



## L'evoluzione interpretativa della normativa CFC italiana

di Giancarlo Cervino\*

### **Premessa: la posizione OCSE e la normativa CFC**

Il 28 gennaio 2003 le modifiche apportate al Commentario OCSE del Modello di Convenzione contro le Doppie Imposizioni (nel seguito CDI) hanno rivalutato il ruolo della CDI come strumento per la lotta ed il contrasto ai fenomeni di evasione ed elusione fiscale internazionali.

Dal 1977 al 2003, il principale scopo della CDI enfatizzato dall'art.1 del Commentario era quello di favorire il commercio e gli investimenti internazionali eliminando, in tutto o in parte, il fenomeno della doppia imposizione economica (quando lo stesso reddito è imponibile in capo a due contribuenti diversi) e giuridica dei redditi (quando lo stesso contribuente è colpito nei due Paesi in capo ad uno stesso reddito).

Esisteva, comunque, un richiamo che puntualizzava che una CDI non doveva favorire l'elusione e l'evasione fiscale.

Poiché la proliferazione delle CDI bilaterali avrebbe permesso ai contribuenti di trovare «buchi» del sistema, con situazioni di «doppia non imposizione» o specifici vantaggi fiscali altrimenti inesistenti, era lasciata la libertà agli Stati membri di introdurre meccanismi interni antielusione ed antiabuso, a condizione che non potessero però essere utilizzati in situazioni in cui era applicata una CDI, se non fosse stato espressamente previsto dalla Convenzione stessa. Pochissimi sono stati francamente gli Stati che hanno adottato questo principio, introducendo richiami a normative antielusive nelle CDI dagli stessi negoziate.

In effetti, l'applicazione di queste normative antielusione in maniera unilaterale poteva dare adito al verificarsi di situazioni di doppia imposizione anche quando non vi sia un manifesto abuso della normativa stessa.

Il nuovo Commentario all'art.1, invece, prevede una lunga e dettagliata analisi del problema delle transazioni abusive a cui non vanno applicate le Convenzioni e come stabilire se le normative interne antielusione sono in conflitto con le stesse tanto da esserne precluse nella loro applicazione.

Fra queste transazioni sono richiamate quelle che prevedono l'utilizzo di persone giuridiche interposte fra il beneficiario finale dei redditi e lo Stato di fonte del reddito, oppure il cambio di residenza fiscale verso un Paese a fiscalità agevolata alla vigilia di un'operazione che genererà un importante flusso di reddito, altrimenti tassato (per esempio, la vendita di una partecipazione societaria qualificata).

La presenza di normative antiabuso nazionali non preclude però la possibilità di inserire nel testo della CDI stessa previsioni specifiche che abbiano il solo scopo di contrastare l'elusione fiscale, che saranno tanto più necessarie se uno dei due Stati contraenti è sprovvisto di normative efficaci per impedire tali fenomeni abusivi.

Alcune situazioni potenziali di elusione sono già previste dalle Convenzioni contro le doppie imposizioni quando si fa riferimento alla nozione di «beneficiario

\* Direttore Centre for International Fiscal Studies - Lugano

effettivo» (agli artt.10, 11, e 12), oppure alla sede di direzione effettiva delle imprese.

Altre forme del genere sono quelle che fanno uso delle cosiddette «*base companies*» (società piattaforma) e «*conduit companies*» (società canale), ossia società create o interposte con il solo scopo di ottenere benefici convenzionali altrimenti indebiti.

Per contrastare la proliferazione di queste società, e soprattutto delle *conduit*, alcuni Stati hanno pensato di non accordare i benefici della CDI ad una società il cui capitale non sia detenuto, direttamente o indirettamente, da residenti nello Stato ove la società è residente per il tramite di clausole di «trasparenza» la cui formulazione proposta è la seguente:

«Una società residente di uno Stato contraente non ha diritto ai benefici previsti dalla Convenzione con riferimento a qualsiasi elemento di reddito o utile se il suo capitale è posseduto o controllato direttamente o per il tramite di una o più società, ovunque residenti, da persone che non sono residenti di uno Stato contraente».

Il Commentario precisa che quest'approccio è consigliato se lo Stato di residenza dei beneficiari è uno Stato ad imposizione molto bassa oppure nulla, al fine di evitare un sostanziale fenomeno di «non imposizione», ma non per quegli Stati ad alta tassazione che però esentano da imposizione determinati redditi.

In quest'ultimo caso, si potrebbe ipotizzare l'inclusione di una clausola di «effettivo assoggettamento» che non viene in generale consigliata dall'OCSE, e tuttavia potrebbe servire per il contrasto delle *conduit companies*.

Anche un altro tipo di normativa, quella sulle *Controlled Foreign Companies* (società controllate estere – nel seguito CFC) è ormai frequentemente utilizzata per contrastare il fenomeno delle *conduit companies* o più in generale delle società schermo.

Secondo il Commentario, non solo è liberamente applicabile e non è in conflitto con le disposizioni della CDI, ma non necessita di essere espressamente richiamata dalla Convenzione, come alcuni Stati hanno ritenuto opportuno fare. Essa è, inoltre, usata soprattutto in tutte le situazioni di assenza di CDI.

L'Italia è stato uno degli ultimi Paesi OCSE (nel 2000) a raccogliere l'invito (contenuto appunto nel rapporto pubblicato dall'OCSE il 09.04.1998 dal titolo «*Harmful tax competition – An emerging global issue*») ad adottare una normativa sulle CFC, che ha principalmente lo scopo di evitare l'accumulazione, in Paesi a bassa tassazione, di profitti che non sarebbero altrimenti tassati nel Paese ove si trova il reale beneficiario economico, attribuendoli d'ufficio a quest'ultimo ed imponendoli di conseguenza, anche se non sono stati effettivamente distribuiti.

La prima normativa CFC fu adottata nel 1962 negli Stati Uniti, seguiti poi da: Canada (1972), Germania (1972), Giappone (1978), Francia (1980), Regno Unito (1984), Nuova Zelanda (1988), Australia (1990), Svezia (1990), Norvegia (1992), Danimarca (1994), Spagna (1995), Portogallo (1995), Finlandia (1995), Brasile (1996), Corea (1997).

Il processo di accumulazione dei redditi, che sfuggono temporaneamente ad imposizione nel Paese di accumulazione, si concretizza in *base companies*, che sono state definite come «società costituite in uno Stato piattaforma con lo scopo di effettuare transazioni in uno Stato terzo»<sup>3</sup>.

Lo «Stato piattaforma» era in passato un Paese ad imposizione bassa o inesistente, mentre nel tempo i contribuenti si sono orientati verso Stati ad imposizione elevata o

<sup>3</sup> Libera traduzione dell'autore da Gibbons, «*Tax effects of basing international business abroad*», 69 *Harvard Law Review* 1206, 1956.

in linea con la media dei Paesi industrializzati, ma che prevedevano regimi speciali di imposizione per determinate categorie di redditi cosiddetti «passivi», cioè, per esempio, derivanti dall'incasso di dividendi, interessi o canoni. Non tutte le normative CFC sono però uguali, anzi si suddividono in due gruppi:

<b>METODO GIURISDIZIONALE</b>	<p>Sono di gran lunga le più numerose, poiché si tratta del sistema più semplice da applicare, basandosi sul riconoscimento dell'entità giuridica e sulla definizione di parametri oggettivi oppure sulla redazione di liste di Paesi o territori a fiscalità privilegiata.</p> <p>✎ (metodo adottato da Corea del Sud, Finlandia, Francia, Giappone, Israele, Italia, Nuova Zelanda, Norvegia, Portogallo, Regno Unito, Svezia e Ungheria)</p>
<b>METODO DELLA TRANSAZIONE</b>	<p>Esse non tengono conto dell'imposizione praticata nello Stato di residenza della <i>base company</i>, ma dei redditi prodotti da quest'ultima e, richiamando ad imposizione soltanto quelli «passivi» (cioè provenienti da dividendi, canoni e/o plusvalori), lasciano liberi quelli derivanti da attività industriali ed in misura minore, commerciali (quando questi cioè non servono ad aggirare delle norme antielusive nel Paese che applica la CFC).</p> <p>✎ (utilizzato in primis dagli U.S.A. come pure da Argentina, Australia, Canada, Danimarca, Germania e Spagna)</p>

Alcuni Paesi non adottano un metodo soltanto, ma li utilizzano entrambi oppure le combinazioni dei due.

#### **Normativa CFC italiana**

La normativa italiana sulle società controllate estere, contenuta nell'art.167 del Tuir, prevede l'imputazione ad un soggetto residente (persona fisica o giuridica) del reddito prodotto da impresa, società o altro ente residente in uno Stato o territorio a regime fiscale privilegiato, in proporzione alla percentuale da lui detenuta.

Il tutto nell'ipotesi in cui il soggetto detenga direttamente o indirettamente (anche per il tramite di società fiduciaria o interposta persona) una partecipazione di controllo, determinata ai sensi dell'art.2359 c.c..

Una volta stabilito il reddito del soggetto estero da imputare (secondo le disposizioni del Tuir e di alcuni altri articoli che disciplinano redditi specifici – il calcolo deve essere anche verificato da un perito italiano), questo viene tassato in capo al residente italiano separatamente con l'aliquota media applicata sul reddito complessivo, purché non inferiore al 27%.

La normativa è entrata in vigore con l'approvazione del D.M. 21.11.01<sup>4</sup> che riportava la *c.d. black list* dei Paesi e territori a fiscalità privilegiata.

Quasi contemporaneamente, con D.M. 21.11.01, n.429<sup>5</sup>, veniva emanato il regolamento attuativo. Da quel momento, i professionisti hanno cercato principalmente di eliminare queste strutture eventualmente presenti in alcuni organigrammi dei grandi gruppi italiani, o di sostituirle con altre non colpite dalla normativa suesposta oppure, ove possibile, di utilizzare la facoltà prevista al co.5 dell'art.167, che consente la disapplicazione delle disposizioni summenzionate se il residente italiano che detiene la partecipazione dimostri, con interpello preventivo obbligatorio all'Amministrazione Finanziaria, che la struttura svolge, principalmente nel Paese a fiscalità privilegiata in cui ha sede, un'attività effettiva di natura commerciale o industriale, oppure provi che lo scopo dell'operazione non sia quello di localizzarvi redditi altrimenti imponibili in Italia.

<sup>4</sup> Pubblicato nella G.U. n.273 del 23.11.01.

<sup>5</sup> Pubblicato in G.U. n.288 del 12.12.01.

La normativa CFC lascia, in ogni caso, salva la natura giuridica dell'entità estera, facendo decorrere l'imputazione del reddito emerso al soggetto italiano che la controlla, a partire dalla chiusura dell'esercizio o del periodo di gestione del soggetto estero partecipato.

Alcuni professionisti avevano suggerito ai propri clienti di trasformare le strutture in società in accomandita, in cui l'accomandatario residente italiano non avrebbe avuto alcun controllo della struttura in *black list*, oppure di conferire la struttura CFC in un *trust* (non fiscalmente residente in Italia), in cui il *trustee* avrebbe acquisito la proprietà giuridica ed il controllo sulla struttura CFC.

Il residente italiano sarebbe eventualmente diventato un beneficiario potenziale dei possibili redditi prodotti dal *trust*, con un riporto impositivo al momento della realizzazione.

Le istruzioni per la compilazione del Quadro FC della dichiarazione dei redditi, dove descrivono la tipologia dei soggetti tenuti alla compilazione del quadro, riportano (in linea anche con le varie interpretazioni dottrinali autorevoli) che *«il presente quadro non va compilato se il soggetto che esercita il controllo per effetto di particolari vincoli contrattuali, o i soggetti da esso partecipati, non possiedono partecipazioni agli utili»*.

**QUADRO FC**  
Redditi dei soggetti controllati o collegati residenti in Stati o territori con regime fiscale privilegiato

L'affermazione è indubbiamente logica, dal momento che la normativa CFC ha principalmente lo scopo di evitare l'accumulazione, in Stati a fiscalità privilegiata, di profitti non altrimenti tassati nel Paese ove si trova il reale beneficiario economico, attribuendoli d'ufficio a quest'ultimo ed imponendoli anche se non effettivamente distribuiti. Se, quindi, il soggetto residente non ne avrebbe comunque diritto, ecco che il problema non dovrebbe porsi.

Al di là del fatto che sarebbe opportuna una precisazione sulla natura dei «particolari vincoli contrattuali» a cui si fa riferimento nelle istruzioni, è importante ricordare che in alcune legislazioni indicate nella *black list* è possibile per un'entità giuridica emettere differenti classi di azioni che consentono non soltanto di ricevere dividendi relativi a determinate categorie di profitti dell'azienda (per esempio quelli derivanti da plusvalenze su vendite di immobili o partecipazioni qualificate, oppure in sede di liquidazione della struttura), ma anche di esercitare il controllo senza diritto alcuno alla distribuzione di utili.

Se il soggetto residente fosse proprietario di una categoria A di azioni che gli permettono il controllo dell'impresa (per esempio la casa madre operativa italiana), quest'ultima potrebbe prevedere l'emissione di una categoria B di azioni a cui spettino tutti i diritti patrimoniali e l'intestazione ad un *trust* (non fiscalmente residente in Italia) di natura discrezionale (cioè in cui i beneficiari non sono indicati in maniera inequivocabile al momento della creazione, ma è il *trustee* che li determina fra una determinata categoria di persone che potrebbero essere gli azionisti della casa madre italiana stessa).

Si provocherebbe, di fatto, un aggiramento della norma CFC, senza che il soggetto residente debba necessariamente privarsi della titolarità giuridica del controllo dell'entità.

Il riporto nel tempo dell'imposizione sarebbe quindi realizzato e si potrebbe, invece, consentire al soggetto controllante di disporre altrimenti dei fondi che hanno beneficiato del consistente risparmio d'imposta per altri fini, quali quelli di agevolare finanziamenti infragruppo.

Non si deve, infatti, dimenticare che in molte strutture localizzate in Paesi a fiscalità privilegiata, l'accumulazione dei maggiori fondi derivanti dal risparmio d'imposta può avere anche altri scopi, oltre a quello finale dell'arricchimento diretto dei beneficiari economici.

Un accrescimento della ricchezza del gruppo stesso, tramite operazioni di autofinanziamento, potrebbe portare ad un aumento indiretto delle disponibilità dei beneficiari finali. Questo è tanto più vero per i gruppi transnazionali.

### **CFC e *sub-holding*: "l'apertura" delle Entrate**

La principale problematica posta dall'utilizzo del metodo giurisdizionale della disciplina CFC è quella della possibilità che si verifichino dei casi di doppia imposizione qualora, la società figlia localizzata in Paese o territorio *black list* agisca in qualità di *sub-holding* ed abbia in capo delle partecipazioni localizzate in Paesi a tassazione ordinaria con o senza trattato fiscale con l'Italia.

Un'interpretazione rigidamente formale della disciplina porta, infatti, alla tassazione dei redditi della *sub-holding* (che nel caso di specie sono quasi esclusivamente dividendi delle società figlie) come se prodotti nel Paese a fiscalità privilegiata e, quindi, di fatto esenti da tassazione.

Questa norma lega, inoltre, con la disciplina contenuta nell'art.89, co.3 (per le persone giuridiche) e nell'art.47, co.4 (per le persone fisiche) del Tuir, riguardante la tassazione integrale degli utili provenienti da Paesi in *black list*, poiché anche se la *ratio* è diversa (da un lato impedire il riporto impositivo di utili altrimenti imponibili in Italia e dall'altro evitare la non imposizione dello stesso reddito da dividendo), le prove da fornire per l'interpello disapplicativo sono le medesime.

Nella R.M. n.18 del 29 gennaio 2003, l'Agenzia delle Entrate adottava un'interpretazione rigida della norma, negando l'esimente di cui all'art.5, co.3 del Regolamento attuativo della normativa CFC (il citato D.M. n.429/01), che per una risposta positiva all'interpello disapplicativo richiedeva che i redditi conseguiti dai soggetti CFC fossero prodotti in misura non inferiore al 75% in altri Stati o territori diversi da quelli in *black list* ed ivi sottoposti integralmente a tassazione ordinaria.

Nella fattispecie esaminata nella R.M. n.18/03, una società lussemburghese che beneficiava del regime fiscale delle *holding* del 1929 controllava una società brasiliana, ordinariamente tassata, ed oltre il 75% dei suoi redditi erano costituiti da interessi pagati da quest'ultima e contabilizzati come dividendi.

In quell'occasione l'Amministrazione ha statuito che i redditi in questione non potevano essere considerati come "prodotti" in Brasile, ma in Lussemburgo e, quindi, sottoposti a tassazione in Italia secondo le norme CFC.

Una tale rigidità era stata contestata dalla dottrina e dall'Assonime in varie circolari e sicuramente denotava un approccio rigidamente formale e non sostanziale alla problematica.

Non vi era, infatti, un "*tax deferral*", poiché in realtà, almeno una volta, in capo alla sub-filiale brasiliana veniva assolto correttamente il debito d'imposta.

Nella R.M. n.191/07, similmente alla fattispecie suesposta, una società italiana controllava il 65% di una società di *Hong Kong* che a sua volta controllava il 100% di una società cinese ordinariamente imponibile.

A titolo di inciso, in virtù di un accordo fra la Repubblica Popolare Cinese (P.R.C.) e la Gran Bretagna, a partire dal 1° luglio 1997, *Hong Kong* è una *Special Administrative Region* (HK S.A.R. – Regione Amministrativa Speciale), ai sensi dell'art.31 della Costituzione cinese, con la formula politica di "uno Stato, due sistemi" basata sulla promessa della P.R.C. di non imporre il sistema economico socialista per i prossimi 50 anni e garantendo un ampio livello di autonomia tranne nei settori della politica estera e della difesa.

L'art.108 della *Basic Law* di HK S.A.R. stabilisce che il territorio ha una propria legislazione fiscale separata da quella della P.R.C.

Le convenzioni ed i trattati internazionali in materia fiscale ratificati dalla P.R.C. non si applicano ad *Hong Kong*, ma quest'ultima ha il potere di negoziarne in

maniera indipendente con altri Stati ed organizzazioni internazionali a condizione che utilizzi il nome "Hong Kong S.A.R. of the P.R.C."

Il regime fiscale di HK S.A.R. contenuto nella *Inland Revenue Ordinance* in vigore dal 1° luglio 1997 e successive modifiche, è uno degli ultimi rimasti al mondo che si basa sul principio dell'imposizione dei residenti su base territoriale.

In pratica, non viene tassato il reddito mondiale dei contribuenti residenti, siano essi persone fisiche o giuridiche, ma soltanto quello derivante da un'attività lucrativa, professionale o imprenditoriale svolta sul territorio.

I redditi prodotti all'estero non scontano alcuna imposizione locale, anche se ivi rimpatriati, a prescindere che abbiano oppure no subito un'imposizione estera.

I redditi prodotti localmente da una persona giuridica o su un'attività imprenditoriale sono tassati ad un'aliquota del 17,5%. Non vi è alcuna imposizione sulle plusvalenze realizzate, sui dividendi e sugli interessi.

*Hong Kong* ha stipulato una convenzione fiscale con la P.R.C. che rende interessante l'utilizzo di una *holding* di Hong Kong come società *conduit* nei confronti di società figlie cinesi.

Inoltre, molti investitori internazionali, fra cui in testa *taiwanesi* e giapponesi, preferiscono investire in P.R.C. tramite un veicolo di *Hong Kong*.

Nella R.M. n.191/07, il contribuente non richiedeva un'istanza di interpello preventivo per la disapplicazione della normativa CFC (probabilmente prendendo atto delle precedenti posizioni espresse dall'Amministrazione), ma chiedeva chiarimenti in merito alla corretta determinazione del reddito della filiale CFC ed all'applicabilità dell'esclusione di cui all'art.89 del Tuir ai dividendi corrisposti alla controllante italiana dalla società di Hong Kong per la parte eccedente il reddito già imputato per trasparenza.

L'importanza della R.M. n.191/07 non risiede però nella risposta ai quesiti, quanto al passaggio seguente:

*"Ove il soggetto residente dimostri, invece, in sede di interpello disapplicativo proposto ai sensi dell'art.89, co.3 del Tuir (oppure a seconda del caso, ai sensi dell'art.167, co.5, lett.b) del Tuir), che dalla partecipazione "non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori in cui sono sottoposti a regimi fiscali privilegiati", i relativi dividendi potranno beneficiare dell'esclusione al 95%.*

*In sede di interpello, potranno valutarsi i presupposti della eventuale delocalizzazione del reddito in un Paese a fiscalità ordinaria anche – ricorrendone i presupposti - alla stregua di criteri analoghi a quelli indicati nella risoluzione n.63/E del 28 marzo 2007.*

*Ancorché, infatti, i redditi della CFC, formati da utili di partecipazioni provenienti da una partecipata residente in uno Stato non incluso nella black list, devono considerarsi, in linea di principio, prodotti nel Paese di residenza della CFC, non è preclusa la possibilità di apprezzare in sede di interpello le peculiarità della posizione della società controllante - così come nella fattispecie di cui alla risoluzione n.63/E del 2007 – in coerenza con la ratio antielusiva della disciplina in esame, cui dovrà necessariamente correlarsi il provvedimento di disapplicazione di cui all'art.89, co.3 del Tuir".*

In pratica, negli ultimi due paragrafi, viene lasciata aperta la possibilità di una valutazione "sostanziale" dello schema della società *conduit* che viene considerata trasparente fiscalmente oppure alla stregua di una società che abbia una stabile organizzazione nel Paese non a fiscalità privilegiata, a cui faccia capo la partecipazione locale ed i relativi redditi che hanno già subito una tassazione ordinaria in capo alla figlia.

L'Amministrazione fa riferimento anche ad un'altra R.M. n.63 del 28 marzo 2007, in cui una società italiana deteneva una società cipriota per il tramite di una società americana ordinariamente tassata al 35%.

Si tratta della situazione rovesciata rispetto alla R.M. n.191/07, ma da un punto di vista sostanziale il discorso non cambia.

Non abbiamo un *tax deferral* oppure una doppia non tassazione, perché nel Paese della filiale ultima o della *sub-holding* abbiamo una tassazione ordinaria dei redditi in questione.

### Conclusioni

La R.M. n.191/07 ha senza dubbio il merito di inaugurare una (speriamo lunga) stagione di analisi sostanziale delle strutture CFC che non condanna a priori l'utilizzo di determinate strutture localizzate nei Paesi e territori a fiscalità privilegiata come puri strumenti di elusione fiscale, ma ne considera anche la *ratio* economica, legale ed alcune volte anche politica dell'esistenza operativa di tali strutture, soprattutto quando si opera in particolari contesti geografici.

**EUROCONFERENCE  
EDITORE**

## MANUALE PER L'INTERNAZIONALIZZAZIONE DELL'IMPRESA

Regole e strumenti per fare impresa all'estero

Autori:  
**AAVV**  
Coordinamento:  
**L. Belluzzo**  
Edizione:  
**Marzo 2007**  
Prezzo:  
**€ 80,00**

**OFFERTA SPECIALE** per gli Abbonati alla rivista telematica "Il bollettino dell'internazionalizzazione"  
**€ 60,00**

