

NORME E TRIBUTI

CONTROLLED FOREIGN COMPANIES

Le modifiche alla normativa commentate nella circolare n. 51/E dell'Agenzia delle Entrate

GABRIELE LABOMBARDA

LUCA VALENTINCIC

Ordine di Trieste

PREMESSA

La disciplina delle Controlled Foreign Companies (CFC) è stata rinnovata ed estesa dalla c.d. "manovra estiva" 2009². L'articolo 13 del provvedimento, infatti, ha ampliato l'ambito soggettivo e rafforzato la portata antielusiva dell'articolo 167 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi³. Solo recentemente l'Agenzia delle Entrate si è pronunciata con un'importante ed attesa circolare⁴, fornendo rilevanti chiarimenti in merito a taluni dubbi applicativi. Alcuni di questi dubbi erano già stati esposti al Tavolo interassociativo ABI-ANIA-Assonime-Confindustria⁵ ed illustrati nello Studio di Assonime n. 3 del 2010⁶.

Le modifiche introdotte dalla manovra 2009, che entrano in vigore - è, questo, un primo dubbio fugato dalla recente interpretazione dell'Agenzia - a partire dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 1° luglio 2009 (vale a dire, per i soggetti con periodo di imposta coincidente con l'anno solare, a partire dal 1° gennaio 2010), sono tese a garantire l'"effettività sostanziale" della società controllata non residente, a beneficio delle ragioni erariali ma anche, almeno nelle intenzioni dell'Amministrazione Finanziaria, di quelle dei contribuenti italiani che mossi da effettive logiche commerciali, strategiche o geografiche/logistiche operano in Paesi a fiscalità più favorevole. In particolare, le modifiche in parola riguardano:

- le società controllate localizzate in Paesi "black list", in relazione alle quali sono state apportate delle limitazioni alla applicabilità della esimente di cui all'art. 167, comma 5, lettera a)⁷ secondo la quale occorre dimostrare lo svolgimento di un'effettiva attività industriale o commerciale nel mercato dello Stato o territorio di stabilimento della controllata; e
- le controllate localizzate in Paesi "white list"⁸ per le quali trova applicazione il regime CFC qualora beneficino di una tassazione inferiore di oltre la metà rispetto a quella che avrebbero scontato se fiscalmente residenti in Italia e ritraggano oltre la metà del reddito da attività finanziarie, diritti immateriali o servizi infragruppo (c.d. "passive income").

Vista la complessità della materia, si ritiene opportuno inquadrare sinteticamente le novità legislative in materia di CFC, per poi entrare nel merito delle principali osservazioni svolte a tale riguardo⁹ dall'Agenzia delle Entrate nella circolare 51/E e giungere, da ultimo, ad una conclusiva analisi degli aspetti meritevoli di ulteriori chiarimenti.

LA NORMATIVA CFC

La *ratio* della normativa CFC è (o perlomeno dovrebbe essere) quella di contrastare la delocalizzazione fittizia di utili prodotti dalla controllante italiana per il tramite dello schermo giuridico della controllata non residente.

La materia è regolata dall'articolo 167 del TUIR, il quale, al sussistere dei presupposti ivi previsti, dispone la tassazione per trasparenza - in capo alla controllante fiscalmente residente in Italia - dei redditi conseguiti dal soggetto estero controllato residente o localizzato in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto ministeriale emanato (*rectius*: da emanare) ai sensi dell'art. 168 bis del TUIR¹⁰ (c.d. "white list").

Due sono le alternative possibilità a disposizione della controllante residente per richiedere la disapplicazione della norma antielusiva in esame:

- Dimostrare ai sensi dell'art. 167, comma 5, lettera a) (prima esimente) che la controllata svolge "un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività, nel mercato dello Stato o territorio di insediamento"; oppure
- Dimostrare ai sensi dell'art. 167, comma 5, lettera b) (seconda esimente) che dal possesso della partecipazione non consegue "l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori diversi da quelli di cui al Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze emanato ai sensi dell'articolo 168 bis".

A decorrere dall'entrata in vigore del nuovo comma 8 bis dell'art. 167 la norma CFC si applica anche nei confronti di controllate localizzate in Paesi non "black list" se queste ultime sono assoggettate a tassazione effettiva inferiore a più della metà rispetto a quella cui sarebbero state soggette ove fossero fiscalmente residenti in Italia ed a condizione che il reddito assoggettato a fiscalità privilegiata sia prevalentemente costituito da "passive income"¹¹ e da proventi di servizi infragruppo.

E' opportuno rimarcare, con riferimento a tale ultima fattispecie, che solo se le suddette due condizioni previste dal comma 8 bis sussistono congiuntamente è possibile avocare a tassazione per trasparenza - in capo alla controllante fiscalmente residente in Italia - i redditi localizzabili nello Stato o territorio non "black list" in cui è localizzata la controllata. Le disposizioni di cui al comma 8 bis non si applicano previa dimostrazione che "l'insediamento all'estero non rappresenta una costruzione artificiale volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale" (ex comma 8 ter).

La dimostrazione delle esimenti previste dall'art. 167 del TUIR va fornita per il tramite di un interpellato ordinario, da presentarsi ai sensi dello Statuto del Contribuente¹². L'interpello va attivato obbligatoriamente per dimostrare che sussistono le condizioni in base alle quali disapplicare la disciplina antielusiva.

Come precisato dalla circolare 51/E l'istanza per la disapplicazione deve essere inviata preventivamente e - in ogni caso - in tempo utile per ottenere il parere dell'Amministrazione entro il termine di presentazione della dichiarazione dei redditi: pertanto i contribuenti con periodo di imposta coincidente con l'anno solare dovranno presentare la relativa istanza entro il 1° giugno 2011¹³ per chiedere la disapplicazione della norma per il periodo di imposta 2010. Giova sin d'ora segnalare che, alla luce delle modifiche normative introdotte:

- tutti gli interPELLI precedentemente ottenuti sulla base dell'esimente di cui all'art. 167, comma 5, lettera a) devono intendersi decaduti e devono essere ripresentati;
- l'istanza deve, comunque, essere ripresentata al modificarsi delle condizioni in base alle quali l'Amministrazione aveva dato un parere favorevole alla disapplicazione;
- l'analisi delle condizioni di disapplicazione deve essere effettuata annualmente ed il contribuente è tenuto a conservare la documentazione relativa alle verifiche effettuate.

LA CIRCOLARE 51/E SUL RADICAMENTO NEL TERRITORIO DELLA CONTROLLATA: LA PRIMA ESIMENTE

La circolare 51/E precisa che la disponibilità *in loco* di una struttura organizzativa idonea e dotata di autonomia gestionale è condizione necessaria ma può risultare non sufficiente a dimostrare lo svolgimento di un'effettiva attività industriale o commerciale nel Paese a fiscalità privilegiata: a tal fine occorre provare il radicamento della CFC, cioè il legame economico e sociale della CFC con il mercato - di sbocco o di approvvigionamento - del territorio di insediamento.

Quest'ultimo, precisa la circolare 51/E, non sempre coincide con i confini geografici del Paese, dovendosi in talune fattispecie dare rilevanza all'intera area geografica circostante (c.d. area di influenza della CFC): tale precisazione appare opportuna considerata la ristrettezza dei confini geografici - e quindi del mercato - di molti Paesi a fiscalità privilegiata, i cui operatori economici necessariamente devono rivolgersi, in fase di approvvigionamento piuttosto che di distribuzione, a mercati circostanti. Il concetto di radicamento è enunciato in linea di principio dalla circolare 51/E richiamando testualmente il seguente passaggio della Sentenza della Corte di Giustizia 12 settembre 2006 (C-196/04, punto 53)¹⁴, nel quale si dà rilevanza alla "... intenzione di partecipare, in maniera stabile e continuativa, alla vita economica di uno Stato ...". La circolare traduce quindi tale principio in parametri percentuali, rilevando che può considerarsi radicato un soggetto che effettui acquisti o vendite prevalentemente (per oltre il 50% quindi) sul mercato locale¹⁵: la circostanza che la CFC non si rivolga al mercato locale nella misura ritenuta congrua dall'Amministra-

SEGUE A PAGINA 30

² D.L. 1° luglio 2009, n. 78, in banca dati "fisconline".

³ Di seguito "TUIR", approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917.

⁴ Circolare Agenzia delle Entrate n. 51/E del 6 ottobre 2010.

⁵ Per approfondimenti, si rimanda anche a *La nuova disciplina delle CFC* di Sebastiano Garuffi, in "Rassegna tributaria" n. 3 di maggio-giugno 2010, pag. 619.

⁶ Commenti in relazione all'articolo 13 del D.L. 1° luglio 2009, n. 78.

⁷ Trattasi della c.d. prima esimente.

⁸ O meglio, in Paesi non inclusi nella "black list" considerato che la "white list" di cui all'art. 168 bis del TUIR non è ancora stata emanata.

⁹ Restano pertanto esclusi dalla trattazione gli ultimi due paragrafi della circolare rispettivamente dedicati alla disciplina dei dividendi provenienti da Stati o territori "black list" ed a quella relativa ai costi "black list".

¹⁰ Nelle more dell'emanazione di detto decreto resta in vigore il decreto ministeriale 21 novembre 2001 che elenca i Paesi o territori a regime fiscale privilegiato (c.d. "black list CFC").

¹¹ Trattasi di proventi derivanti dalla gestione, detenzione o investimenti in titoli, partecipazioni, crediti ovvero altre attività finanziarie, nonché dalla cessione ovvero concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria o artistica.

¹² Articolo 11 della legge 27 luglio 2000, n. 212.

¹³ Ovvero 120 giorni prima della *deadline* per l'invio telematico della dichiarazione dei redditi per i soggetti per i quali l'esercizio non coincide con l'anno solare.

¹⁴ C.d. sentenza Cadbury Schweppes.

¹⁵ Per le attività bancarie, finanziarie ed assicurative occorre invece considerare le fonti e gli impieghi.

CONTROLLED FOREIGN COMPANIES

SEGUE DA PAGINA 29

zione non costituisce prova della non effettività dell'attività svolta nel territorio di insediamento, restando impregiudicata la possibilità di invocare la prima esimente sulla scorta di altri – in realtà non meglio precisati dalla circolare – elementi di tipo economico ed imprenditoriale che hanno indotto il contribuente ad investire nello Stato o territorio a fiscalità privilegiata.

La prima esimente non può, però, essere invocata nel caso previsto dal nuovo comma 5 bis dell'articolo 167 ai sensi del quale "La previsione di cui alla lettera a) del comma 5 (prima esimente – ndr) non si applica qualora i proventi della società o altro ente non residente provengano per più del 50% dalla gestione, dalla detenzione o dall'investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie, dalla cessione o concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria o artistica, nonché dalla prestazione di servizi nei confronti di soggetti che direttamente o indirettamente controllano la società o l'ente non residente, ne sono controllati o sono controllati dalla stessa società che controlla la società o l'ente non residente, ivi compresi i servizi finanziari". La *ratio* di tale disposizione è la medesima del nuovo comma 8 bis, cioè contrastare il fenomeno delle c.d. "società senza impresa" nel senso sopra chiarito¹⁶, con l'aggravante che, nel caso di cui al comma 5-bis, la CFC è localizzata in un Paese c.d. "black list". In presenza, quindi, di un rischio elusivo che si presume qui più elevato il contribuente sarà tenuto a fornire elementi di prova più stringenti rispetto a quelli richiesti dalla prima esimente (il c.d. "radicamento") dovendo dimostrare l'assenza dell'*animus* elusivo volto alla delocalizzazione fittizia di utili verso il Paese "black list": dovrà essere quindi invocata l'esimente prevista dall'art. 167, comma 5, lettera b), la c.d. seconda esimente.

LA CIRCOLARE 51/E SULLA CONGRUITÀ DEL CARICO FISCALE GRAVANTE SUL GRUPPO: LA SECONDA ESIMENTE

La circolare 51/E precisa che, alternativamente alla prima esimente¹⁷, è possibile vincere la presunzione di elusività dimostrando la congruità del carico fiscale complessivamente gravante sul gruppo in relazione ai redditi prodotti dalla CFC, cioè dimostrando che la tassazione scontata su detti redditi sia in linea con il livello di imposizione sul reddito in vigore in Italia. Il contribuente residente potrà, a tal fine, invocare la seconda esimente prevista dall'art. 167, comma 5, lettera b) del TUIR. Esempi della seconda esimente sono forniti dal D.M. 21 novembre 2001, n. 429, opportunamente richiamati dalla circolare¹⁸. Quest'ultima però si spinge oltre fornendo chiarimenti di natura generale e le modalità di calcolo del carico fiscale gravante sul gruppo. Con riferimento ai primi, la circolare rileva come la *ratio* della seconda esimente sia quella di assicurare che i redditi prodotti dalla CFC siano tassati in misura congrua rispetto al livello di imposizione sul reddito in vigore in Italia, a prescindere dal luogo in cui il reddito è prodotto e dallo Stato che assoggetta detto reddito a tassazione.

Neppure la sistematica distribuzione verso l'Italia di dividendi provenienti dalla CFC – sebbene rafforzi la dimostrazione di assenza di intenti elusivi – è di per sé sufficiente a vincere la presunzione di elusività, se non è contestualmente dimostrata la congruità della tassazione.

D'altro canto, però, non è di per sé sufficiente a corroborare la rilevanza della seconda esimente il fatto che il *tax rate* effettivo complessivamente gravante sui redditi della CFC sia inferiore al *tax rate* nominale delle imposte sul reddito vigenti in Italia in quanto – precisa la circolare – il raffronto va effettuato con il *tax rate* effettivo, potendo quest'ultimo risultare inferiore al tasso nominale in presenza di redditi esenti o esclusi dall'imposizione (come ad esempio le plusvalenze in regime di *participation exemption*¹⁹ o i dividendi percepiti da soggetti non "black list" esclusi da tassazione per il 95% del relativo ammontare²⁰).

La circolare n. 51/E affronta, quindi, la tematica delle holding non residenti titolari di partecipazioni aventi i requisiti per poter accedere al regime "PEX" sancendo – al fine del raffronto tra *tax rates* effettivi, per l'appunto – la sostanziale equivalenza tra l'esenzione totale e l'indeducibilità dei costi da un lato e l'imponibilità al 5% delle plusvalenze (corrispondente ad una tassazione pari all'1,375% della plusvalenza) e la deducibilità integrale dei costi dall'altro lato (quello italiano). Tale, a nostro avviso condivisibile, equiparazione dovrebbe da sola costituire una valida seconda esimente. Al contrario, l'Agenzia ha tenuto a precisare che anche in questo caso si rende necessaria la presentazione di un'apposita istanza di interpello²¹.

L'ESTENSIONE DELLA NORMATIVA CFC A STATI O TERRITORI NON "BLACK LIST" DI CUI AL COMMA 8 BIS E LA RELATIVA ESIMENTE DI CUI AL COMMA 8 TER

Come sopra rilevato, il nuovo comma 8 bis dell'art. 167 del TUIR ha esteso l'ambito soggettivo della normativa CFC anche alle controllate localizzate in Stati o territori non "black list" al simultaneo verificarsi delle due condizioni sopra citate.

Circa la modalità di comparazione della tassazione effettiva estera con quella italiana, ai fini del superamento della soglia di rilevanza del 50%²², la circolare precisa che:

– il raffronto tra tassazione effettiva estera ed italiana concerne esclusivamente l'imposizione sul reddito, con esclusione, quindi, dell'IRAP;

– nel calcolare il *tax rate* effettivo estero occorre partire dal bilancio d'esercizio della controllata estera redatto secondo le disposizioni ed i principi contabili locali. I valori di partenza fiscali degli elementi patrimoniali della CFC sono quelli risultanti dal bilancio relativo all'esercizio precedente a quello di entrata in vigore della nuova norma²³;

– si devono considerare ai fini del raffronto:

(i) le sole imposte correnti, con esclusione, quindi, delle imposte differite attive e passive;

(ii) gli effetti fiscali originati da forme di "tax ruling" conclusi con le amministrazioni fiscali estere e da agevolazioni da queste concesse ai soci della CFC (ad esempio forme di "tax refund");

– in sede di prima applicazione della nuova norma rilevano solamente le perdite fiscali maturate dopo l'entrata in vigore di essa (dal 2010, quindi, per i soggetti aventi periodo d'imposta coincidente con l'anno solare). A regime si dovranno invece considerare le perdite maturate dalla CFC a partire dal periodo in cui è stato acquisito il controllo della stessa da parte della controllante italiana;

– non si devono, invece, considerare ai fini del raffronto:

– gli utilizzi dei crediti d'imposta per redditi prodotti all'estero riconosciuti nello Stato di insediamento della CFC;

– le ritenute d'acconto e gli effetti di agevolazioni fiscali temporanee.

Al fine di disapplicare la norma introdotta dal comma 8 bis occorre invocare l'esimente di cui al comma 8 ter, ossia dimostrare che "l'insediamento all'estero non rappresenta una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale". La circolare osserva come la nozione di "puro artificio" vada rinvenuta in ambito comunitario, segnatamente in quanto sentenziato dalla Corte di Giustizia nel caso Cadbury Schweppes. In particolare, secondo i giudici del Lussemburgo, la costruzione societaria non deve considerarsi meramente artificiosa quando "da elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi risulti che, pur in presenza di motivazioni di natura fiscale, la controllata è realmente impiantata nello Stato di stabilimento e ivi esercita attività economiche effettive"²⁴. La valutazione della (non) artificiosità della costruzione estera deve poggiarsi su elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi. Delineati i principi generali della norma (di derivazione comunitaria, come s'è visto), la circolare cita a titolo esemplificativo gli elementi maggiormente ricorrenti nelle strutture estere di puro artificio, in assenza dei quali dovrebbe conseguire, di regola, il parere positivo dell'Amministrazione Finanziaria alla disapplicazione della norma²⁵.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

I chiarimenti forniti dall'Amministrazione nella circolare 51/E sono da ritenersi apprezzabili, specie laddove l'Agenzia ha commentato le nuove norme con pragmatismo, soffermandosi su casi concreti e fornendo utili esemplificazioni, nonché illustrando gli aspetti operativi e di calcolo necessari a traghettare la novellata disciplina CFC dalla teoria alla pratica.

In particolare, il pregio del documento in commento è quello di ricondurre ad unità le varie interpretazioni susseguites, soprattutto con riferimento a molteplici interpellati disapplicativi risposti dall'Agenzia a partire dall'entrata in vigore della disciplina fino a data recente²⁶, fornendo quindi delle utili linee guida per la verifica della possibilità di disapplicare la norma e per la redazione, qualora questa sussista, dei documenti da finalizzarsi a tale scopo.

Tuttavia, non tutti i dubbi interpretativi e le perplessità avanzati dalla dottrina e dagli operatori sembrano superati.

Rimane ad esempio in vita l'obiezione mossa dal Tavolo interassociativo ABI-ANIA-Assonime-Confindustria secondo cui il concetto di mercato di insediamento – sia pur nella versione edulcorata dalla circolare – è di per sé idoneo ad avocare a tassazione in Italia redditi che non sono stati delocalizzati in modo fittizio in quanto prodotti da effettive attività industriali e commerciali dotate di autonomia gestionale, che si avvalgono di stabilimenti e risorse umane nel Paese di insediamento, nella sventurata ipotesi in cui i canali di approvvigionamento e quelli di distribuzione non siano collocabili nella c.d. "area di influenza" della CFC.

Tuttora inevasa appare, inoltre, la richiesta sollevata da suddetto Tavolo interassociativo circa la necessità di escludere dal computo del "passive income" di cui ai commi 5 bis e 8 bis:

– i dividendi e le plusvalenze derivanti da partecipazioni superiori a qualificate soglie di affiliazione in quanto detti componenti di reddito non dovrebbero essere ritenuti elementi di reddito per il socio, essendo l'evento generatore del reddito ed il luogo di produzione dello stesso, rispettivamente, l'attività svolta dalla partecipata ed il Paese in cui questa si svolge;

– le royalties di beni immateriali autonomamente ed effettivamente generati da fattori produttivi esistenti nella struttura localizzata nel Paese a fiscalità privilegiata;

– i servizi infragruppo, che solo in particolari casi possono avere natura di "passive income"²⁷.

¹⁶ Ai fini del superamento o meno della soglia del 50% si devono considerare i proventi lordi della CFC, ordinari e straordinari.

¹⁷ Qualora trovi applicazione il comma 5 bis dell'art. 167 che esclude la possibilità di avvalersi della prima esimente, la seconda esimente sarà invece l'unica strada praticabile non meno di tre quarti del proprio reddito al di fuori di Paesi a fiscalità privilegiata, ad esempio per il tramite di stabili organizzazioni localizzate in Paesi a fiscalità ordinaria.

¹⁸ Di cui all'art. 87 del TUIR.

¹⁹ Come previsto dall'art. 89 del TUIR.

²⁰ Immediata perplessità su tale puntualizzazione dell'Agenzia sono state formulate da Diego Avolio e Benedetto Santacroce su *Il Sole 24 Ore* del 7 ottobre 2010, pag. 31.

²¹ Per rientrare nell'ambito applicativo della norma antielusiva, s'intende.

²² A condizione tuttavia che questi valori siano conformi a quelli derivanti dall'applicazione dei criteri contabili adottati nei precedenti esercizi oppure ne venga attestata la congruità da uno o più soggetti iscritti presso il Registro dei Revisori Contabili.

²³ Sentenza Cadbury Schweppes, p.to 75). Tale orientamento è stato successivamente ripreso anche da altre sentenze della Corte di Giustizia UE.

²⁴ La circolare rimanda alla elencazione, ancorché non esaustiva, fornita dalla Risoluzione del Consiglio dell'Unione Europea sul coordinamento delle norme sulle società estere controllate e sulla sottocapitalizzazione nell'Unione europea, dell'8 giugno 2010, pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell'UE C156 del 16 giugno 2010.

²⁵ Su tutte, si segnalano: Risoluzione Agenzia Entrate 29.01.2003, n. 18/E (Localizzazione dei redditi nel Paese dove è situata la fonte produttiva); Risoluzione Agenzia Entrate 28.03.2007, n. 63/E (Localizzazione dei redditi in Paesi che ne assicurino tassazione almeno pari al 27%); Risoluzione Agenzia Entrate 10.11.2008, n. 427/E (Nesso economico, politico, geografico o strategico tra il Paese di localizzazione e i mercati ai quali si rivolge l'attività svolta); Risoluzione Agenzia Entrate 26.05.2009, n. 128/E (Realtà economica operativa e localizzata nel territorio; collegamento con i mercati di sbocco); Risoluzione Agenzia Entrate 22.06.2009, n. 165/E (partecipare in maniera stabile e continuativa alla vita economica del territorio), tutte in banca dati "fisconline".

²⁷ E' il caso dei ricavi da locazioni, noleggi e simili.