

Rimini, 21 luglio 2017

**LA FISCALITA' *CROSS BORDER*, CON FOCUS SULLA
NORMATIVA *CFC***

Dott. Riccardo Casadei

Dottore Commercialista – Revisore Legale

r.casadei@studio-casadei.com

Corso D'Augusto n. 14 – Rimini

Tel. 0541/780525

Fax 0541/369069

Cell. +39.393.3315062

Skype Id: dott.riccardocasadei

www.studio-casadei.com

STUDIO CASADEI

STUDIO TRIBUTARIO E COMMERCIALE

Il concetto di fiscalità *cross border* racchiude una moltitudine di fattispecie, di operazioni che assumono rilevanza ai fini tributari nell'ambito della legislazione di più Giurisdizioni/Stati.

In questo incontro affronteremo talune disposizioni normative italiane di maggiore interesse in relazione ad attività di impresa che presentano caratteri transnazionali.

Le disposizioni in questione trovano applicazione anche nell'ambito di processi di trasferimento all'estero di attività.

Gli argomenti trattati:

- La Repubblica di San Marino nel contesto internazionale e nei rapporti con l'Italia;
- La normativa in materia di residenza (ITA-RSM-Convenzione bilaterale);
- La normativa in materia una stabile organizzazione (ITA-RSM-Convenzione bilaterale);
- La normativa in materia di *Exit Taxation* di cui all'art. 166, Tuir.
- La rilevanza delle riorganizzazioni aziendali ai fini della normativa in materia di *transfer pricing*;
- La normativa in materia di *Controlled Foreign Companies (CFC)* di cui all'art. 167 Tuir.

STUDIO CASADEI

STUDIO TRIBUTARIO E COMMERCIALE

La Repubblica di San Marino nel contesto internazionale

La Repubblica di San Marino è stata inserita dall'OCSE tra i **Paesi collaborativi**, in quanto ha concluso convenzioni contro le doppie imposizioni e accordi per lo scambio di informazioni tributarie secondo gli standard OCSE con circa 50 Stati, ed altri ancora ne sta concludendo.

Inoltre il Paese ha relazioni diplomatiche e consolari attive in tutto il Mondo e partecipa attivamente ai lavori periodici dei maggiori organismi internazionali (OCSE, Fondo monetario internazionale, ONU, Consiglio d'Europa).

Pur non essendo membro dell'Unione Europea San Marino ha siglato peraltro un **Accordo di Cooperazione e Unione Doganale con l'Unione Europea** nel 1991, entrato in vigore nella sua forma completa (unione doganale e cooperazione) il 1° aprile del 2002.

Mediante tale accordo sono state gettate le basi per un'ampia cooperazione in diversi settori.

... e nei rapporti con l'Italia

Dal 1° gennaio 2014 è in vigore una Convenzione contro le doppie imposizione sul reddito, che è stata predisposta sulla base del Modello OCSE e firmata nel 2002, grazie alla quale tra i due Paesi è quindi attivo un sistema di scambio di informazioni ai fini fiscali (previsto nell'art. 26).

Tale scambio di informazioni era già peraltro attuato unilateralmente da San Marino prima dell'entrata in vigore della Convenzione, tramite la Legge 22 luglio 2011, n. 106.

Inoltre, a partire dal febbraio 2014 San Marino è stata eliminata dalla lista dei territori a regime fiscale privilegiato rappresentata dal DM 4 maggio 1999, che rileva ai fini della presunzione di residenza in Italia delle persone fisiche emigrate in paradisi fiscali che è prevista all'art. 2, comma 2-*bis*, Tuir italiano.

... segue

Pertanto rispetto ai trasferimenti di residenza delle persone fisiche in San Marino, sarà il fisco Italiano a dovere dimostrare che si tratta di un trasferimento fittizio, solo formale.

L'eliminazione da questa black list ha comportato peraltro un effetto diretto anche ai fini IVA, in quanto mediante il DM del 30 marzo 2010 gli operatori economici italiani devono comunicare (con cadenza trimestrale, o mensile qualora si superino i 50.000 Euro) le operazioni commerciali attive e passive intrattenute con operatori economici situati nei Paesi elencati nella black list del 2001 (quella rilevante per la normativa sulle *controlled foreign companies* art. 167 Tuir) e del 1999 (appunto quella delle persone fisiche, in cui vi era anche RSM).

Adempimento che ha comportato un grande deterrente per le imprese italiane nel commerciare con San Marino e che ha provocato enormi effetti negativi sull'economia di tale Paese.

... segue

Inoltre verso San Marino (dal 2014) non si applica più nemmeno il raddoppio (3-15% vs 6-30%) delle sanzioni per le violazioni del monitoraggio fiscale (art. 5, d.l. 167/1990) e nemmeno si applica più la disposizione entrata in vigore con l'art. 12 del dl 78/2009, secondo cui le somme detenute in violazione della normativa sul monitoraggio fiscale si presumono costituite da redditi evasi, sui quali si applicano sanzioni per infedele dichiarazione in misura doppia a quelle ordinarie.

Il concetto di residenza fiscale – società ed enti.

Per le società e per gli enti è necessario conoscere le disposizioni previste da Italia e San Marino in materia di residenza fiscale e quelle previste dalla Convenzione.

La materia è disciplinata:

- in Italia, dall'art. 73 del Tuir;
- in San Marino, dall'art. 42, IGR;
- nella Convenzione, dall'art. 4.

La residenza fiscale delle società nella disciplina tributaria italiana...

I soggetti diversi dalle persone fisiche e, in particolare gli enti e le società, si considerano residenti in Italia se, per la maggior parte del periodo di imposta, hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale della loro attività nel territorio dello Stato [ex art. 5, comma 3, lett. d), del Tuir, per le società di persone e le associazioni soggette a Irpef; ex art. 73, comma 1, del Tuir, per le società di capitali e gli enti soggetti a Ires].

Precisamente, la normativa prevede che:

La residenza fiscale dei soggetti diversi dalle persone fisiche, in particolare degli enti e delle società, in Italia è regolata dal terzo comma dell'art. 73 del Tuir, in cui si dispone che *“che ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti in Italia le società (e gli enti) che, per la maggior parte del periodo di imposta, hanno (i) la sede legale o (ii) la sede dell'amministrazione o (iii) l'oggetto principale nel territorio dello Stato”*.

Anche in questo caso verificandosi la residenza fiscale in Italia il reddito prodotto da questi soggetti in tutto il mondo (sempre in base al principio della *world wide taxation*) è sottoposto alle imposte sui redditi societari (IRES).

... segue

Infatti:

Ai sensi dell'art. 81 Tuir, le società e gli enti residenti nel territorio dello Stato sono assoggettati a tassazione sul reddito complessivo, da qualsiasi fonte esso provenga (c.d. *world wide principle*), che deve essere determinato secondo le regole sul reddito d'impresa di cui agli artt. da 81 a 116, del Tuir.

Per le società ed enti commerciali non residenti, nonché per gli enti non commerciali, gli artt. 151 e 153, del Tuir, sulla base del principio di territorialità già descritto per le persone fisiche, stabiliscono che sono soggetti a tassazione in Italia soltanto per i redditi prodotti nel territorio dello Stato indicati nell'art. 23, del Tuir.

Qualora la società estera e l'ente commerciale non residente siano dotate di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato, l'art. 152, del Tuir, stabilisce che il reddito complessivo sarà determinato secondo le disposizioni fissate per la determinazione del reddito di impresa di cui agli artt. da 81 a 116, del Tuir.

... segue

Per chiarire la portata dei criteri indicati all'art. 73 Tuir, tali elementi è utile richiamarsi a quanto la Corte di Cassazione ha stabilito in modo chiaro nella sentenza n. 7080 del 23 febbraio 2012.

→ Rispetto al requisito della “sede legale” di una società i giudici hanno stabilito che essa “*va intesa come il luogo in cui opera il centro direttivo e amministrativo della società, ove avviene il compimento di atti giuridici in nome di essa, con l’abituale presenza degli amministratori, investiti della relativa rappresentanza*”.

→ Rispetto poi alla “sede dell’amministrazione”, i giudici hanno stabilito che trattasi del “*luogo da cui effettivamente provengono gli impulsi volitivi inerenti l’attività societaria, cioè il luogo in cui si esplicano la direzione e il controllo di detta attività; in particolare, qualora gli amministratori risiedano all’estero, ma svolgano le proprie funzioni a mezzo di procuratori operanti in Italia, si dovrà individuare in Italia il luogo della concreta messa in esecuzione da parte dei predetti procuratori delle direttive ad essi impartite e, quindi, la residenza fiscale societaria*”.

... segue

Il caso di specie affrontato dai giudice della Cassazione riguardava una controversia in materia di residenza di una società navale portoghese, ed i giudici nella sentenza hanno stabilito espressamente che *“non è fondato ritenere la residenza fiscale di una società in Portogallo per il fatto che le navi in proprietà alla società navigano con bandiera portoghese e risultano appartenenti territorio di quello Stato, secondo la normativa di diritto di navigazione regolante la materia, non avendo questo elemento nessuna connessione con “il luogo ove l’attività principale e sostanziale (societaria) è esercitata” (art. 4, comma 3, del Mod. di convenzione OCSE). L’attività principale e sostanziale di una società si concretizza, infatti, nella sua gestione amministrativa, nella programmazione di tutti gli atti necessari affinché il fine sociale venga raggiunto, nell’organizzazione economico-finanziaria della stessa, e non nell’esplicazione materiale degli obblighi contrattuali assunti, con la prestazione dei relativi servizi”.*

... segue

→ Infine, sul criterio dell’“oggetto sociale”, la Corte di Cassazione - sempre nella sentenza in commento (la n. 7080 del 2012) - ha stabilito che esso “*ha natura residuale rispetto a quello della sede e si applica soltanto se questa, legale o amministrativa, non sia in Italia per la maggior parte del periodo di imposta. Il quarto comma dell’art. 73 Tuir dispone che l’oggetto esclusivo o principale dell’ente è determinato con riferimento all’atto costitutivo, redatto in atto pubblico o scrittura privata, e, in mancanza, in base alla attività effettivamente esercitata, per cui per identificare la nozione di principalità necessita fare riferimento a tutti gli atti produttivi e negoziali, nonché ai rapporti economici, che lo stesso ente pone in essere con i terzi, e per individuare il luogo in cui viene a realizzarsi l’oggetto sociale rileva, non tanto quello dove si trovano i beni principali posseduti dalla società, quanto la circostanza che occorra o meno una presenza in loco per la gestione delle attività dell’ente*”.

STUDIO CASADEI

STUDIO TRIBUTARIO E COMMERCIALE

... segue

Pertanto alla luce di questi chiarimenti l'“oggetto sociale” si individua dove - in modo concreto e materialmente riscontrabile - si trovano gli impianti produttivi o di stoccaggio, dove sono localizzati gli investimenti strumentali della società, dove si trova la sede degli uffici in cui si svolgono ad es. le attività amministrative, contabili, strategiche, e le altre attività funzionali al concreto realizzarsi dell'attività per la quale la società è stata costituita.

→ Quindi nel caso di società commerciali, non è coerente con l'interpretazione di “oggetto sociale” che è stata costantemente fornita dalla giurisprudenza di legittimità italiana (anche nella sentenza che ho richiamato) e che peraltro è seguita anche dalla Guardia di Finanza nella circolare n. 1 del 2008 (in cui si indicano le varie modalità operative di controllo) l'assumere che l'oggetto sociale debba coincidere con il mercato di sbocco principale della società.

Ovviamente le conseguenze sarebbero paradossali, soprattutto per Paesi costituiti da Enclave con un'estensione territoriale limitata quali San Marino, in quanto facilmente un grandissimo numero di società dovrebbero ritenersi residenti in Italia.

... segue

Anche nel caso di società l'onere di dimostrare che i dati documentali non corrispondono alla realtà, e che quindi un soggetto è “estero-vestito”, grava sempre sull'Amministrazione finanziaria italiana (Cass., 14 marzo 2000, n. 1156).

I suddetti principi giurisprudenziali sono stati confermati anche nella sentenza della Corte di Cassazione n. 1811 del 30 ottobre 2013, dep. il 17 gennaio 2014, con le seguenti massime:

Non è sufficiente a superare il dato geografico della sede la circostanza che il soggetto economico fruisca di una concessione amministrativa e l'operatività sia da riferirsi al territorio nazionale in quanto il provvedimento amministrativo è semplicemente strumentale all'esercizio dell'attività economica.

La disciplina di diritto interno in merito all'identificazione della residenza fiscale delle società deve coniugarsi con i principi e le libertà fondamentali del Trattato UE come interpretate dalla giurisprudenza comunitaria. Lo stabilimento di una sede sociale in uno Stato membro in virtù della circostanza di una legislazione maggiormente favorevole non costituisce abuso della libertà di stabilimento laddove non si tratti di costruzione artificiosa priva di effettività economica.

STUDIO CASADEI
STUDIO TRIBUTARIO E COMMERCIALE

La residenza fiscale delle società nella disciplina tributaria sammarinese e della Convenzione ITA-RSM

Per quanto riguarda invece la normativa sammarinese [l'art. 42 dell'IGR *post* riforma stabilisce l'applicazione della *world wide taxation*] il secondo comma dell'art. 42 dell'IGR stabilisce che *“Si considerano residenti le persone giuridiche e gli enti che abbiano la sede legale o la sede dell'effettiva direzione nel territorio dello Stato per la maggior parte del periodo di imposta”*.

La disposizione è quindi sostanzialmente in linea con quanto previsto in Italia, salvo il riferimento all'oggetto sociale che è assente nella normativa sammarinese.

Il conflitto di doppia residenza tra Italia e RSM potrà essere risolto grazie all'applicazione della Convenzione, in quanto l'art. 4 comma 4 stabilisce sostanzialmente che la residenza è dove si trova la sede dell'amministrazione effettiva [*“Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è considerata residente di entrambi gli Stati contraenti, si ritiene che essa è residente dello Stato contraente in cui si trova la sede della sua **direzione effettiva**”*].

La disposizione è di contenuto identico a quello del Modello OCSE.

... segue

Sul concetto di sede dell'amministrazione/sede della direzione effettiva [ossia del cd. *place of effective management*] il Commentario all'art. 4, par. 3, del Modello di Convenzione OCSE, che è di contenuto analogo al quarto comma della Convenzione tra Italia e RSM, al paragrafo 24 chiarisce che "La sede di direzione effettiva è il luogo dove sono sostanzialmente assunte le decisioni gestionali e commerciali fondamentali e necessarie per lo svolgimento delle attività dell'impresa nel suo complesso. Tutti i fatti e le circostanze pertinenti devono essere esaminate per determinare la sede di direzione effettiva. L'entità estera può avere più di una sede di direzione, ma può avere una sola sede di direzione effettiva in qualsiasi momento".

... segue

Inoltre al par. 24.1 del Commentario si chiarisce che per taluni Paesi *“un approccio caso per caso, è il modo migliore per affrontare le difficoltà nel determinare la sede della direzione effettiva di una persona giuridica che può derivare dall'uso delle nuove tecnologie di comunicazione”*.

Inoltre, si dice che le Autorità Fiscali dei due Paesi contraenti, per determinare il luogo di gestione effettiva di una Società (e dirimere quindi i casi di doppia residenza), devono tenere in considerazione *“diversi fattori, come ad esempio dove si tengono le riunioni del consiglio di amministrazione o dell'organo di gestione equivalente, il luogo in cui l'amministratore delegato e altri alti dirigenti e manager di solito svolgono la loro attività quotidiana, il luogo dove sono conservate ed elaborate le scritture contabili, etc.”*.

→ **È chiaro quindi che anche per l'OCSE la “sede dell'amministrazione” societaria tende a coincidere con il luogo da cui promanano gli impulsi volitivi dell'attività aziendale.**

(...) segue

Peraltro, è stato rilevato come la definizione di “sede dell’amministrazione effettiva” fornita dal Commentario al Modello di Convenzione OCSE - che privilegia il luogo in cui sono prese le decisioni aziendali - sia poco adeguata all’attuale contesto normativo.

Infatti, le stesse norme permettono di derogare al metodo della collegialità ai fini della formazione delle scelte aziendali, prevedendo che le decisioni siano prese anche mediante consultazione scritta, senza quindi obbligare gli amministratori a riunirsi in un determinato luogo al fine di effettuare le delibere societarie.

Medesime osservazioni possono essere avanzate nel caso in cui l’intervento degli amministratori alle assemblee societarie avvenga in modo virtuale, ossia grazie ai moderni mezzi di telecomunicazione (ad es. video-conferenza). In questo caso, sebbene sia rispettato il metodo della “collegialità”, risulta difficile individuare l’effettivo “centro decisionale”.

Il rischio è infatti che la residenza fiscale della società venga individuata nel luogo in cui l’amministratore o i soci hanno la residenza fiscale.

STUDIO CASADEI

STUDIO TRIBUTARIO E COMMERCIALE

(...) segue

Inoltre il Commentario all'art. 4, comma 3, del Modello di Convenzione OCSE, suggerisce, ai fini dell'individuazione della residenza di una società, di analizzare la fattispecie caso per caso in quanto risulta essere la strada migliore per far fronte alla difficoltà che potrebbero sorgere, per la determinazione del luogo in cui vengono assunte le decisioni, nel caso in cui vengano utilizzati nuove tecnologie di comunicazione.

Il Commentario aggiunge, inoltre, che i suddetti Paesi sono liberi di rimettere la soluzione del problema sulla residenza delle suddette società alla decisione delle competenti autorità.

Nel caso in cui tali società hanno la residenza in entrambi gli Stati, le competenti autorità si adoperano per stabilire di comune accordo lo Stato contraente in cui la società si considera residente (v. Comm. all'art. 4, par. 3, Modello di Convenzione OCSE, par. 24.1).

Il concetto di «stabile organizzazione».

Ai fini del concetto di stabile organizzazione è necessario conoscere le disposizioni previste da Italia e San Marino e quelle previste dalla Convenzione.

La materia è disciplinata:

- in Italia, dall'art. 162 del Tuir;
- in San Marino, dall'art. 4, IGR;
- nella Convenzione, dall'art. 5.

La normativa tributaria italiana...

Art. 162 Tuir - *Stabile organizzazione*

- “1. Fermo restando quanto previsto dall’articolo 169, ai fini delle imposte sui redditi e dell’imposta regionale sulle attività produttive di cui al decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, l’espressione "stabile organizzazione" designa una sede fissa di affari per mezzo della quale l’impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività sul territorio dello Stato.*
- 2. L’espressione "stabile organizzazione" comprende in particolare:*
- a) una sede di direzione;*
 - b) una succursale;*
 - c) un ufficio;*
 - d) un’officina;*
 - e) un laboratorio;*
 - f) una miniera, un giacimento petrolifero o di gas naturale, una cava o altro luogo di estrazione di risorse naturali, anche in zone situate al di fuori delle acque territoriali in cui, in conformità al diritto internazionale consuetudinario ed alla legislazione nazionale relativa all’esplorazione ed allo sfruttamento di risorse naturali, lo Stato può esercitare diritti relativi al fondo del mare, al suo sottosuolo ed alle risorse naturali. (...)*

... segue

- 3. Un cantiere di costruzione o di montaggio o di installazione, ovvero l'esercizio di attività di supervisione ad esso connesse, è considerato "stabile organizzazione" soltanto se tale cantiere, progetto o attività abbia una durata superiore a tre mesi.*
- 4. Una sede fissa di affari non è, comunque, considerata stabile organizzazione se:*
 - a) viene utilizzata una installazione ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna di beni o merci appartenenti all'impresa;*
 - b) i beni o le merci appartenenti all'impresa sono immagazzinati ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna;*
 - c) i beni o le merci appartenenti all'impresa sono immagazzinati ai soli fini della trasformazione da parte di un'altra impresa;*
 - d) una sede fissa di affari è utilizzata ai soli fini di acquistare beni o merci o di raccogliere informazioni per l'impresa;*
 - e) viene utilizzata ai soli fini di svolgere, per l'impresa, qualsiasi altra attività che abbia carattere preparatorio o ausiliario;*
 - f) viene utilizzata ai soli fini dell'esercizio combinato delle attività menzionate nelle lettere da a) ad e), purché l'attività della sede fissa nel suo insieme, quale risulta da tale combinazione, abbia carattere preparatorio o ausiliario. (...)*

STUDIO CASADEI

STUDIO TRIBUTARIO E COMMERCIALE

... segue

(...)

- 5. Oltre a quanto previsto dal comma 4 non costituisce di per sé stabile organizzazione la disponibilità a qualsiasi titolo di elaboratori elettronici e relativi impianti ausiliari che consentano la raccolta e la trasmissione di dati ed informazioni finalizzati alla vendita di beni e servizi.*
- 6. Nonostante le disposizioni dei commi precedenti e salvo quanto previsto dal comma 7, costituisce una stabile organizzazione dell'impresa di cui al comma 1 il soggetto, residente o non residente, che nel territorio dello Stato abitualmente conclude in nome dell'impresa stessa contratti diversi da quelli di acquisto di beni.*
- 7. Non costituisce stabile organizzazione dell'impresa non residente il solo fatto che essa eserciti nel territorio dello Stato la propria attività per mezzo di un mediatore, di un commissionario generale, o di ogni altro intermediario che goda di uno status indipendente, a condizione che dette persone agiscano nell'ambito della loro ordinaria attività.*

(...)

... segue

(....)

8. *Nonostante quanto previsto dal comma precedente, non costituisce stabile organizzazione dell'impresa il solo fatto che la stessa eserciti nel territorio dello Stato la propria attività per mezzo di un raccomandatario marittimo di cui alla legge 4 aprile 1977, n. 135, o di un mediatore marittimo di cui alla legge 12 marzo 1968, n. 478, che abbia i poteri per la gestione commerciale o operativa delle navi dell'impresa, anche in via continuativa.*
9. *Il fatto che un'impresa non residente con o senza stabile organizzazione nel territorio dello Stato controlli un'impresa residente, ne sia controllata, o che entrambe le imprese siano controllate da un terzo soggetto esercente o no attività d'impresa non costituisce di per sé motivo sufficiente per considerare una qualsiasi di dette imprese una stabile organizzazione dell'altra".*

(...)

... La normativa tributaria sammarinese

Art. 4 - *Stabile organizzazione*

1. È definita “stabile organizzazione” la sede fissa di affari per mezzo della quale l’impresa non residente esercita, in tutto o in parte, la sua attività sul territorio dello Stato.
2. La “stabile organizzazione” si identifica, in via esemplificativa e non esaustiva, in:
 - a) una sede di direzione;
 - b) una succursale;
 - c) un ufficio;
 - d) un’officina;
 - e) un laboratorio;
 - f) una miniera, un giacimento petrolifero o di gas naturale, una cava o altro luogo di estrazione di risorse naturali.
3. Un cantiere di costruzione o di montaggio o di installazione, ovvero l’esercizio di attività di supervisione ad esso connesse, è considerato “stabile organizzazione” soltanto se tale cantiere o attività abbia una durata superiore a tre mesi.

STUDIO CASADEI

STUDIO TRIBUTARIO E COMMERCIALE

... segue

4. Oltre a quanto previsto dal comma 2, costituisce stabile organizzazione la disponibilità a qualsiasi titolo di elaboratori elettronici e relativi impianti ausiliari che consentano la raccolta e la trasmissione di dati ed informazioni finalizzati alla vendita di beni e servizi.

5. Nonostante le disposizioni dei commi precedenti, una sede fissa di affari non è, comunque, considerata stabile organizzazione se:

a) viene utilizzata una installazione ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna di beni o merci appartenenti all'impresa;

b) i beni o le merci appartenenti all'impresa sono immagazzinati ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna;

c) i beni o le merci appartenenti all'impresa sono immagazzinati ai soli fini della trasformazione da parte di un'altra impresa;

d) una sede fissa di affari è utilizzata ai soli fini di acquistare beni o merci o di raccogliere informazioni per l'impresa;

e) viene utilizzata ai soli fini di svolgere, per l'impresa, qualsiasi altra attività che abbia carattere preparatorio o ausiliario;

f) viene utilizzata ai soli fini dell'esercizio combinato delle attività menzionate nelle lettere da a) ad e), purché l'attività della sede fissa nel suo insieme, quale risulta da tale combinazione, abbia carattere preparatorio o ausiliario.

STUDIO CASADEI

STUDIO TRIBUTARIO E COMMERCIALE

... segue

6. Nonostante le disposizioni dei commi precedenti, e salvo quanto previsto dal comma 7, costituisce una stabile organizzazione dell'impresa di cui al comma 1 il soggetto, residente o non residente, che nel territorio dello Stato abitualmente conclude in nome dell'impresa stessa contratti diversi da quelli di acquisto di beni.

7. Non costituisce stabile organizzazione dell'impresa non residente il solo fatto che essa eserciti nel territorio dello Stato la propria attività per mezzo di un mediatore, di un commissionario generale, o di ogni altro intermediario che goda di uno status indipendente, a condizione che dette persone agiscano nell'ambito della loro ordinaria attività.

8. Il fatto che un'impresa non residente, con o senza stabile organizzazione nel territorio dello Stato, controlli un'impresa residente, ne sia controllata o che entrambe le imprese siano controllate da un terzo soggetto esercente o no attività d'impresa non costituisce di per sé motivo sufficiente per considerare una qualsiasi di dette imprese una stabile organizzazione dell'altra.

STUDIO CASADEI

STUDIO TRIBUTARIO E COMMERCIALE

... La normativa tributaria nella Convenzione contro le doppie imposizioni ITA - RSM

Analogamente a quanto previsto nell'art. 162 TUIR, l'art. 5 della convenzione ITA-RSM, rubricato "Stabile Organizzazione" dispone che:

"1. Ai fini della presente Convenzione, l'espressione "stabile organizzazione" designa una sede fissa di affari in cui l'impresa esercita in tutto o in parte la sua attività.

2. L'espressione "stabile organizzazione" comprende in particolare:

a) una sede di direzione;

b) una succursale;

c) un ufficio;

d) un'officina;

e) un laboratorio;

f) una miniera, un giacimento petrolifero o di gas naturale, una cava od ogni altro luogo di estrazione di risorse naturali;

g) un cantiere di costruzione o di montaggio la cui durata oltrepassa i dodici mesi;

3. Non si considera che vi sia una "stabile organizzazione" se:

a) si fa uso di una installazione ai soli fini di deposito, di esposizione, o di consegna di beni o merci appartenenti all'impresa;

b) i beni o le merci appartenenti all'impresa sono immagazzinate ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna; (...)

STUDIO CASADEI

STUDIO TRIBUTARIO E COMMERCIALE

... segue

- c) i beni o le merci appartenenti all'impresa sono immagazzinate ai soli fini della trasformazione da parte di un'altra impresa;*
 - d) una sede fissa di affari è utilizzata ai soli fini di acquistare beni o merci o di raccogliere informazioni per la impresa;*
 - e) una sede fissa di affari è utilizzata, per l'impresa, ai soli fini di pubblicità, di fornire informazioni, di ricerche scientifiche o di altre attività che abbiano carattere preparatorio o ausiliario;*
- 4. Una persona che agisce in uno Stato contraente per conto di un'impresa dell'altro Stato contraente – diversa da un agente che goda di uno status indipendente, di cui al paragrafo 5 - è considerata stabile organizzazione nel primo Stato se dispone nello Stato stesso di poteri che esercita abitualmente e che le permettono di concludere contratti a nome dell'impresa, salvo il caso in cui l'attività di detta persona sia limitata all'acquisto di beni o merci per l'impresa.*
 - 5. Non si considera che un'impresa di uno Stato contraente ha una stabile organizzazione nell'altro Stato contraente per il solo fatto che essa vi esercita la propria attività per mezzo di un mediatore, di un commissionario generale o di ogni altro intermediario che goda di uno status indipendente, a condizione che dette persone agiscano nell'ambito della loro ordinaria attività.*
 - 6. Il fatto che una società residente di uno Stato contraente controlli o sia controllata da una società residente dell'altro Stato contraente ovvero svolga la sua attività in questo altro Stato (sia per mezzo di una stabile organizzazione oppure no) non costituisce di per sé motivo sufficiente per far considerare una qualsiasi delle dette società una stabile organizzazione dell'altra”.*

STUDIO CASADEI

STUDIO TRIBUTARIO E COMMERCIALE

... segue

La disposizione convenzionale - come del resto lo sono anche la disposizione italiana (art. 162 Tuir) e quella sammarinese (art. 4, IGR) - è di contenuto conforme al corrispondente art. 5 del Modello di Convenzione OCSE.

La disposizione *de qua* è una delle disposizioni più critiche di tutto il Modello in quanto fornisce la definizione della stabile organizzazione.

Come si evince dall'art. 7 del Modello OCSE, infatti, la stabile organizzazione rappresenta il fondamento del collegamento territoriale che giustifica l'imposizione (anche) alla fonte dei redditi derivanti dalle attività d'impresa e, a partire dalla modifica al Modello OCSE introdotta nel 2000, anche per le attività di lavoro autonomo.

La stabile organizzazione è «*una sede fissa di affari per mezzo della quale l'impresa esercita in tutto o in parte la sua attività*» (paragrafo 1 dell'art. 5).

... segue

L'art. 162, comma 1, del Tuir, stabilisce che vi è stabile organizzazione nel territorio dello Stato di una società estera quando quest'ultima svolga abitualmente attività nel territorio nazionale avvalendosi di una struttura organizzativa materiale e/o personale, qualunque ne fosse la dimensione, purché detta struttura organizzativa non abbia carattere precario o temporaneo e costituisca, quindi, un centro di imputazione di rapporti e situazioni giuridiche riferibili al soggetto straniero (v. sentenza della Corte di Cassazione, 27 novembre 1987, n. 8820).

Pertanto, la presenza di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato comporta, quindi, le seguenti conseguenze fiscali:

- il reddito di impresa prodotto dalle attività esercitate nel territorio dello Stato mediante detta stabile organizzazione si considera quivi prodotto;
- l'applicabilità di specifici obblighi contabili e tributari ai fini delle imposte dirette ed Iva (d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633).

La stabile organizzazione e il commercio elettronico.

L'art. 162 Tuir, comma 5, stabilisce espressamente che *“Oltre a quanto previsto dal comma 4 non costituiscono di per sé stabile organizzazione la disponibilità a qualsiasi titolo di elaboratori elettronici e relativi impianti ausiliari che consentano la raccolta e la trasmissione di dati ed informazioni finalizzati alla vendita di beni e servizi”*.

Al contrario (a prima vista, sembrerebbe), nella disciplina RSM di cui all'art. 2-bis IGR, comma 4, è stabilito che:

“Oltre a quanto previsto dal comma 2, costituisce stabile organizzazione la disponibilità a qualsiasi titolo di elaboratori elettronici e relativi impianti ausiliari che consentano la raccolta e la trasmissione di dati ed informazioni per effettuare la vendita di beni e servizi”.

Nulla, invece, dispone l'art. 5 del Modello OCSE.

... segue

Il quinto comma dell'art. 162 tuir esclude che la disponibilità di elaboratori elettronici al solo fine di raccogliere e trasmettere dati ed informazioni finalizzati alla vendita di beni e servizi configuri di per sé una stabile organizzazione.

In sede OCSE si è infine ritenuto che nell'ambito del commercio elettronico si possa configurare una stabile organizzazione soltanto in riferimento ai *server* localizzati nel territorio, e non invece in riferimento agli *Internet Service Provider* (a meno che non configurino una cd. stabile organizzazione personale) e ai siti *web*.

... segue

Come chiarito dalla risoluzione dell' Agenzia delle Entrate n. 119/E del 2007, peraltro, per potersi configurare una stabile organizzazione in presenza di un *server* occorre che il soggetto non residente:

- abbia la piena disponibilità del *server* stesso, potendo peraltro manovrarlo anche da remoto e senza l'intervento di personale umano in loco;
- utilizzi il *server* in maniera stabile (sede «fissa» di affari) per la commercializzazione dei suoi prodotti.

Diverso invece il caso del cd. commercio elettronico *indiretto*, in cui cioè la fase esecutiva del contratto, concluso sul *web*, avviene secondo i canali ordinari (per es., con consegna del bene a domicilio), in quanto in questo caso si ricade al di fuori del vero e proprio commercio elettronico (appunto definito come commercio elettronico «diretto»).

Il trasferimento di imprese e società in territorio estero: La Exit Taxation

Art. 166 TUIR

(Trasferimento all'estero della residenza)

Comma 1

«Il trasferimento all'estero della residenza dei soggetti che esercitano imprese commerciali, che comporti la perdita della residenza ai fini delle imposte sui redditi, costituisce realizzo, al valore normale, dei componenti dell'azienda o del complesso aziendale, salvo che gli stessi non siano confluiti in una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato. La stessa disposizione si applica se successivamente i componenti confluiti nella stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato ne vengano distolti. Si considerano in ogni caso realizzate, al valore normale, le plusvalenze relative alle stabili organizzazioni all'estero».

STUDIO CASADEI

STUDIO TRIBUTARIO E COMMERCIALE

Il trasferimento di imprese e società in territorio estero: La Exit Taxation

Comma 2-quater

«I soggetti che trasferiscono la residenza, ai fini delle imposte sui redditi, in Stati appartenenti all'Unione europea ovvero in Stati aderenti all'Accordo sullo Spazio economico europeo inclusi nella lista di cui al decreto emanato ai sensi dell'articolo 168-bis, comma 1, con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo sulla reciproca assistenza in materia di riscossione dei crediti tributari comparabile a quella assicurata dalla direttiva 2010/24/UE del Consiglio, del 16 marzo 2010, in alternativa a quanto stabilito al comma 1, possono richiedere la sospensione degli effetti del realizzo ivi previsto».

... segue

La disposizione prevista dall'art. 166 TUIR mira ad evitare che i plusvalori maturati, anche se non realizzati, sul territorio italiano, fuoriescano dalla potestà impositiva evitando la tassazione.

Pertanto conseguentemente al trasferimento, la plusvalenza derivante dalla differenza positiva tra costo fiscale dei beni aziendali e valore normale, sarà tassata in Italia con la *exit – taxation*.

Il valore normale cui fa riferimento l'art. 166 TUIR dovrà essere determinato ai sensi dell'art. 9, commi 3 e 4 del DPR 917/1986: la differenza tra il valore normale dei beni dell'azienda trasferita ed il loro costo fiscalmente riconosciuto concorre alla formazione del reddito di tale soggetto.

... segue

Presupposto soggettivo

La disposizione contenuta nell'art. 166 TUIR si rivolge ai soggetti residenti nel territorio dello Stato esercenti imprese commerciali:

- a) Persone fisiche che esercitano imprese commerciali ai sensi dell'art. 55 TUIR;
- b) Società di persone *ex* art. 5 TUIR;
- c) Soggetti indicati nell'art. 73, 1° co., Tuir

Presupposto oggettivo

Affinché vi sia tassazione dei plusvalori latenti è necessario:

- che sia avvenuto il trasferimento all'estero della residenza del soggetto;
- che il soggetto trasferito abbia perso la residenza in Italia ai fini fiscali.

... segue

Presupposto oggettivo

L'art. 166 TUIR non opera qualora il trasferimento della residenza all'estero non sia definitivo ed effettivo.

1) Pertanto in presenza di un espatrio soltanto formale (c.d. esterovestizione) trova applicazione l'art. 73, commi 5-*bis* e 5-*ter* del DPR 917/86 per il quale, al ricorrere di determinate condizioni, viene riqualificato come soggetto passivo IRES la società apparentemente trasferita oltre confine con conseguente inapplicabilità dell'*exit tax*.

2) Dunque, i contribuenti che intendono trasferirsi in un altro stato UE sono assoggettati ad imposizione qualora non facciano confluire i componenti dell'azienda o del complesso aziendale in una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato.

Tuttavia qualora in un momento successivo i beni vengano distolti dalla stabile organizzazione, le plusvalenze latenti dovranno essere assoggettate ad imposizione.

STUDIO CASADEI

STUDIO TRIBUTARIO E COMMERCIALE

... segue

Qualora la residenza fiscale venga trasferita in un altro Stato membro dell'UE o negli Stati aderenti all'Accordo sullo Spazio Economico Europeo è possibile scegliere alternativamente:

- per la tassazione della plusvalenza al momento del trasferimento (art. 166, comma 1);
- per la sospensione (art. 166, comma 2-*quater*);
- per la rateizzazione della riscossione delle imposte sui redditi dovute sulla plusvalenza determinata in base al valore normale dei componenti aziendali non confluiti in una stabile organizzazione situata nel territorio italiano.

In caso contrario, qualora la residenza fiscale venga trasferita in uno Stato extra-UE (come nel caso in cui venga trasferita a San Marino) non sarà possibile scegliere tra le alternative precedentemente illustrate in quanto la plusvalenza è immediatamente soggetta a tassazione al momento del trasferimento.

**La disciplina del *Transfer Pricing*, in particolare con riferimento
alle riorganizzazioni aziendali / al trasferimento all'estero di
funzioni aziendali.**

STUDIO CASADEI
STUDIO TRIBUTARIO E COMMERCIALE

La disciplina in materia di *transfer pricing* tende a contrastare le alterazioni di prezzo/valore compiute nelle transazioni commerciali da parte di imprese e società collegate - rispettivamente collocate in Stati differenti - e finalizzate al trasferimento di materia imponibile/margine di utile nello Stato con la pressione fiscale inferiore (ovvero in cui la società ha ad es. perdite pregresse).

In Italia la disciplina è regolata dall'art. 110, 7° co., del Tuir.

Nella Convenzione ITA-RSM la disciplina è regolata nell'art. 9.

In sostanza, in applicazione della normativa il valore della transazione viene rettificato «*at arm's length*», ossia al cd. valore normale che sarebbe stato applicato tra «controparti indipendenti in condizioni di libero mercato e in circostanze comparabili» (rettificato in aumento in caso di sottostima nell'ambito di operazioni attive, o in diminuzione in caso sovrastima nell'ambito di operazioni passive).

L'OCSE all'interno delle linee guida emanate il 22 luglio 2010 ha dedicato un apposito capitolo al tema delle cd. ristrutturazioni funzionali aziendali (Cap. IX), ossia alle modifiche apportate dalle imprese al loro sistema produttivo e distributivo in termini di funzioni svolte, rischi assunti e capitali impiegati.

L'OCSE basa la propria analisi sul presupposto secondo cui il principio di libera concorrenza e gli altri principi contenuti nelle *TP Guidelines* non dovrebbero applicarsi in modo differente alle operazioni poste in essere prima della riorganizzazione rispetto a quelle poste in essere successivamente ad essa.

Ai fini dell'art. 9 del Modello di convenzione OCSE e dell'*arm's length principle* assume rilevanza la verifica dell'eventuale esistenza con riferimento all'operazione di riorganizzazione dell'applicazione di condizioni economiche differenti da quelle che sarebbero state convenute tra imprese indipendenti.

Tipico esempio è il fenomeno delle operazioni di “*stripping of functions*”, ossia quelle tramite cui un’impresa trasferisce funzioni aziendali - prima svolte al suo interno - per farle eseguire da parte di una sua società o una sua unità produttiva di nuova costituzione situata all’interno di un Paese dove vige un’imposizione fiscale più vantaggiosa rispetto all’Italia.

Un altro fenomeno simile è quello del “*licensing*”, tramite cui una società trasferisce beni immateriali di sua proprietà ad un’altra (anche nuova) società del gruppo.

Le questioni più rilevanti che attengono alle operazioni di *business restructurings* riguardano:

- (i) l'impatto della disciplina sui prezzi di trasferimento in relazione alle operazioni di riorganizzazione;
- (ii) la gestione dei rischi nell'ambito delle operazioni di riorganizzazione;
- (iii) la riallocazione dei profitti e delle perdite potenziali a seguito delle operazioni di riorganizzazione, ed in particolare:
 - la ripartizione degli utili e delle perdite potenzialmente emergenti dalle operazioni *de quibus*;
 - il concetto di *profit potential* (i.e. di “*potenziale di profitto*”);
 - la ricollocazione dei rischi e del *profit potential*.

- (iv) i trasferimenti degli assets materiali e immateriali;
- (v) la remunerazione delle transazioni effettuate successivamente tra le imprese associate;
- (vi) la qualificazione delle operazioni condotte dalle parti, l'esame delle ragioni sottostanti agli accordi conclusi e la rilevanza delle pattuizioni contrattuali concluse;
- (vii) la determinazione del corretto prezzo applicabile in relazione alle concrete circostanze.

La nuova disciplina:

«Accordi preventivi per le imprese con attività internazionale» ex art. 31-ter DPR n. 600/1973

Il Decreto Internazionalizzazione (D.Lgs. n. 147/2015) ha abrogato l'art. 8 del D.L. n. 269/2003 introducendo l'art. 31-ter al DPR n. 600/1973.

La nuova disciplina prevede, a favore delle imprese con attività internazionale, la facoltà di accedere ad una procedura di *ruling* finalizzata alla stipula di accordi preventivi con riferimento a determinati ambiti.

Con provvedimento del 21 marzo 2016, l'Agenzia delle Entrate ha dettato le disposizioni per l'attuazione della nuova disciplina, fissandone modalità e termini.

Le nuove disposizioni sono state applicate a partire dal 21 marzo 2016 anche relativamente ai procedimenti volti alla stipula di accordi preventivi già avviati ma non ancora conclusi.

Art. 1 del Provvedimento 21 marzo 2016:

Definizione

Per impresa con attività internazionale deve intendersi l'impresa residente nel territorio dello Stato, qualificabile come tale ai sensi delle disposizioni vigenti in materia di imposte sui redditi, che, in alternativa o congiuntamente:

- si trovi rispetto a società non residenti in una o più delle condizioni indicate nel comma 7 dell'articolo 110 del Tuir;
- il cui patrimonio, fondo o capitale sia partecipato da soggetti non residenti ovvero partecipi al patrimonio, fondo o capitale di soggetti non residenti;
- abbia corrisposto a, o percepito da soggetti non residenti, dividendi, interessi, royalties o altri componenti reddituali;
- eserciti la sua attività attraverso una stabile organizzazione in un altro Stato;
- si trovi nelle condizioni indicate rispettivamente agli artt. 166 e 166-*bis* del Tuir (risp. concernenti il trasferimento all'estero dall'Italia, e dall'estero in Italia).

Per impresa con attività internazionale deve altresì intendersi l'impresa non residente che esercita la propria attività nel territorio dello Stato mediante una stabile organizzazione.

Art. 1 del Provvedimento 21 marzo 2016:

Ambito applicativo

Le imprese con attività internazionale possono accedere agli accordi preventivi con riferimento ai seguenti ambiti:

- preventiva definizione in contraddittorio dei metodi di calcolo del valore normale delle operazioni infragruppo con società residenti all'estero di cui all'art. 110, comma 7, Tuir;
- applicazione ad un caso concreto di norme, anche di origine convenzionale, concernenti l'attribuzione di utili o perdite alla stabile organizzazione in un altro Stato di un'impresa residente ovvero alla stabile organizzazione in Italia di un soggetto non residente;
- applicazione ad un caso concreto di norme, anche di origine convenzionale, concernenti l'erogazione o la percezione di dividendi, interessi, royalties e altri componenti reddituali a oppure da soggetti non residenti.

Art. 1 del Provvedimento 21 marzo 2016: Ambito applicativo

Gli accordi possono avere inoltre ad oggetto:

- la definizione dei valori di uscita o di ingresso in caso di trasferimento della residenza;
- la valutazione preventiva della sussistenza dei requisiti che configurano una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato.

2 - «La normativa italiana sulle *Controlled Foreign Companies* – *CFC di cui all’art. 167 Tuir*»

In relazione alla “*normativa italiana in materia di società controllate all’estero*” le principali tematiche da approfondire sono quelle concernenti:

- I soggetti interessati;
- Il rapporto di controllo;
- L’identificazione degli Stati o territori a regime fiscale privilegiato e il caso della Repubblica di San Marino;
- L’imputazione del reddito della *CFC* e la successiva distribuzione di utili;
- La disapplicazione del regime sulle *CFC*.

Premessa

Nel corso degli ultimi anni ci sono stati numerosi interventi normativi da parte del legislatore italiano in materia di fiscalità internazionale spinti dalla sempre più crescente attenzione rivolta:

- Alla globalizzazione delle imprese e dei mercati;
- All'evasione ed all'elusione fiscale internazionale;
- All'erosione della base imponibile ed alla lotta contro la concorrenza fiscale.

Proprio in questo contesto il legislatore con la legge 11 marzo 2014, n. 23, ha delegato il Governo ad emanare delle norme “*per favorire l'internazionalizzazione dei soggetti economici operanti in Italia*” in applicazione delle raccomandazioni dell'Unione Europea (art. 12 della l. 23/2014).

In attuazione della legge delega n. 23 del 2014, il Governo ha emanato il D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 147 c.d. “Decreto Internazionalizzazione” al fine di aumentare l'attrattività e la competitività dell'Italia nei confronti delle imprese italiane ed estere che intendono operare nel Paese.

... segue

Il fattore fiscale incide notevolmente sulle scelte di investimento degli operatori economici in un Paese e pertanto l'ordinamento tributario svolge un ruolo determinante a sostegno dell'internazionalizzazione.

Oltre al Decreto Internazionalizzazione anche le leggi di stabilità 2015 e 2016 (rispettivamente l. 23 dicembre 2014, n. 190 e l. 28 dicembre 2015, n. 208) hanno apportato cambiamenti di rilievo in ambito di fiscalità internazionale modificando l'art. 167 del DPR 917/86 (TUIR) contenente disposizioni in materia di imprese estere controllate.

Successivamente con la Circolare n. 35/E del 4 agosto 2016 l'Agenzia delle Entrate si è espressa al fine di fornire chiarimenti per l'applicazione delle nuove disposizioni in materia di *CFC*.

... segue

In particolar modo la legge di stabilità 2016 ha modificato l'art. 167 TUIR nel seguente modo:

- È stato ristretto l'ambito applicativo della norma in quanto è stato sostituito il riferimento alle liste emanate dal ministero (DM 21/11/2001, come sostituito dal DM 30/03/2015) con un criterio basato sul livello nominale di tassazione;
- In base alle novità introdotte, sono considerati Paesi a fiscalità privilegiata tutti gli stati o territori nei quali la disciplina fiscale prevede un livello di tassazione nominale inferiore al 50% di quello applicabile in Italia;
- Pertanto laddove sussista un soggetto residente in un territorio con *tax rate* inferiore alla metà di quello italiano, il regime *CFC* si applicherà a prescindere dall'inclusione del Paese stesso in una particolare *black-list*;

... segue

- La regola indicata nel punto precedente riguarda solo Stati diversi da quelli UE o da quelli inclusi nello Spazio Economico Europeo (SEE) che garantiscono un adeguato scambio di informazioni.

Questi ultimi - Paesi EU/SEE - vengono assoggettati, al pari di qualsiasi altro paese *white-list*, alla regola CFC nel caso in cui si verificano le condizioni di cui al comma 8-bis dell'art. 167, ovvero:

- *Passive Income* superiori al 50%;
- *Tax rate* effettivo inferiore al 50% rispetto a quello italiano;

Al comma 6 dell'art. 167 TUIR viene altresì ridotta la misura della tassazione del reddito imputato per trasparenza al socio di controllo:

- In particolare, pur rimanendo il regime di tassazione separata dei suddetti redditi con l'applicazione dell'aliquota media del soggetto residente, viene meno il riferimento al fatto che la predetta aliquota non poteva essere inferiore al 27%. Tale riferimento al 27% è stato sostituito con quello di una tassazione non inferiore all'aliquota IRES (tale innovazione è coerente con la previsione di un abbassamento dell'aliquota IRES dal 27,5% al 24% con decorrenza 2017).

... segue

Infine è stato previsto che il nuovo criterio di individuazione dei Paesi a fiscalità privilegiata (art. 167, comma 4) valga per ogni altra disposizione di legge che fa riferimento agli Stati o territori a fiscalità privilegiata.

Si tratta, ad esempio, delle norme:

- che stabiliscono la tassazione integrale dei dividendi provenienti da Paesi a fiscalità privilegiata (art. 47, comma 4 e art. 89, comma 3 TUIR);
- di inapplicabilità della Pex per partecipazioni in Società residenti in tali Paesi (art. 87, lettera c, TUIR).

I soggetti interessati

Nell'ordinamento italiano la disciplina delle *CFC* è contenuta nell'art. 167 del TUIR il quale al 1° comma prevede che: *“Se un soggetto residente in Italia detiene, direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona, il controllo di un'impresa, di una società o altro ente, residente o localizzato in Stati o territori a regime fiscale privilegiato di cui al comma 4, diversi da quelli appartenenti all'Unione europea ovvero da quelli aderenti allo Spazio economico europeo con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni, i redditi conseguiti dal soggetto estero controllato sono imputati, a decorrere dalla chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato, ai soggetti residenti in proporzione alle partecipazioni da essi detenute. Tale disposizione si applica anche per le partecipazioni di controllo in soggetti non residenti relativamente ai redditi derivanti da loro stabili organizzazioni assoggettati ai predetti regimi fiscali privilegiati”*.

→ Pertanto qualora un **soggetto residente in Italia** detenga, direttamente o indirettamente, tramite società fiduciaria o interposta persona, il controllo di un soggetto residente o localizzato in uno Stato o in un territorio a fiscalità privilegiata così come definito dal successivo 4° comma (esclusi quelli appartenenti all'UE e quelli aderenti allo SEE che assicurano un adeguato scambio di informazioni in virtù di accordi internazionali), i redditi conseguiti dal soggetto estero sono imputati per trasparenza al soggetto residente in proporzione alle partecipazioni da egli detenute.

... segue

Il successivo 2° comma individua i soggetti residenti nei confronti dei quali si applica tale disposizione e cioè:

- Le persone fisiche residenti;
- Le società di persone (art. 5 TUIR);
- Le società di capitali residenti (art. 73, 1° comma, lett. a);
- Gli enti pubblici e privati diversi dalle società ed i trust residenti che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di un'attività commerciale (art. 73, 1° comma, lett. b);
- Gli enti pubblici e privati diversi dalle società, i trust e gli organismi di investimento collettivo del risparmio residenti che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di un'attività commerciale (art. 73, 1° comma, lett. c).

Restano esclusi dall'ambito applicativo i soggetti di cui all'art. 73, comma 1, lett. d) e cioè le società, gli enti di ogni tipo ed i trust non residenti.

... segue

I soggetti partecipati considerati sono le società, le imprese e gli altri enti.

La figura “altri enti” estende quindi l’ambito applicativo della norma a soggetti diversi dalle società o imprese che esercitino però attività d’impresa.

La disposizione sulla tassazione delle *CFC* trova applicazione anche relativamente ai redditi prodotti dalla stabile organizzazione del soggetto non residente controllato qualora tali redditi siano assoggettati a regimi fiscali privilegiati.

L’art. 167 TUIR prevede, quale requisito territoriale, la “localizzazione” della *CFC* in Stati o territori a regime fiscale privilegiato come disposto dal successivo 4° comma ad esclusione di quelli appartenenti all’Unione Europea e quelli aderenti allo Spazio Economico Europeo che hanno stipulato con l’Italia un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni.

Rispetto alla previgente disciplina è pertanto stato eliminato il riferimento alla *black-list*, la quale prevedeva infatti la tassazione per trasparenza in capo al soggetto controllante residente relativamente ai redditi prodotti dal soggetto partecipato residente o localizzato in Stati o territori facenti parte della c.d. *black-list*.

Il rapporto di controllo

Al fine dell'applicazione della disciplina delle *CFC*, il 1° comma dell'art. 167 TUIR richiede che il soggetto estero sia controllato dal soggetto residente in Italia ed al fine dell'individuazione della sussistenza del controllo il successivo 3° comma richiama l'art. 2359 c.c. in materia di società controllate e collegate.

Il controllo cui si fa riferimento è quello esercitato direttamente dal soggetto residente ma anche indirettamente mediante società fiduciarie o per interposta persona.

Ai sensi dell'art. 2359 c.c. si considerano controllate quelle società:

- in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria (controllo di diritto);
- in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria (controllo di fatto interno);
- che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa (controllo di fatto esterno).

... segue

La nozione di controllo ai fini della disciplina è ampia, comprendendo quindi sia il controllo di diritto che il controllo di fatto interno o esterno (da partecipazione o contrattuale).

Il richiamo alla norma interna dell'art. 2359 esclude quindi differenti criteri di controllo o collegamento previsti dallo Stato dove è residente o localizzata la società estera (v. Circ. Ag. Entrate 16 novembre 2000, 2007/E).

Nel caso di specie assumono rilevanza sia il controllo in termini di diritto di voto, considerando anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie ed a persona interposta, sia il controllo esercitato mediante influenza dominante di un'altra società in virtù di determinati vincoli contrattuali.

Oggetto dell'imputazione risulta essere l'utile della CFC rideterminato secondo le norme in tema di reddito d'impresa previste dal TUIR.

Detta imputazione rende irrilevanti, fino a concorrenza del reddito imputato ex art. 167, le successive erogazioni di dividendi effettuate dal soggetto estero partecipato in ragione del fatto che gli utili sono già stati tassati per trasparenza.

Il rapporto di collegamento

L'abrogato art. 168 del TUIR disponeva che la disciplina in tema di *CFC* si applicava anche qualora i soggetti residenti in Italia avessero detenuto, con le stesse modalità, una partecipazione agli utili in una società collegata localizzata in un Paese a fiscalità privilegiata:

- in misura non inferiore al 20%;
- non inferiore al 10% qualora la società partecipata sia stata quotata in borsa.

Abrogando tale disposizione il legislatore italiano ha inteso adeguare la disciplina *CFC* interna a quella prevista negli altri ordinamenti, dato che l'estensione del regime *CFC* alle società collegate è sempre stata una peculiarità italiana.

Tuttavia preme precisare che l'ambito di applicazione dell'abrogato art. 168 TUIR faceva riferimento esclusivamente alla partecipazione agli utili della società controllata.

Viceversa il presupposto applicativo dell'art. 167 TUIR richiede le presenza delle situazioni di controllo *ex art. 2359 c.c.* 1° e 2° comma, senza richiedere contestualmente il possesso della partecipazione alla maggioranza degli utili e del capitale.

Dunque nonostante l'abrogazione dell'art. 168 TUIR, qualora la partecipazione attribuisca al socio residente un diritto agli utili inferiore al 50% ma sia accompagnata da una situazione di controllo anche di fatto, tali posizioni continuano a rientrare nella disciplina *CFC* prevista dall'art. 167 TUIR.

Gli stati a regime fiscale privilegiato

La formulazione attuale del 4° comma dell'art. 167 TUIR definisce i regimi fiscali privilegiati come quei regimi fiscali, anche speciali, di Stati o territori “*laddove il livello nominale di tassazione risulti inferiore al 50 per cento di quello applicabile in Italia*”.

Pertanto a partire dal 1° gennaio 2016, con le modifiche apportate dalla legge di stabilità 2016, si considerano privilegiati:

- a) I regimi in cui “*il livello nominale di tassazione risulti inferiore al 50 per cento di quello applicabile in Italia*”;
- b) I regimi “*speciali*”.

!! Si rammenta che non sono considerati a regime fiscale privilegiato gli Stati appartenenti all'Unione Europea e quelli aderenti allo Spazio Economico Europeo che abbiano stipulato con l'Italia un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni !!

... segue

Tuttavia tali Stati UE/SEE possono comunque essere coinvolti nell'applicazione della *CFC rule* ai sensi del comma 8-bis del TUIR qualora il soggetto controllato ivi residente o localizzato possieda congiuntamente le seguenti condizioni:

- sia assoggettato ad una tassazione effettiva inferiore a più del 50% di quella a cui sarebbe stato soggetto ove residente in Italia;
- abbia 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;
 - 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.

Al fine di verificare l'applicazione di quanto disposto nel comma 8-bis dell'art. 167 TUIR è necessario tener presente che le controllate residenti in uno Stato UE o aderente allo SEE possono essere soggette alla disciplina delle *CFC* solo se risultano soddisfatte congiuntamente le condizioni ivi stabilite, dunque non rilevando la circostanza che le stesse società siano assoggettate a regimi fiscali privilegiati ai sensi del 4° comma dell'art. 167 TUIR.

Regimi nei quali il livello nominale di tassazione è inferiore al 50% di quello applicabile in Italia

Il primo criterio che identifica un regime come «privilegiato» fa riferimento al livello di tassazione del Paese.

In particolar modo qualora tale livello impositivo sia **inferiore al 50%** di quello previsto in Italia il Paese si considera a regime privilegiato e pertanto i redditi prodotti dal soggetto ivi residente o localizzato e controllato dal soggetto residente in Italia, come detto, viene imputato per trasparenza in capo a quest'ultimo proporzionalmente alla partecipazione da egli posseduta.

!! Tale disposizione implica per il socio residente in Italia un costante monitoraggio in merito all'aliquota nominale del Paese in cui è localizzato il soggetto controllato.

... segue

Per quanto riguarda il lato italiano, si fa riferimento all'aliquota IRES vigente nel periodo di imposta in cui risulta essere sussistente il requisito del controllo *ex art.* 2359 c.c. (attualmente pari al 27,5%) ed anche all'aliquota IRAP (attualmente pari al 3,9%).

Pertanto si ha:

$$27,5\% + 3,9\% / 2 = 15,70\%$$

Dunque qualora tassazione prevista nel Paese straniero sia inferiore al 15,70%, tale Paese si considera a fiscalità privilegiata.

Dal lato estero si fa riferimento alle imposte sui redditi vigenti nel Paese di localizzazione e qualora siano previste aliquote progressive a scaglioni occorrerà calcolare la media aritmetica ponderata di tali aliquote.

Nel caso in cui sia esistente una Convenzione contro le doppie imposizioni tra l'Italia e lo Stato in questione si farà invece riferimento alle aliquote da essa previste.

!! Regimi speciali !!

Oltre al criterio descritto in precedenza si è in presenza di un regime fiscalmente privilegiato anche in presenza dei regimi c.d. “*speciali*”.

Per **regimi speciali** si intendono quei regimi fiscali favorevoli che:

- Trovano applicazione nei confronti di quei contribuenti che posseggono determinati requisiti soggettivi o oggettivi richiesti dalla normativa al fine dell'applicazione del regime stesso;
- Comportano la riduzione delle aliquote di imposta applicabili;
- Prevedono esenzioni o riduzioni alla base imponibile atte a ridurre il prelievo nominale.

Si tratta pertanto di quei regimi che prevedono sostanzialmente un trattamento agevolato in quanto comportano una tassazione inferiore al 50% rispetto a quella italiana.

... segue

Può accadere che il soggetto estero controllato fruisca parzialmente del regime speciale, ad esempio solo relativamente a determinati aspetti dell'attività svolta.

In tal caso al fine di verificare se la disciplina *CFC* sia applicabile anche in questo contesto occorrerà far riferimento al criterio della “*prevalenza*” dell'attività svolta.

In particolar modo qualora sia l'attività prevalentemente svolta ad essere assoggettata al regime speciale, l'intero reddito prodotto dalla partecipata estera si considera soggetto ad un trattamento fiscale privilegiato e quindi anche se la società estera abbia usufruito solo in parte del regime agevolato.

Il caso della Repubblica di San Marino

La legge di stabilità 2016 ha modificato la definizione di “paradiso fiscale” al fine dell’applicazione della disciplina *CFC*.

In particolare ai sensi dell’art. 167 TUIR viene sostanzialmente considerato “paradiso fiscale” quello Stato non appartenente all’Unione Europea e non aderente allo Spazio Economico Europeo con il quale l’Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un adeguato scambio di informazioni, nel quale la società estera controllata benefici di un livello di tassazione nominale inferiore al 50% di quello applicabile in Italia.

La Repubblica di San Marino a partire dal 24 febbraio 2014 è stata eliminata dalla c.d. *black-list* del 4/5/1999 (*ex art. 2, comma 2-bis, TUIR*) e con il decreto 29 dicembre 2014 è stata introdotta nella lista dei Paesi con i quali l’Italia attua uno scambio di informazioni.

Non è mai stata inserita in passato nella *black list* di cui all’art. 167 TUIR, il DM 21/11/2001.

Alla luce di ciò ne deriva che San Marino pare non essere coinvolta nella disciplina *CFC* .

Tuttavia, la soluzione non pare essere così scontata!

... segue

Oltre alle ipotesi in cui il livello nominale di tassazione nell'ordinamento estero sia inferiore a oltre la metà di quello italiano, la disciplina *CFC* trova applicazione anche in ipotesi di regimi speciali.

Se la norma in esame non avesse espressamente incluso anche i regimi speciali, non avrebbe trovato applicazione la *CFC rule* nell'ipotesi in cui la controllata estera avesse scontato una aliquota d'imposta particolarmente vantaggiosa in virtù di un regime fiscale riconosciuto da uno Stato in cui l'aliquota «ordinaria» di imposizione è superiore al predetto limite del 50 per cento.

In coerenza con la *ratio* dell'articolo 167, comma 4, del TUIR e in continuità rispetto alla previgente individuazione dei regimi speciali ad opera dal legislatore, si considerano tali tutti i regimi fiscali di favore che, in linea di principio, presentano i seguenti requisiti:

- a) si applicano alla generalità dei contribuenti che integrano i requisiti soggettivi o oggettivi richiesti dalla norma istitutiva del regime;
- b) determinano una riduzione delle aliquote d'imposta applicabili ovvero, pur non incidendo direttamente sull'aliquota, prevedono esenzioni o altre riduzioni della base imponibile idonee a ridurre sostanzialmente il prelievo nominale.

... segue

Si tratta di regimi che concedono un trattamento agevolato strutturale, risolvendosi in un'imposizione inferiore alla metà di quella italiana.

A titolo esemplificativo, possono essere inclusi nei regimi speciali di cui al comma 4 dell'articolo 167 del TUIR quelli che concedono una riduzione di aliquota rispetto a particolari settori o aree territoriali (zone franche o *free zone*), ovvero in relazione a determinate attività (come quelle finanziarie, agricole, turistiche) o destinate a particolari categorie di soggetti (ad esempio, le micro imprese o le piccole medie imprese), oppure per un determinato arco temporale (come, talvolta, avviene nella fase di avvio dell'attività), o fino al conseguimento di una soglia minima di reddito imponibile, ovvero ancora quelli che garantiscano la detassazione dei redditi derivanti da attività svolte all'estero.

Analogamente, si ritiene che rientrino nell'accezione di “regimi speciali” i regimi fiscali che prevedono deduzioni nozionali che, seppur incidendo formalmente sulla base imponibile, si traducono in una riduzione dell'aliquota sul reddito prodotto dalla *CFC*.

In tal senso, v. la Circ. Agenzia delle Entrate 4.8.2016 n. 35 (§ 1.2.3).

... segue

Il contribuente verifica la configurabilità di un regime speciale e, in caso di esito positivo, è tenuto ad applicare la disciplina *CFC*, salva la ricorrenza delle circostanze esimenti.

Dal punto di vista operativo, la circolare in commento segnala che, per individuare in maniera agevole i regimi fiscali privilegiati, è possibile consultare le aliquote nominali vigenti sui siti internet istituzionali dei vari ordinamenti esteri oppure nella banca dati dell'OCSE (<http://stats.oecd.org//Index.aspx?QueryId=58204>), sul sito internet della Banca Mondiale o di altri istituti o centri di studio e ricerca internazionali.

Pertanto solo qualora siano congiuntamente presenti tali due condizioni anche i redditi prodotti da una società controllata localizzata a San Marino saranno imputati e tassati per trasparenza in capo al socio italiano.

... segue

Pare dunque che la normativa in questione possa trovare applicazione nei casi in cui la società RSM controllata goda di regimi fiscali di favore (ad es., *start up* tecnologiche, *NewCo*, etc.) che le permettano di scontare una tassazione effettiva inferiore del 50% a quella italiana.

Tuttavia:

Il Provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle Entrate del 16 settembre 2016, al par. 5, *i*), ha stabilito che:

*«non sono considerati gli effetti sul calcolo del reddito imponibile o delle imposte corrispondenti di eventuali agevolazioni di carattere non strutturale riconosciute dalla legislazione dello stato estero, **per un periodo non superiore a cinque anni**, alla generalità dei contribuenti. Assumono, invece, rilevanza altre forme di riduzione di imposte diverse da quelle sopra citate nonché quelle ottenute dal singolo contribuente in base ad un apposito accordo concluso con l’Amministrazione fiscale estera».*

Tale chiarimento deve quindi essere tenuto presente nel caso specifico al fine di valutare l’effettiva applicabilità della normativa in questione.

L'imputazione e la rideterminazione del reddito estero attribuito al socio

In materia di imputazione e rideterminazione del reddito in capo al socio del soggetto non residente, il 6° comma dell'art. 167 TUIR dispone che: *“I redditi del soggetto non residente, imputati ai sensi del comma 1, sono assoggettati a tassazione separata con l'aliquota media applicata sul reddito complessivo del soggetto residente e, comunque, non inferiore all'aliquota ordinaria dell'imposta sul reddito delle società. I redditi sono determinati in base alle disposizioni applicabili ai soggetti residenti titolari di reddito d'impresa, ad eccezione dell'articolo 86, comma 4. Dall'imposta così determinata sono ammesse in detrazione, ai sensi dell'articolo 15, le imposte pagate all'estero a titolo definitivo”*.

La disciplina *CFC* prevede l'imputazione per trasparenza, con successiva tassazione separata in capo al socio, del reddito prodotto dal soggetto partecipato residente o localizzato in un Paese a regime fiscalmente privilegiato.

Tuttavia tale reddito attribuito per trasparenza al socio non viene tassato per l'ammontare imputato in capo a quest'ultimo ma deve essere rideterminato seguendo l'applicazione delle disposizioni interne in materia di determinazione del reddito di impresa dei soggetti residenti.

... segue

In questo modo viene equiparata la determinazione del reddito di impresa prodotto da un soggetto residente con quello che invece viene imputato per trasparenza da un soggetto non residente ad un socio italiano, ferma restando la tassazione separata del reddito imputato per trasparenza dal non residente.

In ogni caso la norma precisa che non trovano applicazione le disposizioni *ex art. 86, 4° comma del TUIR* le quali consentono invece al soggetto partecipato residente la possibilità di rateizzare la plusvalenza realizzata nel periodo di imposta di realizzo e nei quattro successivi a quote costanti qualora il bene ceduto sia stato posseduto da almeno 3 anni.

Il socio della società estera controllata può essere sia un soggetto IRPEF (persona fisica o società di persone) che un soggetto IRES (società di capitali).

A tal fine l' Agenzia delle Entrate nella Circolare n. 35/E del 2016 ha precisato che la rideterminazione del reddito di impresa imputato per trasparenza dal soggetto non residente al socio italiano debba avvenire applicando le norme che sottostanno alla determinazione del reddito di impresa del soggetto IRES anche qualora il socio sia una persona fisica o una società di persone.

Pertanto la normativa applicabile al fine della rideterminazione del reddito di impresa prescinde dalla natura giuridica del socio.

... segue

Aliquota applicabile nei confronti del socio soggetto IRES

Per quanto riguarda l'aliquota minima applicabile al reddito imputato per trasparenza in capo al socio soggetto IRES, il 6° comma dell'art. 167 TUIR dispone di far riferimento all'aliquota ordinaria IRES.

Il riferimento all'aliquota ordinaria e non a quella specifica del 27,5% è funzionale al fatto che a partire dal 1° gennaio 2017 l'aliquota IRES sarebbe scesa dal 27,5% al 24% (art. 1, comma 61 l. 208/2015).

Aliquota applicabile nei confronti del socio soggetto IRPEF

Qualora il socio sia una persona fisica o una società di persone, al reddito rideterminato ai sensi del 6° comma dell'art. 167 TUIR sarà applicata l'aliquota mediamente applicata sul suo reddito complessivo oppure, se maggiore, l'aliquota ordinaria IRES.

La disapplicazione del regime *CFC*: le circostanze esimenti

I commi 5 ed 8-ter dell'art. 167 del TUIR prevedono delle circostanze (c.d. circostanze esimenti) in presenza delle quali il regime *CFC* non viene applicato nei confronti del socio residente qualora si verificino determinate condizioni.

Il 5° comma prevede che il regime *CFC* non trova applicazione se il socio residente **dimostra** alternativamente una delle due seguenti condizioni:

1) Che il soggetto non residente svolga come attività principale un'effettiva attività industriale o commerciale, nel mercato dello Stato o territorio di insediamento (prima esimente, lett. a):

- Qualora svolta un'attività bancaria, finanziaria o assicurativa questa condizione si ritiene soddisfatta quando la maggior parte delle fonti, degli impieghi o dei ricavi hanno origine nello Stato o territorio di insediamento;

2) Che dal possesso delle partecipazioni non consegua l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori a regime fiscale privilegiato ai sensi del 4° comma (seconda esimente, lett. b).

Il contribuente può dare dimostrazione di tali esimenti presentando interpello all'amministrazione finanziaria ai sensi dell'articolo 11, comma 1, lettera b), della legge 27 luglio 2000, n. 212, (c.d. Statuto dei diritti del contribuente).

Prima esimente

La prima circostanza esimente richiede pertanto dimostrazione da parte del socio residente che il soggetto partecipato non residente svolga nel proprio Paese di insediamento come attività principale una effettiva attività industriale o commerciale.

Come chiarito dall’Agenzia delle Entrate nella Circolare n. 51/E del 2010 “*il socio residente nel territorio dello Stato deve provare il radicamento della propria partecipata nel Paese o territorio estero di insediamento, oltre ovviamente alla disponibilità in loco da parte della stessa di una struttura organizzativa idonea allo svolgimento dell’attività commerciale dichiarata, dotata peraltro di autonomia gestionale*”.

Pertanto al fine di escludere un insediamento fittizio all’estero, la dimostrazione del radicamento del soggetto non residente nel Paese estero è un elemento fondamentale per provare che la CFC svolge nel territorio in cui è localizzata un’effettiva attività industriale o commerciale.

Ne discende che il possesso *in loco* da parte del soggetto estero di una struttura organizzativa idonea all’esercizio dell’attività industriale o commerciale è condizione necessaria ma può risultare non sufficiente. Infatti, la disponibilità di tale struttura prova solo la presenza fisica della partecipata estera nel territorio ospitante e non anche che quest’ultima svolge effettivamente *in loco* un’attività industriale o commerciale.

... segue

Sul concetto di *radicamento* si è pronunciata la Corte di Giustizia con la sentenza 12 settembre 2006, C-196/04 la quale ha affermato che con tale accezione si deve intendere il legame economico e sociale sussistente tra la *CFC* ed il Paese estero e pertanto l'intento della prima “di partecipare, in maniera stabile e continuativa, alla vita economica di uno Stato (...) diverso dal proprio e di trarne vantaggio (...)”.

Posto che partecipare alla vita economica di un Paese significa avere dei collegamenti con il suo mercato di sbocco o di approvvigionamento, la circostanza che la *CFC* non si rivolge al mercato locale né in fase di approvvigionamento, né in fase di distribuzione, parrebbe rappresentare un indizio del mancato esercizio da parte della stessa di un'effettiva attività commerciale nel territorio di insediamento.

Su questo punto l'Agenzia delle Entrate nella citata Circolare n. 51/E del 2010 afferma che tale collegamento con il mercato di sbocco o di approvvigionamento deve essere significativo intendendo come significativa una “percentuale di “acquisti” o di “vendite” sul mercato locale del territorio di insediamento superiore al 50 per cento”.

Viene, poi, chiarito che il mercato dello Stato o territorio di insediamento non coincide necessariamente con i confini geografici del Paese o territorio in cui la partecipata ha sede: in determinate fattispecie, infatti, la valutazione del “mercato” rilevante della *CFC* va necessariamente estesa all'area geografica circostante, legata allo Stato di insediamento da particolari nessi economici, politici, geografici o strategici (c.d. area di influenza della *CFC*).

STUDIO CASADEI

STUDIO TRIBUTARIO E COMMERCIALE

... segue

Tuttavia tale circostanza esimente non può essere invocata 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*” (comma 5-bis art. 167 TUIR).

Pertanto se i proventi della società non residente provengono **per più del 50%** da *passive income* (es. titoli, partecipazioni, crediti, royalty, ...), nonché dalla prestazione di servizi nei confronti di soggetti che controllano la società non residente (servizi infragruppo quali, a esempio: contabilità, consulenza, tesoreria accentrata o altri servizi di carattere finanziario), la circostanza esimente non può essere invocata e trova applicazione il regime *CFC*.

La *ratio* di tale disposizione è quella di contrastare le politiche di delocalizzazione dei *passive income*, mediante collocazione degli *asset* intangibili produttivi di redditi in Paesi a fiscalità privilegiata.

Di conseguenza verranno attratti a tassazione in Italia quei redditi che solo formalmente sono prodotti all'estero, mediante la creazione, in territori a fiscalità privilegiata, di società formalmente autonome, che sostanzialmente svolgono attività di sfruttamento passivo di *asset* in grado di produrre reddito (c.d. società senza impresa).

STUDIO CASADEI

STUDIO TRIBUTARIO E COMMERCIALE

... segue

La presunzione prevista dal comma 5-*bis* è **relativa** nel senso che il contribuente in sede di interpello può dare prova contraria.

Dunque in tale sede, l'Amministrazione Finanziaria verificherà non solo la sussistenza degli elementi rilevanti ai fini della disapplicazione della disciplina *CFC* per il ricorrere della prima esimente, ma anche l'assenza di intenti o effetti elusivi finalizzati a distogliere utili dall'Italia per portarli verso Paesi o territori a fiscalità privilegiata.

Seconda esimente

Per poter beneficiare della seconda circostanza esimente il socio residente deve dimostrare che dal possesso della partecipazione non ne consegua l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori fiscalmente privilegiati.

Infatti la localizzazione della società controllata in uno Stato o territorio fiscalmente privilegiato implica che la partecipazione detenuta dal socio residente abbia finalità elusiva in quanto considerando il basso livello di imposizione nominale o del regime speciale cui beneficia la *CFC*, il legislatore ha ritenuto che l'investimento sia stato spinto non da ragioni economiche o commerciali bensì da ragioni di tipo fiscale.

Pertanto qualora il socio residente intenda presentare istanza di interpello al fine di usufruire della seconda esimente dovrà dimostrare che la tassazione nel Paese fiscalmente privilegiato è almeno pari al 50% di quella che sarebbe stata applicata nel caso in cui la controllata avesse avuto la propria residenza in Italia.

Dunque dimostrando ciò non sono rinvenibili finalità elusive dell'investimento.

... segue

Al fine della sussistenza delle condizioni che consentono di beneficiare della seconda esimente dovranno essere confrontati il *tax rate* effettivo estero con l'aliquota nominale italiana.

In particolare il *tax rate* effettivo estero è dato dal rapporto tra la somma della imposte scontate dalla società controllata sui propri redditi e l'utile ante imposte.

L'aliquota nominale italiana è invece data dalla somma tra l'aliquota IRES e l'aliquota ordinaria IRAP.

Confrontando questi due valori, qualora il *tax rate* estero superi il 50% dell'aliquota nominale italiana allora la seconda esimente si considera dimostrata.

Se invece da questo confronto risulta che il *tax rate* estero è inferiore al 50% dell'aliquota nominale italiana, il socio residente potrà confrontare il *tax rate* estero con il *tax rate* virtuale domestico e cioè l'imposizione che la controllata avrebbe effettivamente scontato se fosse stata residente in Italia.

In questa circostanza l'esimente si considera dimostrata se il *tax rate* estero è superiore al 50% del *tax rate* virtuale domestico.

... segue

Gli artt. 47, 4° comma e 89, 3° comma prevedono che l'integrale tassazione dei dividendi può essere evitata qualora il socio percettore residente dimostri la sussistenza della seconda circostanza esimente sin dall'inizio del periodo di possesso della partecipazione.

In tal caso quindi il socio dovrà dimostrare alternativamente che per ogni esercizio a partire dal periodo di possesso:

- Il livello di tassazione effettiva scontata nel Paese in cui risiede la partecipata è superiore al 50% della tassazione nominale italiana;
- La tassazione effettiva cui è stata sottoposta la partecipata estera è superiore al 50% di quella che effettivamente avrebbe scontato in Italia (ad esempio, per effetto di variazioni in aumento del reddito).

Circostanza esimente prevista dal comma 8-ter

Il precedente comma 8-bis estende l'applicazione del regime *CFC* anche qualora la partecipata estera sia residente o localizzata in un Paese a fiscalità ordinaria, compresi gli Stati membri dell'Unione Europea e quelli aderenti allo Spazio Economico Europeo che scambiano informazioni con l'Italia al ricorrere congiunto di due condizioni:

- Livello di tassazione effettiva dello Stato estero inferiore a più del 50% rispetto a quella cui le partecipate sarebbero state soggette ove residenti in Italia;
- Conseguimento di proventi derivanti per più del 50% dalla gestione, detenzione o investimenti in attività finanziarie, dalla cessione o concessione in uso di diritti immateriali.

Tuttavia anche relativamente a queste fattispecie il legislatore ha previsto una circostanza esimente alla dimostrazione della quale il socio residente può essere escluso dall'applicazione del regime *CFC*.

Il comma 8-ter dell'art. 167 TUIR prevede infatti che: *“Le disposizioni del comma 8-bis non si applicano se il soggetto residente dimostra che l'insediamento all'estero non rappresenta una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale. Ai fini del presente comma il contribuente può interpellare l'Amministrazione finanziaria secondo le modalità indicate nel comma 5. [...]”*.

... segue

La Corte di Giustizia nella sentenza 12 settembre 2006 causa C-196/04 ha stabilito che non si considera artificiosa quella costruzione societaria ove *“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”* in quanto *“la circostanza che le attività corrispondenti agli utili della società estera controllata ben avrebbero potuto essere effettuate anche da una società stabilita sul territorio dello Stato membro in cui si trova la società residente non può permettere di concludere per l’esistenza di una costruzione di puro artificio”*.

Pertanto le disposizioni previste per le *CFC* non si applicano quando l’insediamento della controllata rappresenta un insediamento effettivo, e quindi non rappresenta una costruzione artificiosa, non essendo in tal caso riscontrabile il perseguimento di un indebito vantaggio fiscale.

Anche in questo caso, come per la dimostrazione delle circostanze esimenti di cui al 5° comma, è onere del contribuente dar prova in sede di interpello la sussistenza dell’effettività dell’insediamento e dunque che la fattispecie che lo riguarda non rientra nell’ambito di applicazione delle disposizioni antielusive *ex art. 167 TUIR*.

... segue

La Circolare dell'AdE n. 51/E del 2010 indica a titolo esemplificativo degli elementi di prova volti a dimostrare l'effettività dell'insediamento della controllata estera che consistono:

- Nel descrivere le funzioni effettivamente esercitate dalla controllata estera, nonché gli *assets* utilizzati ed i rischi assunti;
- Nel descrivere i rapporti economico-finanziari della società estera con le altre società del gruppo, specificando, in particolare, la consistenza e la tipologia delle operazioni, attive e passive, poste in essere con le stesse nel periodo di riferimento;
- Nell'indicare l'entità delle componenti di reddito "tipiche" in relazione all'attività esercitata dalla società estera e confrontare tale dato e quello ricavabile dal bilancio della controllante residente;
- Nell'analizzare il bilancio della società estera evidenziando gli indicatori di redditività del capitale proprio e di quello totale investito e confrontarli con quelli della controllante residente.

L'interpello *CFC*

Il secondo periodo dell'art. 167, comma 5, lett. b) TUIR prevede che al fine di dimostrare le circostanze esimenti per la non applicazione della disciplina *CFC*, il contribuente può presentare istanza di interpello all'Amministrazione Finanziaria ai sensi dell'art. 11, comma 1, lett. b) della l. n. 212 del 2000 (c.d. Statuto dei diritti del contribuente).

Pertanto tale interpello, in seguito alle modifiche apportate dal decreto internazionalizzazione e dal decreto interpelli, è diventato da obbligatorio a facoltativo.

Con la proposizione dell'istanza di interpello probatoria, il contribuente può rivolgersi all'Amministrazione Finanziaria *“per ottenere una risposta riguardante fattispecie concrete e personali relativamente a (...) la sussistenza delle condizioni e la valutazione della idoneità degli elementi probatori richiesti dalla legge per l'adozione di specifici regimi fiscali nei casi espressamente previsti”* (Circ. AdE 35/E del 2016).

Tale istanza può essere presentata entro il termine ordinario di presentazione della dichiarazione relativa al periodo di imposta cui si riferisce la stessa istanza allegando la documentazione comprovante la sussistenza delle circostanze esimenti di cui ai commi 5 o 8-ter dell'art. 167 TUIR.

... segue

All'istanza così presentata dal contribuente, l'Amministrazione Finanziaria dovrà far pervenire risposta entro 120 giorni, con la possibilità di richiedere una sola volta un'integrazione della documentazione. In tale ultimo caso, una volta ricevuta l'ulteriore documentazione, l'Amministrazione dovrà rispondere entro 60 giorni.

La risposta negativa all'istanza di interpello non è impugnabile da parte del contribuente ed in tal senso si è voluto confermare il consolidato orientamento dell'amministrazione in quanto la risposta ha la natura di *mero parere* e le regole di istruttoria degli interpelli “*non attribuiscono mai all'amministrazione poteri in ordine alla verifica della completezza e veridicità delle informazioni fornite dall'istante*” (Circ. AdE 35/E del 2016).

... segue

Nel caso in cui l'Agenzia non si pronunci sull'istanza, il silenzio equivale a condivisione della soluzione prospettata dal contribuente e pertanto si forma il cd. silenzio-assenso.

In ogni caso, il parere espresso dall'Agenzia non vincola il contribuente, che può decidere di non uniformarsi.

Viceversa la risposta è vincolante per l'Amministrazione ma solo relativamente alla questione oggetto dell'istanza e limitatamente al richiedente.

Pertanto gli uffici dell'Agenzia, salva la possibilità di rettificare il parere, non possono emettere atti impositivi e/o sanzionatori difformi dal contenuto della risposta fornita in sede di interpello, nel presupposto che i fatti accertati coincidano con quelli rappresentati nell'istanza. Se, invece, quanto emerge in sede di controllo non coincide con la descrizione dei fatti contenuta nell'istanza, la risposta all'interpello non produce effetti vincolanti per l'Agenzia.

Imputazione degli utili per trasparenza

Nel caso in cui gli utili prodotti dal soggetto controllato non residente vengano imputati per trasparenza al socio residente (in base a quanto previsto dal comma 1 dell'art. 167 TUIR), quest'ultimo ha **diritto di detrarre dall'imposta italiana dovuta su tali redditi l'imposta pagata all'estero** dalla società controllata.

E nel caso in cui la partecipata distribuisca utili, tale distribuzione di utili non è fiscalmente rilevante fino a concorrenza dell'ammontare del reddito già tassato per trasparenza.

Infatti il 7° comma dell'art. 167 TUIR dispone che “*Gli utili distribuiti, in qualsiasi forma, dai soggetti non residenti di cui al comma 1 non concorrono alla formazione del reddito dei soggetti residenti fino all'ammontare del reddito assoggettato a tassazione, ai sensi del medesimo comma 1, anche negli esercizi precedenti [...]”.*

Dunque qualora il reddito venga imputato per trasparenza in capo al socio italiano, il prelievo fiscale si esaurisce relativamente a tale reddito e gli utili distribuiti successivamente dalla CFC sono esclusi da tassazione al momento della loro distribuzione, a prescindere dal fatto che l'ammontare di questi ultimi non coincida con il reddito già sottoposto a tassazione separata in Italia per l'effetto delle variazioni in aumento ed in diminuzione attuate ai fini della sua rideterminazione.

STUDIO CASADEI

STUDIO TRIBUTARIO E COMMERCIALE

Il credito di imposta per le imposte pagate all'estero dalla controllata non residente

Il decreto internazionalizzazione ha introdotto negli artt. 47, 4° comma (per gli soci residenti soggetti IRPEF) e 89, 3° comma (per i soci residenti soggetti IRES) del TUIR la disposizione in base alla quale nel caso in cui il socio dimostri la sussistenza della **prima** circostanza esimente – lo svolgimento effettivo da parte della partecipata di un'attività industriale o commerciale nel Paese fiscalmente privilegiato – il socio stesso potrà beneficiare di un credito di imposta per le imposte pagate all'estero dalla società partecipata.

Pertanto il socio residente che controlla la società partecipata localizzata in un Paese a fiscalità privilegiata beneficia di un credito di imposta qualora i dividendi provenienti dal soggetto controllato concorrono integralmente alla formazione della sua base imponibile.

... segue

La dimostrazione della sussistenza della prima circostanza esimente, se da un lato consente al contribuente di disapplicare la disciplina *CFC* e quindi l'imputazione per trasparenza degli utili della controllata estera, dall'altro non comporta la disapplicazione della tassazione integrale relativamente agli utili distribuiti.

Viceversa la seconda circostanza esimente, oltre a consentire la disapplicazione della tassazione per trasparenza in capo al socio residente, comporta anche la disapplicazione dell'integrale tassazione dei dividendi distribuiti a condizione che la dimostrazione della sussistenza di tale circostanza esimente sia fornita in riferimento a tutto il periodo di possesso della partecipazione.

→ Il socio quindi dovrà dimostrare che per tutto il periodo in cui ha posseduto la partecipazione non abbia conseguito l'effetto di localizzare i redditi in Stati a regime fiscalmente privilegiato.

La distribuzione di utili

Come anticipato, gli utili provenienti da Stati a regime fiscale privilegiato concorrono integralmente alla formazione del reddito complessivo del socio residente, in ragione del fatto che tali redditi sono stati prodotti in un Paese caratterizzato da un'imposizione nulla o estremamente ridotta rispetto a quella italiana (si tratta del caso in cui sia applicabile la disciplina *CFC* e nel caso in cui sia dimostrata la sussistenza della prima circostanza esimente).

Gli artt. 47, 4° comma e 89, 3° comma del TUIR, rispettivamente in materia di tassazione di utili percepiti da un socio soggetto IRPEF ed un socio soggetto IRES, prevedono che il regime della tassazione integrale si applica ai dividendi relativi a:

- Partecipazioni dirette in società localizzate in Paesi fiscalmente privilegiati;
- Partecipazioni indirette in società localizzate in Paesi fiscalmente privilegiati detenute mediante partecipazioni di controllo, diretto o indiretto, anche di fatto, di una o più società intermedie non localizzate in un Paese fiscalmente privilegiato.

In presenza di più società estere, il requisito del controllo deve essere verificato in relazione ad ogni società interposta, non essendo necessario che sia sussistente nei confronti della società residente nello Stato a fiscalità privilegiata.

In altre parole se il socio italiano esercita il controllo rispetto a tutte le società intermedie e l'ultima interposta possiede una partecipazione di minoranza nel soggetto residente in un Paese a fiscalità privilegiata, i dividendi di quest'ultima sono sottoposti ad integrale tassazione in Italia.

... segue

Nel caso in cui il soggetto residente possieda una partecipazione indiretta nella società localizzata nel Paese a fiscalità privilegiata, il socio residente deve individuare quanta parte dei dividendi distribuiti è riferibile a questa partecipazione, in quanto solo i dividendi che provengono dalla soggetto residente nel Paese a fiscalità privilegiata sono integralmente soggetti a tassazione.

Viceversa quelli distribuiti e riferiti ad utili della controllata interposta beneficeranno del regime del parziale concorso alla formazione del reddito imponibile.

In questa fattispecie è onere del contribuente fornire all'Amministrazione Finanziaria la documentazione comprovante l'origine dei dividendi distribuiti, in caso contrario infatti si presumono distribuiti in via prioritaria quelli provenienti da Stati a regime fiscalmente privilegiato.

... segue

La provenienza dell'utile è determinata in riferimento al momento della percezione da parte del socio e pertanto:

- se gli utili si considerano provenienti da uno Stato fiscalmente privilegiato, al momento della percezione da parte del socio italiano, questi sono sottoposti al regime di tassazione integrale, salva la facoltà del contribuente di dimostrare la ricorrenza della seconda circostanza esimente di cui al 5° comma, lett. b) dell'art. 167 TUIR e in tal caso beneficeranno della parziale esclusione;

- se gli utili non si considerano provenienti da uno Stato fiscalmente privilegiato, al momento della percezione da parte del socio italiano, questi potranno beneficiare del regime di parziale esclusione, salvo la presenza di tale requisito anche nel periodo di formazione dell'utile distribuito.

Utili pregressi distribuiti da partecipate che erano considerate localizzate in Paesi *black-list*

Per determinare se un dividendo proviene o meno da un c.d. “paradiso fiscale” rileva il criterio in vigore al momento in cui l’utile è stato percepito dal socio in quanto è in tale momento che si verifica il presupposto impositivo in capo al socio residente, a prescindere dal criterio vigente nel periodo di formazione dell’utile della partecipata.

Dunque in seguito alle modifiche introdotte dalla legge n. 208 del 2015 (c.d. Finanziaria 2016), per i dividendi distribuiti dal periodo di imposta 2016 si applica il criterio del “*livello nominale di tassazione [...] inferiore al 50 per cento di quello applicabile in Italia*”.

Pertanto è considerata congrua una tassazione estera non inferiore al 50% rispetto a quella italiana e quindi in questo caso concorrono parzialmente alla formazione del reddito complessivo del socio quegli utili che al momento della loro **produzione** abbiano scontato in capo alla partecipata estera una tassazione almeno pari al 50% di quella che avrebbero scontato se prodotti in Italia.

In altre parole il dividendo distribuito concorrerà parzialmente alla formazione del reddito del socio se la partecipata al momento della produzione del reddito ed al momento della successiva distribuzione non si possa considerare localizzata in un Paese fiscalmente privilegiato.

Utili pregressi distribuiti da partecipate che non erano considerate localizzate in Paesi *black-list*

Sempre nel rispetto del principio in base al quale per determinare se un dividendo proviene o meno da un c.d. “paradiso fiscale” rileva il criterio in vigore al momento in cui l’utile è stato percepito dal socio, nel caso in cui al momento della distribuzione del dividendo la partecipata debba considerarsi localizzata in un Paese a fiscalità privilegiata tale utile concorrerà totalmente alla formazione del reddito imponibile del socio.

In tal senso non rileva quindi che al momento della produzione del reddito la società partecipata non era da considerarsi residente in un Paese a fiscalità privilegiata, in quanto l’integrale tassazione del dividendo opera in questo caso solo per il fatto che nell’ultimo periodo di imposta il Paese era a fiscalità privilegiata.

In ogni caso il contribuente, per evitare l’applicazione del regime CFC, potrà dimostrare la sussistenza della circostanza esimente di cui al 5° comma, lett. b) dell’art. 167 TUIR.