
C.F.C. situate in paradisi fiscali: il problema del differenziale di aliquota

di [Commercialista Telematico](#)

Publicato il 14 Settembre 2013

la giurisprudenza di merito ha evidenziato che, per verificare se la società controllata estera con sede in un paradiso fiscale può essere considerata elusiva, il livello di imposizione fiscale applicato in tale stato può essere indice di valutazione sulle finalità elusive del contribuente che controlla una società black list. A cura di Gianni Tronci.

Introduzione

La CTP di Roma, con la sentenza n. 398/13/13, ha affermato che il livello di imposizione ed il regime fiscale applicato dallo Stato o territorio a fiscalità privilegiata, sui redditi della partecipata black list, rileva ad i fini della dimostrazione della cosiddetta seconda esimente, di cui all'art. 167, c. 5, lett. b, del TUIR. L'Agenzia delle entrate con la pubblicazione della Risoluzione n. 262/E del 2007, si è espressa contrariamente in merito alla rilevanza di tale elemento ad fini della dimostrazione di tale dell'esimente. La seconda esimente prevista all'art. 167, c. 5, lett. b, del TUIR, definita più in dettaglio dal D.M. 21 novembre 2001 n. 429, decreto ministeriale attuativo emesso ad i sensi dell'art. 167, c. 8, del TUIR, assume rilevanza non soltanto ad i fini della disapplicazione della normative CFC di cui all'art. 167 del TUIR, ma anche per la disapplicazione dei regimi previsti:

- all'art. 168 del TUIR, ad i fini di evitare che il reddito conseguito dalla partecipata Black List collegata sia imputato per trasparenza al soggetto detentore residente fiscale in Italia;
- agli artt. 47, c. 4, e 89, c. 3, del TUIR, ad i fini di evitare che gli utili provenienti da Stati o territori considerati a fiscalità privilegiata concorrano integralmente alla formazione del reddito imponibile;
- agli artt. 68, c. 4 e . 87, c. 1, lett. c, del TUIR, ad i fini di evitare che le plusvalenze realizzate in Stati o territori considerati a fiscalità privilegiata concorrano integralmente alla formazione del reddito imponibile.

Il caso esaminato dalla Commissione tributaria di prime cure riguarda una partecipazione di controllo detenuta in Hong Kong, territorio considerato a fiscalità privilegiata ad i sensi dell'art. 1 del D.M. 21 novembre 20011 (c.d. black list). In sintesi, la Commissione di prime cure ritiene che il livello effettivo di imposizione fiscale a cui è assoggettata la partecipata nel territorio black list, sia rilevante ad i fini della dimostrazione della sussistenza della seconda esimente. La motivazione della sentenza, alla base delle

conclusioni effettuate dai giudici di primo grado, si fonda sull'analisi delle modifiche apportate alla normativa CFC dall'art. 167, c. 8-bis, del TUIR, ad opera dell'art. 13 del D.L. n. 78 del 2009. A parere dei giudici di primo grado, l'introduzione del limite di imposizione fiscale pari al 50%, di cui all'art. 167, c. 8-bis, del TUIR, sebbene riferito a società controllate localizzate in Stati o territori diversi da quelli considerati a fiscalità privilegiata, assume una funzione di spartiacque al fine di determinare la mancanza di intenti elusivi anche per quei casi di controllate estere black list. A seguito di tale considerazione la sentenza dispone che, in mancanza di ulteriori elementi che denotino l'elusività della struttura, sia dimostrata la sussistenza della seconda esimente, in quanto:

“la presenza di un livello di imposizione prossimo a quello dei paesi “no black list” induce a ritenere che non è il risparmio fiscale la principale motivazione della localizzazione dell'attività produttiva estera”.

La seconda esimente, normativa ed esimenti

L'art. 167, c. 5, lett. b, del TUIR, prevede che la seconda esimente ricorre quando “dalla partecipazione non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto del Ministero dell'economia e delle finanze emanato ad i sensi dell'articolo 168 bis”. L'art. 5, c. 3, del D.M. del 21 novembre 2001 n. 429, prevede che

“ad i fini della risposta positiva rileva, in particolare, nei riguardi del soggetto controllante autore dell'interpello, (...) il fatto che i redditi conseguiti da tali soggetti (le società o enti partecipati non residenti, n.d.r.) sono prodotti in misura non inferiore al 75 per cento in altri Stati o territori diversi da quelli di cui all'art. 127 bis, comma 4 (...), ed ivi sottoposti integralmente a tassazione ordinaria. Ai fini della medesima risposta positiva, nel caso di cui all'art. 1, comma 1, ultimo periodo del presente regolamento, rileva anche il fatto che i redditi della stabile organizzazione risultino integralmente sottoposti a tassazione ordinaria nello Stato o territorio in cui ha sede l'impresa la società o l'ente partecipato.”.

Le ipotesi previste dal D.M. 21 novembre 2001, n. 429 non sono da considerarsi esaustive, potendo disapplicare la norma in esame anche nei casi non espressamente previsti dal decreto attuativo². L'Agenzia delle entrate ha emesso numerosi documenti di prassi con la quale ha analizzato i casi in cui la seconda esimente è ritenuta sussistere, di seguito si riportano brevemente le fattispecie individuate dall'entrata in vigore della normativa in esame³:

- la partecipata, pur avendo sede legale in uno Stato o territorio considerato a fiscalità privilegiata, svolge esclusivamente la propria principale attività o è fiscalmente residente, ovvero ha la sede di

direzione effettiva in uno Stato o territorio non considerato a fiscalità privilegiata ed i redditi ivi prodotti sono integralmente assoggettati a tassazione ordinaria;

- la partecipata estera risulta localizzata in uno Stato o territorio diverso da quelli considerati a fiscalità privilegiata e opera in uno Stato o territorio black list mediante stabile organizzazione, il cui reddito è assoggettato integralmente a tassazione ordinaria nello Stato o territorio White list in cui la partecipata è fiscalmente residente;
- la partecipata è rappresentata da una holding localizzata in uno Stato o territorio a fiscalità privilegiata, il cui reddito è, a seguito della distribuzione costante dei dividendi, assoggettato integralmente a tassazione ordinaria in un Paese White list ed ivi assoggettato ad un tasso di imposizione fiscale congruo a quello a cui sarebbe stato assoggettato in Italia (si veda Risoluzione n. 63 del 2007);
- la partecipata è rappresentata da una holding localizzata in uno Stato o territorio black list direttamente controllata da una società italiana, che detiene esclusivamente partecipazioni in società operative localizzate in Paesi White list i cui redditi sono, in detti Stati, assoggettati a tassazione ordinaria.

Le ultime due fattispecie sopra riportate riguardano fattispecie non rientranti all'interno delle ipotesi dettate dal D.M. 21 novembre 2001. In tali casi, infatti, data la ratio anti elusiva della norma in esame si ritiene che, in linea di principio, sia sufficiente la dimostrazione che il tax rate effettivo complessivamente gravante sul gruppo, relativo ad i redditi ante imposte prodotti dalla partecipata black list, risulti congruo rispetto al livello di imposizione fiscale effettiva vigente in Italia, a prescindere dal luogo dove tale reddito si considera prodotto e dallo Stato o Stati dove avviene della imposizione.

Il caso e la prassi rilevante

Come sopra riportato, la ratio anti-elusiva della norma porta a sostenere che, in linea di principio, la dimostrazione della seconda esimente sia soddisfatta qualora la localizzazione dell'attività o della stessa partecipata in un territorio o Stato black list non comporti un risparmio fiscale. Tale principio è soggetto ad alcuni vincoli interpretativi derivati dalla scelta effettuata dal legislatore di determinare precisamente gli Stati considerati a fiscalità privilegiata tramite il D.M. 21 novembre 2001 n. 429. L'individuazione su base normativa di tali Stati o territori, se da un lato garantisce una certa stabilità dei confini di applicazione della



normativa in esame⁴, dall'altro lato può portare al risultato finale di applicare tali norme anche in assenza del conseguimento di intenti elusivi. Nel corso dell'anno 2007 l'Agenzia delle entrate ha pubblicato le Risoluzioni n. 63/E e 262/E del 2007, rilevanti ad i fini dell'analisi della posizione assunta dall'Agenzia delle entrate in merito al caso in esame. Con la risoluzione n. 63/E del 2007, l'Agenzia delle entrate riconosce la sussistenza della seconda esimente, nel caso di una holding puralocalizzata in uno Stato considerato a regime fiscale privilegiato. Nelle conclusioni viene affermato che, sebbene i redditi siano da considerarsi prodotti nello Stato black list, una tale struttura societaria non comporti di per sé il conseguimento di effetti elusivi se il livello di imposizione fiscale gravante sul gruppo, in relazione ad i redditi prodotti nello Stato o territorio black list, non sia inferiore in termini sostanziali a quello applicabile in Italia. Nonostante il dato letterale usato all'interno del documento di prassi, appare evidente che, in tale sede, l'accoglimento dell'istanza di interpello è stato reso in ragione del particolare meccanismo di imposizione fiscale adottato dallo Stato di localizzazione della partecipante, gli Stati Uniti⁵. Infatti, gli effetti positivi dell'accoglimento erano subordinati alla condizione che, in ogni esercizio, i redditi prodotti dalla partecipata black list fossero distribuiti alla partecipante, con la duplice conseguenza che:

- i redditi prodotti dalla CFC fossero assoggettati a tassazione ordinaria e ad un livello di imposizione congruo rispetto a quello vigente in Italia nello Stato white list;
- che i redditi fossero trasferiti entro i confini di una giurisdizione non inclusa all'interno della black list.

Con la successiva Risoluzione n. 262 del 2007, l'Agenzia delle entrate riprende quanto esposto all'interno della Risoluzione n. 63 del 2007, affrontando di nuovo i criteri con cui debba essere calcolato il livello di imposizione fiscale gravante sui redditi prodotti dalla partecipata Black List al fine di soddisfare i requisiti richiesti per la dimostrazione della seconda esimente. Nel caso in specie, la partecipata scontava nel territorio black list un tasso di imposizione fiscale pari a circa il 27%, e quindi, come ammesso all'interno dello stesso documento, in linea con il livello di imposizione a cui la partecipata sarebbe stata assoggetta in Italia. Secondo l'orientamento interpretativo reso nel documento di prassi, l'individuazione degli Stati o territori a fiscalità privilegiata tramite atto normativo preclude la possibilità di dimostrare il soddisfacimento della seconda esimente sulla base delle caratteristiche del particolare regime fiscale applicato, alla partecipata black list, in detti Stati o territori⁶, qualora questi i sensi del D.M. 21 novembre 2001 siano considerati a fiscalità privilegiata.

Considerazioni conclusive

La sentenza della Commissione tributaria provinciale ha carattere innovativo, data la scarsa giurisprudenza in merito; si sottolinea che le conclusioni della sentenza in esame potrebbe non essere non confermate in futuro. La scelta del legislatore di determinare precisamente gli Stati considerati a fiscalità privilegiata tramite il D.M. 21 novembre 2001 n. 429, redatto in esito di una pluralità di fattori, tra

cui anche la mancanza di un sufficiente scambio d'informazioni, è contrapposta alla scelta effettuata da diversi Stati Membri dell'Unione europea di prevedere una norma generale che individui caso per caso l'applicabilità delle norme contro il cosiddetto aggressive tax planning. Conciliare la ratio anti-elusiva della norma con tale scelta non è di semplice soluzione, specialmente nei casi in cui il conseguimento di un effettivo risparmio fiscale non sussista, a favore della tesi dei giudici di prime cure rimane, ad ogni modo, il tenore letterale dell'art. 167, c. 5, lett. b, e la natura anti elusiva della normativa.

14 settembre 2013 Gianni Tronci

Ti può interessare anche: [La nuova disciplina delle Controlled Foreign Companies \(2024\)](#)

1 L'art. 167, c. 1, del TUIR, individua gli Stati o territori a fiscalità privilegiata come segue: "Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto del Ministero dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168 bis". Si ricorda che nelle more dell'emanazione di tale decreto e fino all'entrata dello stesso ad i fini dell'individuazione degli Stati o territori considerati a fiscalità privilegiata continua ad applicarsi il D.M. 21 novembre 2001.

2 La prassi e la dottrina sono concordi nel riconoscere la non esaustività delle ipotesi previste nel decreto attuativo, si veda anche Circolare n. 51/E del 2011, par. 4. in particolare, con la Risoluzione n. 63 del 2007, e con la Circolare n. 51 del 2011 l'Agenzia delle entrate ha riconosciuto la sussistenza della seconda esimente in ipotesi non espressamente previste all'art. 5, comma 3 del D.M. 21 novembre 2001, n. 429.

3 Le ipotesi al verificarsi delle quali viene riconosciuta soddisfatta la dimostrazione della seconda esimente sono state riepilogate, all'interno della Circolare 51/E del 2011, paragrafo 4. Si nota, inoltre che, in ragione della natura anti elusiva della normativa in esame, il riconoscimento della seconda esimente non possa comunque prescindere dalla dimostrazione, da effettuarsi in sede di interpello: che la struttura societaria a cui appartiene la partecipata non sia stata creata per il conseguimento di fini elusivi, e dalla produzione ed esibizione di tutta la documentazione necessaria per la ricostruzione dei fatti fiscalmente rilevanti e della sistematica distribuzione dei dividendi verso l'Italia dell'utile proveniente dalla CFC.

4 Numerosi Stati Membri dell'Unione europea prevedono normative che individuano i Paesi a fiscalità privilegiata mediante clausole generali in relazione ad una analisi da effettuarsi esercizio per esercizio.

5 Il caso, oggetto dell'istanza di interpello presentata all'Agenzia delle entrate, riguardava una società holding localizzata in Cipro, la società era assoggettata alle ordinarie imposte previste per le società in Cipro, in tale Stato la società scontava un'imposizione fiscale pari al 10% sul reddito ante imposta. Successivamente alla distribuzione degli utili, questi venivano assoggettati integralmente a tassazione ordinaria, negli Stati Uniti, mediante un meccanismo di credito di imposta indiretto. Ovvero, i redditi

prodotti e distribuiti dalla partecipata Black List venivano rideterminati ad i sensi della normativa fiscale statunitense ordinaria ed assoggettati all'imposta ordinaria statunitense del 35%, con contestuale riconoscimento di un il credito sulle imposte pagate dalla partecipata nello stato estero.

6 A tale riguardo si precisa che il D.M. 21 novembre 2001, individua gli Stati o territori considerati a fiscalità privilegiata mediante tre articolo: all'art. 1 vengono elencati gli Stati e territori considerati a fiscalità privilegiati senza eccezioni, all'art. 2 vengono individuati quegli Stati o territori considerati a fiscalità privilegiata ad eccezione che alla partecipata black list vengano applicati determinati regimi fiscali, all'art. 3 vengono individuati gli Stati o territori considerati a fiscalità privilegiata limitatamente ai soggetti e alle attività indicate per ciascuno di essi, all'interno del testo dell'articolo.