

---

*Il Decreto Anticrisi. Le novità in tema di  
Scudo Fiscale e Società Controllate Estere*

**Le novità in tema di CFC**

Confindustria Bergamo  
Bergamo, 16 ottobre 2009

Avv. Angela Monti  
Studio Legale Tributario Monti

[www.studiotributariomonti.it](http://www.studiotributariomonti.it)

---

### **Il contesto internazionale:**

Il provvedimento trova i propri presupposti nei recenti interventi dell'OCSE e della Comunità Europea, entrambi orientati a reagire alla recessione dell'economia mondiale mediante azioni di contrasto ai paradisi fiscali.

A livello OCSE l'obiettivo viene perseguito, da un lato, attraverso la promozione, in sede di stipula delle nuove Convenzioni CDI, dell'adozione dell'art. 26 del Modello, concernente lo scambio "su richiesta" di informazioni in materia fiscale, e, dall'altro, mediante la predisposizione di liste sui Paesi che si conformano o meno all'effettivo scambio.

### **Il contesto internazionale: (segue)**

A livello Comunitario, con la comunicazione della Commissione (COM (2009) 201) sulla promozione della buona *governance* in materia fiscale, si mira, da un lato, a rafforzare la cooperazione interna in ambito di scambio di informazioni non solo “su richiesta” ma anche “d’ufficio”, e, dall’altro, ad estendere i principi della buona *governance* fiscale anche ai rapporti con gli Stati terzi.

---

## *Il contesto di riferimento*

### **Il contesto nazionale:**

A livello nazionale il recepimento degli obiettivi comunitari viene realizzato mediante:

- ❑ Per le imprese: l'estensione della disciplina CFC, prevista dall'art. 13 del DL 78/2009;
- ❑ Per le persone fisiche: l'inasprimento delle sanzioni in materia di monitoraggio fiscale, previsto dall'art. 13-*bis* del medesimo provvedimento nonché con la presunzione di redditività e relative sanzioni di cui all'art.12 dello stesso DL.

---

*La riforma della disciplina CFC operata dall'art. 13 del  
DL 1 luglio 2009, n. 78*

**La riforma della disciplina CFC:**

Come precisato nella relazione illustrativa al DL 78/2009 la riforma della disciplina CFC persegue l'obiettivo di:

“evitare indebiti arbitraggi fiscali e, a tal fine, subordina l'accesso a regimi che possono favorire disparità di trattamento, con particolare riferimento ad operazioni infragruppo, ad una verifica di effettività sostanziale”

---

*La riforma della disciplina CFC operata dall'art. 13 del  
DL 1 luglio 2009, n. 78*

**La riforma della disciplina CFC:**

L'art. 13 del DL 78/2009 interviene sull'art. 167 del TUIR, che fissa la disciplina CFC, modificandola in tre punti:

- ❑ Riformando la lettera a) del comma 5;
- ❑ Introducendo il comma *5-bis*;
- ❑ Introducendo i commi *8-bis* ed *8-ter*.

---

# *La riforma della disciplina CFC operata dall'art. 13 del DL 1 luglio 2009, n. 78*

## **La nuova lettera a) del comma 5:**

Il primo periodo della lettera a) del comma 5 dell'art. 167 TUIR disciplina la prima delle due esimenti all'applicazione della tassazione “per trasparenza”.

Prima della riforma la disposizione riconosceva l'esonero da tale tassazione al soggetto residente che, in sede di interpello preventivo ex art. 11 L. 212/2000, dimostrava che la controllata non residente svolgeva:

“un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività, **nello Stato o nel territorio nel quale ha sede**”.

A seguito della riforma viene esonerato il soggetto residente che, sempre in sede di interpello preventivo, dimostra che la controllata non residente svolge:

“un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività, **nel mercato dello Stato o territorio di insediamento**”

# *La riforma della disciplina CFC operata dall'art. 13 del DL 1 luglio 2009, n. 78*

## **La nuova lettera a) del comma 5: (segue)**

La nuova formulazione è finalizzata a recepire, a livello normativo, l'orientamento già fatto proprio dall'Agenzia delle Entrate (Ris. 5 maggio 2008, n. 187/E, Ris. 10 novembre 2008, n. 427/E , Ris. 26 maggio 2009, n. 128/E , Ris. 22 giugno 2009, n. 165/E) e da questa attribuito alla giurisprudenza della Corte di Giustizia (sentenza *Cadbury Schweppes* C-196/2004).

L'espressione utilizzata si presta ad interpretazioni non univoche non essendo chiaro cosa si debba intendere per “mercato dello Stato” e per “territorio di insediamento”.

Nella relazione illustrativa al provvedimento, in luogo della locuzione “territorio di insediamento” i redattori della norma hanno utilizzato l'accezione “mercato di insediamento”, che appare riferibile essenzialmente alle attività commerciali.

---

*La riforma della disciplina CFC operata dall'art. 13 del  
DL 1 luglio 2009, n. 78*

**La nuova lettera a) del comma 5: (segue)**

La nuova lett. a) secondo periodo statuisce che per i soggetti esteri che svolgono attività bancarie, finanziarie ed assicurative l'esimente di cui al primo periodo:

“si ritiene soddisfatta quando la maggior parte delle fonti, degli impieghi o dei ricavi originano nello Stato o territorio di insediamento”.

Dalla lettura della norma e della relazione illustrativa sembrerebbe chiaro che al fine della presunzione summenzionata i tre parametri sono alternativi

---

*La riforma della disciplina CFC operata dall'art. 13 del  
DL 1 luglio 2009, n. 78*

**Il comma 5-bis:**

Il co. 5-bis dell'art. 167 TUIR, introdotto dalla let. b) dell'art.13 del DL 78/2009, stabilisce che:

“la previsione di cui alla lettera a) del co. 5 non si applica qualora i proventi della società o altro ente non residente provengono per più del 50% dalla gestione, dalla detenzione o dall'investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie, dalla cessione o dalla concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria o artistica, nonché dalla prestazione di servizi nei confronti di soggetti che direttamente o indirettamente controllano la società o l'ente non residente, ne sono controllati o sono controllati dalla stessa società che controlla la società o l'ente non residente, ivi compresi i servizi finanziari”.

---

*La riforma della disciplina CFC operata dall'art. 13 del  
DL 1 luglio 2009, n. 78*

**Il comma 5-bis: (segue)**

Con tale previsione normativa viene fissata una presunzione assoluta di non effettività di alcune operazioni che, avvenendo intragruppo, non vengono considerate quali esercizio di una attività industriale o commerciale.

Evidente è l'intento di recepire con questa norma quella prassi ministeriale che da tempo (si veda Ris. 29 gennaio 2003, n. 18/E) nega la disapplicazione della disciplina CFC in presenza di attività di mera detenzione e gestione di partecipazioni, titoli e diritti immateriali.

---

# *L'estensione della CFC alle controllate residenti in Paesi NON Black List*

## **I commi 8-bis ed 8-ter:**

Le due disposizioni introducono una specifica disciplina che estende il regime CFC alle controllate residenti in paesi non *black list*.

Questo regime si applica esclusivamente alle imprese estere controllate, non essendo stato invece modificato il regime delle imprese estere collegate di cui all'art. 168 TUIR.

# *L'estensione della CFC alle controllate residenti in Paesi NON Black List*

## **Il comma 8-bis:**

La disciplina CFC si applica anche a questi soggetti qualora ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni:

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

---

# *L'estensione della CFC alle controllate residenti in Paesi NON Black List*

## **Il comma 8-bis:** (segue)

La disciplina si applica qualora ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni:

- a) il soggetto residente eserciti un controllo diretto o indiretto su una impresa, società o ente non localizzato in Italia;
- b) il soggetto controllato è assoggettato a tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella a cui sarebbe stato soggetto ove residente in Italia;
- c) i proventi del soggetto controllato sono composti per più del 50% da *passive income* o da proventi derivanti dalla prestazione di servizi *intercompany*.

---

## *L'estensione della CFC alle controllate residenti in Paesi NON Black List*

### **a) Il soggetto residente eserciti un controllo diretto o indiretto su una impresa, società o ente non localizzato in Italia:**

#### **Il controllo:**

Come chiarito dal D.M. 21 novembre 2001, n. 429, il concetto di controllo rilevante è quello di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 2359 c.c..

Come puntualizzato dalla Circ. A.E. del 12 febbraio 2002, n. 18, i presupposti di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 2359 c.c. devono essere integrati dalla sussistenza di una partecipazione agli utili.

Ai fini della verifica della sussistenza del controllo rileva la situazione esistente alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto controllato e localizzato all'estero.

---

## *L'estensione della CFC alle controllate residenti in Paesi NON Black List*

**b) l'impresa, società o ente controllato è assoggettato a tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella a cui sarebbe stato soggetto ove residente in Italia:**

### **La tassazione effettiva:**

Stante il fatto che il livello di tassazione effettiva di un reddito è determinato mediante il prodotto tra una base imponibile ed una aliquota, il riferimento a tale concetto genera non pochi dubbi dal punto di vista operativo.

Ci si chiede infatti quali criteri debbano essere utilizzati per determinare le due variabili summenzionate.

---

## *L'estensione della CFC alle controllate residenti in Paesi NON Black List*

**b) l'impresa, società o ente controllato è assoggettato a tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella a cui sarebbe stato soggetto ove residente in Italia: (segue)**

### *La base imponibile:*

Nell'assenza di una chiarificazione, non resta che determinare la base imponibile in base ai criteri di determinazione del reddito d'impresa di cui al TUIR. Sulla base di quali criteri contabili?

Nel caso di soggetti residenti in Paesi *black list*, il “prospetto” che il soggetto residente deve allegare alla dichiarazione “*deve essere redatto sulla base dei dati del bilancio o di altro documento riepilogativo della contabilità di esercizio della controllata estera predisposto secondo le disposizioni dello Stato o territorio in cui risiede o e' localizzata” e solo in caso di soggetti non tenuti alla contabilità “in conformita' alle norme contabili vigenti in Italia”*

art. 2 del D.M. 21 novembre 2001, n. 429 – circ. 12/02/2002 n. 18

---

## *L'estensione della CFC alle controllate residenti in Paesi NON Black List*

**b) l'impresa, società o ente controllato è assoggettato a tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella a cui sarebbe stato soggetto ove residente in Italia: (segue)**

### *L'aliquota:*

In merito a quale sia l'aliquota da tenere a riferimento al fine di determinare la tassazione effettiva, sebbene possano sorgere dei dubbi circa la possibilità di prendere in considerazione, oltre alle corrispondenti aliquote IRPEF o IRES, anche l'aliquota IRAP, nella relazione governativa si fa riferimento solo al maggior gettito riveniente dall'applicazione dell'aliquota IRES al 27,5%.

## *L'estensione della CFC alle controllate residenti in Paesi NON Black List*

**c) i proventi del soggetto controllato sono composti per più del 50% da *passive income* o da proventi da prestazioni di servizi *intercompany*:**

Stante tale previsione, la norma sembrerebbe quindi certamente:

<u><i>Escludere</i></u>	<u><i>Includere</i></u>
Le società di <i>trading</i> estere che svolgono attività di commercializzazione di beni, ancorché le loro vendite avvengano esclusivamente nell'ambito del gruppo;	Le <i>holding</i> estere che beneficiano di un regime di tassazione di dividendi e plusvalenze che, diversamente da quello italiano in cui sono esentati al 95%, ne prevede l'esenzione totale;
Le società industriali estere che producono beni con effettivi insediamenti in loco;	Le società di tesoreria estere i cui proventi sono solitamente soggetti, in virtù di disposizioni di legge o di <i>ruling</i> amministrativi, a regimi fiscali di favore;
le società bancarie e di assicurazione estere non <i>captive</i> .	Le società di gestione di marchi e brevetti estere che possono contare su regimi fiscali di favore per le <i>royalties</i> .

---

# *L'estensione della CFC alle controllate residenti in Paesi NON Black List*

## **Il comma 8-ter:**

Secondo quanto stabilito dal nuovo co. 8-ter la disciplina in oggetto non si applica qualora:

il soggetto controllante residente, riesca a dimostrare che l'insediamento all'estero non rappresenta una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale.

Tale dimostrazione deve essere oggetto di una preventiva istanza di interpello da presentarsi, per effetto del rinvio al co. 5, secondo le modalità di cui all'art. 11 della L. 27 luglio 2000, n. 212 (statuto dei diritti del contribuente).

---

# *L'estensione della CFC alle controllate residenti in Paesi NON Black List*

## **La costruzione artificiosa:**

Il ricorso al concetto di costruzione artificiosa pone diversi problemi qualora venga interpretato alla luce dei principi fissati dalle recenti pronunce della Corte di Cassazione in materia di abuso del diritto (cfr. Cass. Sez. Trib. Sent. n. 8772 del 4 aprile 2008, nello stesso senso vedasi anche Cass. Sez. Trib. n. 21221/2006; Cass. Sez. Trib. Sent. n. 20398/2005) ovvero di quelli fissati dalla Corte di Giustizia Europea con la sentenza *Cadbury Schweppes* C-196/2004.

In effetti, qualora il concetto in esame venga inquadrato nell'ottica dei principi fissati dalla Cassazione, la dimostrazione che l'insediamento all'estero non rappresenta una costruzione artificiosa deve realizzarsi nella prova che il comportamento non appare oggettivamente idoneo a giustificare il risparmio fiscale, a nulla rilevando l'intenzionalità soggettiva di chi lo ha realizzato; intenzionalità soggettiva che, invece, diviene essenziale qualora la norma sia interpretata alla luce della sentenza della Corte di Giustizia.

---

# *L'estensione della CFC alle controllate residenti in Paesi NON Black List*

## **L'interpello:**

Nonostante il rinvio operato dalla norma all'art. 11 della L. 212/2000 l'interpello in oggetto risulta, quanto a portata ed effetti, strutturarsi come l'interpello disapplicativo di cui al co. 8 dell'art. 37-*bis* del D.P.R. 600/73.

L'interpello in oggetto, infatti, appare un atto autorizzativo senza il quale il soggetto passivo d'imposta non può legittimamente accedere alle modalità di tassazione ordinaria.

In caso di risposta negativa da parte dell'Agenzia delle Entrate, vi è da chiedersi se, dato l'orientamento della Corte di Cassazione volto a ritenere non tassativi gli atti elencati all'art. 19 del D.P.R. 346/1996, l'atto possa/debba considerarsi provvedimento impugnabile.

La mancata impugnazione dell'atto amministrativo di diniego potrebbe perciò consolidarne gli effetti (si veda Comm. Trib. di Roma 9 settembre 2008).

---

# *L'estensione della CFC alle controllate residenti in Paesi NON Black List*

## **L'interpello: (segue)**

Sia la complessità della prova contraria di cui il contribuente è onerato sia la natura del provvedimento pongono dubbi di coerenza della nuova normativa con quanto previsto dalla giurisprudenza europea in tema di CFC.

Nella recente comunicazione COM(2007)785 la Commissione ha infatti sottolineato che, al fine di non tradire il principio comunitario di proporzionalità, l'onere della prova concernente lo svolgimento di una effettiva attività economica non deve gravare solo sul contribuente e porre a carico di questo “eccessivi oneri amministrativi”.