dalla disciplina interna

tassato in capo alle società partecipanti e non in capo alla società partecipata che lo ha prodotto.

La possibilità di imputare, in capo ai soci, anche la perdita fiscale permetterà alle società che non possono optare per il regime di tassazione consolidato²⁵ di ottenere comunque la compensazione delle perdite del gruppo.

Ai sensi dell'articolo 116 l'opzione per il regime di trasparenza è consentito unicamente alle società quando:

- la partecipata e le partecipanti sono società di capitali o società cooperative residenti²⁶;
- ciascun socio se possiede un percentuale di diritti di voto esercitabili nell'assemblea generale di cui all'art. 2346 del codice civile e di partecipazione agli utili non inferiore al 10 per cento (non è invece prevista una percentuale massima di partecipazione agli utili).

Secondo quanto disposto dal comma 2, dell'art. 116 l'esercizio dell'opzione sarà consentito anche qualora i soci siano non residenti, purchè non sia loro applicabile alcuna ritenuta sugli utili distribuiti dalla società partecipata residente, al fine di non far perdere gettito allo Stato Italiano.

L'opzione per il regime di trasparenza non è consentita nel caso in cui la società partecipata ha aderito al consolidato fiscale nazionale o mondiale²⁷, o abbia emesso strumenti finanziari partecipativi diversi dalle azioni²⁸.

²⁴ Art. 72, comma 1, lettera a

²⁵ Che richiede una percentuale di partecipazione superiore al 50 per cento

Con l'esercizio dell'opzione, il reddito è tassato in capo alle società partecipanti e non in capo alla società partecipata che lo ha prodotto.

L'imputazione del reddito o della perdita di esercizio avviene nei periodi d'imposta delle società partecipanti in corso alla data di chiusura dell'esercizio della partecipata, quindi per competenza e non per cassa.

Le eventuali perdite della partecipata relative ad esercizi precedenti all'opzione possono essere compensate con le quote di reddito del periodo "di trasparenza", secondo le ordinarie regole di riporto delle perdite previste dal TUIR.

Inoltre, le ritenute operate a titolo di acconto sui redditi della società partecipata, i crediti d'imposta e gli acconti versati si scomputano dalle imposte dovute dai singoli soci in base alla percentuale di partecipazione agli utili di ciascuno.

Il ricorso alla tassazione per trasparenza può costituire dunque una valida alternativa al consolidato fiscale, infatti:

- consente ai soci di compensare le perdite;
- evita la duplicazione d'imposta sui dividendi percepiti dai soci;
- può avere effetti positivi in termini di pianificazione fiscale ogni volta che dalla sua applicazione deriverà una compensazione tra imponibili positivi e risultati negativi.

Si tratta, in sostanza, degli stessi effetti prodotti dal consolidato, ma con adempimenti meno complessi e con requisiti meno stringenti.

²⁶ Art. 72, comma 1, lettera a

²⁷ Art. 118 e 132 TUIR

²⁸ Art. 2346 ultimo comma codice civile

L'opzione secondo quanto disposto al comma 4 dell'articolo 116, è irrevocabile per tre esercizi sociali della società partecipata e deve essere comunicata all'Amministrazione finanziaria entro la chiusura del primo di questi esercizi, quindi all'inizio come alla fine dell'anno, secondo le modalità che saranno stabilite da un provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate.

Il venir meno delle condizioni sopra descritte determina la cessazione dell'efficacia dell'opzione, con effetto all'inizio dell'esercizio sociale in corso della società partecipata.

L'ingresso di nuovi soci nella società partecipata non determina la perdita di efficacia dell'opzione, purchè i nuovi soci siano in possesso dei requisiti previsti ai commi 1 e 2 dell'articolo 116.

Nel primo esercizio di efficacia dell'opzione gli obblighi dell'acconto permangono anche in capo alla società partecipata. Pertanto gli acconti potranno essere versati dalla società e scomputati dalle imposte dovute dai singoli soci o versati direttamente dalle singole società.

In caso di mancato rinnovo dell'opzione, invece, la società partecipata e i suoi soci dovranno determinare l'acconto senza considerare gli effetti dell'opzione stessa.

Di particolare interesse è la disposizione contenuta nel comma 8 dell'articolo 116 che prevede una responsabilità solidale tra società partecipata e le partecipanti per le imposte, le sanzioni e gli interessi dovuti da ciascuna, in relazione al reddito imputato per trasparenza.

La convenienza del ricorso alla tassazione per trasparenza per le società di capitali può essere individuata nei seguenti due punti:

- consente ai soci di compensare le perdite;

- evita la duplicazione d'imposta sui dividendi percepiti dai soci.

Un esempio numerico potrà far meglio comprendere i vantaggi.

Tassazione ordinaria (in capo alla società)

Reddito imponibile.....	100.000,00
Ires 33% (su 100.000,00).....	33.000,00
Distribuzione dividendo.....	67.000,00
Ires 33% su 5% di 67.000,00.....	1.105,00
Ires TOTALE.....	34.105,00

Tassazione per trasparenza (in capo ai soci)

Reddito imponibile.....	100.000,00
Ires 33% su 100.000,00.....	33.000,00

La successiva distribuzione del dividendo non è soggetta ad imposte

Ires TOTALE.....	33.000,00
------------------	-----------

Altrettanto interessante sembra essere il disposto dell'articolo 117 che prevede la possibilità per la società a ristretta base proprietaria di optare per l'istituto della trasparenza fiscale. Tale regime si applica, con le stesse modalità ed alle stesse condizioni sopra descritte, anche alle società a responsabilità limitata ed alle cooperative²⁹, a condizione che:

- i soci siano esclusivamente persone fisiche (non S.p.A, S.r.l, S.a.p.a, ecc.);

²⁹ Articolo 117 del TUIR

- il numero dei soci non sia superiore a 10 per le società a responsabilità limitata e a 20 per le cooperative;
- la società abbia realizzato ricavi in misura non superiore alla soglia prevista per l'applicazione degli studi di settore³⁰;
- la società non posseda né acquisti partecipazioni che generano plusvalenze esenti.

In presenza di tali requisiti le s.r.l. e le cooperative possono scegliere tra il regime ordinario IRES ed il regime alternativo IRES per trasparenza, con tassazione in capo al singolo socio.

In ordine al limite di ricavi della società partecipata, è da ritenere che il richiamo agli studi di settore debba essere inteso unicamente per l'individuazione della soglia sopra la quale non può trovare applicazione l'istituto della trasparenza. Pertanto la mancata approvazione od applicazione degli studi di settore non dovrebbe costituire causa di impedimento all'esercizio dell'opzione per la tassazione per trasparenza.

Per le società a ristretta base proprietaria non è richiesto il possesso da parte di ciascuno dei soci di una percentuale dei diritti di voto nell'assemblea di cui all'art. 2346 codice civile e di partecipazione agli utili non inferiore al 10 per cento. Pertanto, l'istituto della trasparenza fiscale risulta consentito anche alle società nelle quali contemporaneamente alcuni soci abbiano partecipazioni inferiori o superiori al 10 per cento, o il 100 per cento del capitale sociale.

L'articolo 117 indica espressamente come causa di esclusione dalla tassazione per trasparenza il possesso o l'acquisto di partecipazioni aventi i requisiti di cui all'art. 88 del

³⁰ Euro 5.164.680,99

TUIR³¹. Le altre cause di esclusione possono essere individuate nella trasformazione della società, nell'ingresso nella compagine sociale di una società di capitali, nell'incremento dei ricavi sopra la soglia degli studi di settore.

Il reddito della società partecipata sarà imputato a ciascun socio in proporzione alla sua quota di partecipazione agli utili ed indipendentemente dalla sua effettiva percezione. La quota di reddito imputata al socio concorrerà alla formazione del reddito complessivo dello stesso ai fini IRES, con applicazione delle aliquote progressive proprie dell'imposta. Gli utili tassati per trasparenza non concorrono, in caso di distribuzione, a formare il reddito complessivo dei soci.

Anche nel ricorso alla tassazione per trasparenza per le società a ristretta base proprietaria si possono individuare i seguenti vantaggi:

- consente ai soci di compensare le perdite;
- evita la duplicazione d'imposta sui dividendi percepiti dai soci.

Si ipotizzi il caso di una s.r.l. unipersonale con un utile di 100.000,00 Euro.

Tassazione ordinaria (in capo alla società)

Reddito imponibile.....100.000,00

Ires 33%.....33.000,00

Distribuzione del dividendo....67.000,00

Ires 40% di 67.000,00.....6.686,00

Totale imposte.....39.686,00

Tassazione per trasparenza (in capo ai soci)

³¹ Participation exemption

Reddito imponibile.....100.000,00 SOCIETA' BETA
SOCIETA' ALFA

Ires 33%.....33.000,00

La successiva distribuzione del dividendo non è soggetta ad imposte

Totale imposte.....33.000,00.

1.10 Il consolidato nazionale

Con la facoltà prevista dalla *legge delega* di optare per il consolidamento delle posizioni fiscali relative a più società che fanno parte dello stesso gruppo fa ingresso nel nostro ordinamento il riconoscimento del gruppo d'impresa ai fini dell'imposizione sul reddito. L'esercizio di tale facoltà e le relative conseguenze sono disciplinati dall'art. 117 al 129 del nuovo TUIR. La legge delega, prevede che la tassazione di gruppo si realizzi mediante la "somma algebrica degli imponibili", attraverso l'aggregazione dei dati di tutte le società che partecipano al gruppo in una unica dichiarazione riepilogativa.

In buona sostanza, il meccanismo di consolidamento prescelto dovrebbe consistere nel semplice consolidamento delle basi imponibili.

Chiariamo con un esempio numerico

Imponibile		Imponibile	-50
Imposta sul reddito	33	Imposta sul reddito	0
Crediti	5	Crediti	2

CONSOLIDAMENTO



Procedendo alla somma algebrica degli imponibili si avrà:

$$\text{Imponibile } (100-50) = 50$$

$$\text{Imposta } (33\%) = 16,5$$

$$\text{Saldo } (16,5-5-2) = 9,5$$

La norma conferisce la facoltà di optare per la tassazione di gruppo a ciascuna società che vi partecipa. Tale opzione rimane irrevocabile per un triennio, salvo che venga meno il requisito del controllo.

In particolare, la legge delega prevede:

- che per poter usufruire delle disposizioni relative al consolidato fiscale la società controllante debba essere residente oppure con una stabile organizzazione in Italia;
- che l'opzione per la tassazione di gruppo possa essere esercitata esclusivamente dalle società controllate residenti;
- la possibilità che vengano escluse dall'esercizio di opzione le società che svolgano determinate attività diverse da quella della controllante;

- la bilateralità dell'opzione che deve essere esercitata congiuntamente da ogni società controllata e dalla società o ente controllante;
- la irrevocabilità dell'opzione per un periodo pari a tre esercizi sociali, salva l'ipotesi di mutamento delle disposizioni per la determinazione del reddito d'impresa a seguito dell'adeguamento ai principi contabili internazionali di cui al Regolamento CE n. 1606/2002 e salva, in ogni caso, l'ipotesi di uscita dal gruppo prima del compimento del triennio.
- la previsione di un requisito di controllo "rilevante" che si realizza in presenza di una percentuale di partecipazione superiore al 50% del capitale sociale e dell'utile di bilancio della società controllata, tale requisito deve essere determinato tenendo conto dell'effetto moltiplicativo indotto dalla catena societaria di controllo.

La norma prevede che il consolidamento avvenga tramite la determinazione di una base imponibile pari alla somma delle basi imponibili delle società partecipanti al consolidato.

Anche con riferimento alle società non interamente controllate, il consolidamento avverrà sull'intera base imponibile della partecipata. Ciò trova conferma anche dal confronto con la disciplina del consolidato mondiale, la quale invece espressamente prevede che, diversamente dal caso nazionale, la somma algebrica delle basi imponibili sarà proporzionale alla quota di partecipazione detenuta.

Pertanto, a prescindere dalla percentuale di partecipazione che lega le controllate alla controllante, quest'ultima assolve le imposte calcolate sull'intera base imponibile del gruppo.

In altri termini, il consolidamento degli imponibili determina la compensazione di utili e perdite di diversi soggetti passivi.

Di conseguenza, al fine di evitare che la società che trasferisce le perdite risulti penalizzata dall'impossibilità di utilizzare le perdite trasferite in compensazione dei redditi futuri, dovranno essere adeguatamente definiti i rapporti tra le società che partecipano al consolidato al fine di compensare le società che trasferiscono al gruppo imponibili negativi. La determinazione dei versamenti compensativi consentirebbe anche di tener conto della posizione degli azionisti di minoranza delle società controllate posto che il gruppo consoliderà anche le perdite e gli utili a questi imputati.

Infatti, nell'ipotesi in cui una società partecipata anche da soggetti esterni al gruppo apporti imponibili negativi, ai soci di minoranza deve essere riconosciuto il beneficio connesso alla possibilità di compensare le perdite dell'esercizio con i redditi futuri.

La norma prevede un regime facoltativo di neutralità fiscale per gli scambi di beni, diversi da quelli suscettibili di produrre ricavi o plusvalenze qualificabili per l'esenzione, che avvengono tra società che hanno esercitato l'opzione per la tassazione di gruppo, salvo il recupero a tassazione della residua differenza tra valore contabile e valore fiscalmente riconosciuto nel caso di interruzione della tassazione di gruppo prima del compimento del triennio o del mancato rinnovo dell'opzione al termine di tale ultimo periodo.

La norma dispone che per l'applicazione del consolidato vi deve essere identità del periodo d'imposta per ciascuna società del gruppo, fatta eccezione per i casi di operazioni straordinarie relativamente alle quali dovranno prevedersi apposite regole.

In dottrina³² si è ritenuto che l'identità del periodo d'imposta sia soddisfatta ogni qualvolta vi sia corrispondenza nella chiusura del periodo d'imposta e nella durata del periodo d'imposta.

E' prevista inoltre una esenzione totale di imposta per i dividendi infragruppo distribuiti.

1.11 Il consolidato mondiale

Questo nuovo istituto è stato introdotto nel nostro ordinamento al fine di consentire, a determinate condizioni, il consolidamento dei redditi anche delle società controllate non residenti.

Il consolidato mondiale, tuttavia, non consente una integrale compensazione dei redditi complessivi netti delle società partecipanti come avviene in quello nazionale, ma prevede

³² Rossi, Scarioni, "Consolidato fiscale domestico", Boll. Trib, 2002 pag. 1131

una imputazione per “trasparenza” alla società controllante residente in Italia dei risultati reddituali conseguiti dalle società controllate estere, determinati sulla base delle regole vigenti in Italia, nei limiti della quota di partecipazione posseduta. In questo modo è consentita la compensazione in capo alla controllante residente anche di eventuali perdite prodotte dalle controllate non residenti.

L’opzione per il consolidato mondiale tiene conto ulteriormente del fatto che le società controllate estere sono residenti in paesi con ordinamenti diversi dal nostro, compresi i paesi a fiscalità privilegiata.

Di conseguenza l’opzione:

- può essere esercitata esclusivamente dalla società o ente controllante di grado più elevato residente in Italia;
- deve includere tutte le controllate estere;
- è irrevocabile per un periodo pari ad almeno cinque esercizi del soggetto controllante, mentre i successivi rinnovi devono avere validità almeno triennale.

Le nuove disposizioni sul consolidato mondiale, a tutela delle ragioni erariali, impongono particolari obblighi alle imprese che intendono beneficiare di detto regime. In particolare, è prevista l’effettuazione della revisione contabile dei bilanci di tutte le società che partecipano al consolidato e il rilascio di una attestazione da parte di ciascuna delle controllate estere in cui si assicura il consenso alla revisione del proprio bilancio e l’impegno a fornire collaborazione al soggetto controllante.

Infine, entro il primo esercizio di efficacia dell'opzione per il consolidato mondiale, è stato previsto l'obbligo per la controllante residente di presentare un interpello preventivo all'Agenzia delle Entrate per permettere di verificare la sussistenza dei requisiti di validità dell'opzione. L'Agenzia può subordinare l'accoglimento di detta istanza all'assunzione da parte del controllante di adempimenti specificamente finalizzati ad una maggiore tutela degli interessi erariali.

1.12 Esclusione dei dividendi distribuiti dalla CFC

La tassazione del reddito della CFC per trasparenza nei riguardi del controllante residente comporta che la successiva distribuzione dell'utile da parte della CF, in forma di dividendo, non concorra alla formazione del reddito del predetto controllante fino all'ammontare del reddito assoggettato a tassazione per trasparenza, nell'esercizio di competenza o in precedenti. Questa misura tende ad evitare fenomeni di doppia imposizione economica dello stesso reddito. Per parte sua, l'eventuale quota di utili distribuita in eccedenza verrà tassata integralmente in capo al percettore, in applicazione di quanto stabilito dagli artt. 47, comma 4, e 89, comma 3, del TUIR. Questa stessa disciplina, basata sull'integrale tassazione del dividendo ricevuto dal "paradiso fiscale", si applica altresì qualora l'entità della partecipazione non determini l'applicazione del regime CFC, che è regime di tassazione speciale, rispetto a quello ordinariamente previsto per il caso di percezione di dividendi da paradisi fiscali. In termini comparativi, emerge pertanto che, qualora non risulti applicabile la disciplina CFC, il dividendo riveniente da un

paradiso fiscale sia concretamente esposto a fenomeni di doppia imposizione in senso economico, quando la tassazione locale sia congrua, ma non esista scambio di informazioni adeguato fra lo Stato estero e l'Amministrazione Finanziaria italiana, e si ritenga per questa ragione non ammissibile la presentazione di interpelli volti a dimostrare che dalla partecipazione non sia conseguito l'effetto di localizzare il reddito in Stati o territori a regime fiscale privilegiato. Da rilevare infine che, qualora la presentazione di interpello per la disapplicazione del regime CFC sia volta a dimostrare l'effettivo esercizio nel paradiso fiscale di un'attività d'impresa (art. 167, comma 5, lettera "a"), la tassazione dell'utile della CFC sarà rinviata al momento della percezione di esso come dividendo, ma avverrà in misura piena. Qualora l'interpello miri a dimostrare l'assenza di localizzazione abusiva³³ e si giudichi tale interpello ammissibile, la tassazione dell'utile sarà del pari rinviata al momento di percezione di esso quale dividendo, con applicazione del regime ordinario, nel corso delle relative condizioni.

La recente Circolare Ag. Entrate n. 10/E del 16 marzo 2005, nell'esaminare il caso in cui il reddito tassato per trasparenza sia in effetti minore dell'utile civilistico distribuibile conclude che i dividendi distribuiti in eccedenza rispetto a tale utile, concorrono in generale in misura integrale alla formazione del reddito imponibile. Detti utili, tuttavia, seguono l'ordinario regime di esclusione ex artt. 47 e 89 se è stata ritenuta valida la dimostrazione, a seguito di esercizio di interpello, che dalla partecipazione non si sia conseguito un effetto di delocalizzazione del reddito.

La regola di non tassazione del dividendo già assoggettato a tassazione per trasparenza come utile da CFC, relativamente semplice in caso di

³³ Art. 167, comma 5, lettera "b"

partecipazione diretta, richiede opportuni strumenti applicativi nel caso in cui la percezione del dividendo avvenga attraverso soggetti intermedi “non CFC”.

Inoltre, il sistema richiede che sia stabilito un metodo di calcolo di costo della partecipazione, includendo in esso l’ammontare degli utili tassati per trasparenza e non acquisiti per distribuzione, in modo che, in caso di vendita della partecipazione, la quale di principio non accede al regime di esenzione³⁴, non si verifichino effetti di doppia imposizione economica.

In merito dispongono i commi 4 e 5 dell’art. 3 del D.M. n. 429. Il primo dei due pone la regola per cui gli utili distribuiti dalla CFC non concorrano a formare il reddito complessivo del partecipante residente fino a concorso dell’ammontare complessivo dei redditi tassati per trasparenza. Come chiarisce la Relazione tecnica, la regola non comporta alcun onere da individuare se la CFC distribuisca o meno utili corrispondenti a quelli tassati per trasparenza presso il residente, funzionando essa per massa, con riferimento al totale degli utili tassati per trasparenza all’atto della distribuzione, anche quindi con riferimento, nei limiti di tale massa, ad utili formati anteriormente all’attivazione del regime CFC.

Quando il rimpatrio degli utili prodotti dalla CFC passa attraverso società non residenti intermedie, vale la regola per cui i dividendi distribuiti dall’anello a contatto diretto con il controllante residente si presumono quelli della CFC fino a concorso dei dividendi distribuiti dalla CFC ai suoi partecipanti. Trattasi di presunzione assoluta, da applicarsi prioritariamente rispetto ad altri regimi interni.

Nei casi in cui la CFC ha perdite, la normativa CFC non si risolve in un meccanismo che consente il trasferimento delle perdite della stessa al soggetto residente, infatti l’art. 167 si

riferisce ai “redditi” e non alle perdite³⁵, e non dà quindi accesso nel perimetro della normativa CFC alle perdite delle controllate estere. Tuttavia l’art. 5, comma 3, D.M. 21 novembre 2001 prevede che le perdite della CFC determinano automaticamente una riduzione per il soggetto residente del valore fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni nella CFC , e che tale valore rileverà nei riguardi di future cessioni di partecipazioni del soggetto non residente che beneficino della *participation exemption*.

In virtù del rinvio operato dall’art. 168, comma 1, all’art. 167, le disposizioni sulla detassazione dei dividendi distribuiti di cui all’art. 167, comma 7, si applicano in capo al soggetto residente anche con riguardo agli utili distribuiti dalle CFC “collegate” ex art. 168.

³⁴ Art. 87, comma 1, lettera “c” del TUIR

le imposte pagate all'estero

L'istituto del credito per le imposte pagate all'estero, è il meccanismo che viene adottato per eliminare la doppia imposizione sui redditi della CFC, quando essi siano tassati sia nello Stato di residenza della controllante che nello Stato di residenza della CFC.

L'art. 167 del Tuir prevede ai commi 6 e 7, che sono ammesse in detrazione, ai sensi dell'art. 165, le imposte pagate all'estero a titolo definitivo. L'art.165 comma 1, prevede che se alla formazione del reddito complessivo concorrono redditi prodotti all'estero, le imposte ivi pagate a titolo definitivo su tali redditi sono ammesse in detrazione dall'imposta netta fino alla concorrenza della quota di imposta italiana corrispondente al rapporto tra i redditi prodotti all'estero e il reddito complessivo al lordo delle perdite di precedenti periodi di imposta ammesse in diminuzione.

L'art. 165 si riferisce alle imposte estere proprie del soggetto residente, quindi, poiché il reddito della CFC viene imputato al soggetto italiano, sono le imposte assolte dall'impresa estera ad essere riconosciute a credito in capo al soggetto italiano³⁶.

La detrazione delle imposte pagate all'estero deve avvenire secondo il principio sancito dall'art. 165, dato dal rapporto tra il reddito estero e reddito complessivo, che è sempre uguale all'unità, con la conseguenza che la detrazione è sempre ammessa nei limiti dell'imposta dovuta in Italia³⁷.

³⁵ Differente dalla nozione di "reddito imponibile" di cui all'art. 115, inclusivo anche delle perdite della partecipata ai fini della trasparenza fiscale.

³⁶ Circolare Assonime 18 dicembre 2000, n. 65, paragrafo 2.12.

³⁷ Relazione ministeriale al D.M. 429/2001.

La tassazione del reddito della CFC avviene separatamente dal reddito proprio del soggetto partecipante, anche il calcolo previsto dall'art. 165 deve essere effettuato separatamente, nel senso che “la quota d'imposta italiana”, fino a concorrenza della quale l'imposta estera è ammessa in detrazione, dovrebbe essere determinata ponendo al numeratore ed al denominatore del rapporto dell'art. 165 unicamente il reddito d'impresa estera³⁸. Se l'utile realizzato dalla impresa partecipata è tassato all'estero per il suo intero ammontare, mentre al soggetto controllante viene imputata solo una parte dello stesso, le imposte pagate all'estero sono ammesse in detrazione proporzionalmente ridotte.

Tenuto conto che la normativa sulle imprese estere partecipate dispone l'imputazione per trasparenza del reddito del “soggetto non residente”, la detrazione delle imposte deve avvenire separatamente per ciascun soggetto partecipato estero, anche nel caso in cui il soggetto italiano detenga più partecipazioni di controllo in diverse CFC, residenti o localizzate nel medesimo paese RFP³⁹.

Come espressamente disposto dall'art. 165 del Tuir, la detrazione deve essere richiesta, a pena di decadenza, nella dichiarazione dei redditi relativa al periodo d'imposta cui appartiene il reddito prodotto all'estero, a condizione che il pagamento avvenga prima della sua presentazione. Se l'imposta dovuta in Italia per l'esercizio nel quale il reddito estero ha concorso a formare la base imponibile è stata già liquidata, si procede ad una nuova liquidazione tenendo conto dell'eventuale maggior reddito estero e la detrazione si opera dall'imposta dovuta per l'esercizio cui si riferisce la dichiarazione.

³⁸ Circolare Assonime 18 dicembre 2000, n. 65, paragrafo 2.12.

³⁹ Non trova applicazione il comma 3 dell'art. 165, secondo il quale la detrazione deve essere applicata separatamente per ciascuno Stato.

Può accadere che le imposte pagate all'estero sui redditi prodotti dalla CFC eccedano le imposte pagate in Italia sui medesimi redditi, in tal caso l'eccedenza dell'imposta è utilizzabile nei periodi d'imposta precedenti o successivi secondo quanto previsto dall'art.165.

Tale normativa è applicabile anche nei confronti di partecipazioni di controllo in soggetti esteri, relativamente ai redditi derivanti dalle loro S.O. localizzate in Paesi RFP⁴⁰.

In virtù del rinvio operato dall'art. 168, comma 1, all'art. 167, le disposizioni relative al credito d'imposta si applicano anche alle società "collegate".

1.14 Dichiarazione e scritture contabili.

⁴⁰ Art. 167 comma 6 TUIR.

Il soggetto controllante deve dichiarare i redditi dell'impresa, società o ente non residente in apposito prospetto allegato alla propria dichiarazione dei redditi, agli effetti delle imposte sui redditi dovute dai partecipanti.

Ai fini dell'applicazione dell'articolo 2, il bilancio ovvero altro documento riepilogativo della contabilità di esercizio redatti secondo le norme dello Stato o territorio in cui risiede o è localizzata l'impresa, la società o l'ente non residente costituisce parte integrante del prospetto di cui al comma 1 del D.M. 21 novembre 2001.

Le disposizioni appena enunciate non si applicano se il soggetto che esercita il controllo ai sensi dell'art 2359, primo comma, del codice civile, o i soggetti da esso partecipati non possiedono partecipazioni agli utili.

Su richiesta dell'Amministrazione finanziaria, il soggetto controllante deve fornire, entro trenta giorni, idonea documentazione dei costi di acquisizione dei beni relativi all'attività esercitata nonché delle componenti reddituali rilevanti ai fini della determinazione dei redditi o delle perdite, compresi i compensi di cui all'art. 3, comma 6.

In caso di controllo esercitato da un soggetto non titolare di reddito di impresa interamente tramite una società o un ente residente, le disposizioni del presente articolo si applicano a quest'ultimo soggetto.

1.15

L'applicazione delle

norme antielusive

Nel nostro ordinamento giuridico non esiste una definizione generale di elusione fiscale o, meglio, si può dire che il nostro ordinamento contiene sia una disposizione antielusiva tendenzialmente generale⁴¹, sia svariate disposizioni antielusive cosiddette particolari (fiscalità internazionale, CFC, transfer pricing, ecc).

In generale, un fenomeno si definisce elusivo qualora un soggetto passivo d'imposta, al fine di porre in essere un risparmio d'imposta, è autore di atti giuridici solo formalmente rispettosi della norme ma di fatto idonei ad aggirare obblighi e divieti tributari⁴².

L'elusione, dunque, si esprime attraverso delle "scappatoie" ammesse formalmente ma finalizzate ad aggirare un obbligo tributario in previsione di procurarsi un risparmio fiscale.

In dottrina, al riguardo, è stato rilevato che l'evasione è *contra legem*, l'elusione, invece, è *extra legem*.

⁴¹ Art. 37-bis del D.P.R. n. 600 del 1973.

⁴² Cfr. A. Lovisolo, *Evasione ed elusione fiscale*, in Enc. Giur. Treccani, vol. XIII, Roma 1989.

Il soggetto, nel perpetrare l'elusione, giustifica il proprio comportamento, basato sulla scelta delle diverse possibilità offerte dall'ordinamento giuridico, con il fatto che non vi è alcuna norma che impedisca ai contribuenti di ridurre, lecitamente, l'onere fiscale.

Per combattere l'elusione, l'Amministrazione finanziaria si serve anche dello strumento dell'accertamento analitico-induttivo ex art. 39 comma 1 lett. d) del D.P.R. n. 600 del 1973 basato, esclusivamente, sull'antieconomicità delle scelte dell'imprenditore e va oltre il limite massimo dei poteri attribuiti alla stessa dal legislatore, senza comunque calpestare il principio di libertà imprenditoriale.

In merito ai comportamenti posti in essere allo scopo della riduzione dei redditi imputabili, possono essere menzionati casi in cui la norma antielusiva trova applicazione: perdita di controllo conseguente alle dimissioni volute, non fittizie, non prive di valide ragioni economiche e finalizzate esclusivamente ad ottenere un vantaggio fiscale identificabile nella minimizzazione del carico fiscale gravante sui redditi della società estera controllata; perdita di controllo derivante da dimissioni simulate, ovvero fittizie, attuate allo scopo di interporre fittiziamente un altro soggetto nella titolarità di tutta o parte della quota di controllo per il tempo necessario al fine di non integrare la fattispecie prevista dall'art. 127-bis.

L'art. 3 del regolamento puntualizza che la perdita del controllo deve essere di carattere temporaneo, e quest'ultimo è assunto come indice della strumentalità del comportamento allo scopo di evitare il prelievo.

Contro il frazionamento del controllo viene stabilito che per le persone fisiche si tiene conto anche dei voti spettanti ai familiari, e l'impossibilità, quindi, di sommare tali voti a quelli spettanti a soggetti non appartenenti al nucleo familiare quali le società o gli altri enti.

Appartengono all'area delle norme antielusive anche le seguenti previsioni di specie: l'introduzione di limiti all'utilizzo di perdite fiscali anteriori all'ingresso nel gruppo e la regolamentazione dell'attribuzione di quelle residue nel caso di scioglimento totale o parziale dello stesso; il riallineamento del valore della corrispondente quota di patrimonio netto contabile della partecipazione nella società consolidata a quello fiscalmente svalutato, nell'ipotesi di divergenza per difetto del primo dal secondo.

La ratio dell'utilizzazione delle perdite pregresse è intuitiva, poiché risponde all'esigenza di evitare aggiramenti della disciplina fiscale prevista dall'art. 102 del Tuir, rilevabili allorché l'inclusione nel consolidato costituisca una modalità per recuperare attraverso l'imputazione alla controllante, un utilizzo di perdite altrimenti precluso alla società che le ha generate.

Infine, la disposizione relativa ai disallineamenti di valori della partecipazione risponde all'obiettivo di trasferire sul patrimonio della controllata gli effetti delle svalutazioni operate dalla controllante, che hanno portato il valore fiscale riconosciuto al di sotto di quello misurato dalla corrispondente quota di patrimonio netto contabile.

La previsione che prende in considerazione una fattispecie di costo connessa alla gestione di partecipazioni (ex lettera d art. 4 in commento) trova la propria giustificazione nella possibilità riconosciuta dall'ordinamento senza limitazioni particolari, fino all'entrata in vigore del D.L. 24 ottobre 2002, di operare rettifiche di valore ai fini fiscali anche in deroga ai criteri di valorizzazione contemplati dalla disciplina civilistica⁴³.

Uno dei campi tipici della richiamata applicazione è stato rappresentato in passato dall'ipotesi di distribuzione di riserve di utili pregresse cui conseguiva una diminuzione

del patrimonio netto della società partecipata, che nel meccanismo di calcolo previsto, per i titoli non negoziati, dall'art. 61, comma 3, lettera b) del Tuir, rilevata come misura della svalutazione, fiscalmente riconosciuta, del costo di acquisto della partecipazione stessa.

La regola introdotta dalla delega dell'abbattimento del valore fiscale "della corrispondente quota di patrimonio netto contabile" della partecipazione per riallinearla al valore fiscale svalutato, rinvia la propria ratio nell'esigenza di trasferire sul patrimonio di riferimento della partecipazione svalutata e, di conseguenza, sul valore fiscalmente rilevante degli elementi dell'attivo e del passivo della società partecipata ed avrebbe potuto generare un duplice vantaggio fiscale: una prima volta al momento della deduzione

della minusvalenza da valutazione; una seconda in corrispondenza dei seguenti eventi:

- Al momento della cessione della partecipazione svalutata, per effetto dell'erosione di una plusvalenza tassabile ovvero dell'applicazione del regime della *participation exemption*.
- Al momento del verificarsi delle condizioni di rilevanza fiscale degli ammortamenti ed accantonamenti operati in esclusiva applicazione di norme civilistiche.

Per l'effetto di tale regola, la svalutazione fiscale della partecipazione, rimane consentita solo se si elimina la possibilità che da essa si propaghi un effetto moltiplicativo nelle riduzioni di imponibile.

1.16

L'istituto

dell'interpello

⁴³ Ex art. 2426, 2° comma Codice Civile.

L'interpello previsto in tema di CFC, è disciplinato dalla legge n. 342 del 21 novembre 2000, che ha demandato al regolamento di attuazione la disciplina delle modalità e dei termini per l'interpello, emanato poi, il 21 novembre 2001 con il D.M. n. 429.

Il quadro normativo di riferimento è completato con l'emanazione della Circolare della Agenzia delle Entrate n. 18 del 12 febbraio 2002 e n. 29 del 23 maggio 2003.

L'art. 167, comma 5, del Tuir precisa che le disposizioni del comma 1 non si applicano se il controllante residente dimostra alternativamente:

- l'attività commerciale o industriale effettivamente svolta dalla CFC;
- che dalla partecipazione nella CFC non consegue l'effetto di localizzare i redditi nel paradiso fiscale.

A tal fine il contribuente deve interpellare preventivamente l'Amministrazione Finanziaria ai sensi della legge n. 212 del 27 luglio 2000 che disciplina l'interpello ordinario (o generale).

L'interpello ordinario è un diritto, esso dispone che ciascun contribuente può inoltrare per iscritto all'Amministrazione Finanziaria specifiche istanze di interpello.

L'interpello dell'art. 167, comma 5, non è una facoltà e nemmeno un diritto è un onere per il contribuente.

L'interpello ordinario (o generale) è diretto a risolvere questioni interpretative su fattispecie caratterizzate da obiettive condizioni di incertezza.

L'interpello CFC ha una forte somiglianza con l'interpello negativo (o correttivo), cioè consente al contribuente di chiedere la disapplicazione di una norma antielusiva.

Affinchè la norma di cui all'art. 167 comma 1 sia bloccata, il contribuente deve dimostrare quanto precedentemente detto, quindi anche in questo tipo di interpello, come in quello cosiddetto negativo, l'onere della prova si inverte, cioè è il contribuente che deve dimostrare all'Amministrazione Finanziaria che ricorrono le condizioni (almeno una) per disapplicare l'art. 167 del Tuir.

Il soggetto interessato è il soggetto residente controllante, persona fisica o persona giuridica; in particolare per le società di capitali, l'interpello può essere presentato oltre che dal legale rappresentante, anche dal procuratore generale o speciale⁴⁴.

L'istanza obbligatoria di interpello deve essere presentata all'Agenzia delle Entrate Direzione Centrale Normativa e Contenzioso per il tramite della Direzione Regionale competente per territorio e deve essere consegnata a mano o spedita a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento.

La risposta al contribuente avviene direttamente dalla Direzione Centrale Normativa e Contenzioso.

L'istanza deve avere gli stessi requisiti minimi previsti per l'interpello ordinario più quelli specifici per questo tipo di interpello. Pertanto essa deve contenere a pena inammissibilità⁴⁵:

- i dati identificativi del contribuente e del legale rappresentante (con specificazione della denominazione sociale, del domicilio fiscale e del codice fiscale);

⁴⁴ In tal caso la procura deve essere conferita secondo le modalità stabilite dall'art. 63 del D.P.R. 600/73

⁴⁵ Circ. n. 18/E del 12 febbraio 2002

- l'identificazione della controllata estera per la quale si chiede la disapplicazione dell'articolo 167;
- l'indicazione del domicilio del contribuente o dell'eventuale domiciliatario presso il quale devono essere effettuate le comunicazioni dell'Amministrazione;
- la documentazione idonea a dimostrare l'esistenza di almeno una delle due esimenti;
- la sottoscrizione del contribuente o del legale rappresentante.

La mancata sottoscrizione è sanata se il contribuente provvede alla regolarizzazione entro 30 giorni dall'invito della Direzione Regionale.

In presenza di una di queste cause di inammissibilità, l'istanza non produce gli effetti tipici dell'interpello e l'eventuale mancata risposta nei 120/180 giorni successivi non può considerarsi come implicito accoglimento della stessa.

La risposta della Direzione Centrale Normativa e Contenzioso deve essere resa al contribuente entro 120 giorni dalla data di consegna dell'istanza o dalla data di ricezione, che diventano 180 nel caso in cui la CFC già operi nel periodo d'imposta in corso.

Decorsi tali termini senza nessuna pronuncia espressa, l'istanza si intende accolta e quindi il contribuente sarà esonerato dagli obblighi previsti dall'art. 167 in relazione alla partecipazione detenuta nella CFC.

Gli effetti dell'interpello sono i seguenti:

- la risposta dell'Agenzia vincola l'operato degli uffici con riferimento a quella determinata CFC, quindi l'avviso di accertamento è radicalmente nullo.
- La risposta dell'Agenzia produce effetti a decorrere dal periodo di imposta per il quale il termine di presentazione della relativa dichiarazione dei redditi scade successivamente alla comunicazione della risposta da parte dell'Agenzia.
- La risposta dell'Agenzia permette la disapplicazione dell'art. 167 anche per i periodi di imposta successivi a quello richiamato, a condizione che le circostanze e i presupposti in base ai quali è stato fornito parere favorevole non siano mutati. Se questo cambiamento c'è stato, il contribuente dovrà riproporre istanza di interpello descrivendo tutti i mutamenti verificatisi. Se non fornisce questa dimostrazione, non potrà beneficiare della disapplicazione anche per i periodi di imposta successivi.
- Se il soggetto residente cede ad un altro soggetto residente il controllo di una CFC per la quale sia stato già ottenuto l'assenso alla disapplicazione dell'art. 167, il nuovo controllante, per poter beneficiare del parere favorevole, dovrà comunicare all'Agenzia delle Entrate tale circostanza, indicando gli estremi identificativi della controllata estera e del soggetto residente che aveva precedentemente presentato l'istanza di interpello.

E' importante precisare che, con la riforma fiscale⁴⁶, i dividendi provenienti da soggetti residenti in paradisi fiscali concorreranno alla formazione del reddito della controllante residente per il 100%, a meno che non ci sia stata

risposta positiva all'istanza di interpello CFC e quindi si sia ottenuta la disapplicazione dell'art. 167 del Tuir. In tal caso concorreranno anch'essi alla formazione del reddito imponibile della controllante residente solo per il 5%.

CAPITOLO 2

LA DISAPPLICAZIONE DELLE DISPOSIZIONI CONTENUTE NELL'ARTICOLO 167 DEL TESTO UNICO DELLE IMPOSTE SUI REDDITI

⁴⁶ Art. 47, comma 4 del Tuir

2.1 Modalità e disapplicazione.

Con una serie di risoluzioni dell’Agenzia delle Entrate la Direzione Centrale Normativa e Contenzioso ha ribadito che per le società, la cui casa madre è localizzata in un paese incluso nella black list, non è operante la disapplicazione prevista dal comma 5 dell’art. 127 – bis, comma 1, del Testo Unico delle Imposte sui Redditi, approvato con DPR 22 dicembre 1986, n. 917, in quanto è necessario provare che la società stessa svolga effettivamente l’esercizio di un’attività economica con una adeguata struttura nel territorio in cui ha sede.

Le quattro risoluzioni⁴⁷ sono state emanate a seguito di rispettive istanze di interpello⁴⁸ che hanno permesso di arricchire la casistica delle ipotesi che possono sfuggire alla disposizione antielusiva sopracitata, chiarendo le ipotesi in cui è possibile rinvenire i presupposti di disapplicazione dell’art. 127 bis del Tuir.

Tale disposizione, come è noto, è stata inserita dall’art. 1, comma 1, della L. 342/200 per contrastare pratiche elusive attuate mediante partecipazioni di controllo in imprese estere localizzate in Paesi e territori a fiscalità privilegiata.

Due sono i presupposti di disapplicazione dell’art. 127 bis:

1. la società estera partecipata deve svolgere effettivamente un’attività industriale o commerciale nello Stato o territorio estero in cui è localizzata;
2. dal possesso della partecipazione non deve conseguire il risultato di localizzare i redditi in territori in cui essi sono sottoposti ad un regime fiscale privilegiato.

In estrema sintesi scopo della normativa CFC è quello di attrarre a tassazione in Italia (Paese di residenza della controllante) i redditi prodotti dal soggetto estero partecipato,

⁴⁷ 386, 387, 388, 389/E dell’Agenzia delle Entrate

qualora quest'ultimo sia localizzato in uno Stato o territorio estero a regime privilegiato o sia comunque sottoposto ad un prelievo notevolmente ridotto in virtù di disposizioni dello Stato estero volte ad incentivare gli investimenti stranieri.

In relazione al primo presupposto indicato dalla disposizione antielusiva l'Agenzia delle Entrate, con una delle risoluzioni sopra citate, ha aggiunto alla casistica generale un ulteriore principio ovvero quello di non ritenere la precitata norma applicabile nel caso in cui nella struttura societaria della controllata si individui un legame con la controllante, tale da escludere un'autonomia gestionale e decisionale della controllata stessa.

Nel caso di specie il legame era costituito dal fatto che l'amministratore della controllata era un dipendente della controllante, ed inoltre mancava la documentazione che comprovasse l'esistenza di un effettivo esercizio di attività commerciale o industriale nel paradiso fiscale.

Solo l'esistenza della prova di un'autonomia decisionale e strategica della controllata localizzata in paradisi fiscali consentirebbe l'esonero della norma sull'attrazione dei redditi in Italia.

Con riferimento al secondo presupposto l'Agenzia delle Entrate affronta un'ulteriore punto, riguardante le casistiche afferenti la localizzazione del reddito e delle prove che dimostrino l'effettività dell'attività commerciale.

In particolare i principi enucleati dalle risoluzioni fanno riferimento alla possibilità che il 75% del reddito venga prodotto al di fuori degli Stati a fiscalità privilegiata oppure che determinate società controllate dichiarino di avere branch⁴⁹ in stati presenti nella black list.

⁴⁸ Legge 27 luglio 2000 n.212

⁴⁹ Stabili organizzazioni

In tali ipotesi l'Agenzia delle Entrate ha precisato che è onere della parte dimostrare che la società abbia una stabile organizzazione nello Stato estero e che questa produca un fatturato che non sia solo contabile, ma che implichi in modo non equivoco un'attività materialmente svolta e diretta, ad esempio, alla conclusione di un numero consistente di contratti di lavoro e di contratti commerciali.

Un particolare rilievo merita, infine, la risoluzione 387/E che ha colpito la società controllata residente in Svizzera, con stabile organizzazione negli Emirati Arabi Uniti. In tale fattispecie la società Svizzera non è stata in grado di dimostrare che la sua attività industriale o commerciale si svolgesse effettivamente. Nel caso specifico il non aver dimostrato in modo ampio e soddisfacente l'effettiva attività commerciale della stabile organizzazione della controllata Svizzera non consente alla società italiana controllante di evitare l'applicazione dell'art. 127 – bis.

Pertanto se la controllante detiene il controllo di due società estere, entrambe residenti in paesi con fiscalità privilegiata, l'aver dimostrato che la seconda società controllata svolga un'attività industriale o commerciale non esime la prima, che a sua volta controlla la seconda società (branch), dall'onere di provare anch'essa l'effettivo svolgimento di tale attività.

2.2 Risoluzione Agenzia delle Entrate N. 63/E del 28/03/2007

Il soggetto controllante in oggetto ha chiesto la disapplicazione delle disposizioni contenute nell'articolo 167 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi, approvato con DPR 22 dicembre 1986 n. 917, in relazione ai redditi della società controllata.

La società istante controlla la società ALFA, con sede a Cipro, tramite la società statunitense BETA, a sua volta controllata per il 100 per cento.

Per i redditi prodotti dalla società controllata, l'istante ritiene si debba disapplicare, ai sensi dell'art. 167, comma 5, lettera b), del TUIR, il disposto del medesimo articolo 167, comma 1, in quanto dal controllo non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati in cui sono sottoposti a regimi fiscali privilegiati.

A tal fine, la medesima società evidenzia che:

- GAMMA ha acquisito il controllo di diritto totalitario di BETA, con sede negli USA;
- BETA è a capo di un gruppo composto di varie società operative;
- le società operative fanno capo a ALFA, residente a Cipro, che è a sua volta interamente controllata da BETA.

L'istante ritiene che l'effetto di localizzare dei redditi in un Paese con regime fiscale privilegiato, qual è Cipro, non si verificherebbe se gli utili prodotti da ALFA fossero distribuiti, sotto forma di dividendi, alla propria diretta controllante residente negli Stati Uniti, Paese non rientrante tra quelli a fiscalità privilegiata. Detti utili subirebbero, infatti, le imposte prima a Cipro nella misura del 10% e successivamente negli Stati Uniti (al momento della distribuzione) nella misura del 35% secondo le disposizioni tributarie ivi vigenti.

Affinchè gli utili prodotti a Cipro siano assoggettati ad una tassazione congrua ai fini della disapplicazione dell'art. 167, comma 1, del Tuir, la società istante ritiene sufficiente assumere l'impegno a farne deliberare ogni anno la distribuzione al socio unico statunitense. La misura di detta distribuzione sarebbe tale da assicurare sul reddito prodotto a Cipro una imposizione che, sommando le imposte pagate a Cipro con quelle pagate negli Stati Uniti, risulti non inferiore al 70% dell'aliquota IRES vigente in Italia.

La richiesta avanzata dalla società istante trae motivo dalla circostanza che la società controllata ALFA ha sede a Cipro, paese che costituisce territorio a fiscalità privilegiata, ai sensi dell'articolo 1, comma 1, del DM 21 novembre 2001, recante disposizioni di attuazione della disciplina sulle società controllate estere (CFC) di cui all'art. 167 del TUIR.

Come noto, dette disposizioni prevedono l'imputazione per trasparenza del reddito prodotto dalla CFC alla società controllante residente. Le disposizioni in esame, tuttavia, non si applicano se il soggetto residente dimostra, alternativamente, che la società non residente svolge un'effettiva attività industriale o commerciale, nello Stato nel quale ha

sede⁵⁰; ovvero che dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori in cui sono sottoposti ai regimi fiscali privilegiati indicati nel citato Decreto.

Dall'insieme delle affermazioni rese, si desume che:

- l'istante ha acquisito il controllo indiretto di ALFA, a seguito dell'acquisizione della società statunitense BETA;
- la controllata ha sede a Cipro, dove, a partire dal 2006, è assoggettata alle ordinarie imposte sulla società, con aliquota del 10%⁵¹;
- la controllata estera svolge principalmente attività di gestione delle partecipazioni e coordinamento dei servizi prestati dalle proprie stabili organizzazioni a società controllate;
- la maggioranza del personale di ALFA opera presso le stabili organizzazioni e comunque nessuno dei dipendenti è stabilmente localizzato a Cipro.

Considerando, quindi, che la società residente in Cipro non svolge un'effettiva attività industriale o commerciale come sua principale attività, avvalendosi di una apposita struttura organizzativa, l'istante, al fine di ottenere la disapplicazione delle disposizioni dell'art. 167, ha invocato l'esimente di cui alla lettera b) del comma 5 della disposizione citata, “*..dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori in cui sono sottoposti a regimi fiscali privilegiati...*”.

Al riguardo, l'art. 5, comma 3, del D.M. n. 429 del 2001, prevede che ai fini del parere favorevole dell'Amministrazione Finanziaria rileva, il fatto che i redditi conseguiti dal

⁵⁰ Art. 167, comma 5, lettera a) del TUIR

⁵¹ Fino al 2005, la società beneficiava del regime di tassazione speciale per le società offshore, ed era tassata con aliquota pari al 4,25%

soggetto non residente sono prodotti in misura non inferiore al 75% in Stati o territori diversi da quelli a fiscalità privilegiata ed ivi sottoposti a tassazione ordinaria.

Il legislatore, in altri termini, ha ritenuto che la localizzazione delle partecipazioni in Paese a fiscalità privilegiata non comporta il conseguimento di effetti elusivi, se il regime complessivamente applicabile ai predetti redditi non è inferiore in termini sostanziali a quello applicabile in Italia, né sussiste in concreto il pericolo, che l'imputazione alla controllante del reddito della CFC intende contrastare, di una scarsa trasparenza degli elementi conoscitivi utili ai fini della determinazione del reddito e, in specie, di un ingiustificato differimento della tassazione.

La ratio della disposizione dell'articolo 167, comma 1, lettera b) Tuir, in sostanza, è quella di garantire che i redditi prodotti all'estero siano tassati almeno una volta in misura congrua.

In tale ottica, quindi, ai fini dell'applicazione al caso in esame, occorre valutare il carico fiscale complessivamente gravante sul gruppo, in relazione al reddito prodotto dalla controllata residente in Cipro.

Nell'istanza si afferma che il reddito prodotto dalla società ALFA, è tassato una prima volta a Cipro, con aliquota del 10% al momento della produzione, una seconda volta, assoggettato a tassazione ordinaria sotto forma di dividendi, se e quando sarà distribuito alla società BETA con sede negli USA.

Nella fattispecie, quindi, quanto maggiore è l'utile prodotto che ALFA distribuisce alla propria controllante BETA, tanto maggiore sarà la tassazione complessiva a livello di gruppo.

Ciò premesso, è possibile riconoscere in capo alla GAMMA la disapplicazione delle disposizioni dell'art. 167, sulla base dell'esimente di cui alla lettera b) del comma 5, del

medesimo articolo, a condizione che GAMMA si impegni ad esibire tutti i documenti, dati, informazioni ed elementi direttamente o indirettamente utili ai fini della conoscenza delle vicende fiscalmente rilevanti di ALFA e che quest'ultima distribuisca anno per anno a BETA l'utile dell'esercizio in misura tale che l'imposta complessivamente ed effettivamente applicata nei rispettivi Paesi in capo ad ALFA e in capo a BETA sia almeno pari per ciascun anno al 27% dell'utile lordo di ALFA, con un livello di tassazione, pertanto, parametrato sull'aliquota minima prevista per la tassazione separata del reddito delle CFC dall'art. 167, comma 6 Tuir.

L'accoglimento dell'istanza è motivato dalle seguenti considerazioni:

- la tassazione complessiva, conseguente all'eventuale tassazione per trasparenza in capo a GAMMA del reddito prodotto da ALFA sulla base della disciplina delle CFC, realizzerebbe una doppia imposizione economica particolarmente onerosa, per effetto della pesante imposizione scontata in USA;
- la collocazione della residenza a Cipro della controllata ALFA preesisteva all'acquisizione del suo controllo da parte di GAMMA e non è quindi imputabile all'intento di creare una struttura del gruppo societario ai fini di elusione fiscale;
- GAMMA, come detto, assume l'onere di garantire la distribuzione di una quota minima dell'utile dalla stessa conseguito e dimostrare, inoltre, la determinazione e la composizione del reddito della CFC.

A tale riguardo, sarà onere della società istante GAMMA dimostrare anno per anno la sussistenza delle condizioni di cui sopra, attraverso dati e documenti da cui risulti la composizione e la modalità di determinazione del reddito della società con sede in Cipro, la distribuzione di tale reddito alla controllante con sede negli USA nei termini sopra

indicati e la misura della tassazione cui è stato complessivamente assoggettato il reddito prodotto dalla CFC.

In conclusione, si ritiene che la società GAMMA non consegua dalla partecipazione in ALFA l'effetto di localizzare i redditi in Paesi o territori a regime fiscale privilegiato, come disposto dall'art. 167, comma 5, lettera b) del Tuir.

Per converso, la disciplina CFC sarà pienamente applicabile in capo a GAMMA in ogni periodo d'imposta nel quale la società istante non abbia dimostrato il verificarsi della condizione sopra indicata.

Da ultimo, è opportuno precisare che il parere reso dall'Agenzia delle Entrate, esplica effetti anche con riferimento alla disapplicazione dell'articolo 89, comma 3 TUIR, consentendo la detassazione dei dividendi provenienti da Paesi a fiscalità privilegiata, qualora, in presenza delle condizioni prima richiamate, possa ritenersi che dalle partecipazioni non sia stato conseguito l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori in cui sono sottoposti a redditi fiscali privilegiati.

2.3 Risoluzione Agenzia delle Entrate N. 18/E del 29/01/2003

La società XZ Spa ha presentato, per il tramite della Direzione Regionale, istanza di interpello per la disapplicazione dell'articolo 127 – bis, comma 1 del Tuir, relativamente ai redditi conseguiti dalla società YZ Holding company S.A. detenuta direttamente al 99,9% dalla società istante.

La YZ Holding company S.A. ha conseguito redditi nell'anno 2001 per un totale di USD 434.219,61 di cui 410.766,75 sono stati corrisposti, a titolo di dividendi, dalla società controllata Z do Brasil, con sede in Brasile. Pertanto l'istante ritiene applicabile l'esimente di cui all'art. 5, comma 3, del D.M. n. 429 del 21 novembre 2001, in quanto i redditi conseguiti dalla partecipata estera sarebbero prodotti in misura non inferiore al 75% in Stati o territori diversi da quelli inclusi nella Black list e ivi soggetti integralmente a tassazione ordinaria.

Al fine di dimostrare quanto sopra, la società istante ha prodotto, i seguenti documenti:

- copia del bilancio della YZ Holding company S.A.;
- copia dei documenti bancari attestanti il pagamento dei dividendi a favore della stessa società YZ;
- copia dei verbali di assemblea della partecipata brasiliana in cui è stato deliberato il pagamento dei dividendi, al netto della ritenuta alla fonte;
- copia della certificazione rilasciata dall'Amministrazione fiscale brasiliana attestante che la Z do Brasil è soggetta a tassazione ordinaria in tale Stato.

La società istante controlla la YZ company fin dal 1978, anno di costituzione della medesima, la controllata beneficia del regime fiscale privilegiato disciplinato dalla legge lussemburghese per le società holding.

La YZ controlla a sua volta la società di diritto brasiliano Z do Brasil.

Ai sensi di una disposizione brasiliana, le società residenti in Brasile possono dedurre gli interessi corrisposti ai propri soci, dalla base imponibile delle imposte sui redditi; gli stessi interessi sono assoggettati alla ritenuta alla fonte in Brasile, con aliquote variabile dal 15% al 20%.

Ai fini contabili e fiscali gli interessi, pagati dalla Z do Brasil alla società lussemburghese, sono classificati nel bilancio di quest'ultima alla stregua di dividendi.

L'Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale Normativa e Contenzioso, su parere conforme della Direzione Regionale, ha dato parere negativo non ritenendo possibile la disapplicazione dell'articolo 127 – bis, comma 1, relativamente ai redditi conseguiti dalla YZ Holding company S.A. con sede in Lussemburgo, per i motivi di seguito precisati.

L'art. 127 – bis, comma 5, Tuir, stabilisce che la normativa CFC non si applica se il soggetto residente dimostra di svolgere un'attività commerciale o industriale, o dimostra che dalle partecipazioni non vi sia l'intento di localizzare i redditi in Paesi o territori a fiscalità privilegiata.

Il D.M. 21 novembre 2001, n. 429, all'art 5, comma 3, precisa che ai fini della disapplicazione rileva particolare importanza lo svolgimento effettivo di un'attività industriale o commerciale, come principale attività nello Stato a fiscalità privilegiata, oppure che i redditi conseguiti siano prodotti in misura non inferiore al 75% in altri Stati o territori diversi da quelli di cui all'art. 127 – bis, comma 4, del Tuir, ed ivi sottoposti integralmente a tassazione ordinaria.

Il Lussemburgo è incluso tra i regimi di cui all'art. 3 del D.M. 21 novembre 2001 limitatamente alle società holding, mentre il Brasile non è incluso nella citata lista.

Si evince dall'istanza che il reddito della YZ Holding company S.A. nell'esercizio considerato, era costituito per più del 75% da interessi pagati dalla sua controllata brasiliana e contabilizzati come dividendi in Lussemburgo.

Inoltre è evidente che l'attività svolta dalla società lussemburghese è di fatto limitata alla mera intestazione di attività finanziarie e al godimento degli eventuali frutti da esse prodotti. Di conseguenza, il reddito della società lussemburghese non è riconducibile ad un'attività commerciale svolta in Lussemburgo.

Ne consegue che la controllata YZ Holding company non svolge un'effettiva attività commerciale nello Stato o territorio con regime fiscale privilegiato nel quale ha sede, per cui non ricorre la prima esimente prevista dall'art. 127 – bis, comma 5.

Per quanto riguarda la seconda esimente prevista, si rileva che in assenza di una stabile organizzazione della società lussemburghese in Brasile, alla quale siano imputabili redditi provenienti dallo svolgimento di un'effettiva attività commerciale, non può affermarsi che la YZ abbia localizzato i propri redditi in Brasile, nei termini richiesti dall'art. 127 – bis, comma 5, Tuir e, in particolare, dell'art. 5, comma 3, del DM 21 novembre 2001, n. 429.

Come si è riscontrato dall'esame del bilancio allegato, l'attività svolta è limitata alla mera detenzione delle partecipazioni, tra cui quella della Z do Brasil, conseguendo redditi che non possono considerarsi prodotti ai fini di che trattasi nello Stato del Brasile.

Tali redditi infatti, in quanto derivanti da una fonte produttiva (il capitale) situata in Lussemburgo, devono considerarsi essi stessi prodotti in Lussemburgo.

Gli interessi pagati dalla società brasiliana e contabilizzati quali dividendi dalla controllata lussemburghese, si considerano prodotti nello Stato del percepiente e, quindi, in Lussemburgo, in capo alla società che rientra nella fattispecie a fiscalità privilegiata.

In conclusione, non ricorrono le condizioni richieste dalla norma ai fini della disapplicazione dell'articolo 127 – bis del Tuir. Non ricorre, in particolare, l'esimente della produzione del reddito in Stati o territori diversi da quelli compresi nella black list di cui all'art. 127- bis, comma 4, del Tuir.

2.4 Risoluzione Agenzia delle Entrate N. 389/E del 19/12/2002

La società JY S.p.a. con l'istanza di interpello, presentata alla Direzione Centrale Normativa e contenzioso per il tramite della Direzione Regionale, ha chiesto la disapplicazione dell'articolo 127 – bis, comma 1, del TUIR, approvato con DPR 22 dicembre 1986, n. 917, ai sensi del comma 5 dello stesso articolo 127 – bis, relativamente ai redditi conseguiti dalla controllata JW con sede in Hong Kong.

Ai sensi dell'art. 127 – bis, comma 5, del Tuir e dell'art. 5, comma 3, del D.M. n. 429 del 21 novembre 2001, la società istante ritiene che la JW svolge un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività, in Hong Kong e che, in ogni caso, dalla partecipazione non consegue l'effetto di localizzare nel territorio di Hong Kong i redditi prodotti dalla partecipata, in quanto sono ivi sottoposti a tassazione ordinaria in misura del 16%.

A sostegno della richiesta, l'istante ha prodotto, oltre ai bilanci 2000 e 2001, i seguenti documenti:

- atto costitutivo della JW;
- organigramma della società;
- contratti di lavoro;
- contratti di locazione;
- dichiarazione fiscale dei redditi del 2000 presentata a Hong Kong.

Dall'esame della documentazione presentata e sulla base di quanto dichiarato dalla società istante si rileva quanto segue:

- l'istante al 23 novembre 2001 (data di pubblicazione in G.U. dei decreti di cui al comma 4 dell'art.127 – bis Tuir) deteneva il controllo indiretto del 100 per cento della JW, tramite la società XJ S.A.;
- la partecipata estera è una società di Hong Kong, che opera nell'area dell'estremo oriente;
- la partecipata estera e la società istante fanno parte di un gruppo multinazionale che produce e commercializza in tutto il mondo articoli sportivi (calzature, abbigliamento e accessori);
- la partecipata estera ha una propria struttura organizzativa, gestisce le fonti produttive esterne in estremo oriente con riguardo alla produzione e commercializzazione dei prodotti nella stessa area;
- i redditi che la partecipata estera produce in Hong Kong sono ivi assoggettati all'imposta sui redditi in misura del 16 per cento.

Nel premettere che ai sensi del D.M. 21 novembre 2001, Hong Kong è stato individuato come territorio a regime fiscale privilegiato ai sensi dell'art. 127 – bis, comma 4, del Tuir.

Inoltre la disapplicazione di tali dispositivi, ai sensi dell'art. 5, comma 3 del D.M. 21 novembre 2001, n. 429, si ha qualora si provi che la società non residente svolga effettivamente un'attività commerciale, come sua attività principale nello Stato o territorio a fiscalità privilegiata, con una struttura organizzativa idonea allo svolgimento della stessa. L'attività di intermediazione nella circolazione dei beni è annoverata dall'art. 2195, comma 1, n. 2, del codice civile tra le attività commerciali.

Risulta dall'istanza che la JW svolge nel territorio di Hong Kong un'effettiva attività di intermediazione nella circolazione dei beni.

Dalla medesima istanza risulta, altresì, che per svolgere tale attività di coordinamento della produzione, la JW ha documentalmente provato che dispone di una sede legale e operativa a Hong Kong di circa 600 metri quadrati oltre ad una sede distaccata recentemente aperta a Taiwan e che ha impiegato, nel corso del 2001, in media 54 persone.

Come risulta dall'istanza e dai documenti prodotti, la struttura organizzativa della partecipata svolge sostanzialmente le seguenti funzioni: controllo della produzione, ricerca e sviluppo dei prodotti, gestione degli acquisti, distribuzione e vendita alle società del gruppo.

Il bilancio, ritenuto conforme ai principi contabili locali da primaria società di revisione, espone voci tipiche di un'attività d'impresa. L'esistenza di detta struttura organizzativa è riflessa infatti nelle voci del conto relative a: ammortamento, canoni di locazione passiva,

spese amministrative e costo del personale. L'effettivo svolgimento dell'attività commerciale dichiarata risulta inoltre da altre voci quale: vendita di merce, che si pongono in rapporto di netta prevalenza rispetto alle provvigioni e ai c.d. *passive income* (interessi attivi e compensi per la gestione). Tra i costi, si evidenziano le voci del costo del venduto (costituito da costi d'acquisto della merce prodotta dai fornitori esteri) e costi di distribuzione (spese di pubblicità e trasporto).

Anche l'esame dello stato patrimoniale, per tipologia e consistenza delle voci iscritte, indica che la partecipata svolge attività economica.

Risulta ancora dall'istanza e dal bilancio della partecipata che la stessa controlla direttamente il 100 per cento di HZ e indirettamente, tramite quest'ultima, la KH e la XK, tutte società con sede a Hong Kong.

L'istante ha spiegato che la delocalizzazione ad Hong Kong è dovuta a più fattori.

Anzitutto, le particolari condizioni di offerta di forza lavoro (basso costo, preparazione, orientamento al profitto, capacità di parlare più lingue), che giustificano le spese generali per la gestione della filiale in loco. Gli altri motivi che sono stati adottati per giustificare la collocazione a Hong Kong di una filiale come quella in questione sono stati:

- la collocazione di Hong Kong al centro del continente asiatico che consente di raggiungere i vari paesi dell'area con facilità;
- la disponibilità di infrastrutture (trasporti, telecomunicazioni) all'avanguardia;
- un sistema economico, politico e giudiziario stabili ed efficienti.

Da tutto ciò, si deduce che la principale attività della partecipata, come confermano anche i revisori del suo bilancio, è la commercializzazione di abbigliamento sportivo.

La partecipata inoltre presta servizi a sostegno delle altre società del gruppo e svolge in via residuale un'attività di holding di partecipazioni. Si tratta però di attività marginali e comunque coordinate sia con l'attività propria dell'impresa che con l'attività dell'intero gruppo.

Per i motivi esposti, l'Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale Normativa e Contenzioso, su parere conforme della Direzione Regionale, ritiene che possano essere disapplicate le disposizioni dell'articolo 127 – bis, comma 1, TUIR, relativamente ai redditi derivanti dalla JW con sede in Hong Kong.

La validità della risposta è circoscritta ai redditi conseguiti dalla partecipata JW in ciascuno dei periodi d'imposta per i quali sussistano i presupposti di fatto e di diritto sulla base dei quali la risposta dell'Agenzia viene resa.

Gli effetti si producono a decorrere dal periodo d'imposta per il quale il termine di presentazione della relativa dichiarazione dei redditi scade successivamente alla data della presente.

2.5 Risoluzione Agenzia delle Entrate N. 388/E del 19/12/2002

La Kh s.p.a. ha presentato, per il tramite della Direzione Regionale, due distinte istanze di interpello per la disapplicazione dell'art. 127 – bis, comma 1, del Tuir, approvato con DPR 22 dicembre 1986, n. 017, ai sensi del comma 5, relativamente ai redditi prodotti dalla XY con sede in Svizzera e stabile organizzazione negli Emirati Arabi Uniti.

Ai sensi dell'art. 127 – bis, comma 5 del Tuir e dell'art 5, comma 3, del D.M. n. 429 del 21 novembre 2001, la società istante ritiene che la XY, svolge un'effettiva attività commerciale, come sua principale attività, sia in Svizzera dove ha sede la società madre, che negli Emirati Arabi Uniti dove è operante una branch, mediante una struttura organizzativa idonea allo svolgimento dell'attività stessa.

Dall'esame della documentazione presentata e sulla base di quanto dichiarato dalla società istante si rileva quanto segue:

- l'istante dal 23 novembre 2001 (data di pubblicazione in G.U. del decreto di cui al comma 4, dell'art. 127 –bis Tuir), già deteneva indirettamente il controllo del 100% della XY con sede in Svizzera per il tramite della KK con sede in Olanda a sua volta controllata al 100%;
- la XY è una società residente in Svizzera che gestisce e coordina, sotto il profilo amministrativo, l'attività delle proprie branch negli Emirati Arabi Uniti e Qatar, nonché della controllata in Oman;
- i redditi della XY provengono interamente dall'attività svolta oltre confine in Medio Oriente;
- l'attività svolta in Medio Oriente consiste nella pianificazione ed esecuzione di opere edilizie in genere, con particolare riferimento a fondazioni perforazioni, palificazioni ed opere di consolidamento;

- i poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione competono all'amministratore unico sulla base di un accordo fiduciario, unica persona in forza sul territorio svizzero.

L'Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale Normativa e Contenzioso, su parere conforme della Direzione Regionale, ha ritenuto che la richiesta di disapplicazione dell'articolo 127 – bis, comma 1, del Tuir, relativamente ai redditi derivanti dalla controllata XY con sede in Svizzera e stabile organizzazione negli Emirati Arabi Uniti non potesse essere accolta, per i motivi di seguito elencati:

- l'art. 3 del D.M. 21 novembre 2001 (cosiddetta black list) include la Svizzera tra gli Stati o territori aventi un regime fiscale privilegiato (con riferimento alle società non soggette alle imposte cantonali e municipali, quali le holding, ausiliarie e di domicilio);
- gli Emirati Arabi Uniti risultano inclusi nell'elenco di cui all'articolo 2, del D.M. 21 novembre 2001, ad eccezione delle società assoggettate ad imposta che operano nel settore petrolifero e petrolchimico;
- l'attività principale del gruppo XY, così come nell'oggetto sociale, è svolta dalle branch e dalla controllata in Medio Oriente, mentre non esiste in Svizzera una struttura organizzativa idonea allo svolgimento della stessa. Peraltro, l'amministratore si limita ad adempiere alle formalità amministrative proprie di un domiciliatario e non ha il potere di gestione dell'attività principale della società.

Tuttavia, con riferimento alla stabile organizzazione della XY con sede negli Emirati Arabi Uniti (paese incluso nella black list ai sensi dell'art. 2 del D.M. 21 novembre 2001), la dimostrazione che la branch svolge una effettiva attività commerciale come sua

principale attività, con una struttura organizzativa idonea, non permette di disapplicare il comma 1 dell'art. 127 – bis citato, alla società Svizzera di cui la stabile organizzazione è emanazione. Poiché anche la casa madre è localizzata in un paese incluso nella predetta black list, è necessario provare che essa stessa eserciti una effettiva attività economica con una adeguata struttura nel territorio in cui ha sede.

Peraltro, l'istante non ha dimostrato che i redditi prodotti dalla società controllata XY con sede in Svizzera e stabile organizzazione negli Emirati Arabi Uniti, sono prodotti in misura non inferiore al 75 per cento in altri Stati o territori diversi da quelli di cui alla c.d. black list ed ivi sottoposti integralmente a tassazione ordinaria.

Nel caso di specie, non disapplicandosi alla società Svizzera la normativa in questione, l'intero reddito da questa prodotto, anche per il tramite della branch negli Emirati Arabi Uniti, deve essere assoggettato al particolare regime previsto dall'articolo 127 – bis del TUIR.

2.6 Risoluzione Agenzia delle Entrate N. 387/E del 19/12/2002

La XX S.p.a., con istanza di interpello, ha chiesto la disapplicazione dell'articolo 127 – bis, comma 1, del Tuir, ai sensi del comma 5 dello stesso, relativamente ai redditi conseguiti dalla controllata WK LTD con sede legale in Singapore.

La XX S.p.a. dichiara che la controllata WK LTD svolge un'effettiva attività industriale e commerciale, ai sensi dell'art. 2195 del codice civile, come principale attività nello Stato di Singapore e che i redditi dalla stessa prodotti sono localizzati in misura superiore al 75% in Paesi a fiscalità ordinaria.

La società istante dichiara inoltre che la controllata ha una struttura organizzativa idonea allo svolgimento della propria attività principale.

Dall'esame della documentazione prodotta e da quanto dichiarato dalla società istante, si evidenzia quanto segue:

- La WK LTD era già operativa fin dal 1992;
- La WK LTD è una società costituita secondo le leggi di Singapore, con sede legale in detto Stato;
- L'attività principale della WK LTD consiste nella commercializzazione, nel mercato del Sud – Est asiatico dei prodotti realizzati dalla XX S.p.a., principalmente serrature elettroniche, sistemi di controllo e accesso a casseforti elettroniche e in genere progetti per forniture ad hotel e comunità. Dal dettaglio del fatturato emerge come la maggior parte delle vendite siano effettuate al di fuori di Singapore.

L'Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale Normativa e Contenzioso, non riconosce la disapplicazione dell'art. 127 – bis, comma 1 del TUIR nei confronti dei redditi conseguiti dalla WK LTD.

Singapore è incluso tra gli Stati e territori aventi un regime fiscale privilegiato, richiamati all'art. 1 del D.M. 21 novembre 2001.

La documentazione prodotta dalla società istante non è idonea a dimostrare nessuna delle seguenti cause di disapplicazione, normativamente previste, della normativa CFC:

- Svolgimento di una effettiva attività industriale e di servizi come sua principale attività nel Paese incluso nella black list;
- Localizzazione dei redditi in Paesi a fiscalità non privilegiata;

Come dichiarato dalla società istante, la WK LTD è amministrata da un amministratore unico, residente in Italia e dipendente della XX S.p.a., ma tale attività lo coinvolge in misura minima.

Da quanto precede emerge chiaramente, per ammissione dello stesso contribuente, che l'aspetto decisionale relativo all'attività di commercializzazione dei prodotti XX non viene svolto in autonomia dalla controllata WK LTD, ma piuttosto è direttamente riconducibile alla controllante italiana.

Infatti, affinché un'attività di commercializzazione, quale quella attribuibile alla WK LRD, possa considerarsi localizzata in un territorio estero ai fini della disapplicazione dell'art. 127 – bis del Tuir, occorre che in tale territorio si svolga, oltre alla fase prettamente esecutiva, anche un'autonoma attività strategica e decisionale di penetrazione nel mercato estero.

Al contrario, la circostanza che l'amministratore unico sia un dipendente della casa madre residente in Italia e che l'attività svolta per la controllata di Singapore lo coinvolga in misura minima, costituisce un elemento sufficiente per affermare che l'attività strategica e decisionale fa capo direttamente alla XX S.p.a. in Italia, e che la società si avvalga sul posto unicamente di un servizio di *Company secretary*.

Infine, si rileva che la WK LTD non dispone di un magazzino, bensì di una piccola area di stoccaggio per pezzi urgenti e che le merci, spedite dall'Italia, non transitano per Singapore, in quanto la spedizione viene effettuata dalla XX S.p.a. direttamente al cliente finale. La XX fattura le vendite alla WK, la quale, a sua volta vende al cliente finale.

Tuttavia, anche tali elementi confermano il ruolo marginale svolto dalla struttura di Singapore in rapporto alla strategia aziendale della XX S.p.a.

La seconda causa di disapplicazione fa riferimento all'art. 127 – bis, comma 5, del Tuir nella parte in cui prevede che dalle partecipazioni non si ricavi l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori a fiscalità privilegiata. In proposito, il D.M. n. 429 del 2001, all'art. 5, comma 3, precisa, al fine di ottenere tale esimente, che i redditi conseguiti dalla controllata estera siano prodotti in misura non inferiore al 75% in Stati o territori non inclusi nella black list e ivi sottoposti integralmente a tassazione ordinaria.

Tuttavia, come riconosciuto dalla società istante, la WK LTD effettua vendite in vari Paesi del Sud – est asiatico, senza tuttavia avere alcuna stabile organizzazione in questi ultimi. Pertanto, indipendentemente da ogni considerazione sul volume del fatturato conseguito in Stati o territori diversi da quello di residenza, è evidente, che i redditi in questione saranno comunque giuridicamente imputabili alla WK LTD di Singapore e soggetti ad imposizione, sulla base di principi internazionalmente riconosciuti in campo tributario, in tale Stato.

In definitiva l'Agenzia delle Entrate ritiene che non sia possibile disapplicare le disposizioni dell'art. 127 – bis, comma 1, del TUIR, in quanto non è stata dimostrata alcuna delle cause esimenti.

2.7 Risoluzione Agenzia delle Entrate N.386/E del 19/12/2002

La società XW S.p.a. ha presentato istanza di interpello alla Direzione Centrale Normativa e Contenzioso per il tramite della Direzione Regionale, per la disapplicazione dell'articolo 127 – bis, comma 1, del Tuir, approvato con DPR 22 dicembre 1986, n. 917, ai sensi del comma 5, relativamente ai redditi conseguiti dalla controllata YX con sede nelle Maldive.

La società ritiene di svolgere un'effettiva attività commerciale, come sua principale attività nelle Maldive, mediante una struttura organizzativa idonea allo svolgimento dell'attività stessa, ai sensi dell'art. 127 – bis del Tuir e del D.M. n. 429 del 21 novembre 2001.

Al fine di dimostrare ciò, l'istante ha prodotto, copia dei seguenti documenti:

- copia dell'atto costitutivo e dello statuto della YX;
- copia del bilancio della YX relativo all'esercizio chiuso il 31 ottobre 2000 (con relazione della società di revisione contabile);
- copia del bilancio della YX relativo all'esercizio chiuso il 31 ottobre 2001.

Dall'esame della documentazione presentata e sulla base di quanto dichiarato dalla società istante si rileva quanto segue.

La società istante XW S.p.a. possiede indirettamente il controllo della YX con sede nelle Maldive, per il tramite della sub-holding estera JK LDA con sede in Madeira (Portogallo) e la HY SA con sede a Palma di Maiorca (Spagna), entrambe possedute al 100 per cento.

La società YX risulta titolare di una concessione rilasciata dal Governo delle Maldive per la gestione di un villaggio turistico.

La forza lavoro impiegata nell'attività di prestazione di servizi è stata pari a 60 unità di personale al 31 ottobre 2000 e 77 al 31 ottobre 2001.

La società utilizza per lo svolgimento delle attività tipiche di un villaggio turistico, attrezzature proprie (dotazioni per attività di immersione), e quant'altro sia necessario per garantire vitto e alloggio nella struttura.

L'Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale Normativa e Contenzioso, su parere conforme della Direzione Regionale, riconosce la disapplicazione dell'articolo 127 – bis, comma 1, TUIR, relativamente ai redditi derivanti dalla controllata YX con sede nelle Maldive.

L'art. 1 del D.M. 21 novembre 2001 (black list) include lo Stato delle Maldive tra gli Stati o territori aventi un regime fiscale privilegiato.

L'istante ha dimostrato che la partecipata estera svolge in via principale una effettiva attività commerciale e possiede nelle Maldive una struttura organizzativa dedicata allo svolgimento di tale attività.

Gli originali diritti di concessione dell'isola, dove attualmente sorge il villaggio, appartenevano alla KW che li ha trasferiti in sub-concessione, insieme agli impianti, apparecchiature e relative pertinenze, alla YX sino al marzo 2016.

Dal bilancio del 2001, oggetto di verifica, emerge che circa l'ottanta per cento dei ricavi è riferibile alla prestazione di servizi di vitto, alloggio e alla vendita di alimenti, la restante parte (circa il venti per cento) ad altri ricavi operativi.

La locazione nelle Maldive si deduce dai costi di locazione di terreni, impianti e attrezzature sostenuti dalla società.

Gli effetti della risposta si producono a decorrere dal periodo d'imposta per il quale il termine di presentazione della relativa dichiarazione dei redditi scade successivamente alla data della stessa.

2.8 Risoluzione Agenzia delle Entrate N. 358/E del 15/11/2002

La società JY ha presentato alla Direzione Centrale Normativa e Contenzioso, per il tramite della Direzione Regionale, istanza di interpello ai sensi dell'articolo 127 – bis, comma 5, TUIR, relativamente ai redditi conseguiti dalle società XZ; WK; KH; YK.

La società JY controlla il cento per cento della XZ, che ha sua volta controlla per il trenta per cento la società KH e per il cento per cento la WK, che a sua volta controlla al cento per cento la società YK.

La JY chiede la disapplicazione della normativa CFC, in quanto le società per le quali ha presentato istanza congiunta sono attualmente assoggettate alle imposte cantonali e municipali ed esplicano una effettiva attività commerciale.

Al fine di dimostrare ciò, la società istante ha prodotto i seguenti documenti:

- copia del ruling con cui l'Amministrazione delle imposte ha disposto l'applicazione alla XZ della tassazione cantonale e municipale ordinaria;

- copia della liquidazione provvisoria delle imposte cantonali, municipali e di culto, dovute per il 2001 dalla XZ;
- copia della liquidazione delle imposte cantonali e municipali dovute, per l'anno 2000, dalla WK e YK;
- copia della dichiarazione dei redditi resa dalla WK per l'anno 2001;
- copia della dichiarazione dei redditi resa, per l'anno 2000, dalla KH e dalla YK.

L'istante, al 23 novembre 2001 (data di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dei decreti di cui al comma 4 dell'art. 127 – bis del Tuir) già deteneva le partecipazioni delle società sopra elencate che hanno sede in Svizzera.

Relativamente alla XZ è stato precisato che, con apposita istanza all'Amministrazione cantonale delle imposte, ha chiesto di essere assoggettata, a partire dall'esercizio 2001, al regime fiscale ordinario (implicitamente rinunciando ai privilegi concessi alle società holding ausiliari e di domicilio) e che, a seguito dell'accoglimento dell'istanza, risulta attualmente assoggettata alle imposte cantonali, municipali e di culto.

Inoltre, secondo quanto dichiarato dalla società istante, le altre partecipate non hanno mai beneficiato di alcun regime fiscale privilegiato e sono da sempre assoggettate alle imposte cantonali e municipali.

Il D.M. 21 novembre 2001 pubblicato nella G.U. del 23 novembre 2001, ha individuato i regimi a fiscalità privilegiata cui si applicano le disposizioni del comma 1 dell'art. 127 – bis del Tuir. In particolare, l'articolo 3, comma 1, n.14 del citato decreto, include la Svizzera tra tali regimi limitatamente alle società non soggette ad imposte cantonali e municipali quali le società holding, ausiliare e di domicilio.

L'Agenzia ritiene che nei confronti della XZ debba trovare applicazione il disposto dell'art. 127 – bis, comma 1, del Tuir, in quanto tale società ricade pienamente nel disposto letterale del citato articolo 3.

L'articolo 3 risponde allo scopo di individuare, sulla base di elementi univoci, i soggetti e le attività che, in ragione della loro natura o della particolare fonte di reddito, devono essere assoggettati al regime fiscale CFC. Non vale ad escludere l'applicazione delle disposizioni la circostanza che la società abbia chiesto e ottenuto un ruling amministrativo per effetto del quale essa venga, di fatto, assoggettata a tassazione cantonale e municipale.

Ciò risulta indirettamente confermato dalla lettura dell'art. 3, comma 2, del D.M. 21 novembre 2001, che estende le disposizioni del regime CFC ai soggetti e alle attività che beneficiano di regimi sostanzialmente analoghi a quelli previsti nel comma precedente in virtù di accordi o provvedimenti amministrativi.

E' evidente che il richiamo contenuto nella legislazione CFC agli atti amministrativi di una Amministrazione estera, atti non aventi natura di fonti di diritto e quindi privi delle garanzie di pubblicità, trasparenza e definitività, è esclusivamente finalizzato ad una applicazione estensiva del regime previsto dall'art. 127 – bis del Tuir.

Tale scelta del legislatore nazionale è dettata da evidenti motivi di cautela fiscale. Gli atti di natura non normativa vengono presi in considerazione in quanto attraverso essi alcuni ordinamenti, particolarmente flessibili, concedono regimi privilegiati sostanzialmente analoghi a quelli di cui al comma 1 dell'art. 3.

Di conseguenza, ai fini della disapplicazione della normativa CFC, non possono assumere alcun valore “ruling negativi”, volti a modificare in peius, per volontà del contribuente, l'operatività di disposizioni che discendono da principi di diritto tributario condivisi a livello internazionale.

In caso contrario, lo Stato avente potestà impositiva non verrebbe individuato sulla base di criteri oggettivi legati alla specificità dell'ordinamento giuridico-tributario, e si consentirebbe al contribuente di optare per la giurisdizione fiscale nella quale ritiene più opportuno essere assoggettato a tassazione in base a ulteriori calcoli di convenienza. Fino al punto che la stessa doppia imposizione economica che potrebbe scaturire, non sarebbe causata dalla naturale applicazione di norme primarie di due ordinamenti diversi, ma da una scelta volontaria del contribuente, eventualmente revocabile.

Con riferimento invece alle società WK e YK l'istanza di interpello è inammissibile in quanto, come dimostrato dalla documentazione prodotta, le stesse oltre ad essere assoggettate alle imposte cantonali e municipali, non beneficiano di regimi fiscali agevolati sostanzialmente analoghi a quelli sopra richiamati. I redditi prodotti non rientrano pertanto nell'ambito di applicazione della disciplina di cui all'art. 127 – bis del Tuir.

Per quanto riguarda la KH, l'istante dichiara di detenere solo una partecipazione di minoranza pari al 30% e, di conseguenza, di non possedere il controllo da tale società. A tal proposito occorre precisare che rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 127 – bis tutte le ipotesi di controllo (diretto e indiretto) previste dall'art. 2359 del codice civile.

In ogni caso, la KH non rientra tra le società ammesse a godere di regimi fiscali agevolati, al riguardo è stata allegata la dichiarazione della liquidazione delle imposte cantonali e municipali relative all'anno 2000, effettuata dall'Amministrazione locale.

Ne consegue che i redditi prodotti sono fuori dal campo di applicazione delle disposizioni dell'articolo 127 – bis del Tuir.

2.9 Risoluzione Agenzia delle Entrate N. 343/E del 31/10/2002

La JX S.p.a. ha presentato istanza di interpello alla Direzione Centrale Normativa e Contenzioso, per il tramite della Direzione Regionale, chiedendo la disapplicazione dell'articolo 127 – bis, comma 1, del TUIR, relativamente ai redditi conseguiti dalla controllata YJ.

Sulla base della documentazione prodotta, e di quanto esposto nell'istanza, si rileva quanto segue:

- la JX S.p.a. svolge attività industriale di produzione di ausiliari chimici per l'industria tessile;
- la JX detiene il controllo diretto della YJ di cui possiede l'intero capitale sociale.

Il controllo è stato acquistato soltanto in data successiva al 23 novembre 2001 (data di pubblicazione in G.U. dei decreti di cui al comma 4 dell'art. 127 – bis), e precisamente il 28 febbraio 2002;

- la partecipata estera YJ detiene il controllo diretto del cento per cento del capitale sociale della XX;
- la XX svolge una attività di produzione di ausiliari chimici;
- la partecipata estera YJ ha una propria struttura organizzativa (uffici, magazzini e personale) e svolge principalmente l'attività
- di import-export di prodotti ed ausiliari chimici;
- la partecipata estera YJ è assoggettata al regime ordinario di tassazione per le società residenti ed effettivamente operative, pertanto essa è tenuta a corrispondere l'imposta sul reddito delle persone società residenti con aliquota del 16 per cento e assolve altresì la ritenuta d'imposta del 10 per cento applicata sulle royalties, provenienti esclusivamente dalla società XX controllata direttamente dalla YJ.

A sostegno dell'istanza, la JX Spa ha prodotto i seguenti documenti:

- bilanci per gli esercizi 1999,2000,2001;
- contratti di lavoro;
- contratto di locazione per gli uffici della sede e per il magazzino;
- contratti di assicurazione;
- elenco delle fatture emesse per le vendite negli anni 2000 e 2001.

L'Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale Normativa e Contenzioso, su parere conforme della Direzione Regionale, riconosce la disapplicazione dell'articolo 127 – bis, comma 1, del Tuir, relativamente ai redditi derivanti dalla società controllata YJ.

La documentazione prodotta nell'istanza dimostra che la partecipata possiede una struttura organizzativa nello Stato di residenza, dove svolge

un'effettiva attività commerciale come attività principale. Detta attività, svolta sin dal 1985, non si limita alla mera intermediazione, ma consiste nell'effettiva compravendita in proprio di merci. La documentazione presentata evidenzia che la movimentazione delle merci avviene con l'ausilio di un magazzino di 2000 mq e che le merci sono coperte da contratti di assicurazione.

L'esistenza di personale in loco è stata documentata mediante la presentazione dell'organigramma, unitamente alle relative lettere di assunzione ed ai contratti di assicurazione stipulati per lo stesso personale. L'attività principale esercitata risulta documentata dai bilanci degli esercizi dal 1999 al 2001, nei quali si evince che la vendita dei prodotti chimici ha costituito almeno l'85% del totale dei ricavi.

Pertanto l'incidenza dei cosiddetti passive income, in questo le royalties pagate dalla società XX costituiscono una quota modesta in rapporto ai ricavi complessivi della YJ, per cui si deduce che l'attività di compravendita di prodotti chimici è quella principale.

Quindi l'Agenzia delle Entrate ha accolto l'istanza per la disapplicazione dell'articolo 127 – bis, comma 1 del TUIR.

2.10 Risoluzione Agenzia delle Entrate N. 285/E del 16/08/2002

La società XX S.p.a. con l'istanza di interpello presentata alla Direzione Centrale Normativa e Contenzioso per il tramite della Direzione Regionale, ha chiesto la disapplicazione dell'articolo 127 – bis, comma 1, del Tuir, approvato con DPR 22 dicembre 1986, n. 917, ai sensi del comma 5 dello stesso art. 127 – bis, relativamente ai redditi conseguiti dalla controllata ZZ LTD con sede in Irlanda e stabile organizzazione in Singapore.

La società istante ritiene che la ZZ LTD, tramite la stabile organizzazione, svolga un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività, in Singapore e, inoltre, che dalla partecipazione non consegue l'effetto di localizzare in quello Stato i redditi prodotti dalla stabile organizzazione, in quanto tali redditi sono sottoposti integralmente a tassazione ordinaria in Irlanda.

Dall'esame della documentazione presentata dalla società istante emerge quanto segue:

- l'istante al 23 novembre 2001 (data di pubblicazione nella GU dei decreti di cui al comma 4 dell'art. 127 – bis Tuir) già deteneva indirettamente il controllo della società ZZ;
- la partecipata estera è una società, con sede legale in Irlanda, che opera nel territorio di Singapore tramite una stabile organizzazione;
- la stabile organizzazione ha una propria struttura organizzativa e svolge attività finanziaria come principale attività (principalmente gestione di investimenti mobiliari e in secondo luogo vendita e collocamento di fondi comuni di investimento);
- i redditi che la stabile organizzazione produce in Singapore sono assoggettati ad imposizione in Irlanda, la cui normativa fiscale prevede la tassazione in Irlanda del reddito prodotto tramite stabili organizzazioni estere.

L'Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale Normativa e Contenzioso, riconosce la disapplicazione dell'articolo 127 – bis, comma 1, Tuir, relativamente ai redditi derivanti dalla stabile organizzazione in Singapore della società controllata residente in Irlanda, la ZZ LTD.

In definitiva, Singapore pur rientrando nella lista del D.M. 21 novembre 2001 tra gli Stati aventi un regime fiscale privilegiato, la documentazione prodotta dall'istante è sufficiente a dimostrare che la partecipata estera possiede in Singapore una struttura organizzativa idonea a svolgere un'effettiva attività.

La validità della risposta è circoscritta ai redditi conseguiti dalla partecipata ZZ LTD derivanti dalla sua stabile organizzazione in Singapore e limitata a tutti i periodi d'imposta nei quali sussistano i presupposti di fatto e di diritto per la disapplicazione.

2.11 Risoluzione Agenzia delle Entrate N. 274/E del 09/08/2002

La società XX S.p.a. ha presentato alla Direzione Centrale Normativa e Contenzioso, per il tramite della Direzione Regionale, istanza di interpello ai sensi del comma 5 dell'articolo

127 – bis, del Testo Unico delle Imposte sui Redditi approvato con DPR 22 dicembre 1986, n. 917.

Ciò allo scopo di ottenere la disapplicazione delle disposizioni di cui al comma 1 dell'articolo 127 – bis, del Tuir relativamente ai redditi conseguiti dalla controllata KJ (W) Limited con sede in Lussemburgo.

Il regime fiscale in cui opera la KJ (W) Limited dal 27 dicembre 2001 è quello ordinario lussemburghese. La controllata non può più considerarsi localizzata in un Paese incluso nella black list di cui al D.M. 21 novembre 2001 dato che il trasferimento della sede legale della KJ (W) Limited dallo Stato delle Bermuda al Lussemburgo implica la cessazione di ogni rapporto con la giurisdizione del Paese di origine.

La XX Spa controlla la KJ (W) Limited con sede in Lussemburgo, società inizialmente costituita secondo le disposizioni dell'ordinamento giuridico delle Bermuda ed ivi trasferiti fino al 27 dicembre 2001, data in cui la società ha trasferito la propria sede legale in Lussemburgo dove è stata incorporata secondo le locali disposizioni di legge.

La KJ (W) Limited opera nel settore minerario con attività svolta nello Stato del Turkmenistan ed il suo esercizio fiscale coincide con l'anno solare.

Ai sensi dell'articolo 6 del Decreto Ministeriale 21 novembre 2001, n. 429, le disposizioni del citato comma 1 dell'articolo 127 – bis del Tuir si applicano ai redditi delle controllate estere localizzate in Stati o territori a regime fiscale privilegiato a decorrere dall'esercizio fiscale che inizia successivamente alla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del DM delegato ad individuare i Paesi o territori a fiscalità privilegiata.

Poiché la predetta black list è stata individuata dal D.M del 21 novembre 2001 pubblicato nella G.U. del 23 novembre 2001, l'esercizio fiscale della controllata, da considerare ai

fini della prima applicazione della normativa sulle società partecipate estere (CFC) è quello che inizia successivamente a tale ultima data.

Inoltre, tenuto conto che:

- l'esercizio fiscale della controllata coincide con l'anno solare;
- il cambiamento della sede legale, dalle Bermuda al Lussemburgo, è avvenuto il 27 dicembre 2001;
- la società residente in Lussemburgo non rientra nel tipo previsto dal punto 9) dell'articolo 3 del citato D.M. 21 novembre 2001.

Viene condivisa la tesi dell'istante circa la mancanza del presupposto della residenza della società controllata, relativamente all'esercizio 2002, in un Paese a fiscalità privilegiata.

Infatti, dalla documentazione presentata, la KJ (W) Limited, nel 2002, risulta essere localizzata in Lussemburgo, senza tuttavia rivestire la forma di holding di cui alla locale legge del 31 luglio 1928.

Pertanto, non risultano verificati i presupposti di applicazione dell'articolo 127 – bis, comma 1, del Tuir, ai redditi conseguiti dalla controllata KJ (W) Limited.

2.12 Risoluzione Agenzia delle Entrate N. 275/E del 09/08/2002

La società XX S.p.a ha presentato istanza d'interpello alla Direzione Centrale Normativa e Contenzioso per il tramite della Direzione Regionale, chiedendo la disapplicazione

dell'articolo 127 – bis, comma 1, del TUIR, approvato con DPR 22 dicembre 1986, n. 917, ai sensi del comma 5 dello stesso art. 127 –bis, relativamente ai redditi conseguiti dalla controllata YZZ Limited con sede nelle Bermuda

Ai sensi dell'art. 127 – bis, comma 5, del Tuir e dell'art. 5, comma 3, del D.M. n. 429 del 21 novembre 2001, la società istante ritiene di non conseguire l'effetto di localizzare nelle Bermuda i redditi prodotti dalla YZZ, in quanto tali redditi sono assoggettati ad imposizione in Indonesia e nel Regno Unito.

Dall'esame della documentazione presentata e sulla base di quanto dichiarato dalla società istante si evidenzia quanto segue:

- l'istante al 23 novembre 2001 (data di pubblicazione in G.U. dei decreti di cui al comma 4 dell'art. 127 – bis del Tuir) già deteneva indirettamente il controllo della YZZ;
- la partecipata estera è una società costituita secondo le leggi delle Bermuda ed è nello stesso tempo fiscalmente residente nel Regno Unito;
- la partecipata estera svolge esclusivamente in Indonesia un'attività mineraria (sfruttamento di idrocarburi) come principale attività;
- i redditi che la partecipata estera consegue in Indonesia sono assoggettati ad imposizione sia in Indonesia che nel Regno Unito.

In via preliminare si rileva che le Bermuda, luogo di costituzione della società, è inclusa tra i Paesi a fiscalità privilegiata di cui al D.M. 21 novembre 2001.

Ciò nonostante la documentazione fiscale prodotta è idonea a dimostrare che la società istante non consegue, dalla partecipazione nella YZZ, l'effetto di localizzare i redditi nelle Bermuda. La YZZ, infatti, pur essendo costituita secondo le leggi dello Stato delle

Bermuda, svolge esclusivamente la propria principale attività in Indonesia, paese non compreso nella black list.

I redditi conseguiti dalla YZZ sono prodotti in misura non inferiore al 75% in Indonesia come richiesto dall'art. 5, comma 3, del D.M. n. 429 del 21 novembre 2001, e sono assoggettati a tassazione nella stessa Indonesia e nel Regno Unito, luogo di residenza fiscale, paese anch'esso non compreso tra quelli a fiscalità privilegiata.

Pertanto, l'Agenzia delle Entrate, direzione Centrale Normativa e contenzioso, ha riconosciuto la disapplicazione dell'art. 127 – bis, comma 1, del Tuir, ai redditi conseguiti dalla YZZ Limited con sede nelle Bermuda.

La sua validità è circoscritta ai redditi conseguiti dalla partecipata YZZ e limitata a tutti i periodi d'imposta nei quali sussistano i presupposti di fatto e di diritto.

2.13 Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate N. 276/E del 09/08/2002

La società istante XX ha presentato alla Direzione Centrale Normativa e Contenzioso, per il tramite della Direzione Regionale, istanza di interpello ai sensi del comma 5 dell'articolo 127 – bis, del TUIR approvato con DPR 22 dicembre 1986, n. 917. Ciò allo

scopo di ottenere la disapplicazione delle disposizioni del comma 1 dello stesso articolo relativamente ai redditi conseguiti dalla controllata K (W) Z con sede legale nelle Antille olandesi. Come è noto, le Antille olandesi sono un Paese a regime fiscale privilegiato ai sensi dell'articolo 1, comma 1 del D.M. 21 novembre 2001.

La società XX S.p.a. basa la propria richiesta di disapplicazione dell'articolo 127 – bis, comma 1 del Tuir sulla circostanza che la società controllata è un soggetto passivo d'imposta nello Stato dei Paesi Bassi per cui ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, sub d) e dell'articolo 34, paragrafo 2 del codice fiscale olandese, la K (W) Z deve considerarsi residente nello Stato dei Paesi Bassi e non nelle Antille olandesi.

Infatti la K (W) Z è sottoposta a tassazione ordinaria nei Paesi Bassi e l'esistenza della sede legale nelle Antille olandesi non produce l'effetto di localizzare i redditi in un Paese incluso nella black list.

La società K (W) Z è una società di capitali costituita secondo la legislazione delle Antille olandesi dove ha sede legale nella città di Curacao. L'attività della società ha natura finanziaria nonché di holding di partecipazioni.

Secondo quanto attestato dalle autorità fiscali olandesi la residenza fiscale della K (W) Z è situata nello Stato dei Paesi Bassi dal 14 dicembre 2001 data in cui la società ha trasferito la propria sede di direzione effettiva nella città di Amsterdam.

Dall'esame della documentazione presentata e sulla base di quanto dichiarato dalla società istante si evidenzia quanto segue:

- l'istante al 23 novembre 2001 già deteneva indirettamente il controllo della K (W) Z;

- la partecipata estera è una società costituita secondo le leggi delle Antille olandesi con sede legale nello stesso Paese e con la direzione effettiva nei Paesi Bassi dal 14 dicembre 2001;
- la localizzazione nei Paesi Bassi della sede effettiva implica la tassazione ordinaria nello stesso Paese.

La documentazione fiscale prodotta è idonea a dimostrare che la società istante non consegue, dalla partecipazione nella K (W) Z, l'effetto di localizzare i redditi nelle Antille olandesi. La società controllata, infatti, pur essendo costituita secondo le leggi dello Stato delle Antille olandesi, viene sottoposta a tassazione ordinaria nei Paesi Bassi, Paese non rientrante nella black list, a motivo della localizzazione in tale Stato della sede di direzione effettiva.

Pertanto, viene riconosciuta la disapplicazione dell'articolo 127 – bis, Tuir, ai redditi conseguiti dalla K (W) Z, ed è limitata a tutti i periodi d'imposta nei quali sussistano i presupposti di fatto e di diritto.

CAPITOLO 3

LIBERTA' DI STABILIMENTO E CFC

3.1 Libertà di stabilimento

Il trattato che ha istituito la Comunità Economica Europea⁵², ha stabilito un principio fondamentale, quello della libera circolazione delle persone, dei capitali, delle merci, dei servizi ed anche delle imprese, al fine di instaurare un Mercato Comune Europeo.

La libertà di stabilimento comporta il diritto di un imprenditore, nel momento in cui decide di operare in un altro Stato europeo⁵³, di essere soggetto agli stessi obblighi che valgono per gli imprenditori nazionali. Si tratta di un obbligo preciso in capo a tutti gli Stati europei, di non discriminazione e di non assoggettamento ad un trattamento diverso da quello nazionale.

Libertà di stabilimento vuol dire anche che una società, quando opera, ad esempio in Germania, venga riconosciuta come tale. In passato non è sempre stato così, infatti, una società italiana non sarebbe riuscita, a far valere le proprie ragioni tanto facilmente in un processo in Germania, in virtù di una norma giuridica che non riconosceva le società straniere, ma solo quelle nazionali⁵⁴. Si trattava di norme che potrebbero essere definite

⁵² Oggi divenuta CE

⁵³ Stato membro

⁵⁴ La cd. "Sitztheorie", che di fatto non attribuiva la legittimazione processuale attiva alle società commerciali costituite all'estero.

protezionistiche e che di fatto rendevano più rischiosa l'esportazione in Germania per le società italiane.

Oggi grazie all'intervento della Corte di Giustizia Europea, il quadro normativo e politico europeo è profondamente mutato, oggi l'impresa nazionale è sempre più chiamata a divenire europea. I numerosi interventi di armonizzazione delle norme nazionali stanno a significare che una società nazionale, che intende esportare le proprie merci o i propri servizi in un altro Stato membro, può far affidamento su un quadro normativo simile a quello proprio nazionale.

Ciò comporta, ad esempio, che l'imprenditore italiano che voglia estendere il proprio campo d'azione commerciale in Germania, dovrà, certamente, informarsi sulle norme di sicurezza tedesche e dovrà anche, con tutta probabilità, adattare il proprio sistema produttivo e commerciale ad esse.

Infine, gli articoli 43 – 48 del Trattato CE, garantiscono al cittadino il diritto di svolgere la sua attività in qualsiasi Stato membro mediante una controllata, una succursale o un'agenzia, inoltre vietano allo Stato di origine di intralciare lo stabilimento in un altro Stato membro da parte di un proprio cittadino.

3.2

Il caso della società

Cadbury Schweppes spc, sentenza del 12/09/2006 N. C – 196/04

La Corte di Giustizia della Comunità Europea, con sentenza del 12 settembre 2006 relativa al procedimento C – 196/04, si è espressa sulla questione pregiudiziale interpretativa ad essa sottoposta dagli Special Commissioners of Income Tax di Londra (Regno Unito). In particolare, la Corte ha stabilito che gli articoli 43 e 48 del Trattato CE devono considerarsi non rispettati quando una legislazione di uno Stato membro impone l'inclusione degli utili, realizzati da una società estera controllata, nella base imponibile della società controllante residente, a meno che tale inclusione non riguardi costruzioni di puro artificio destinate ad eludere l'imposta nazionale altrimenti dovuta.

La società Cadbury Schweppes plc (in prosieguo Cs) è una società residente nel Regno Unito che controlla due società residenti in Irlanda, Cadbury Scweppes Treasury Services (Csts) e Cadbury Scweppes Treasury International (Csti), le cui attività consistono nel raccogliere fondi e metterli a disposizione delle società del gruppo di appartenenza (Cadbury Scweppes). Ai sensi dell'ordinamento fiscale del Regno Unito, gli utili conseguiti da una società fiscalmente residente in tale Stato sono sottoposti a tassazione anche se gli stessi redditi sono prodotti all'estero per mezzo di sedi secondarie tramite le quali la società residente realizza gli utili. Inoltre, la stessa legislazione prevede, in capo

alla società residente, anche la tassazione degli utili conseguiti dalle due società controllate⁵⁵, ma soltanto quando queste ultime sono assoggettate, nel Paese di stabilimento, ad un regime fiscale con un livello di tassazione inferiore ai tre quarti dell'imposta che sarebbe pagata nel Regno Unito se i suoi utili fossero stati tassati direttamente in tale ultimo Stato.

La legge sulle Sec prevede una serie di deroghe per la sua disapplicazione. Il regime in questione, all'epoca dei fatti, non si applicava al verificarsi di una delle seguenti condizioni:

- il 90 per cento degli utili conseguiti dalla Sec doveva essere distribuito entro 18 mesi dalla sua realizzazione e doveva subire la tassazione in capo alla società residente (ammissibile politica distributiva);
- la società Sec svolgeva determinate attività commerciali nello Stato di stabilimento (attività esenti);
- la società Sec era quotata in una Borsa Valori riconosciuta e almeno il 35 per cento dei diritti di voto era nelle mani del pubblico (condizione per la quotazione pubblica);
- gli utili della Sec non superavano 50mila sterline;
- dopo il superamento del “motive test” che si ha quando la società inglese dimostra che le transazioni operate dalla società Sec non avevano l'obiettivo di ridurre l'imposizione della stessa

⁵⁵ Cosiddette Sec

società inglese e che, in assenza della Sec, sarebbero stati conseguiti nel Regno Unito.

Tenuto conto che il regime di tassazione in Irlanda delle società Csts e Csti prevedeva una tassazione con aliquota del 10 per cento, e che il loro insediamento a Dublino è stato deciso unicamente per beneficiare dell'aliquota minore, le stesse società sono state considerate dalle autorità fiscali del Regno Unito rientranti nella disciplina delle Sec e, di conseguenza, sottoposte alla relativa tassazione. Avverso la pretesa erariale, la società residente ha presentato ricorso.

In sostanza, il giudice nazionale chiede di verificare la compatibilità tra la legislazione in esame e gli articoli 43, 49 e 56 del trattato.

E' giurisprudenza costante della Corte far rientrare, nell'ambito delle disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento, le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro ed avente sede sociale nell'ambito della Comunità. A conferma di questa tendenza, la sentenza in esame ha stabilito che anche la legislazione sulle Sec deve sottostare alla disciplina degli articoli 43 e 48 del Trattato. Stabilita la competenza, il giudice comunitario si è posto il problema del possibile abuso del Trattato da parte della società britannica per il solo fatto che la stessa ha costituito una società controllata in un altro Stato membro per poter beneficiare di un trattamento fiscale meno oneroso.

Al riguardo, se da un lato, la Corte ha evidenziato che il cittadino comunitario non può sottrarsi abusivamente alle leggi nazionali, dall'altro, invece, ha sottolineato che il cittadino comunitario non può essere privato della possibilità di avvalersi delle disposizioni del Trattato per fruire di vantaggi offerti da altra legislazione nazionale.

Per quanto attiene la compatibilità della disciplina delle Sec con le disposizioni comunitarie, il giudice comunitario ha stabilito che la libertà di stabilimento di cui all'articolo 43 del Trattato garantisce al cittadino il diritto di svolgere la sua attività in qualsiasi Stato membro mediante una controllata, una succursale o un'agenzia.

Inoltre le disposizioni del Trattato, relative alla libertà di stabilimento, vietano allo Stato d'origine di intralciare lo stabilimento in un altro Stato membro da parte di un proprio cittadino. Nel caso di specie, è evidente la disparità di trattamento in ragione del livello di tassazione.

Infatti, come sostiene anche la Commissione Europea nel corso del procedimento, il contrasto con gli articoli 43 e 48 del Trattato emerge dallo svantaggio che grava sulle società residenti (a seguito dell'applicazione della legislazione sulle Sec) che dispongono di una controllata assoggettata, in un altro stato membro, ad un livello di tassazione inferiore. Una simile restrizione della libertà può essere ammessa soltanto per particolari obiettivi di interesse generale. Tali obiettivi sono stati individuati, dalla difesa del Governo del Regno Unito, nella lotta all'evasione fiscale, allo scopo di evitare il trasferimento di materia imponibile da uno Stato membro ad un altro con un regime fiscale più favorevole.

In sostanza la Corte ha chiarito che la mera circostanza che una società residente costituisca una società controllata in un altro Stato membro non rappresenta un'ipotesi di presunzione di frode fiscale sufficiente per ostacolare l'esercizio delle libertà fondamentali stabilite nel Trattato.

Dal punto di vista della legislazione italiana, si ritiene che la predetta sentenza sia in linea con quanto previsto dall'articolo 167, comma 5 del Tuir, che prevede la possibilità, per il contribuente italiano, di disapplicare il regime CFC nelle ipotesi in cui la società

controllata svolge un'effettiva attività commerciale oppure quando dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Paesi a fiscalità privilegiata.

3.3

Il caso della società

Denkavit International BV, sentenza del 14/12/2006 N. C – 170/05

La tassazione convenzionale non legittima una discriminazione, a questa conclusione è pervenuta la Corte di Giustizia con la sentenza C – 170/05.

Tutte le questioni sono state avanzate dal giudice francese di rinvio, in merito a una controversia relativa alla distribuzione di dividendi tra società residenti in Paesi comunitari diversi.

La Corte di Giustizia della Comunità Europea ha emesso un'interessante pronuncia riguardante tre questioni pregiudiziali avanzate dal Giudice di rinvio francese, in particolare:

- gli articoli 43 e 48 CE ostano ad una normativa nazionale, in quanto fa gravare l'onere di un'imposizione sui dividendi su una società madre non residente, mentre ne dispensa quasi totalmente le società madri residenti, costituisce una restrizione discriminatoria alla libertà di stabilimento;
- gli articoli 43 e 48 ostano ad una normativa nazionale che prevede, solo per le società madri non residenti, un'imposizione mediante ritenuta alla fonte sui dividendi distribuiti dalle consociate residenti, quand'anche una convenzione fiscale tra lo Stato membro interessato e un altro Stato membro che autorizza tale ritenuta preveda la possibilità di imputare all'imposta dovuta in tale altro Stato l'onere sostenuto in base a tale normativa

nazionale, quando una società madre versa nell'impossibilità, in quest'ultimo Stato, di procedere all'imputazione prevista da detta convenzione.

La controversia principale riguarda fatti che si sono verificati in data anteriore all'adozione della Direttiva del Consiglio 23 luglio 1990, 90/435/CEE, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi. Il giudice comunitario, pertanto, si è pronunciato esclusivamente sulla compatibilità della normativa francese all'epoca dei fatti con quella comunitaria vigente nello stesso periodo.

La società olandese (Denkavit International BV società madre) ha contestato la tassazione dei dividendi secondo le modalità indicate nella convenzione contro le doppie imposizioni Francia – Paesi Bassi, fino ad arrivare alla Corte di Cassazione che ha posto la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea. Nel merito, la questione riguarda la tassazione dei dividendi distribuiti da una società francese (Denkanit France SARL) alla loro società madre.

La società olandese sostiene che la normativa francese in materia di tassazione dei dividendi è incompatibile con la normativa comunitaria e, in particolare, con l'articolo 43 del Trattato CE. Infatti, tale normativa prevedeva una ritenuta alla fonte, limitata al 5 per cento dalla Convenzione contro le doppie imposizioni esistente tra i due Paesi, per i dividendi distribuiti ai soggetti non residenti mentre per i soggetti residenti era prevista un'esenzione quasi totale.

Il giudice nazionale, nella necessità di ottenere la corretta interpretazione dell'articolo 43 CE per valutare la compatibilità delle disposizioni nazionali con il Trattato, ha ravvisato l'opportunità di sottoporre alla Corte di Giustizia della Comunità Europea le seguenti tre questioni pregiudiziali interpretative:

- se a un dispositivo che addebita l'onere di un'imposizione ad una società madre, beneficiaria del versamento di dividendi, non avente sede in Francia, dispensandone le società madri con sede in Francia sia censurabile riguardo al principio della libertà di stabilimento;
- se un tale dispositivo di trattenuta alla fonte sia di per sé censurabile riguardo al principio della libertà di stabilimento o se, dato che una convenzione fiscale stipulata tra Francia e un altro Stato membro, la quale autorizza la detta trattenuta alla fonte, prevede la possibilità di imputare all'imposta dovuta in quest'altro Stato membro l'onere addebitato ai sensi del dispositivo censurato, occorra tener conto di tale convenzione per valutare la compatibilità del detto dispositivo con il principio della libertà di stabilimento;
- se, nell'ipotesi in cui sia accolta la seconda parte della precedente alternativa, l'esistenza della suddetta convenzione sia sufficiente a far considerare il dispositivo censurato come un mero meccanismo di ripartizione della materia imponibile tra i due Stati interessati, privo di incidenza per le imprese, o se l'eventualità che per una società madre non avesse sede in Francia risulti impossibile procedere all'imputazione prevista dalla convenzione debba indurre a considerare tale dispositivo come una violazione del principio della libertà di stabilimento.

In merito alla prima questione, la Corte ha stabilito, sulla base di una giurisprudenza ormai consolidata, che la libertà di stabilimento, ai sensi degli articoli 43 e 48 del Trattato,

riconosce ai cittadini della Comunità il diritto di costituire e gestire le loro imprese in un altro Stato membro alle stesse condizioni previste dalle leggi di quest'ultimo Stato per i propri cittadini. Nell'ipotesi di società consociate, la libertà di stabilimento mira a garantire il beneficio del trattamento nazionale nello Stato membro ospitante della consociata vietando qualsiasi discriminazione, fondata sul luogo in cui si trova la sede della società. Un diverso trattamento fiscale può essere legittimato soltanto quando sussista una obiettiva diversità di

situazione tale da giustificare la stessa disparità di trattamento. Nel caso in esame, ha sostenuto la Corte di Giustizia, non ricorrano i presupposti che giustifichino un diverso trattamento fiscale nella distribuzione dei dividendi al socio comunitario non residente. Pertanto, sulla prima questione, ha concluso il giudice, che la Francia non può negare alle società residenti in un altro Stato membro il trattamento fiscale più vantaggioso sui dividendi concesso alle società residenti.

In merito alle questioni riguardanti la possibilità di discriminare un soggetto sulla base di una convenzione contro le doppie imposizioni in quanto strumento di ripartizione dell'onere fiscale tra due Stati, le autorità francesi hanno difeso la propria interpretazione sostenendo che la disparità di trattamento risultante dall'applicazione di tale Trattato deve essere corretta dallo Stato in cui è residente il soggetto discriminato e non dallo Stato della fonte. La Corte di Giustizia, premesso che gli Stati membri sono liberi di concludere convenzioni contro le doppie imposizioni per stabilire gli elementi di collegamento per la ripartizione delle competenze fiscali, ha chiarito che un accordo internazionale sulle doppie imposizioni non esonera gli Stati membri contraenti dal rispetto delle norme comunitarie. La Repubblica francese, pertanto, non può invocare una Convenzione contro

le doppie imposizioni quale esimente dall'osservanza degli obblighi a essa imposti dal Trattato.

L'esatta interpretazione degli articoli 43 e 48 CE, vuole che essi ostino a una normativa nazionale che assoggetti ad una imposizione, mediante ritenuta alla fonte, i dividendi distribuiti dalle consociate residenti alle società madri, soltanto quando esse siano non residenti anche in vigenza di una convenzione fiscale tra Stati membri interessati che autorizzi tale ritenuta alla fonte e preveda la possibilità di detrarre dall'imposta dovuta nello Stato di residenza della madre, l'onere sostenuto dalla stessa madre nello Stato della residenza della figlia.

CAPITOLO 4

LA DISCIPLINA DEL TRUST

4.1 Breve sintesi normativa in materia di Trust.

Il Trust è un'istituto giuridico di matrice anglosassone di lunga tradizione che si è sviluppato nei Paesi di *Common Law*⁵⁶ largamente utilizzato nell'era feudale per assicurare la continuità nell'assetto proprietario di un patrimonio, originariamente fondiario, evitando che il passaggio generazionale potesse portare ad un suo smembramento o, peggio, al suo ritorno alla Corona che aveva concesso il feudo.

In un'ottica moderna il trust, che può essere costituito sia *inter vivos*⁵⁷ che *mortis causa*⁵⁸, si configura, invece, come lo strumento ideale per garantire la continuità di un complesso aziendale, evitando che un suo smembramento possa indebolire irrimediabilmente la posizione competitiva. D'altra parte il trust, eliminando ogni successivo passaggio generazionale *mortis causa*, risolve ab origine ogni problema di carattere tributario legato al pagamento delle imposte sulle successioni presenti e future.

In particolare il trust si configura come un rapporto fiduciario trilaterale in forza del quale un soggetto (tipicamente uno studio professionale o un istituto di credito) chiamato "trustee" assume l'incarico di disporre di un patrimonio trasferitogli dal "settlor"⁵⁹ a beneficio di uno o più soggetti diversi: i "beneficiary". Assai incerta è invece la reale natura del trust nel quale il settlor svolge anche il ruolo di trustee; il fatto che lo stesso soggetto svolga entrambi i ruoli rappresenta infatti una indiscutibile anomalia che, di norma, comporta la non riconoscibilità del trust, almeno secondo i tradizionali principi di *Common Law*.

In pratica per effetto del riconoscimento del trust la proprietà viene divisa tra il trustee che esercita gli stessi diritti e poteri di un proprietario ed il beneficiary al cui esclusivo vantaggio devono essere utilizzati questi poteri. Particolarmente importante è il fatto che

⁵⁶ Diritto consuetudinario

⁵⁷ Tra vivi

⁵⁸ A causa di morte

non sarà mai possibile alcuna confusione fra il patrimonio personale del trustee e quanto conferitogli in trust che resterà sempre a disposizione del beneficiary nei limiti previsti dall'atto costitutivo e dallo statuto, risultando comunque assolutamente inattaccabile per i creditori personali del trustee.

Stabilito di dare vita ad un trust particolarmente importante è la scelta della forma di trust più idonea a rispondere alle esigenze di un progetto diretto a pianificare per tempo il passaggio generazionale; infatti tra le diverse forme che esso può assumere due sono quelle più utilizzate:

- il “trust discrezionale”, ossia quello che demanda allo stesso trustee l'individuazione del beneficiario del patrimonio conferitogli, scelta quest'ultima che dovrà essere comunque fondata esclusivamente sulle indicazioni contenute nell'atto costitutivo e nello statuto del trust, eventualmente integrate da apposite istruzioni date dal settlor al trustee;
- il “trust non discrezionale” che nello statuto prevede in dettaglio l'evoluzione che questo dovrà avere nel futuro⁶⁰.

A garanzia della correttezza dell'attività del trustee nei confronti delle indicazioni contenute nell'atto costitutivo e nello statuto è o più in generale a tutela dei diritti dei beneficiary sarà inoltre possibile assoggettare lo stesso trustee al controllo di un soggetto terzo il “protector”. Si tratta di una figura che può essere identificata in un professionista, ad esempio un avvocato oppure, più genericamente, in uno studio legale. In ogni caso il ruolo del protector è quello di sorvegliare che l'attività di gestione del patrimonio del trust da parte del trustee sia conforme alle indicazioni

⁵⁹ Conferente

⁶⁰ Un trust di questo tipo è particolarmente indicato per finalità di carattere benefico.

contenute nell'atto costitutivo e nello statuto e, soprattutto, che per effetto della sua attività discrezionale non si possa configurare la possibilità di causare un danno al patrimonio conferito in trust.

Il trust consente pertanto di far fronte a due esigenze apparentemente divergenti quali:

- preservare l'unitarietà dell'azienda è più in generale del patrimonio conferito in trust, evitando altresì ogni suo futuro assoggettamento agli oneri tributari legati al passaggio generazionale;
- mantenere comunque un'elevata flessibilità gestionale, tale da consentire di assumere con rapidità ed efficacia, quali che siano i futuri eredi degli attuali titolari di un complesso aziendale o di un patrimonio, quelle decisioni a carattere strategico di volta in volta necessarie ad assicurare un proficuo sviluppo di quanto conferito in trust.

Dal punto di vista tributario la Convenzione dell'Aia stabilisce che questa non pregiudica la competenza degli Stati in materia fiscale.

L'Italia ha ratificato la Convenzione adottata dall'Aia il primo luglio 1985 riguardante la legge relativa ai trust, costituiti per atto *tra vivi o mortis causa*, e al loro riconoscimento con la legge n. 364 del 16 ottobre 1989.

La Convenzione, che è entrata in vigore il primo gennaio 1992, non ha segnato l'introduzione vera e propria dell'istituto nell'ordinamento nazionale, quanto piuttosto l'impegno di riconoscere i trust costituiti in conformità alla legge di uno Stato che conosca e disciplini tale istituto. Impegno che si sostanzia nell'accettazione dell'autonomia giuridica dell'entità patrimoniale conferita in trust rispetto al patrimonio personale del

trustee e della possibilità, per questi, di agire in prima persona di fronte alle autorità pubbliche.

Particolare rilievo assume la delibera del SECIT n. 97 dell'11 maggio 1998, la quale, indica i tipici momenti impositivi in materia di trust che sono:

- il conferimento di un patrimonio in trust;
- la percezione dei redditi originati dai beni conferiti in trust;
- la distribuzione dei proventi accumulatisi nel trust e dei beni originariamente conferiti dal settlor.

Per quanto attiene al conferimento del patrimonio in trust qualora questo avvenga mortis causa per gli ispettori del SECIT il trustee sarà obbligato al pagamento delle imposte di successione (ove ancora esistenti) sull'ammontare dell'usufrutto dei beni conferiti, mentre il pagamento dell'imposta residuale dovrà essere pagato dal beneficiario nel momento in cui gli vengono attribuiti i cespiti.

Ne conseguirebbe che il conferimento di un patrimonio in trust per atto inter vivos dovrà essere assoggettato all'imposta sulle donazioni, anche se, ad un esame critico, in questo caso non sembra essere presente alcun intento liberale, trattandosi piuttosto di un conferimento e non di una donazione.

Sempre secondo il SECIT per quanto attiene alla tassazione del reddito prodotto dal patrimonio conferito in trust, premesso che questo non potrà evidentemente più essere tassato in capo al settlor, ne consegue che andrà tassato in capo al trustee, considerato soggetto IRPEG (oggi IRES) sulla base dell'art. 87 comma 1 lettera d) del TUIR⁶¹ nella parte che considera "le società e gli enti di ogni tipo con o senza personalità giuridica non

⁶¹ Oggi art. 73 comma 1 lettera d) del TUIR

residenti nel territorio dello stato”, cioè almeno per quanto riguarda i trust esteri titolari di un patrimonio in Italia.

Se possibile ancora più incerto appare il regime impositivo dei frutti trasferiti ai beneficiary che, tra l'altro, nel trust discrezionale, di regola, non sono neanche preventivamente individuati. Ne consegue che solo all'atto dell'effettiva distribuzione dei frutti ai beneficiary questi saranno tassati, essendo assimilati al lavoro dipendente se la distribuzione assume la forma di un assegno periodico. In caso contrario questi potrebbero essere equiparati a un reddito occasionale. Il SECIT non ha tuttavia ritenuto opportuno chiarire come sarà in pratica possibile evitare la doppia imposizione (in capo al trustee ed in capo al beneficiary) che ove venga eliminata renderebbe di fatto eccezionalmente penalizzabile in termini di imposte dirette il ricorso all'istituto del trust.

L'Amministrazione finanziaria con la Circolare n. 306/E del 23 dicembre 1996, paragrafo 8, ha assimilato il trust ai fini dell'imposizione diretta in campo internazionale ad una persona giuridica ovvero ad un insieme di soci, in conformità alle leggi interne che lo regolano. Inoltre, con la risoluzione n. 104/E/VII-14/1582 del 1997, ha affermato che nell'ambito soggettivo d'applicazione delle Convenzioni contro le doppie imposizioni rientrano il trustee ed i beneficiari qualora vi sia un'attestazione delle competenti autorità fiscali che certifichino la residenza delle suddette entità giuridiche riconoscendole, in tal modo, soggetti giuridici autonomi, e ciò alla luce della considerazione che il concetto di residenza convenzionale ricomprende i presupposti di status di persona e dell'assoggettabilità a tassazione.

4.2 Applicabilità della disciplina sulle CFC all'istituto del trust

Possiamo rilevare, che la mancanza di un indirizzo univoco sul concetto di trust, apre un ampio dibattito in merito al trattamento fiscale del trust. Se quest'ultimo, infatti, viene considerato un istituto non assimilabile alle imprese, alle società o ad altri enti che possono essere partecipati, non è possibile applicare la normativa CFC, poiché nessuno può dirsi in grado di effettuare il controllo di diritto sul patrimonio separato.

Va inoltre detto, che come previsto dalla normativa CFC lo stesso controllo di fatto (per influenza dominante o vincoli contrattuali) deve essere comunque esplicito attraverso una partecipazione. Non è, infine possibile, stante la notevole differenza tra i due istituti, equiparare il trust ad un rapporto fiduciario.

Analoghe considerazioni vanno fatte quando ci si chiede se il trust possa essere elemento di una catena di controllo. Altra situazione che incide sulla posizione del trust rispetto all'art. 127 – bis e quella relativa al reddito prodotto dal citato istituto, infatti è opinione comune che la normativa CFC trovi applicazione solo in presenza del reddito d'impresa.

Si rileva, infine, che secondo gran parte della dottrina il trust rientri, anche alla luce delle norme convenzionali, nell'ampia nozione di persona ed ente, e possa quindi essere anche annoverato tra i soggetti controllati di cui al comma 2 dell'art. 127 – bis del Tuir, e dell'art. 1 del D.M. 21 novembre 2001 n. 429. In relazione a tale assunto va però detto che il trust, secondo altri, incontra il limite della mancanza di possesso del reddito, infatti, a seconda della sua configurazione, questo può accentrarsi in capo al disponente, al beneficiario ovvero al trust.

Per quanto detto sopra, affinché il trust possa far parte dei soggetti controllanti, occorre che lo stesso sia residente nel territorio dello Stato; che tra i beni in esso conferiti, vi sia, anche attraverso il controllo diretto, una partecipazione in un'impresa localizzata in uno

Stato compreso nella black list, ed inoltre deve necessariamente esercitare il possesso del reddito in relazione ai dividendi eventualmente distribuiti dalla CFC.

CONCLUSIONI

La globalizzazione dei mercati, ha indotto i legislatori dei Paesi più industrializzati ad adottare norme che potessero contrastare i vantaggi fiscali derivanti dalle partecipazioni in società estere residenti in Paesi o territori aventi un regime fiscale privilegiato.

Al fine di evitare operazioni tese a trasferire redditi in questi territori, molti Paesi hanno adottato un sistema di tassazione dei redditi su base mondiale (c.d. worldwide taxation) e di conseguenza i redditi percepiti sono stati sottoposti ad imposizione domestica a prescindere dal Paese da cui originano mediante meccanismi che hanno la funzione di evitare una doppia imposizione sui redditi di provenienza estera.

La normativa riguardante le Controlled Foreign Companies è entrata a far parte dell'ordinamento giuridico italiano con l'inserimento, ad opera dell'art. 1, lettera a), della L. 21 novembre 2000, n. 342, che ha introdotto l'articolo 127 – bis (dal 01/01/2004 articolo 167 tuir), approvato con D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917. Questa norma si inserisce tra le misure volte a contrastare la concorrenza fiscale dannosa tra gli Stati.

L'intento è quello di attrarre a tassazione in Italia i redditi che fanno riferimento a soggetti residenti, ma che sono stati de-localizzati in Stati o territori dove è applicata un'imposizione sul reddito pressoché nulla o particolarmente favorevole.

Con l'introduzione di tale normativa, il legislatore italiano ha ridotto le motivazioni di carattere fiscale che potevano indurre soggetti residenti in altri Stati a costituire una società in Italia, al fine di beneficiare dell'assenza della normativa CFC, invece prevista nello Stato di residenza.

E' possibile individuare due sistemi di tassazione alternativi: il primo c.d. jurisdictional si caratterizza per la presenza della black list di Paesi che sono considerati sotto il profilo

fiscale privilegiati, in considerazione delle aliquote d'imposta applicate sui redditi di società, oppure di speciali regimi fiscali applicabili a determinate categorie di soggetti non residenti. In tal caso gli azionisti residenti di società domiciliate in Paesi aventi un regime fiscale privilegiato sono tassati su tutto il reddito non distribuito in proporzione alla loro partecipazione.

Il secondo metodo è basato sulle singole operazioni poste in essere dalle società costituite all'estero e prevede la tassazione indipendentemente dal Paese di residenza delle società estere, di tutti i redditi passivi derivanti da operazioni concluse a scopo elusivo e non in virtù di un interesse economico. In altri termini, sono tassati in capo agli azionisti residenti i redditi passivi derivanti da operazioni concluse a scopo elusivo e non in virtù di un interesse economico.

La determinazione dei Paesi a fiscalità privilegiata si basa su diversi criteri: un livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia; la mancanza di un adeguato scambio di informazioni; altri criteri equivalenti.

In fine, si può ottenere la disapplicazione delle norme CFC, attraverso l'istituto dell'interpello ai sensi dell'articolo 167, comma 5, del Tuir, approvato con D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917. La richiesta deve essere presentata alla Direzione Centrale Normativa e Contenzioso per il tramite della Direzione Regionale, e dalla documentazione presentata deve risultare alternativamente che: che la società non residente svolge un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività, nello Stato nel quale ha la sede; dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori in cui sono sottoposti ai regimi fiscali privilegiati indicati dal citato decreto.

In definitiva al verificarsi di una di queste ipotesi la richiesta di interpello può essere accolta e con essa la disapplicazione dell'articolo 167 del Tuir