

Dipartimento di Impresa e Management

Cattedra di Diritto Tributario dell'Impresa

“L’elusione nei rapporti nazionali ed internazionali”

Prof. Marchetti Fabio

RELATORE

Prof. Napoli Giuseppe

CORRELATORE

Gianluca Manzi Matr.724811

CANDIDATO

Anno Accademico 2020/2021

INTRODUZIONE.....	4
CAPITOLO I: ELUSIONE FISCALE NAZIONALE	9
1.1 Art.37-bis	9
1.1.2 Clausola generale antielusiva	14
1.2.1 Abuso del diritto	16
1.2.2 Assenza di sostanza economica	18
1.2.3 Relazione tra assenza di sostanza economica e vantaggio indebito	24
1.3 Inopponibilità delle operazioni elusive: modello differenziale.....	27
1.3.1 Inopponibilità delle operazioni elusive	28
1.3.2 Avviso di accertamento	31
1.3.3 L'inopponibilità dell'operazione elusiva rispetto ai terzi	33
1.3.4 Norme con ratio antielusiva	35
1.3.5 Riporto delle perdite	37
1.4 Diritto di interpello	40
1.4.3 Irrilevanza penale dell'abuso del diritto	44
1.5 Casi pratici	47
CAPITOLO II: L'ELUSIONE FISCALE INTERNAZIONALE	49
Premessa	49
2.1 Definizione di elusione fiscale.....	52
2.1.2 BEPS	54
2.2 Norme generali antielusione	56
2.2.1 Specifiche norme antiabuso	61
2.2.2 Direttiva ATAD.....	67
2.2.3 Stabile organizzazione	67
2.2.4 Frammentazione della stabile organizzazione	72
2.2.5 Stabile organizzazione da partecipazione di controllo e regime CFC	75
2.3 Deducibilità degli interessi	79
2.3.1 Disallineamenti tra ibridi	82

2.3.2 Treaty shopping	85
2.3.3 Art.29 del Modello OCSE	86
2.3.4 Beneficiario effettivo	91
CAPITOLO III: LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI	95
<i>Premessa</i>	95
3.1 <i>Direttiva risparmio</i>	96
3.1.2 <i>Revisione della Direttiva 2003/48/CE</i>	101
3.2 <i>Direttiva 2011/16/UE</i>	102
3.2.3 <i>Direttiva 2014/107/UE</i>	109
3.2.4 <i>Ulteriori Direttive</i>	114
3.3 <i>Direttiva 2018/882/UE</i>	118
3.3.1 <i>Ambito soggettivo</i>	119
3.3.2 <i>Ambito oggettivo</i>	122
3.3.3 <i>Riduzione d'imposta</i>	124
3.3.4 <i>Vantaggio principale</i>	125
3.4 <i>Elementi distintivi</i>	127
3.4.1 <i>Caso pratico</i>	130
3.4.2 <i>Direttiva 2021/514/UE</i>	131
<i>Conclusioni</i>	133
<i>Bibliografia</i>	136
<i>DOTTRINA</i>	136
<i>GIURISPRUDENZA</i>	138
<i>PRASSI</i>	140

INTRODUZIONE

Nel nostro ordinamento sentiamo spesso parlare di fenomeni quali elusione o evasione fiscale, affermando che questi abbiano un riflesso negativo sull'entità delle aliquote fiscali, facendo gravare la maggior parte dei tributi sulle persone adempienti. Se da un lato tale affermazione risulta essere corretta in virtù dell'art.81 della Costituzione, secondo cui *“Ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte”*, dall'altro è evidente come un elevato livello di debito pubblico sia spesso accompagnato da un elevato livello di tassazione per farvi fronte. Prima di iniziare a parlare dell'elusione fiscale, analizzando sia i suoi aspetti nazionali che internazionali, occorre analizzare la ratio che ha spinto il legislatore nella formulazione del nostro sistema impositivo. Quest'ultimo non poteva non essere coerente con il principio costituzionale di eguaglianza. All'art.53 della Costituzione si afferma: *“tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva. Il sistema tributario è informato a criteri di progressività”*. Nella Costituzione quindi non solo vengono garantiti i diritti inviolabili dell'uomo ma viene inoltre imposto l'adempimento di doveri di solidarietà inderogabili, da rispettare per il semplice fatto di essere membro di una comunità e quindi consentire l'erogazione di servizi di difficile realizzo. In tale articolo quindi si richiede a tutti i cittadini di concorrere alle spese pubbliche del paese in ragione della loro capacità contributiva. Tale principio, che non può essere oggetto di referendum costituzionale abrogativo, identifica quali soggetti obbligati tutti i cittadini e l'uguaglianza viene rafforzata in ragione di criteri di progressività. Occorre adesso chiarire il significato di capacità contributiva: per tale si intende un qualunque fatto espressivo di una capacità economica che consenta al soggetto di privarsi di una parte di essa garantendo allo stesso tempo *“il sostentamento di sé e della propria famiglia”*. Risulta evidente che non tutti i fatti economici siano un indicatore di una capacità contributiva, riscontrando il limite garantito dalla Costituzione di *“un'esistenza dignitosa”*, quindi: non è indice di capacità contributiva il reddito minimo e ciò che garantisce la sopravvivenza degli enti collettivi. In ogni

caso per identificare la capacità contributiva di un soggetto possiamo far riferimento ad indici diretti ed indiretti. Tra quelli diretti ritroviamo il reddito e gli aumenti di patrimonio, mentre tra gli indici indiretti ritroviamo i consumi e gli affari. Dall'art.53 discende anche il principio di eguaglianza tributaria, in base al *quale* *“a situazione eguali devono corrispondere uguali regimi impositivi e, correlativamente, a situazioni diverse un trattamento tributario disuguale”*¹. L'elusione, o abuso del diritto, che si realizza ponendo in essere delle *“operazioni prive di sostanza economica al solo fine di realizzare un vantaggio fiscale indebito”*, si presenta non solo come un comportamento sleale dal punto di vista etico per gli altri membri di una medesima comunità, ma anche come un comportamento capace di ledere l'uguaglianza stabilita dallo stesso art.53. L'elusione contrariamente all'evasione non è una violazione, bensì un raggirio dei precetti fiscali: chi elude l'imposta pone in essere un comportamento conforme alla lettera delle norme fiscali ma non alla loro ratio. In altre parole il contribuente fa sì che si trovi nella condizione di poter applicare la norma più favorevole nel sistema tributario, attraverso delle operazioni che non avrebbe intrapreso se non per avere quel vantaggio fiscale. L'elusione è da distinguere dal legittimo risparmio d'imposta: nel secondo caso il contribuente non pone in essere alcuna operazione priva di sostanza economica ma, tra i diversi regimi fiscali di favore che la legge offre, sceglie quello più conveniente². Il legittimo risparmiatore d'imposta possiede i requisiti per accedere a tali regimi e non pone in essere operazioni per far sì che ci rientri. Inoltre ai diversi regimi fiscali può corrispondere anche un carico fiscale differente, senza far venir meno l'autonomia decisionale del contribuente. In passato l'elusione era disciplinata dall'art.37-bis D.P.R. 29 settembre 1973 n.600, che affermava: *“sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario, e a ottenere riduzioni d'imposte o rimborsi, altrimenti indebiti”*. Tale disposizione in passato veniva applicata ad un

¹ Cfr. Corte Cost.6 luglio 1972, n.120, in Foro it, 1972, I, 1899

² Cfr. “Istituzioni di diritto tributario” di Francesco Tesauro, XIV edizione, 2020

numero circoscritto di casi, mentre la giurisprudenza affermava l'esistenza di una clausola generale antielusiva presente nel nostro ordinamento anche prima dell'entrata in vigore dell'art.37 D.P.R. n.600 del 1973. Per avere una disciplina unitaria sull'abuso del diritto bisognerà aspettare l'art.5 della legge delega 11 marzo 2014 n.23. Tale legge delega sarà poi attuata attraverso il D.lgs.5 agosto 2015 n.128, che ha introdotto nello Statuto dei diritti del Contribuente l'art.10-bis. Al comma 13 del precedente articolo viene precisato che *“le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie. Resta ferma l'applicazione delle sanzioni amministrative”*. Se da un lato quindi è stato abrogato l'art.37-bis del D.P.R 600/1973 che conteneva la rilevanza penale delle condotte elusive, dall'altro occorre precisare che resta salva la *“possibilità di contestare una responsabilità penale in relazione a condotte che superano la mera elusione fiscale”*³. Inoltre va tenuta presente la distinzione tra operazioni elusive e operazioni meramente simulate: le prime anche se hanno lo scopo di avere un vantaggio fiscale indebito, sono caratterizzate da un effettiva e reale funzione economico sociale. Le operazioni dissimulate sono invece prive di qualsiasi sostanza economica, vengono poste in essere per il solo ed unico fine di acquisire il vantaggio indebito. Le operazioni dissimulate non potranno beneficiare del contenuto dell'art.10-bis, continuando ad avere rilevanza penale collegandosi ai delitti di dichiarazione fraudolenta o infedele. Proseguendo nella nostra analisi, facciamo riferimento al documento del 30/11/2015 della Fondazione Nazionale dei Dottori Commercialisti che ha evidenziato come le condotte elusive siano spesso collegate a fattispecie di dichiarazione fraudolenta. Si può affermare che ai fini della rilevanza penale dell'elusione fiscale occorrono i seguenti presupposti:

- Individuazione di ipotesi normativamente sanzionate di elusione nell'ordinamento tributario

³ In proposito si veda Guide Eutekne, abuso del diritto, a cura di Artusi M.F

- Verifica che le condotte tenute dal contribuente siano connotate da quella fraudolenza tipizzata dall'art.3 del D.lgs.74/2000⁴.

Ai sensi dell'art.1 comma 5 del D.lgs. 128/2015 *“le disposizioni dell’articolo 10-bis della legge 27 luglio 2000, n.212, hanno efficacia a decorrere dal primo giorno del mese successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto e si applicano anche alle operazioni poste in essere in data anteriore alla loro efficacia per le quali, alla stessa data, non sia stato notificato il relativo atto impositivo”*. Quindi se da un lato viene ribadita l'irrilevanza penale per la condotta elusiva del contribuente, dall'altro viene limitata questa norma di favore ai contribuenti a cui non è stato notificato l'avviso di accertamento prima del 1/10/2015. Nel tempo, il numero delle condotte elusive ed evasive sono così incrementate da richiedere un intervento coordinato da parte di tutti gli Stati membri dell'Unione Europea. Si intende far riferimento al progetto BEPS; come emerge dalla Nota n.13 pubblicata sul sito del Senato della Repubblica italiana, l'obiettivo di tale progetto è quello di *“rendere inefficaci le strategie di erosione della base imponibile e di traslazione dei profitti poste in essere da alcune imprese, che sfruttano lo scarso coordinamento tra i vari ordinamenti fiscali”*. L'attuazione del progetto BEPS si è resa concreta attraverso diversi provvedimenti. Innanzitutto attraverso l'emanazione della Direttiva 2016/1164/UE, con la quale sono stati ampliati i criteri per l'applicazione del regime CFC ed inoltre sono state previste ulteriori regole per la deducibilità degli interessi passivi, scongiurando il fenomeno della sottocapitalizzazione. Successivamente, attraverso nuove regole capaci di contrastare il fenomeno dei disallineamenti tra ibridi e del Treaty shopping. In ultimo, attraverso una nuova definizione di stabile organizzazione, elaborata dall'OCSE, che consente di escludere dalla negative list alcune fattispecie nate con intenti elusivi. Di contro, tutti questi provvedimenti sarebbero inattuabili senza una forte forma di cooperazione basata sullo scambio di informazioni. In particolare, lo scambio di informazioni consente di rilevare i cosiddetti meccanismi transfrontalieri, che sono suscettibili di

⁴ In proposito si veda Guide Eutekne, abuso del diritto, a cura di Artusi M.F

arrecare danno agli Stati membri dell'Unione Europea. Si passerà, quindi, alla trattazione delle principali Direttive, emanate a livello europeo e recepite dallo Stato italiano, in tema di scambio di informazioni, fino ad arrivare alla Direttiva DAC 6 di recente applicazione.

CAPITOLO I: ELUSIONE FISCALE NAZIONALE

1.1 Art.37-bis

In passato, per considerare un'operazione come abusiva, questa doveva rientrare nella fattispecie prevista dall'art.37-bis. Questo articolo al primo comma recitava: *“sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, prive di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario, e a ottenere riduzioni d'imposte o rimborsi, altrimenti indebiti”*. Gli elementi che consentivano di qualificare un'operazione come abusiva erano i seguenti: assenza di sostanza economica, vantaggio indebito ed infine che le operazioni poste in essere fossero dirette proprio all'ottenimento di quel vantaggio fiscale. Un vantaggio fiscale risulta indebito qualora l'operazione sia *“diretta ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario”*. Il vantaggio fiscale indebito deve essere accertato confrontando due comportamenti: quello che è stato posto in essere dal contribuente e quello, più oneroso, che è stato evitato⁵. Di contro, il vantaggio fiscale non risulta elusivo se il contribuente ha agito per valide ragioni economiche. Il requisito della validità della ragione si sostanzia nel fatto che alla base dell'operazione posta in essere debba esserci uno scopo essenziale di natura extrafiscale. In altre parole occorre rilevare se l'operazione in questione fosse stata compiuta anche in assenza di un vantaggio fiscale. Di tale avviso è anche la Corte di Giustizia con sentenza del 17 luglio 1997, dove si afferma che *“le autorità competenti non possono limitarsi ad applicare criteri generali predeterminati, ma devono procedere caso per caso, ad un esame globale dell'operazione”*. Da tale sentenza deriva il fondamentale principio della coesistenza tra vantaggi fiscali ed extrafiscali: non è possibile giungere alla conclusione che l'operazione configuri una fattispecie abusiva per il solo fatto che dalla stessa conseguano dei vantaggi fiscali.

⁵ Cfr. Cass.21 gennaio 2009, n.1465: è onere dell'Amministrazione, che considera elusivo un dato comportamento *“esplicitare tale conclusione mettendo a confronto l'asserito comportamento abusato con il comportamento fisiologico aggirato onde far emergere quella anomala differenza incompatibile con una normale logica economica se non per pervenire a quel risultato elusivo”*

Occorre analizzare, dunque, il peso che i vantaggi di natura extrafiscale abbiano avuto nel compiere l'operazione in questione. Di contro, è possibile che l'operazione si configuri come abusiva qualora le ragioni economiche sottostanti non siano essenziali. In tal caso l'operazione sarebbe stata posta in essere per il solo ottenimento del vantaggio fiscale. Di tale avviso è anche la sentenza del caso Halifax, dove *“la Corte di giustizia ha affermato che il soggetto passivo Iva non ha il diritto di detrarre l'imposta assolta a monte quando vengono poste in essere operazioni che, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della Sesta Direttiva e della legislazione nazionale che la traspone, procurano un vantaggio fiscale la cui concessione è contraria all'obiettivo perseguito da quelle disposizioni ed hanno essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale⁶”*.

L'art.37-bis si applicava non già a tutte le operazioni, ma esclusivamente a quelle previste al comma 3:

1. a) Trasformazioni, fusioni, scissioni, liquidazioni volontarie e distribuzioni ai soci di somme prelevate da voci del patrimonio netto diverse da quelle formate con utili;
2. b) Conferimenti in società, nonché negozi aventi ad oggetto il trasferimento o il godimento di aziende;
3. c) Cessioni di crediti;
4. d) Cessioni di eccedenze d'imposta;
5. e) Operazioni di cui al D.lgs.30 dicembre 1992, n. 544, recante disposizioni per l'adeguamento alle direttive comunitarie relative al regime fiscale di fusioni, scissioni, conferimenti d'attivo e scambi di azioni, nonché il trasferimento della residenza fiscale all'estero da parte di una società;

⁶ Cfr. “Istituzioni di diritto tributario”, a cura di Francesco Tesauro, XI edizione. Per la sentenza Halifax, cfr. Corte di Giustizia (Grande sezione), 21 febbraio 2006, causa C-255/02, Halifax, in Riv.dir.trib.2007. Attraverso la sentenza Halifax il giudice comunitario ha affermato il principio generale antiabuso in materia di Iva

6. f) Operazioni, da chiunque effettuate, incluse le valutazioni e le classificazioni di bilancio, aventi ad oggetto i beni ed i rapporti di cui all'articolo 81, comma 1, lettere da c) a c-quinquies), del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917;
7. f-bis) Cessioni di beni e prestazioni di servizi effettuate tra i soggetti ammessi al regime della tassazione di gruppo di cui all'articolo 117 del testo unico delle imposte sui redditi;
8. f-ter) Pagamenti di interessi e canoni di cui all'art. 26-quater, qualora detti pagamenti siano effettuati a soggetti controllati direttamente o indirettamente da uno o più soggetti non residenti in uno Stato dell'Unione europea;
9. f-quater) Pattuizioni intercorse tra società controllate e collegate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, una delle quali avente sede legale in uno Stato o territorio diverso da quelli di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell'articolo 168-bis del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, aventi ad oggetto il pagamento di somme a titolo di clausola penale, multa, caparra confirmatoria o penitenziale

La portata specifica, ridotta esclusivamente a nove fattispecie, non gli consentiva di essere qualificato come una *“clausola generale antiabuso”*. In questa sede è utile sottolineare come i casi affrontati dall'art.37-bis siano per la maggior parte afferenti alle operazioni straordinarie. Nonostante ciò, una clausola generale antielusiva è rinvenibile da una specifica sentenza della Corte di Cassazione del 14 novembre 2005, n.22932, mediante la quale *“la giurisprudenza aveva dichiarato nulli i contratti con cui erano state realizzate operazioni di dividend stripping, cioè i contratti con cui un soggetto, fiscalmente non residente in Italia, cedeva ad un residente l'usufrutto sulle azioni di società italiane. L'usufruttuario acquistava così il diritto al credito d'imposta sui dividendi. La giurisprudenza aveva ritenuto nulli tali contratti per difetto di*

*causa*⁷”. Analogo caso è stato trattato dalla Corte di Cassazione del 21 ottobre 2005 n.20398, dove si dichiarava la nullità per difetto di causa dei contratti con cui erano state realizzate operazioni di dividend washing. Ed infine, con la sentenza della Corte di Cassazione del 29 settembre 2006, n.21221, dove si era esteso il principio del divieto di abuso comunitario in materia Iva, derivante dal caso Halifax, alle imposte dirette: in tale sentenza si erano ritenute non deducibili dal reddito d’impresa le minusvalenze derivanti da operazioni compiute essenzialmente allo scopo di ottenere un vantaggio fiscale⁸. Tuttavia, non essendoci una vera e propria clausola generale antiabuso, l’Amministrazione finanziaria era solita accertare una fattispecie abusiva anche attraverso l’ausilio dell’art.20 del T.U.R.: *“l’imposta è applicata secondo la natura intrinseca e gli effetti giuridici, dell’atto presentato alla registrazione, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma apparente, sulla base degli elementi desumibili dall’atto medesimo, prescindendo da quelli extra-testuali e dagli atti ad esso collegati, salvo quanto disposto dagli articoli successivi”*. Il disposto dell’art.20 consentiva di applicare l’imposta sul negozio realmente posto in essere dalle parti. Si trattava di una riqualificazione del negozio giuridico. Di tale avviso è la sentenza della Corte di Cassazione del 25 febbraio 2010, n.4600, che ha *“ritenuto legittimo l’assoggettamento ad imposizione, previa riqualificazione del rapporto contrattuale come vendita, dei maggiori ricavi derivanti dal trasferimento di beni, dati in garanzia reale dal contribuente in relazione ad un contratto di mutuo, e poi non richiesti in restituzione*⁹”. Ad oggi l’art.20 del T.U.R ha perso gran parte della sua valenza antielusiva, essendo incompatibile con l’art.10-bis dello Statuto: resta ferma, quindi, *“soltanto la sua specifica funzione di inquadramento giuridico dei singoli atti presentati alla registrazione*¹⁰”. La norma così descritta dall’art.20 del T.U.R è il risultato

⁷ Cfr. Cass.14 novembre 2005, n.22932, in Giur.it, 2006, 1077

⁸ Il principio comunitario del divieto d abuso derivante dal caso Halifax è stato utilizzato in altre sentenze. Cfr. Cass.4 aprile 2008, n.8772, in Giur.it, Cass.21 aprile 2008, n.10257, in Riv.dir.trib 2008

⁹ Cfr. “Istituzioni di diritto tributario”, a cura di Francesco Tesauro, XI edizione

¹⁰ Cfr. “Abuso del diritto ed elusione fiscale”, a cura di Eugenio della Valle, Valerio Ficari, Giuseppe Marini 2016

dell'applicazione della L.27 dicembre 2017. Inoltre, la L.30 dicembre 2018, meglio conosciuta come legge di bilancio 2019, ha disposto che l'articolo in questione prevede una norma di interpretazione autentica. La principale modifica è stata quella di inserire nell'enunciato dell'art.20 la parola "giuridici", eliminando così *"ogni appiglio per affermare la possibilità di ricorrere a giudizi di equiparazione basati sul risultato economico perseguito con l'operazione complessivamente posta in essere e riconducendo l'interpretazione della disposizione interessata al suo significato proprio di consentire all'Amministrazione finanziaria un'indagine sulla natura giuridica dell'atto posto alla registrazione...: in altri termini una ricerca sulla sostanza giuridica"*¹¹. Le implicazioni erano diverse: consentire un'interpretazione autonoma del contratto rispetto a quella civilistica, escludere la rilevanza degli effetti economici dell'attività negoziale posta in essere ed infine impedire che l'art.20 svolgesse una funzione analoga a quella prevista dall'art.37-bis del D.P.R n.600 del 1973. Ne deriva che una volta riqualificato il negozio giuridico, questo non potrà essere disconosciuto dall'Amministrazione finanziaria, nonostante sia stato posto in essere al solo fine di acquisire un vantaggio fiscale indebito. Le vicende che interessano l'art.20 non si esauriscono qui. Di fatti, la Corte Costituzionale con sentenza del 21 luglio 2020 n.158 ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità dell'art.20 per violazione degli artt.3 e 53 della Costituzione. In tale sentenza si afferma che *"il legislatore ha inteso, attraverso un esercizio non manifestatamente arbitrario della propria discrezionalità, riaffermare la natura di imposta d'atto dell'imposta di registro, precisando l'oggetto dell'imposizione in coerenza con la struttura di un prelievo sugli effetti giuridici dell'atto presentato per la registrazione, senza che assumano rilievo gli elementi extra-testuali e gli atti collegati privi di qualsiasi nesso testuale con l'atto medesimo, salvo le ipotesi espressamente regolate dal testo unico"*.

¹¹ Cfr. "NOTE A SENTENZA-art 20 del Registro, ultimo atto: tra giudici piccati e pifferi di montagna, la consulta scrive il lieto fine", a cura di Giuseppe Melis, in "Diritto e pratica Tributaria", n.1 del 2021, pag.237

1.1.2 Clausola generale antielusiva

Prima dell'entrata in vigore del D.lgs. 5 agosto 2015 n.128, l'elusione fiscale era disciplinata nell'ordinamento italiano dall'art.37-bis del D.P.R. 29 settembre 1973 n.600. I cambiamenti, rispetto alla precedente normativa, sono stati molteplici e secondo autorevoli scrittori *“la scelta di definire una fattispecie normativa nuova eliminando la norma su cui si fondava quella tradizionalmente nota come elusione tributaria e di collocare tale innovazione nel c.d. Statuto del contribuente, non può che essere considerata positiva”*¹². L'art.5 della legge delega n.23/2014, il quale ha trovato poi attuazione nel D.lgs.128/2015, ha analizzato il tema dell'abuso del diritto e dell'elusione fiscale. Un intervento questo atteso dal 2006, da quando *“la Corte di Cassazione ha cominciato a ricorrere al divieto di abuso del diritto anche in campo tributario, prima riprendendo gli orientamenti della Corte di Giustizia e poi con le tre sentenze gemelle pronunciate a sezioni unite alla fine del 2008”*¹³. In particolare si tratta delle sentenze n. 30055, 30056 e 30057 del 23 dicembre 2008. Principio cardine che ha guidato la Corte in tali sentenze è quello *“secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diversa dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale”*. Se da un lato quindi tali sentenze hanno allargato la definizione del fenomeno elusivo, in precedenza ricompreso quasi in modo del tutto esaustivo dell'art.37-bis, dall'altro hanno reso necessario un riordino della materia. Si è proceduto quindi all'introduzione di una clausola generale, collegata in stretto contatto con l'art.53 della costituzione, quale principio generale antielusivo. L'art.5 quindi, riprendendo quanto stabilito dalla Cassazione nelle citate sentenze a sezioni unite, ha definito la condotta abusiva come *“uso distorto di strumenti giuridici idonei a ottenere un risparmio d'imposta, ancorché*

¹² Cfr. “Abuso del diritto ed elusione fiscale”, a cura di Eugenio della Valle, Valerio Ficari, Giuseppe Marini, 2016

¹³ Cfr. “Abuso del diritto ed elusione fiscale”, a cura di Eugenio della Valle, Valerio Ficari, Giuseppe Marini, 2016

tale condotta non sia in contrasto con alcuna specifica disposizione”, precisando al comma 1 lett.b, n.1 che lo scopo di ottenere dei vantaggi fiscali indebiti sia la causa prevalente dell’operazione abusiva. Lo stesso art.5 però per taluni aspetti non risultava di facile lettura, come nel caso di quale fosse la definizione di “utilizzo distorto” e quale fosse il rapporto per considerare prevalente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale indebito rispetto alle “giustificate” ragioni extrafiscali. Al riguardo lo stesso articolo ha provveduto ad eliminare qualsiasi dubbio, affidando l’elaborazione della clausola all’ausilio della Raccomandazione della Commissione Europea n.772/2012/UE. Il fine ultimo di questa raccomandazione era quello di introdurre negli Stati membri “una norma antiabuso generale comune intesa ad evitare le complessità di molte norme diverse” ed è proprio in questa chiave di lettura che appare evidente come una clausola, che si definisca generale, non possa prescindere dal legarsi a tale raccomandazione, ed in particolare ai punti 4.4 e 4.6 dove si chiarisce rispettivamente che: “una costruzione o una serie di costruzioni è artificiosa se manca di sostanza commerciale” e che uno scopo risulta prevalente “se qualsiasi altra finalità che è o potrebbe essere attribuita alla costruzione o alla serie di costruzioni sembri per lo più irrilevante alla luce di tutte le circostanze del caso”. Tra i benefici che la clausola generale ha portato nel nostro ordinamento, si sottolinea che “non dovendo anticipare ogni possibile combinazione di eventi, può efficacemente opporsi alle situazioni inusuali, impedendo alle stesse di divenire comuni, e così imporre il ricorso ad altre regole. In una prospettiva di analisi economica del diritto, si è osservato che, a contenuto invariato, le regole hanno costi di emanazione maggiori delle clausole generali, in ragione della maggiore precisione della loro formula, mentre le clausole hanno costi di applicazione maggiori in ragione dell’esigenza di una loro specificazione caso per caso”¹⁴. La nuova disciplina sull’elusione fiscale trova quindi

¹⁴ Cfr. “Abuso del diritto ed elusione fiscale”, a cura di Eugenio della Valle, Valerio Ficari, Giuseppe Marini 2016. Secondo l’autore per arrivare al medesimo risultato sarebbe stato sufficiente procedere all’eliminazione del solo comma 3 dell’art.37-bis, per la parte dunque che limitava la sua applicazione a specifiche operazioni, raggiungendo di conseguenza una portata generale, al pari della clausola.

collocazione nello Statuto dei diritti del contribuente. Tale collocazione non è casuale: *“serve da un lato a decretarne la portata generale, essendo lo Statuto l’unico documento riguardante la generalità dei tributi, dall’altro a ribadire la stretta connessione con i principi costituzionali di capacità contributiva e progressività, richiamati dalla Corte di Cassazione”*¹⁵.

1.2.1 Abuso del diritto

Il primo comma dell’art.10-bis afferma che: *“configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti. Tali operazioni non sono opponibili all’amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni”*. Oltre che fornire una definizione puntuale ma non esaustiva dell’abuso del diritto, il primo comma fornisce un’importante disciplina sulle stesse operazioni che hanno portato all’abuso del diritto. Nello specifico per poter affermare che vi sia un abuso del diritto occorrono i seguenti elementi:

- a) Assenza di sostanza economica delle operazioni effettuate
- b) Realizzazione di un vantaggio fiscale indebito
- c) Presenza di una relazione causa-effetto tra il vantaggio ottenuto e l’operazione effettuata

Se da un lato, quindi, il primo comma identifica gli elementi essenziali dell’abuso di diritto, il secondo comma si occupa di definire quali possano essere le *“operazioni prive di sostanza economica”*. Per una maggiore comprensione, lo stesso comma

¹⁵ Cfr. “Abuso del diritto ed elusione fiscale”, a cura di Eugenio della Valle, Valerio Ficari, Giuseppe Marini 2016.

introduce degli indici, non esaustivi, che possono aiutare a comprendere se l'operazione posta in essere possa essere classificata come abusiva:

- La non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme
- La non conformità degli strumenti giuridici alle normali logiche di mercato

Si può notare come gli indici prendano come riferimento non solo l'aspetto giuridico delle operazioni poste in essere ma anche la convenienza, rispetto a logiche di mercato, nell'attuare. Il concetto della *“normale logica di mercato”* risulta essenziale per classificare tutte quelle operazioni poste in essere per il solo obiettivo di avere un vantaggio fiscale. Quindi, si può concludere, che un'operazione che non prende come riferimento il requisito della profittabilità, insita nel mercato, potrebbe essere classificata come elusiva se compiuta dal contribuente. A questo punto occorre dare una definizione di vantaggi fiscali indebiti: *“per tali si intendono i benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario”*. Quindi un vantaggio viene classificato come indebito quando risulta contrario alla ratio delle norme o dei principi generali dell'ordinamento. La violazione della ratio della norma risulta essere un criterio oggettivo per distinguere il legittimo risparmio d'imposta dall'elusione. Per parlare di elusione fiscale occorre non solo quindi un vantaggio fiscale indebito, ma inoltre che questo vantaggio sia essenziale rispetto a tutti gli altri fini perseguiti dal contribuente. Non viene specificata una soglia *“materiale”* al di là della quale il vantaggio fiscale risulta prevalente e quindi occorre analizzare caso per caso. Ne deriva che il vantaggio fiscale risulti essere prevalente quando il suo ottenimento è l'obiettivo cardine per cui l'operazione sia stata posta in essere. Da questa affermazione possiamo estrapolare due concetti fondamentali:

- Se viene raggiunto un vantaggio fiscale attraverso un'operazione non qualificabile come contraria alle logiche di mercato o al fondamento giuridico,

questo non potrà essere classificato come indebito. Quindi si giunge ad una coesistenza tra ragioni fiscali ed extrafiscali nel compiere l'operazione

- Se viene raggiunto un vantaggio fiscale, questo per essere classificato come indebito deve rappresentare l'unica motivazione per cui l'operazione sia stata posta in essere

1.2.2 Assenza di sostanza economica

L'assenza di sostanza economica è il primo dei requisiti per qualificare un'operazione come abusiva. Si identifica per tale una situazione in cui l'atto o la sequenza di atti sono incapaci dal produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali. Sull'assenza di sostanza economica si è soffermata anche la Raccomandazione, in particolare al punto 4.4, elencando delle fattispecie sintomatiche di questa condizione:

- a) La qualificazione giuridica delle singole misure di cui è composta la costruzione non è coerente con il fondamento giuridico della costruzione nel suo insieme
- b) La costruzione o la serie di costruzioni è posta in essere in un modo che non sarebbe altrimenti impiegato in un comportamento ragionevole in ambito commerciale
- c) La costruzione o la serie di costruzioni comprende elementi che hanno l'effetto di compensarsi o annullarsi reciprocamente
- d) Le operazioni concluse sono di natura circolare
- e) La costruzione o la serie di costruzioni comporta un significativo vantaggio fiscale, di cui tuttavia non si tiene conto nei rischi commerciali assunti dal contribuente o nei suoi flussi di cassa
- f) Le previsioni di utili al lordo delle imposte sono insignificanti rispetto all'importo dei previsti vantaggi fiscali

Tali ipotesi sembrerebbero di difficile comprensione. *“La lett. a) sembrerebbe rimandare al caso in cui, pur essendo disponibile uno specifico strumento negoziale per la realizzazione di una certa modifica nella sua sfera economico-giuridica, il*

soggetto ha preferito adottare una manovra plurifase. La lett. b) sembra riguardare il caso in cui, mancando uno specifico strumento per la realizzazione di una certa modifica nella sfera economico-giuridica del soggetto, quest'ultimo abbia adottato una sequenza di atti sovradimensionata, meno efficiente e diretta rispetto a quella di cui avrebbe potuto servirsi, e perciò estranea alla sfera delle pratiche generalmente seguite nel settore economico di appartenenza. La lett. c) si riferisce al caso dell'inserimento, all'interno di una sequenza di atti capace di produrre una modifica nella sfera economica-giuridica del soggetto, di passaggi destinati a compensarsi o ad annullarsi reciprocamente. La lett. d) a quello di una sequenza di atti di tipo circolare, del tutto inidonea a produrre modifiche nella sfera economica-giuridica del soggetto. Infine le lett. e) ed f) sembrano riguardare operazioni idonee a produrre significativi vantaggi fiscali, senza però incidere sui rischi commerciali assunti, sui flussi di cassa o sugli utili al lordo delle imposte¹⁶. È possibile constatare la differenza di ciascuna di questi casi: da un lato vengono prese le operazioni del tutto prive di sostanza economica e che non producono alcun mutamento nella sfera economica-giuridica del soggetto, dall'altro ritroviamo delle operazioni che si producono dei mutamenti ma tali mutamenti si annullano reciprocamente. In altre parole *“nel primo gruppo di casi alla forma giuridica non corrisponde alcuna sostanza economica, nel secondo alla forma giuridica corrisponde una sostanza economica, che però potrebbe esprimersi in una forma diversa e più lineare, forma alla quale si attribuisce rilievo in luogo di quella in concreto utilizzata”*¹⁷. Ciò che viene considerato in questo ultimo caso è il principio della “prevalenza della sostanza sulla forma”, dove la sostanza che rileva è l'assetto economico-giuridico ottenuto attraverso l'operazione realizzata, che invece costituisce la forma. La Raccomandazione ha influenzato ovviamente anche l'art.10-bis, che individua degli indici per qualificare o meno la sostanza economica: *“la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro*

¹⁶ Cfr. “Abuso del diritto ed elusione fiscale”, a cura di Eugenio della Valle, Valerio Ficari, Giuseppe Marini 2016

¹⁷ Cfr. “Abuso del diritto ed elusione fiscale”, a cura di Eugenio della Valle, Valerio Ficari, Giuseppe Marini 2016

insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato". Le due ipotesi contenute nel 2° comma si collegano strettamente alle lett. a) e b) del punto 4.4 della Raccomandazione. Si tratta di negozi idonei a produrre un cambiamento nella sfera economico-giuridica del contribuente ma che risultano prive di sostanza economica. Anche se non stati considerati tutti i casi in cui si rileva una mancanza di sostanza economica, e presenti allo stesso tempo nel punto 4.4 della Raccomandazione, è possibile affermare che: *"l'omessa riproduzione delle altre situazioni descritte nella Raccomandazione non esclude il loro rilievo ai fini dell'identificazione delle manifestazioni di privata autonomia interessate da questa disposizione"*¹⁸. Inoltre, appare evidente come la scelta riguardo quali figure introdurre nell'art.10-bis sia ricaduta su quelle che potevano generare nel contribuente maggiore incertezza. Attraverso poi la nozione di "assenza di sostanza economica", ovvero *"l'inidoneità dell'atto a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali"*¹⁹, risulta chiaro come l'elenco di casi prescritto dall'art 10-bis non sia esaustivo, e di conseguenza si richiede una verifica oggettiva per ogni caso. *Si dovrà quindi valutare per prima cosa gli effetti dell'atto o della sequenza di atti e poi gli effetti sulla sfera economica-giuridica dell'agente, ed infine la sua coerenza rispetto alla modifica prodotta*²⁰. L'oggettività deve essere verificata tenendo presente sia il comma 1 che il comma 3 dell'art.10-bis, che afferma *"non si considerano abusive, in ogni caso, le operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente"*. Se da un lato quindi si considerano abusive le operazioni non giustificate da valide ragioni extrafiscali non marginali, dall'altro non si considerano tali quelle giustificate da valide

¹⁸ Cfr. Gallo, op.cit., p.1331; CONTRINO-MARCHESELLI, Luci ed ombre nella struttura dell'abuso fiscale riformato, in Corr.trib, 2015, p.3794

¹⁹ Cfr. "Abuso del diritto ed elusione fiscale", a cura di Eugenio della Valle, Valerio Ficari, Giuseppe Marini 2016. Secondo l'autore tale definizione è speculare rispetto a quella fornita dell'art. 7701 (o)(1)(A) dell'IRC statunitense, per il quale un'operazione ha sostanza economica se: *"changes in a meaningful way (apart from Federal income tax effects) the taxpayer's economic position"*

²⁰ Assonime, circ.n.21 del 4 agosto 2016, par.2.6 e 2.7

ragioni organizzative o gestionali, che consentiranno di migliorare la struttura o il funzionamento dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente. Il comma 3 rappresenta dunque il limite al criterio oggettivo della sostanza economica, rendendo possibile operazioni di mero miglioramento dell'impresa. Anche se presenti degli indici di mancanza di sostanza economica, questa deve essere verificata caso per caso in relazione alla situazione particolare della singola impresa. Chiaro esempio di quanto detto è l'Ord.19 gennaio 2021 n.751 della Cassazione, Sez.trib. In particolare di tratta di un ricorso da parte dell'Agenzia dell'Entrate avverso la sentenza n.106/34/2013, che aveva annullato l'avviso di accertamento con il quale erano stati contestati maggiori redditi ai fini IRAP ed IVA. Alla base di tale avviso di accertamento c'era la presenza di uno squilibrio economico, segno di anti-economicità dell'impresa, dettato dall'esposizione di perdite rilevanti per 3 esercizi consecutivi. Tale comportamento per l'Agenzia delle entrate risultava conforme alle normali logiche di mercato a causa dei risultati poco vantaggiosi. *“Sulla base della regola di riparto dell'onere probatorio applicato dalla Corte di Cassazione nel caso di specie, ai fini dell'annullamento della ripresa a tassazione, decisivi si sono rilevati gli elementi contrari offerti dai contribuenti”*²¹. In particolare la Corte di legittimità ha rilevato come la società avesse riconvertito la sua produzione per adattarsi ai mutamenti del contesto economico di riferimento, aumentando di conseguenza i costi che non hanno generato dei benefici immediati. Ad avvalorare tale tesi si ravvisa un precedente della Corte di Cassazione²², dove di contro *“costituisce un ulteriore indice di anomalia il fatto che un imprenditore continui pervicacemente a proseguire un'attività ormai cronicamente in perdita”*²³. Quindi nel caso in esame è stata valorizzata la particolare circostanza in cui l'impresa si trovava ad operare, il cambiamento del contesto economico e il conseguente peggioramento del settore di

²¹ Cfr. “L'antieconomicità va accertata in relazione alla situazione particolare della singola impresa” di Massimo Antonini e Paolo Piantavignia, Corriere Tributario 3/2021

²² Cfr. Cass.2 ottobre 2008, n.24436

²³ Cfr. “L'antieconomicità va accertata in relazione alla situazione particolare della singola impresa” di Massimo Antonini e Paolo Piantavignia, Corriere Tributario 3/2021

riferimento, che hanno portato ad un mutamento dell'oggetto sociale. Inoltre emerge come l'economicità non debba essere ravvisata esclusivamente in base a dati quantitativi ma anche in base a dati qualitativi²⁴, in virtù del fatto che dopo tale conversione la società abbia beneficiato di una redditività crescente dopo tre anni di perdite. Riguardo quest'ultimo punto occorre precisare che *“le ragioni adducibili dal soggetto passivo per superare validamente la contestazione accertativa non sono necessariamente quelle volte a dimostrare la maggiore redditività delle scelte imprenditoriali effettuate. Un comportamento apparentemente antieconomico potrebbe cioè essere utile dal punto di vista aziendale, in quanto volto ad un miglioramento organizzativo o gestionale, al fine di realizzare un piano di espansione dell'attività imprenditoriale, richiedente investimenti in vista di futuri guadagni, senza essere fiscalmente indice di un'evasione o un'elusione”*²⁵. A parer di chi scrive, occorre precisare cosa si intende per “futuri guadagni”: se da un lato è data la possibilità da parte dell'art.10-bis comma 3 di prevedere casi di miglioramento organizzativo e strutturale senza per questo integrare il presupposto dell'elusione, dall'altro si riscontra il limite non solo della definizione di reddito congruo, che accompagna il *modus operandi* dell'imprenditore, ma anche la distribuzione degli utili, ovvero la causa del contratto di società previsto dall'art.2248 del c.c. Ne deriva che non tutte le operazioni di miglioramento organizzativo rientrano nella fattispecie descritta dal comma 3, dovendo prevedere in futuro un uguale o maggiore reddito. Dopo un'attenta analisi, si potrebbe affermare che l'utile non debba necessariamente aumentare rispetto ai precedenti: un utile di pari importo in anni successivi può essere sintomatico della

²⁴Cfr. “L'antieconomicità va accertata in relazione alla situazione particolare della singola impresa” di Massimo Antonini e Paolo Piantavigna, Corriere Tributario 3/2021. Tale conseguenza logica si applica al caso in esame. Di contro Cfr Cass.22 febbraio 2012, n.2613 che sulla base del dato quantitativo ha ritenuto corretta la motivazione della decisione di merito, che aveva evidenziato l'incongruità della percentuale di ricarico dichiarata, nonché la scarsa aderenza alla realtà commerciale di un esercizio commerciale con notevole volume d'affari ma con scarso ritorno sugli investimenti, un ritorno così infimo da poter essere ottenuto con investimenti a minor rischio. Secondo i giudici “Non si comprende come un imprenditore possa movimentare ingenti capitali per ottenere rendimenti inferiori a quelli di un investimento in titoli di stato”

²⁵ Cfr. “L'antieconomicità va accertata in relazione alla situazione particolare della singola impresa” di Massimo Antonini e Paolo Piantavigna, Corriere Tributario 3/2021

capacità dell'imprenditore di adattarsi ai cambiamenti garantendo la prosecuzione della continuità aziendale. Tale eventualità deve essere analizzata caso per caso. Ulteriore aspetto da considerare nel caso in esame è la rilevanza ultrannuale della condotta antieconomica: *“stante il principio di autonomia dei periodi d'imposta e l'indifferenza, per le imposte sui redditi, della fattispecie costitutiva dell'obbligazione relativa ad un determinato periodo rispetto ai fatti che si siano verificati al di fuori dello stesso, il giudicato può trovare spazio in materia tributaria solo ove riguardi gli elementi costitutivi della fattispecie che, estendendosi ad una pluralità di periodi d'imposta, assumano carattere tendenzialmente permanente, non anche invece con riferimento ai fatti non aventi caratteristica di durata e comunque variabili da periodo a periodo*²⁶. In tema di fattispecie antieconomica, ai fini delle imposte sui redditi, occorre, quindi, verificare se la contestazione mossa dall'Agenzia delle entrate attenga ad aspetti permanenti della fattispecie giudicata come anomala o irrazionale, a fatti cioè che per legge hanno efficacia pluriennale, producendo effetti per un arco di tempo comprendente più periodi d'imposta²⁷”. In tale ipotesi, il contribuente che ottiene l'annullamento giudiziale di un avviso di accertamento attraverso una sentenza che esclude il carattere antieconomico e ed il conseguente comportamento evasivo o elusivo *“può proporre l'eccezione di giudicato esterno anche nelle cause aventi il medesimo oggetto riferite ad altre annualità, sussistendone i presupposti processuali”*²⁸

²⁶ Cass. SS.UU, 16 giugno 2006, n.13916. Sui limiti di estensione del giudicato tributario relativo ad anni d'imposta diversi cfr. anche Cass.30 giugno 2011, n.20029; Id.11 marzo 2015, n.4832. Cfr F.Randazzo, “Sul rapporto tra la lite sul diniego di agevolazioni pluriennali e le controversie sugli accertamenti annuali”, in Riv.dir.trib, n.6/2011, pag 484; S.Buttus, “Ulteriori ridimensionamenti giurisprudenziali all'estensione del giudicato tributario”, in GT-Riv.giur.trib, n.6/2010, pag 505

²⁷ Cfr. “L'antieconomicità va accertata in relazione alla situazione particolare della singola impresa” di Massimo Antonini e Paolo Piantavignia, Corriere Tributario 3/2021

²⁸ Cfr.Cass.29 novembre 2017, n.28515

1.2.3 Relazione tra assenza di sostanza economica e vantaggio indebito

Dal primo comma dell'art.10-bis si può affermare l'irrilevanza della fraudolenza dell'agire o meno del contribuente, restando quindi in linea con il precedente art.37-bis e l'elaborazione giurisprudenziale di abuso del diritto²⁹. Di contro, per qualificare un abuso del diritto occorre la concomitanza di altre circostanze, prima di tutte “la realizzazione di vantaggi fiscali indebiti”. Affermare che l'abuso del diritto prescinde dal carattere fraudolento o meno del contribuente, consente di qualificare tutte le fattispecie dell'abuso in modo oggettivo, prescindendo dunque da aspetti soggettivi come precisato nella relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo. La stessa relazione illustrativa inoltre afferma che *“il contrasto del vantaggio fiscale dell'operazione con le norme e i principi dell'ordinamento tributario va valutato con riguardo alle norme vigenti al momento della realizzazione dell'operazione medesima. Resta salva l'ipotesi di applicazione di successive norme di natura interpretativa.* In modo speculare, il terzo comma dell'art.10-bis evidenzia delle valide motivazioni extrafiscali che potrebbero giustificare l'operazione posta in essere, senza quindi configurare un abuso del diritto. In tale ottica le valide ragioni extrafiscali, come affermato anche dalla giurisprudenza in vigenza della precedente norma³⁰, si collegano ad *“esigenze di natura organizzativa consistenti in un miglioramento funzionale e strutturale dell'azienda”*. Se da un lato quindi l'abuso del diritto si configura con l'ottenimento di un vantaggio fiscale indebito, dall'altro vengono tutelate le legittime operazioni che il contribuente può porre in essere al fine di migliorare la funzionalità aziendale, senza considerare se allo stesso tempo ottiene dei vantaggi fiscali, questa volta non definiti come “indebiti”. Per qualificare una motivazione extrafiscale come “legittima” occorre che questa non sia marginale rispetto al vantaggio fiscale che si ottiene. In altre parole le valide ragioni extrafiscali risultano essere “non marginale” quando l'operazione non sarebbe stata posta in essere in loro assenza. Ne segue che

²⁹ Cfr.Cass.n.24914/2013. La corte di Cassazione ha rilevato che la specificità del comportamento abusivo consiste proprio nel fatto che, a differenza dalle ipotesi di frode, il soggetto ha posto in essere operazioni reali, assolutamente conformi ai modelli legali (ed in questo senso operazioni lecite), senza occultamenti o rappresentazioni incomplete della realtà.

³⁰ Cfr. Cass.26.2.2014 n. 4604, in Banca dati Eutekne; Cass.27.9.2013 n.22130, ibidem;

l'aggettivo non marginale assume il significato di “*decisivo*”³¹. In ogni caso resta centrale il ruolo dei vantaggi fiscali indebiti: “*nella totale assenza di sostanza economica delle operazioni, l'abuso non dovrebbe poter essere contestato non solo nell'ipotesi in cui i vantaggi fiscali non vengano ottenuti, ma anche nel caso in cui essi vengano realizzati ma non risultino qualificabili come indebiti*”³². Ricordando che per vantaggi fiscali indebiti devono considerarsi i benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario, è possibile riscontrare dei punti di contatto con:

- a) Il par.4.5 della Raccomandazione n.2012/772/UE della Commissione europea, secondo cui l'elusione di imposta sussiste *se il risparmio d'imposta contrasta con l'obiettivo, lo spirito e la finalità delle disposizioni fiscali che sarebbero altrimenti applicabili*
- b) La giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, “*la quale, seppur in materia di IVA, ha in più occasioni statuito che si verifica un'ipotesi di abuso di diritto qualora la realizzazione del vantaggio fiscale sia contraria alle finalità della stessa norma a cui è ricorso il contribuente ovvero ai principi del sistema comune di imposta sul valore aggiunto*”³³
- c) Alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità, “*nelle quali si è opportunamente dato rilievo alla sistematicità o meno del vantaggio fiscale*

³¹ Cfr. “Abuso del diritto de iure condendo: non è sufficiente che il vantaggio fiscale costituisca l'unico scopo delle operazioni realizzate” a cura di Alberto Trabucchi. A parer dell'autore: “non sembra si sarebbe potuti giungere a risultati sostanzialmente differenti laddove si fosse affermata la possibilità di disconoscere l'abuso – come pure si paventava a livello interpretativo – in presenza di operazioni che sarebbero state poste in essere anche senza il vantaggio fiscale, dato che anche in questa prospettiva per la non abusività delle operazioni la loro sostanza economica sarebbe risultata decisiva”

³² Cfr. “Abuso del diritto de iure condendo: non è sufficiente che il vantaggio fiscale costituisca l'unico scopo delle operazioni realizzate” a cura di Alberto Trabucchi

³³ Cfr. Corte di Giustizia UE 20.6.2013 causa C-653/11, Newey; Corte di Giustizia UE 22.12.2010 causa C-277/09, RBS Deutschalnd Holding; Corte di Giustizia UE 22.12.2010, causa C-103/09, Weald Leasing; Corte di Giustizia UE 21.9.2006 causa C-255/02, Halifax e altri, banca dati Eutekne

conseguito, affermandosi che l'abuso del diritto consiste in una modalità di aggiramento della legge tributaria ovvero in un vantaggio fiscale contrastante con la ratio della norma tributaria³⁴”

- d) *“Le affermazioni contenute nella circolare Min. Finanze 19.12.1997 n.320, par.6.2 e nella relazione illustrativa al D.lgs.358/1997, introduttivo dell’art.37-bis nel DPR 600/1973, in cui si dava atto che la norma antielusiva di cui all’art.37-bis deve essere applicata quando il contribuente mette in atto manipolazioni, scappatoie o stratagemmi che, pur formalmente legali, finiscono per stravolgere i principi del sistema³⁵”*

Anche nei citati documenti si poneva il problema di quale dovesse essere il peso della realizzazione dei vantaggi fiscali indebiti rispetto al fine dell’operazione posta in essere. Ulteriori chiarimenti sono stati offerti dalla relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo 128/2015, dove si afferma chiaramente che *“i vantaggi fiscali indebiti che si realizzano per effetto dell’operazione priva di sostanza economica devono essere fondamentali rispetto a tutti gli altri fini perseguiti dal contribuente, nel senso che il perseguimento di tale vantaggio deve essere stato lo scopo essenziale della condotta stessa³⁶”*. Per comprendere quindi se l’operazione posta in essere sia elusiva si dovrà valutare i due fini contrapposti perseguiti: il primo, quello dell’ottenimento “indiretto” del vantaggio fiscale indebito, ed il secondo, quello “diretto” perseguito dal contribuente. Da tale confronto dovrà discendere che l’operazione sia stata posta in essere per il solo motivo diretto e che in assenza di questo l’operazione non sarebbe stata eseguita, risultando quindi il vantaggio fiscale una mera conseguenza casuale dell’operazione.

³⁴ Cfr. Cass.n.25759/2014 e 25758/2014, cit: Cass.28.6.2012 n.10807; Cass.30.11.2011 n.25537

³⁵ Cfr. “Abuso del diritto de iure condendo: non è sufficiente che il vantaggio fiscale costituisca l’unico scopo delle operazioni realizzate” a cura di Alberto Trabucchi

³⁶ Cfr. Zizzo G. “L’abuso del diritto tra incertezze della delega e raccomandazioni europee”, Corr.Trib.39,2014

1.3 Inopponibilità delle operazioni elusive: modello differenziale

L'art.10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente riprende quanto già stabilito dall'art.37-bis del D.P.R. n.600/1973 riguardo la tassazione delle operazioni elusive. In particolare il primo comma del suddetto nuovo articolo conclude affermando che *“non sono opponibili all'amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenendo conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni”*. L'idea di fondo resta quindi che tali operazioni elusive siano riprese a tassazione *“sulla base di un modello definito differenziale³⁷”*. Per tassazione “differenziale” si intende che per il tramite dell'avviso di accertamento notificato attraverso le modalità che saranno in seguito esposte, l'Amministrazione finanziaria calcola l'imposta dovuta non sull'operazione posta in essere ma sull'operazione elusa. Allo stesso tempo si prevede la detassazione dell'operazione elusiva. Il differenziale tra quanto pagato dal contribuente e quanto effettivamente dovuto viene così colmato. Quindi si può affermare che *“il tributo grava non già su un'operazione effettivamente realizzata dal contribuente, bensì su di un'operazione che il contribuente non ha per nulla compiuto, ma che avrebbe dovuto compiere se avesse tenuto conto della clausola antiabuso³⁸”*. In presenza quindi di una fattispecie elusiva, si ha un effetto “sostitutivo”: viene ripresa a tassazione un'operazione non realmente compiuta e viene scomputata dal debito residuo quanto versato con l'operazione effettivamente posta in essere. Tale meccanismo risulta essere completamente differente da quello previsto in caso di evasione: *“con l'avviso di accertamento relativo alla fattispecie di evasione, l'amministrazione finanziaria recupera a tassazione ricchezza esistente nella realtà ma tuttavia occultata al fisco. Si tassa dunque una ricchezza effettiva ma non rappresentata in dichiarazione³⁹”*. Nell'introdurre tale meccanismo per fronteggiare i casi di abuso del diritto, il

³⁷ Cfr. BEGHIN, “L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto”, Padova, 2013, passim.

³⁸ Cfr. “Abuso del diritto ed elusione fiscale”, a cura di Eugenio della Valle, Valerio Ficari, Giuseppe Marini 2016

³⁹ Cfr. “Abuso del diritto ed elusione fiscale”, a cura di Eugenio della Valle, Valerio Ficari, Giuseppe Marini 2016

legislatore si è accertato di assicurare il suo corretto funzionamento attraverso degli strumenti fondamentali:

- a) Inopponibilità delle operazioni all'Amministrazione finanziaria
- b) Disconoscimento dei vantaggi fiscali indebiti ottenuti attraverso l'operazione elusiva
- c) Restituzione ai terzi delle imposte versate sull'operazione elusiva. Per terzi si intendono le persone che hanno sì preso parte alla vicenda negoziale elusiva, ma non hanno beneficiato di alcun vantaggio fiscale "indebito" o non.

1.3.1 Inopponibilità delle operazioni elusive

L'inevitabile conseguenza dei comportamenti elusivi è la loro inopponibilità. Si tratta di una forma di inefficacia relativa nei confronti dell'amministrazione finanziaria, *"che ha il potere di imporre il pagamento del tributo dovuto in base alla norma elusa"*⁴⁰. Tale previsione era contenuta anche nell'art.37-bis del D.P.R n.600, il quale stabiliva che *"gli atti, i fatti e i negozi elusi sono inopponibili all'amministrazione finanziaria, la quale può disconoscere i vantaggi tributari conseguiti mediante operazioni elusive, applicando le imposte determinate in base alle disposizioni eluse, al netto delle imposte dovute per effetto del comportamento inopponibile all'amministrazione finanziaria"*. In ambito fiscale gli effetti dell'operazione elusiva vengono neutralizzati attraverso il relativo avviso di accertamento. Si tratta di un'inefficacia relativa riferibile esclusivamente al *"comparto tributario"*⁴¹. Ne segue che le operazioni in esame non siano vietate dal legislatore, ma solo neutralizzate per ciò che riguarda le loro conseguenze in ambito fiscale: *"l'inopponibilità non comporta una declaratoria di nullità o di annullabilità dei contratti conclusi"*⁴². A ben vedere, in questo caso

⁴⁰ Cfr. "Istituzioni di Diritto Tributario", a cura di Francesco Tesauro, XIV edizione

⁴¹ Cfr. SCOGNAMIGLIO, voce "inefficacia", in Enc. Giur. Treccani, passim; GAMBARO, voce "abuso del diritto", II, in Enc. Giur. Treccani, passim.

⁴² Cfr. BEGHIN, "l'elusione tributaria, la nullità del contratto e l'azione di simulazione", in BEGHIN, "l'elusione fiscale", pag.111. In passato non era infrequente l'utilizzo di strumentazione civilistica per osteggiare operazioni elusive. Per esempio gli accertamenti emessi per contrastare

l'art.10-bis opera a favore dell'ente impositore: questo non avrebbe alcun beneficio da una sentenza di nullità dell'operazione, che avrebbe solo l'effetto di danneggiare il terzo che ha preso parte alla vicenda elusiva senza trarne alcun beneficio. Di contro, l'interesse dell'ente è quello di qualificare in modo corretto l'operazione ed applicare la corretta imposizione. Lo strumento attraverso cui viene raggiunto tale scopo è l'avviso di accertamento: una volta emesso, le operazioni elusive cessano di avere efficacia limitatamente ai rapporti che intercorrono tra l'elusore ed il fisco e saranno sostituite dalle operazioni che il contribuente avrebbe posto in essere se avesse tenuto conto della clausola antiabuso. L'inopponibilità quindi è una conseguenza naturale dell'avviso di accertamento: *“il contribuente non potrà opporre al fisco di aver stipulato un contratto, perché tale efficacia, vale a dire la produzione di effetti tributari che da quella fattispecie dovrebbero scaturire, è impedita dall'avviso di accertamento emesso ai sensi dell'art.10-bis dello statuto del contribuente⁴³”*. L'inefficacia descritta dall'art.10-bis prevede un'inefficacia relativa: *“ai negozi che eludono le norme fiscali non si applica l'art.1344 c.c. secondo cui è nullo, per illiceità della causa, il contratto che costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa⁴⁴”*. La ragion per cui tale articolo non trova spazio nella disciplina fiscale è la seguente: le norme imperative a cui fa riferimento sono quelle civilistiche proibitive: *“sono solo le norme civilistiche che stabiliscono se un negozio possa o non possa essere stipulato; le norme fiscali operano su di un altro piano, disciplinando esclusivamente le conseguenze fiscali dei contratti (assunti come dati di fatto, non da esse disciplinati). Perciò le norme tributarie non sono comprese tra le norme imperative cui si riferisce l'art.1344 e l'aggiramento di norme fiscali non rende illecita la causa del negozio⁴⁵”*. Quindi le operazioni elusive continueranno a produrre effetti nel diritto privato, civile

operazioni di dividend washing o dividend stripping erano spesso incentrati sull'interposizione fittizia.

⁴³ Cfr. “Abuso del diritto ed elusione fiscale”, a cura di Eugenio della Valle, Valerio Ficari, Giuseppe Marini 2016

⁴⁴ Cfr. “Istituzioni di Diritto Tributario”, a cura di Francesco Tesaro, XIV edizione

⁴⁵ Cfr. “Istituzioni di Diritto Tributario”, a cura di Francesco Tesaro, XIV edizione ed in tal senso Cfr. Cass. Sez. trib. 3 settembre 2001, n.11351, in Giur.it. 2002, 1102

o commerciale, ma in ambito fiscale saranno neutralizzate. Rispetto a quanto detto possiamo trarre le seguenti osservazioni:

- a) L'inopponibilità riguarda i soli rapporti che intercorrono tra contribuente ed Amministrazione finanziaria, che si declina in un diverso ente impositore a seconda dell'oggetto dell'elusione, se nazionale o locale
- b) L'inopponibilità trova riscontro solo per quel che riguarda i profili fiscali dell'operazione. Non si applica quindi ad altri ambiti e non ha come conseguenza naturale quella di rendere l'operazione nulla o annullabile
- c) "L'inopponibilità riguarda l'operazione, mentre il disconoscimento riguarda il vantaggio. Il disconoscimento del vantaggio è realizzato mediante "apposito atto" notificato all'elusore, mentre l'inopponibilità dell'operazione riguarda anche quei soggetti che pur partecipando all'operazione non hanno tratto alcun beneficio.

Riguardo il punto c) saranno in seguito chiarite le tutele per i terzi non elusori. Per semplificare invece la comprensione del punto b) si espone di seguito un caso affrontato dall'Agenzia delle entrate, in particolare quello del 27 novembre 2013, n.84/E. In tal particolare caso il Fisco considera come elusiva la trasformazione di una società a responsabilità limitata in una società semplice. Le due società sono soggette a regimi impostivi differenti, la società semplice è soggetta al regime di trasparenza e produce singole categorie di reddito, la società di capitali è soggetta ad IRES e produce reddito d'impresa. Attraverso l'inopponibilità di tale operazione, nei confronti del Fisco, la società continua ad essere un soggetto passivo IRES poiché gli effetti della trasformazione sono stati annullati tramite apposito atto. Di contro, dal punto di vista societario, la trasformazione è avvenuta con successo, rendendo quindi la società incapace di svolgere un'attività commerciale.

1.3.2 Avviso di accertamento

Lo strumento attraverso cui viene posta in essere l'inopponibilità delle operazioni elusive ed il relativo disconoscimento dei vantaggi fiscali indebiti è l'avviso di accertamento. Attraverso quindi tale atto viene tassata l'operazione elusa e contestualmente viene detassata l'operazione elusiva. Tale strumento viene specificatamente menzionato nel comma 6 dell'art.10-bis, dove si fa riferimento ad un "apposito atto". Il legislatore nel prevedere tale meccanismo non ha fatto riferimento ai più comuni, quali il rimborso dell'imposta elusiva oppure il credito d'imposta. Dal punto di vista normativo infatti, è possibile affermare che la detassazione *"non debba realizzarsi mediante la presentazione di un'istanza di rimborso oppure attraverso compensazioni nel modello F24, bensì per mezzo di un defalco, vale a dire attraverso la sottrazione dell'imposta già versata sulla base dell'operazione elusiva dall'imposta liquidata sulla base dell'operazione elusa"*⁴⁶. Ne segue che l'avviso di accertamento dovrà contenere al suo interno l'imposta netta da versare. Riguardo tale differenziale, appare evidente che debba essere di segno positivo, un maggior tributo rispetto a quello liquidato: se così non fosse non si avrebbe uno dei requisiti per classificare l'operazione con abusiva del diritto, e cioè quello del vantaggio fiscale indebito. Si può giungere alla medesima conclusione anche attraverso il comma 11 dell'art.10-bis, secondo cui il rimborso può essere chiesto esclusivamente dai soggetti terzi che, anche se coinvolti nella vicenda elusiva, non possano essere qualificati come elusori. La discriminante tra i due soggetti resta quella del vantaggio indebito acquisito. La scelta del legislatore di procedere attraverso il defalco appare legata al fine di semplificare la riscossione delle maggiori imposte dovute, evitando di aggravare l'Agenzia delle entrate del maggiore onere gestionale dei molteplici atti collegati ad un diverso procedimento. In tale ottica il contribuente *"assume la qualifica di debitore nei confronti dell'amministrazione finanziaria per le maggiori imposte accertate"*⁴⁷. Seguendo le considerazioni appena

⁴⁶ Cfr. "Abuso del diritto ed elusione fiscale", a cura di Eugenio della Valle, Valerio Ficari, Giuseppe Marini 2016

⁴⁷ Cfr. "Abuso del diritto ed elusione fiscale", a cura di Eugenio della Valle, Valerio Ficari, Giuseppe Marini 2016.

effettuate, il comma 6 sembra qualificarsi meglio come “*unico atto*” dove trovano spazio i maggiori tributi che quelli già versati, anziché un apposito atto. Riguardo tale affermazione si segnala una criticità:

- In caso di omesso pagamento di una pluralità di imposte derivanti da una medesima operazione, si pensi ad esempio all'IRES e all'IVA, risulta difficoltoso elaborare un unico atto. Tale difficoltà è dovuta alle tempistiche dell'agire amministrativo che viene modificato in virtù della decadenza del tributo in oggetto. Inoltre si pone il problema di quale debba essere la forma dell'atto impositivo, che a sua volta assume una diversa connotazione a seconda se si tratti di una prestazione periodica o istantanea.

La risposta a tale quesito è contenuta nello stesso art.10-bis. In particolare dalla genericità del citato articolo rispetto a “quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni”, si nota che non viene presa in considerazione la fonte del debito. Quindi si può procedere a scomputare dall'imposta dovuta nell'operazione in questione ciò che il contribuente ha già versato a qualsiasi titolo. Inoltre ricordando il fatto che il defalco sia stato introdotto per semplificare i rapporti che intercorrono tra contribuente e Fisco, appare evidente, come già grandi autori hanno sottolineato, che debba essere usato anche per risolvere tali criticità.

Nel caso dell'elusione dell'imposta, il relativo avviso di accertamento deve essere preceduto, a pena di nullità, da una notifica al contribuente dove vengono indicati le motivazioni che rendono reale l'abuso del diritto. L'atto conterrà anche la richiesta di chiarimenti che il contribuente dovrà comunicare entro 60 giorni dalla notifica dell'atto. La richiesta di chiarimenti deve essere notificata secondo le modalità previste dall'art.60 del D.P.R. n.600 ma occorre precisare che: “*se, tra la data in cui il fisco riceve la risposta del contribuente, ovvero di inutile decorso del termine di 60 giorni, e la decadenza del fisco dal potere impositivo, intercorrono meno di 60 giorni, il termine di decadenza è prorogato per dare all'Amministrazione 60 giorni di tempo per*

*elaborare e notificare l'atto impositivo*⁴⁸". A pena di nullità, la motivazione nell'avviso di accertamento deve indicare:

- a) *La condotta ritenuta abusiva*
- b) *Le norme ed i principi elusi*
- c) *Gli indebiti vantaggi fiscali realizzati*
- d) *Le ragioni per cui l'ufficio non ha condiviso i chiarimenti forniti dal contribuente*⁴⁹

Anche se dall'art.10-bis comma 13 viene specificata l'irrilevanza penale della condotta abusiva⁵⁰, dalla maggior imposta accertata possono derivare *delle sanzioni amministrative*⁵¹, che aumenteranno il debito d'imposta del contribuente. Bisogna precisare però che la riscossione di tale debito, composto sia dalla maggiore imposta che da interessi e sanzioni, è consentita solo dopo la sentenza di primo grado ed in ogni caso per i 2/3.

1.3.3 L'inopponibilità dell'operazione elusiva rispetto ai terzi

Una volta chiariti gli effetti dell'inopponibilità dell'operazione elusiva nei confronti di colui che ne ha tratto vantaggio fiscale, e quindi identificato come elusore, occorre spendere qualche parola sugli effetti che tale provvedimento ha nei confronti dei terzi. Innanzitutto per tali si intendono quei soggetti, che pur avendo preso parte alla vicenda elusiva, non hanno tratto alcun beneficio dalla stessa. Al riguardo l'art.10-bis comma

⁴⁸ Cfr. "Istituzioni di Diritto Tributario", a cura di Francesco Tesauero, XIV edizione

⁴⁹ Cfr. "Istituzioni di Diritto Tributario", a cura di Francesco Tesauero, XIV edizione

⁵⁰ Al riguardo si è già specificato a quali condizioni risulta l'irrilevanza penale nella parte introduttiva

⁵¹ Cfr. "Istituzioni di Diritto Tributario", a cura di Francesco Tesauero, XIV edizione. L'elusione può comportare l'applicazione di sanzioni solo se sussiste << *un fondamento normativo chiaro e univoco* >> (Corte di Giustizia, Grande Sezione, 21 febbraio 2006, causa n.C-255/02, *Halifax*). Pur non essendovi norme specifiche che puniscano con sanzioni amministrative l'elusione, la Cassazione ha ritenuto applicabile, nelle ipotesi previste dall'art.37-bis del D.P.R.n.600, la sanzione per infedele dichiarazione, disposta dall'art.1 comma 2, D.lgs.8 dicembre 1997, n.471, che riguarderebbe tutti i casi in cui nella dichiarazione dei redditi è indicato un imponibile inferiore a quello accertato; Cfr. Cass 6 marzo 2015 n.4561, in Boll.trib.2015,857

11 afferma che tali soggetti possono: *“chiedere il rimborso delle imposte pagate a seguito delle operazioni abusive i cui vantaggi fiscali sono stati disconosciuti dall'amministrazione finanziaria, inoltrando a tal fine, entro un anno dal giorno in cui l'accertamento è divenuto definitivo ovvero è stato definito mediante adesione o conciliazione giudiziale, istanza all'Agenzia delle entrate, che provvede nei limiti dell'imposta e degli interessi effettivamente riscossi a seguito di tali procedure”*. Dalla lettura di tale comma si può notare la facoltà attribuita ai terzi di richiedere la restituzione dell'imposta eventualmente versata in occasione del perfezionamento dell'operazione elusiva. Quindi l'Amministrazione deve *“retrocedere ai terzi coinvolti nell'operazione elusiva ma non identificati quali elusori, le imposte da questi versate sulla base dell'operazioni in concreto effettuata soltanto se tali soggetti ne facciano richiesta, nel rispetto dei limiti di ordine quantitativo stabiliti dalla disposizione in esame⁵²”*. L'amministrazione finanziaria non potrà in nessun caso trattenere le somme derivanti dall'operazione elusiva perché, attraverso il relativo avviso di accertamento che rende attuale il procedimento in esame, non assume più alcuna rilevanza fiscale. Il limite quantitativo rispetto al quale il terzo può chiedere il rimborso di quanto versato ammonta, secondo la disposizione del citato articolo, alla somma dell'imposta e dei relativi interessi, se presenti. L'aver posto un limite quantitativo del tutto pari all'importo versato dal terzo risponde all'esigenza di assicurare da un lato la perdita degli effetti fiscali sull'operazione posta in essere, e dall'altro ad evitare un arricchimento ingiustificato da parte dell'Amministrazione. Il diritto al rimborso deve essere fatto valere l'apposita istanza, che deve essere presentata entro un anno dal giorno in cui l'accertamento è divenuto definitivo ovvero è stato definito mediante adesione o conciliazione giudiziale. Tale previsione, in concreto, non rende per niente agevole l'esercizio del diritto: la legge non prevede alcuna forma di comunicazione tra il terzo e l'Amministrazione, prendendo come riferimento la notifica del provvedimento che riguarda l'elusore. Di contro, una risoluzione a tale problematica si

⁵² Cfr. “Abuso del diritto ed elusione fiscale”, a cura di Eugenio della Valle, Valerio Ficari, Giuseppe Marini 2016

potrebbe avere facendo riferimento all'art.6 comma 2 della L.n.212/2000, che impone al fisco di informare il contribuente *“di ogni fatto o circostanza a sua conoscenza dai quali possa derivare il mancato riconoscimento di un credito⁵³”*. Il diritto a chiedere la restituzione di quanto versato risulta inoltre essere indipendente rispetto alle modalità di tassazione previste per l'operazione posta in essere dal soggetto elusore. Si pensi al caso in cui venga contestata ad un soggetto l'operazione di scissione societaria parziale e la conseguente vendita delle azioni da parte dei soci della società scissa o della società beneficiaria. Al soggetto che ha realizzato l'operazione garantendosi un vantaggio fiscale indebito, sarà contestata che l'operazione da lui realizzata sia in concreto una cessione di azienda o di immobili, attraverso il procedimento in precedenza descritto. Per il soggetto terzo, le partecipazioni che ha acquisito restano tali, e di conseguenza in caso di cessione potranno, se rispettano tutti i requisiti, beneficiare del regime PEX⁵⁴: se da lato, quindi, la non opponibilità delle operazioni elusive consente di annullare il vantaggio fiscale indebito del soggetto elusore, dall'altro la sua efficacia circoscritta al solo soggetto beneficiario *“pone dei problemi di equità nei confronti dei terzi⁵⁵”*.

1.3.4 Norme con ratio antielusiva

Oltre che dalla clausola generale antiabuso fin qui esaminata, l'elusione fiscale può essere contrastata anche attraverso le norme antiabuso. Tali norme hanno una portata specifica, riferendosi a limitati casi, dove è più che probabile che vi sia un comportamento abusivo da parte del contribuente. Ciò che le contraddistingue è la ratio antielusiva: oltre a disciplinare una determinata fattispecie, tali norme le limitano

⁵³ Cfr. “Abuso del diritto ed elusione fiscale”, a cura di Eugenio della Valle, Valerio Ficari, Giuseppe Marini 2016. Secondo l'autore tale disposizione deve essere coordinata con l'art.10-bis

⁵⁴ Cfr. Ris.2 ottobre 2009, n.256/E; BEGHIN, “la scissione societaria, l'elusione fiscale e i mulini a vento di Cervantes”, in Riv.dir.trib. 2010, II, p.56

⁵⁵ Cfr. “Abuso del diritto ed elusione fiscale”, a cura di Eugenio della Valle, Valerio Ficari, Giuseppe Marini 2016

poiché suscettibili di essere abusive del diritto. Alla base quindi vi è una presunzione sul comportamento del contribuente, che come vedremo può chiedere la disapplicazione delle stesse dimostrando la sostanza economica e le valide ragioni extrafiscali. Nel T.U.I.R le norme con ratio antielusiva sono presenti in larga parte. Basti pensare all'art.84, dove si afferma che le perdite possono essere computate in diminuzione del reddito nei periodi di imposta successivi nel limite dell'80% del reddito conseguito e per l'intero ammontare che trova capienza in esso ma a condizione che non venga a mutare il soggetto o l'attività che ha le ha generate. L'abuso viene contrastato in questo caso in una duplice forma: soggettiva, poiché si prevede che il soggetto che ha generato le perdite deve essere lo stesso che le userà in diminuzione nei periodi di imposta successivi, escludendo qualsiasi forma di indisponibilità, anche momentanea, della maggioranza dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria, e oggettivo, ponendo il limite dell'80% della capienza del reddito conseguito come riporto delle perdite ed inoltre riferibile ad una stessa attività. In tal modo si escludono tutte quelle operazioni di cessioni societarie in cui lo scopo prevalente è il raggiungimento di un vantaggio fiscale. Il criterio soggettivo del riporto delle perdite viene preso in considerazione anche in occasione del consolidato fiscale nazionale. In tale prospettiva se da un lato i redditi prodotti dalle singole società vengono imputati, per il loro intero ammontare contrariamente al consolidato fiscale mondiale, alla società capogruppo, dall'altro le perdite possono essere usate a compensazione dei redditi esclusivamente delle società che le hanno generate. Sempre nel caso di società controllanti, possiamo identificare la ratio antielusiva anche nel regime CFC: all'art.167 del T.U.I.R si prevede l'obbligatorietà di adozione del regime di trasparenza, e quindi la conseguente tassazione degli utili a prescindere dall'effettiva distribuzione, per quelle società che controllano società estere che sono residenti in luoghi dove la tassazione è inferiore a più della metà di quella a cui sarebbero stati soggetti se fossero stati residenti in Italia e realizzano, per oltre 1/3 dei proventi complessivi, redditi passivi o redditi derivanti da certe prestazioni di servizi o cessioni di beni infragruppo. Queste norme hanno lo scopo di negare il possibile vantaggio

fiscale indebito derivante dal comportamento abusivo del contribuente ma allo stesso tempo possono limitare anche un comportamento legittimo. È proprio per tale motivo che il legislatore *“prevede un correttivo, che consiste nella facoltà del contribuente di chiedere, e nel potere dell’Amministrazione di disporre, la disapplicazione di una norma antielusiva⁵⁶”*. L’art.1 comma 3 del D.lgs.128/2015 afferma che *“possono essere disapplicate le norme tributarie che, allo scopo di contrastare comportamenti elusivi, limitano deduzioni, detrazioni, crediti d’imposta o altre posizioni soggettive altrimenti ammesse nell’ordinamento tributario”*. Condizione necessaria affinché ciò sia possibile è l’assenza di effetti elusivi. Per ottenere la disapplicazione della norma antielusiva, il contribuente dovrà presentare un’istanza di interpello al Direttore regionale dell’Agenzia delle Entrate in cui dovrà dimostrare l’assenza di un comportamento elusivo. L’interpello in esame viene regolamentato dall’art.11 comma 2 dello Statuto. La norma concernente il riporto delle perdite sarà di seguito analizzata in dettaglio, sia con riferimento alla singola impresa che nel caso di fusione. In tema di deducibilità degli interessi, nonché del regime CFC, si rimanda al secondo capitolo poiché frutto della Direttiva ATAD 1.

1.3.5 Riporto delle perdite

La possibilità di utilizzare le perdite in diminuzione dei redditi conseguiti in successivi periodi d’imposta nasce dall’esigenza di mostrare un incremento di patrimonio effettivo: fin quando le perdite non sono colmate, un incremento di utile non si concretizza in un aumento di patrimonio della società. A tal fine, è disposto che la perdita di un periodo d’imposta *“può essere computata in diminuzione del reddito dei periodi d’imposta successivi in misura non superiore all’ottanta per cento del reddito imponibile di ciascuno di essi e per l’intero importo che trova capienza in tale ammontare”*. Il limite quantitativo previsto dal primo comma dell’art.84 del T.U.I.R prevede, da un punto di vista pratico, che le perdite utilizzabili saranno calcolate

⁵⁶ Cfr. “Istituzioni di Diritto Tributario”, a cura di Francesco Tesaro, XIV edizione

applicando una percentuale dell'ottanta per cento sul reddito conseguito. Nel caso in cui la perdita è superiore a tale importo, l'eccedenza potrà essere utilizzata nei periodi d'imposta successivi, ma non oltre il quinto. Nel caso in cui si tratti di perdite realizzate nei primi tre periodi d'imposta dalla data di costituzione della società, queste potranno essere portate in diminuzione dei redditi conseguiti in altri periodi d'imposta senza limiti di tempo. Tale previsione risulta essere una norma di favore per il contribuente: i primi periodi d'imposta coincidono con la cosiddetta fase di startup, dove la società è spesso soggetta ad ingenti spese preparatorie al fine di imporsi nel mercato. Se da un lato è stata prevista tale norma di favore per il contribuente, dall'altro l'uso delle perdite resta ancorato ad una ratio antielusiva. Affinché sia possibile utilizzare le perdite pregresse, occorre rispettare sia un requisito oggettivo che soggettivo. Il requisito soggettivo si sostanzia nella previsione che "il riporto delle perdite non è ammesso quando il soggetto che le utilizza è nominalmente lo stesso, ma nella sostanza è diverso da quello che le ha realizzate". Tale previsione, incentrata su una sorta di beneficiario effettivo, mira ad impedire l'utilizzo delle perdite da persone che nella sostanza non sono le stesse che le hanno generate. Così facendo si scongiura il pericolo dell'interposizione fittizia al fine dell'utilizzo delle perdite. Inoltre, le perdite non possono essere utilizzate qualora *"la maggioranza delle partecipazioni aventi diritto di voto nelle assemblee ordinarie del soggetto che riporta le perdite venga trasferita o comunque acquisita da terzi, anche a titolo temporaneo"*. Al riguardo, occorre precisare che la norma non trova applicazione nel caso in cui *"le partecipazioni riguardino società che nel biennio precedente hanno rispettato determinati requisiti di vitalità: numero di dipendenti occupati in media mai inferiore a dieci unità; ammontare dei ricavi e proventi dell'attività caratteristica e delle spese per prestazioni di lavoro subordinato superiore al quaranta per cento della media degli ultimi tre esercizi"*⁵⁷. Da un punto di vista oggettivo, secondo l'art.84 comma 3 le perdite non possono essere utilizzate in diminuzione dei redditi dei periodi d'imposta successivi qualora viene modificata l'attività che le ha generate. L'utilizzo delle perdite ha

⁵⁷ Cfr. "Istituzioni di diritto tributario", a cura di Francesco Tesaro, XII edizione

interessato anche alcune operazioni straordinarie, tra cui la fusione. L'art.172 pone tre limiti al riporto delle perdite nel caso di fusione:

- 1) Si richiede che la società incorporata abbia avuto nell'ultimo esercizio un ammontare di ricavi e proventi dell'attività caratteristica e un ammontare di spese per prestazioni di lavoro subordinato superiore al quaranta per cento della media degli ultimi due esercizi precedenti. Il rispetto degli indici di vitalità ha l'obiettivo di impedire la fusione, ed il conseguente utilizzo delle perdite, di società per il solo fine elusivo
- 2) Le perdite di ciascuna società che partecipa alla fusione sono riportabili in misura non superiore al rispettivo patrimonio netto risultante dall'ultimo bilancio, senza tener conto di eventuali conferimenti o versamenti effettuati nei due anni precedenti l'operazione. Riguardo tale aspetto, è utile rilevare la risposta all'interpello dell'Agenzia delle Entrate n.109/2018 e n.416/2019, dove si chiarisce che i versamenti dei soci effettuati in relazione ad una perdita superiore ad un terzo del capitale sociale *“non sono riconducibili all'intento elusivo di incrementare artificiosamente il patrimonio di una società oggetto di fusione al fine di incrementare la possibilità di riportare le perdite⁵⁸”*.
- 3) Nel caso di fusione con annullamento, dove la società incorporanda abbia svalutato le partecipazioni, è precluso all'incorporante di utilizzare le perdite per l'importo della svalutazione

Le considerazioni svolte sulle perdite nel caso di fusione, si applicano anche agli interessi passivi. Quindi, anche in tal caso dovranno essere rispettati gli indici di vitalità al fine di scongiurare un abuso della norma.

⁵⁸ Cfr. “Perdite che non superano il test del patrimonio netto riportabili nella fusione”, a cura di Salvatore Sanna, in EUTEKNE.INFO 25 novembre 2020; di tale avviso anche Cass.17 luglio 2019 n.19222, secondo la quale non è ravvisabile un fine elusivo qualora il conferimento sia stato determinato da obblighi civilistici

1.4 Diritto di interpello

Di seguito si procederà all'analisi dell'art.11 dello Statuto e si vedrà come questo sia intrinsecamente collegato all'art.10-bis per una maggior tutela del contribuente. Tale articolo afferma che:

“1. Il contribuente può interpellare l'amministrazione per ottenere una risposta riguardante fattispecie concrete e personali relativamente a:

a) l'applicazione delle disposizioni tributarie, quando vi sono condizioni di obiettiva incertezza sulla corretta interpretazione di tali disposizioni e la corretta qualificazione di fattispecie alla luce delle disposizioni tributarie applicabili alle medesime, ove ricorrano condizioni di obiettiva incertezza e non siano comunque attivabili le procedure di cui all'articolo 31-ter del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, introdotto dall'articolo 1 del decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 147 e di cui all'articolo 2 del medesimo decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 147;

b) 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;

c) l'applicazione della disciplina sull'abuso del diritto ad una specifica fattispecie.

2. Il contribuente interpella l'amministrazione finanziaria per la disapplicazione di norme tributarie che, allo scopo di contrastare comportamenti elusivi, limitano deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta, o altre posizioni soggettive del soggetto passivo altrimenti ammesse dall'ordinamento tributario, fornendo la dimostrazione che nella particolare fattispecie tali effetti elusivi non possono verificarsi. Nei casi in cui non sia stata resa risposta favorevole, resta comunque ferma la possibilità per il contribuente di fornire la dimostrazione di cui al periodo precedente anche ai fini dell'accertamento in sede amministrativa e contenziosa.

3. L'amministrazione risponde alle istanze di cui alla lettera a) del comma 1 nel termine di novanta giorni e a quelle di cui alle lettere b) e c) del medesimo comma 1 ed a quelle di cui al comma 2 nel termine di centoventi giorni. La risposta, scritta e motivata, vincola ogni organo della amministrazione con esclusivo riferimento alla questione oggetto dell'istanza e limitatamente al richiedente. Quando la risposta non è comunicata al contribuente entro il termine previsto, il silenzio equivale a condivisione, da parte dell'amministrazione, della soluzione prospettata dal contribuente. Gli atti, anche a contenuto impositivo o sanzionatorio difforni dalla risposta, espressa o tacita, sono nulli. Tale efficacia si estende ai comportamenti successivi del contribuente riconducibili alla fattispecie oggetto di interpello, salvo rettifica della soluzione interpretativa da parte dell'amministrazione con valenza esclusivamente per gli eventuali comportamenti futuri dell'istante.

4. Non ricorrono condizioni di obiettiva incertezza quando l'amministrazione ha compiutamente fornito la soluzione per fattispecie corrispondenti a quella rappresentata dal contribuente mediante atti pubblicati ai sensi dell'articolo 5, comma 2.

5. La presentazione delle istanze di cui ai commi 1 e 2 non ha effetto sulle scadenze previste dalle norme tributarie, né sulla decorrenza dei termini di decadenza e non comporta interruzione o sospensione dei termini di prescrizione.

6. L'amministrazione provvede alla pubblicazione mediante la forma di circolare o di risoluzione delle risposte rese nei casi in cui un numero elevato di contribuenti abbia presentato istanze aventi ad oggetto la stessa questione o questioni analoghe fra loro, nei casi in cui il parere sia reso in relazione a norme di recente approvazione o per le quali non siano stati resi chiarimenti ufficiali, nei casi in cui siano segnalati comportamenti non uniformi da parte degli uffici, nonché in ogni altro caso in cui ritenga di interesse generale il chiarimento fornito. Resta ferma, in ogni caso, la comunicazione della risposta ai singoli istanti”

La scelta del legislatore di modificare la rubrica dell'articolo, da "interpello del contribuente" a "diritto di interpello", appare orientata a garantire una maggiore *"posizione giuridica attiva del richiedente"*⁵⁹. Inoltre non risulta casuale il termine *"può"*⁶⁰ previsto dal primo comma dello stesso articolo ed inoltre dal comma 5 dell'art.10-bis, evidenziando la facoltà del contribuente e non l'obbligo dello stesso a richiedere un parere da parte dell'Amministrazione. Al riguardo occorre precisare che il mancato esercizio di tale facoltà non va a ledere il diritto del contribuente di contrastare la pretesa dell'Amministrazione finanziaria derivante dalla natura abusiva dell'operazione. Le operazioni di cui si voglia conoscere o meno l'abusività devono godere di: concretezza, specificità e personalità. Per concretezza si intende che tutti gli aspetti che caratterizzano l'operazione sono stati identificati. In altre parole si deve essere consci di tutti gli elementi che caratterizzano l'operazione di cui richiediamo l'informazione e non si deve trattare di un'operazione lontana dalla realtà ma in stretto legame con questa. Il connotato della personalità riguarda invece il soggetto che dovrà porre in essere la fattispecie. Infine deve essere precisa, ovvero racchiudere tutte le informazioni utili al fine di identificare se possa essere abusiva o meno. Una volta presentata l'istanza non potrà essere aggiunto nessun altro elemento integrativo senza che ne sia fatta richiesta dalla stessa Amministrazione per fornire una risposta più accurata. Essendo l'interpello del comma 5 strettamente legato a quello previsto dall'art.11 comma 1, si applica il termine di centoventi giorni entro il quale far pervenire la risposta. Riguardo la risposta si può affermare che: *"deve essere scritta e motivata ed è vincolante per l'Amministrazione, non per il contribuente, con esclusivo*

⁵⁹ Cfr. "Abuso del diritto ed elusione fiscale", a cura di Eugenio della Valle, Valerio Ficari, Giuseppe Marini 2016

⁶⁰ Cfr. "Abuso del diritto ed elusione fiscale", a cura di Eugenio della Valle, Valerio Ficari, Giuseppe Marini 2016. Secondo l'autore si può definire tale forma di interpello come "ordinario" e riguarda i casi previsti dal comma 1 dello stesso art.11. A ben vedere l'interpello invece previsto dal comma 2 sarebbe obbligatorio, mancando qualsiasi riferimento letterale al termine "potere". Di contro autorevoli scrittori attribuiscono natura facoltativa anche all'interpello previsto dal comma 2 dell'art.11 esaltando la circostanza prevista dal comma 3 dell'art.1 del D.lgs.128/2015 secondo la quale se viene data risposta negativa al contribuente, quest'ultimo dimostra che gli effetti elusivi non possono verificarsi anche nella fase di accertamento e in quella contenziosa. Al riguardo cfr. GALLO, op.cit, pp.1334-1335

riguardo alla qualifica o meno di fattispecie abusiva attribuita all'operazione o alle operazioni così come descritte e giustificate nell'istanza di interpello⁶¹”. La mancata risposta entro il termine stabilito, configura forma di silenzio assenso a parte dell'Amministrazione per la soluzione prospettata dal contribuente. La scelta di procedere in tale direzione appare come una tutela del contribuente, in quanto il protrarsi del silenzio oltre il termine previsto comporterebbe che il diritto in questione, affidato al contribuente, sarebbe del tutto improduttivo di effetti. Le considerazioni svolte fin ora si fondono con l'art.10-bis e modificano il contenuto dell'interpello. In questo caso specifico si parla di “interpello antiabuso”: il contribuente che vuole richiedere parere riguardo l'abusività di un'operazione o la disapplicazione di una delle norme antiabuso dovrà argomentare in modo esaustivo l'operazione da porre in essere e far emergere che non può ravvisarsi una condotta elusiva dall'applicazione della stessa. Ne segue che “il contribuente, nell'ambito dell'istanza di interpello, non deve limitarsi a chiedere il parere

dell'Agenzia delle Entrate in ordine all'abusività di una determinata operazione o fattispecie, ma dovrà declinare, nel dettaglio:

- a) Gli elementi qualificanti l'operazione o le operazioni;*
- b) Il settore impositivo rispetto al quale l'operazione pone il dubbio applicativo;*
- c) Le puntuali norme di riferimento, comprese quelle passibili di una contestazione in*
- d) Termini di abuso del diritto con riferimento all'operazione rappresentata⁶²;*
- e) Le valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente⁶³”.*

⁶¹ Cfr. “Abuso del diritto ed elusione fiscale”, a cura di Eugenio della Valle, Valerio Ficari, Giuseppe Marini 2016

⁶² Cfr. Circolare 1° aprile 2016, n.9/E al punto 1.3

⁶³ Cfr. EUROCONFERENCE 8.7.2020 di Sergio Pellegrino e Giovanni Valcarenghi

1.4.3 Irrilevanza penale dell'abuso del diritto

Tra le novità introdotte dall'art.10-bis vi è l'irrelevanza penale delle operazioni abusive, stabilito al comma 13, il quale afferma che *“le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie. Resta ferma l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie”*. In ogni caso resta ferma l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie. Inizialmente il nuovo art.10-bis ha posto dei dubbi interpretativi su quali fossero le differenze rispetto all'abrogato art.37-bis. Tale lacuna sono state prontamente chiarite attraverso la sentenza del 7 ottobre 2015 n.40272 da parte della Corte di Cassazione penale. Nella citata sentenza si afferma che: *“in ragione del nuovo art.10-bis l'abuso del diritto può essere configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di disposizioni del D.lgs.n.74/2000, ovvero la violazione di altre disposizioni. L'abuso postula l'assenza, nel comportamento abusivo del contribuente, di tratti riconducibili ai paradigmi, penalmente rilevanti, della simulazione, della falsità o, più in generale, della frodolenza e ciò imprime alla disciplina dell'abuso caratteri di residualità”*. La stessa sentenza conclude poi *“rimane salva la possibilità di ritenere, nei congrui casi che, operazioni qualificate in precedenza dalla giurisprudenza come elusive integrino un'ipotesi di vera e propria evasione”*. Riprendendo quanto detto anche dall'art.8 della delega, si instaurano 2 gruppi di condotte: uno rilevante sotto il profilo penale, dove sono ricompresi comportamenti simulatori o fraudolenti, ed un secondo gruppo dove vengono poste tutte quelle fattispecie riconducibili all'art.10-bis. Ad avvalorare tale divisione è anche la nuova definizione delle operazioni simulate; si tratta *“operazioni apparenti diverse da quelle disciplinate dall'art.10-bis”*. Se quindi l'irrelevanza penale della fattispecie abusiva risulta confermata, le conclusioni della sentenza citata ci portano ad ulteriori considerazioni. In primo luogo, l'irrelevanza riguarda esclusivamente condotte che sono riferibili alla definizione dell'abuso del diritto e non riguarda anche i possibili meccanismi fraudolenti attraverso i quali si possa arrivare al vantaggio fiscale. In secondo luogo non è certo che operazioni elusive non possano integrare fattispecie di evasione fiscale. In tal senso è utile citare la

sentenza del 30 settembre 2020 n.20823⁶⁴ della Cassazione. Il caso proposto tratta l'operazione di trasferimento di denaro effettuato in esecuzione di un contratto di finanziamento stipulato tra una società controllante e una società controllata. Tale operazione viene qualificata dall'Agenzia delle Entrate come pagamento del corrispettivo pattuito in contropartita la prestazione di servizi. Ne segue il perfezionamento del momento impositivo ai fini IVA e l'obbligo dell'emissione della fattura. Il pianificato ritardo nel pagamento del corrispettivo pattuito, integra in questo caso una fattispecie di evasione anziché di elusione.

Una volta specificato quanto affermato dal comma 13, ci si può soffermare su quali siano le sanzioni che possono colpire il contribuente elusore. La disciplina delle sanzioni amministrative tributarie è contenuta nel D.lgs.18 dicembre 1997, n.472 che riprendeva in parte i contenuti della L.24 novembre 1981 n.689, assimilando per molti aspetti gli illeciti amministrativi a quelli penali. Resta ferma però la differenza tra i due: *“le sanzioni penali sono regolate dal codice penale e sono inflitte dall'autorità giudiziaria, in applicazione del codice di procedura penale; le sanzioni amministrative invece sono irrogate dall'Amministrazione finanziaria, con un provvedimento amministrativo*⁶⁵”. Con la nuova riforma adottata dal D.lgs.n.472 le sanzioni amministrative perdono il loro carattere risarcitorio diventando, di contro, afflittive. La ratio di tale scelta è che la sanzione deve punire il trasgressore, sia esso una persona fisica o una persona giuridica⁶⁶. All'art.3 del D.lgs.n.472 è contenuto il principio di legalità, secondo cui *“nessuno può essere assoggettato a sanzioni se non in forza di una legge entrata in vigore prima della commissione della violazione ed esclusivamente nei casi previsti dalla legge”*. Dalla lettura di questo articolo possiamo trarre le seguenti conclusioni:

- a) Solo la legge può comminare sanzioni
- b) Divieto di retroattività

⁶⁴ Rivista di Giurisprudenza Tributaria 1/2021

⁶⁵ Cfr. “Istituzioni di Diritto Tributario”, a cura di Francesco Tesauro, XIV edizione

⁶⁶ Introdotto dal D.L.30 settembre 2003 n.269, art.7

c) La legge deve prevedere il fatto e la sanzione

In un'ottica di maggiore comprensione della rilevanza penale o meno della fattispecie abusiva, sembra che il punto cruciale sia il b). L'irrilevanza penale, stabilita dall'art.10-bis che ha efficacia a partire dal primo giorno del mese successivo alla data di entrata in vigore del D.lgs.128/2015, viene estesa anche alle operazioni poste in essere prima dell'entrata in vigore dello stesso con la precisazione che non sia stato notificato "l'apposito atto impositivo". Ne deriva che si hanno due fattispecie abusive con due relative sanzioni: una per cui non è stato ancora emesso l'atto impositivo, che sarà sanzionata attraverso sanzioni amministrative tributarie, ed un'altra per la quale l'atto è stato emesso prima dell'entrata in vigore dell'art.10-bis, che sarà regolata con l'ausilio del codice penale, ove siano presenti i presupposti. Anche se il principio di retroattività della sanzione in questo caso non è confermato, possiamo affermare con certezza che esso rappresenti una maggior tutela per il contribuente e che rispetta dunque la ratio dello stesso principio.

Affinché si presenti un illecito devono ricorrere due elementi: un comportamento omissivo che violi una norma, ed un elemento soggettivo che si concretizza in imputabilità e colpevolezza. Per imputabilità si intende la capacità di intendere e di volere mentre per colpevolezza si intende *"la colpa o il dolo"*⁶⁷. Sarà compito del contribuente stesso dimostrare la sua assenza di colpa; al riguardo è utile far riferimento anche ad una recente sentenza della Corte di cassazione dove si identifica la *"culpa in vigilando"*⁶⁸ del contribuente per l'omessa presentazione della dichiarazione dei redditi da parte del professionista incaricato. Non è quindi sufficiente che sia stata presentata la denuncia nei confronti del professionista incaricato⁶⁹. Le sanzioni amministrative

⁶⁷ Cfr. "Istituzioni di Diritto Tributario", a cura di Francesco Tesauro, XIV edizione. L'autore materiale di un illecito non è punito se lo ha commesso perché ha subito violenza o minaccia, o perché è stato indotto in errore; in tal caso è punito il c.d. autore mediato

⁶⁸ Cass.2 marzo 2020, n.5661

⁶⁹ Riguardo la responsabilità del professionista: Cfr. Sentenza Cass.5 marzo n.9068/21. *"Da tale sentenza emerge che: non si può condannare il consulente per i reati fiscali che inchiodano gli amministratori di fatto. E ciò soltanto perché gestisce la contabilità delle aziende e dovrebbe rendersi conto delle anomalie, vista la sua competenza professionale. Non conta che il*

per chi elude l'imposta si concretizzano in una sanzione pecuniaria ed una sanzione accessoria. La sanzione pecuniaria può essere di diversi tipi: può essere prevista in misura fissa, determinata in modo discrezionale tra un minimo e un massimo oppure essere una percentuale del tributo a cui si riferisce la violazione. Riguardo la sanzione pecuniaria occorre precisare che è *“improduttiva di interessi e non è trasmissibile agli eredi⁷⁰”*. Di contro le sanzioni accessorie si sostanziano nell'interdizione e nella sospensione: l'interdizione può riguardare cariche sociali quali amministratore, sindaco o revisore oppure la possibilità di partecipare a gare pubbliche. La sospensione invece, per un massimo di 6 mesi, concerne l'esercizio dell'attività d'impresa o di lavoro autonomo.

1.5 Casi pratici

Per completare le considerazioni fin qui affrontate, si propongono due casi pratici differenti tra loro: il primo, che configura abuso del diritto; il secondo che configura legittimo risparmio d'imposta. Partendo dal primo, il presente caso è stato trattato dalla Corte di Cassazione con sentenza n.2083 del 29 gennaio 2021. Il caso che si andrà ad esaminare tratta delle operazioni poste in essere da un notaio che è legato da vincoli di parentela alla stessa società di capitali da cui riceve il servizio. In particolare il notaio acquista servizi per l'esercizio dell'attività professionale da detta società a costi ritenuti eccessivi e/o non concorrenziali. Gli elementi che hanno spinto la Corte di Cassazione a giudicare l'operazione come abusiva si identificano nell'eccessivo costo per i servizi offerti ed il vincolo di parentela con la società. Quindi, dal primo connotato viene meno la normale logica di mercato: *“secondo i giudici la società aveva reso una serie di servizi che non richiedevano grande competenza, che il notaio poteva procurarsi autonomamente, con notevole risparmio di costi; inoltre la società operava*

commercialista abbia precedenti negativi, proprio con uno degli imprenditori. Meri indizi, troppo deboli per arrivare ad una sentenza di condanna”. Di Dario Ferrara, Italia Oggi, sabato 6 marzo 2021

⁷⁰ Cfr. “Istituzioni di Diritto Tributario”, a cura di Francesco Tesauro, XIV edizione

*esclusivamente per il notaio*⁷¹”. Non solo si può verificare l’assenza di sostanza economica nell’operazione, in particolare contraria proprio al secondo indice dell’art.10-bis comma 2, ma dal secondo elemento distintivo, ovvero il vincolo di parentela, si intravede il diretto vantaggio fiscale indebito, poiché in tal modo si abbattano i redditi prodotti dal professionista (soggetto ad aliquota fiscale più elevata) e aumentano quelli della società (soggetta ad aliquota fiscale inferiore). In senso contrario è utile ribadire quanto affermare dalla C.T. Prov. di Alessandria n.386/1/16, che sarà analizzata come seconda fattispecie non elusiva. Nel caso proposto, l’Agenzia delle Entrate contestava al contribuente la deduzione dei canoni di locazione dello studio professionale in quanto locato da una società di cui era socio al 99% la moglie dello stesso contribuente accertato. L’artificiosità dell’operazione si ravvisava nell’impossibilità da parte del notaio di dedurre i canoni di ammortamento ed allo stesso tempo si sosteneva che la società avesse acquistato l’immobile per poi locarlo allo stesso professionista. L’interpretazione dei giudici di merito è chiara: “l’operazione incriminata non configura abuso del diritto come codificato dall’art.10-bis della legge 212 del 2000 in quanto il contribuente si è trovato di fronte a due regimi fiscali ugualmente riconosciuti dalla legge”. Il notaio non ha fatto altro che scegliere lo strumento meno oneroso. Inoltre la non artificiosità dell’operazione è stata dimostrata dalla piena operatività della società e dall’estraneità del notaio alla stessa.

⁷¹ “Interposizione fittizia per il notaio che fattura alla propria società”, di Francesco Brandi, 13 febbraio 2021

CAPITOLO II: L'ELUSIONE FISCALE INTERNAZIONALE

Premessa

Prima di affrontare il tema dell'elusione fiscale in un contesto internazionale, è bene soffermarsi su cosa si intenda per fiscalità internazionale. Per tale si intende una serie di norme che perseguono una duplice finalità: garantire una tassazione equa delle attività economiche e degli investimenti internazionali ed eliminare qualsiasi genere di distorsione fiscale. Anche in questo caso l'equità viene raggiunta attraverso l'applicazione del principio della capacità contributiva e del principio di uguaglianza. Le distorsioni, di contro, sono causate dal collegamento di un incentivo fiscale al territorio geografico, generando così una convenienza ad esercitare la propria attività economica in un luogo anziché un altro. Questo meccanismo è spesso usato dai paesi in via di sviluppo per incentivare l'investimento di capitali ed aumentare di conseguenza il PIL. Si tratta di concorrenza sleale e a pagarne le conseguenze sono i paesi più industrializzati: un elevato livello di tassazione è spesso accompagnato ad un elevato livello di spesa pubblica, essenziale per garantire servizi che non possono essere lasciati alla libera contrattazione delle parti e di conseguenza il livello di tassazione non può essere utilizzato come un indice di competitività. Gli ambiti attraverso cui si cerca di raggiungere gli obiettivi di una tassazione equa e una distorsione nulla si dividono in sei aree differenti:

- *“Tassazione dei residenti in uno specifico Stato, relativamente a redditi di fonte straniera, e la tassazione in uno specifico Stato di soggetti non residenti per redditi che derivano da tale Stato⁷². Molto spesso in questi casi si fa riferimento alle norme interne dei singoli Stati.*
- *“La definizione di diritto tributario internazionale si riferisce alle norme giuridiche che stabiliscono regole volte a ridurre o eliminare la doppia imposizione derivante dalla situazione di conflitto dovuta al fatto che gli Stati,*

⁷² Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione

in genere, applicano la tassazione a livello mondiale sul reddito prodotto da parte dei propri residenti ma anche sul reddito di fonte interna prodotto dai non residenti”⁷³ (doppia imposizione giuridica). Senza un intervento normativo, il soggetto sarebbe tassato due volte sullo stesso reddito prodotto. Chiaro esempio di tassazione a livello mondiale sul reddito prodotto è il caso del residente in Italia: *questo sarà tassato per l’ammontare dei redditi prodotti, sia all’interno che all’esterno del territorio nazionale*⁷⁴.

- Utilizzo della pianificazione fiscale internazionale per evitare il fenomeno della doppia imposizione.
- Evitare la doppia imposizione che colpisce prima la società e poi il socio della stessa sul medesimo reddito (doppia imposizione economica), al fine di favorire il più possibile la libera circolazione dei capitali. Per contrastare tale doppia imposizione si è fatto uso delle Direttive dell’Unione Europea, prima fra tutte la Direttiva Madre-Figlia, e poi la convenzione dell’Unione Europea per eliminare la doppia imposizione sulla rettifica degli utili di imprese associate⁷⁵
- Le regole promulgate da organizzazioni sovranazionali quali OCSE e l’Unione Europea. La maggior parte delle regole promulgate dall’OCSE non sono vincolanti, contrariamente alle Direttive e le sentenze emesse dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea di Lussemburgo, e risultano particolarmente utili agli Stati per l’adeguamento delle politiche fiscali nonché l’adozione dei trattati.
- Ultimo tema affrontato dalla fiscalità internazionale attiene alla tassazione dei diplomatici e dei dipendenti delle organizzazioni governative. Al riguardo si prendono come riferimento le regole previste nelle tre convenzioni di Vienna”.

Il tema dell’elusione fiscale ad un livello sovranazionale risulta particolarmente rilevante, in quanto va a minare gli obiettivi di un’equa tassazione nonché la libera

⁷³ Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione

⁷⁴ Cfr. Art.3 T.U.I.R.

⁷⁵ “Arbitration Convention”, pubblicata su GUCE L 225 del 20 agosto 1990, pag.10. La convenzione è entrata in vigore al 1° gennaio 1995. Cfr. Mayr.S, “Gruppi multinazionali: in vigore la convenzione sui prezzi di trasferimento”, in Corr.Trib.n.10/1995.pag.641

circolazioni di capitali. Come accade per i singoli Stati, anche il diritto tributario internazionale distingue tra elusione ed evasione: ancora una volta si afferma che l'evasione si generi attraverso un comportamento fraudolento del contribuente che ometta il pagamento dell'imposta dovuta e non rispetti una specifica disposizione di legge. L'elusione fiscale, invece, prevede *“la riduzione dell'obbligo fiscale mediante l'utilizzo di mezzi legali”*⁷⁶, spesso attraverso operazioni artificiose poste in essere con il solo obiettivo di avere un vantaggio fiscale. L'elusione è contraria allo spirito della legge ed è proprio questo che la rende diversa dalla pianificazione fiscale legittima, che persegue il fine della riduzione del carico fiscale del contribuente.

I mezzi artificiosi attraverso cui è possibile ottenere il vantaggio fiscale indebito si ravvisano principalmente nella costituzione di una holding in uno Stato a fiscalità privilegiata. Le società costituite assumono una diversa connotazione a seconda di ciò che sono chiamate a svolgere. A titolo esemplificativo e non esaustivo, si possono riscontrare le seguenti tipologie:

- Società “captives”: si tratta di società che hanno lo scopo di prestare servizi a società correlate con residenza in uno Stato a fiscalità più elevata. Molto spesso tra i servizi offerti si riscontra l'attività assicurativa, di trasporto ed infine commercio
- Società veicolo: *“sono società utilizzate per convogliare i flussi di reddito da Stati ad alta tassazione verso Stati a bassa tassazione o nulla”*⁷⁷
- Società “sham”: si tratta di società inesistenti. Non svolgono alcuna attività economica e la loro sede legale risulta essere puramente fittizia.

Al fine di prevenire tale fenomeno, molti Stati hanno introdotto nel proprio ordinamento delle norme specifiche antiabuso quali: CFC e thin capitalisation. Inoltre

⁷⁶ Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione

⁷⁷ Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione

hanno provveduto a collegare i benefici derivanti dai trattati ai contribuenti che godevano di specifici requisiti (“Limitation on benefits”, o LOB). Attraverso queste ultime norme si è cercato di prevenire il fenomeno del Treaty Shopping, ossia l’utilizzo distorto dei trattati al fine di attuare una doppia non imposizione. Si è acquisita poi una definizione più puntuale di beneficiario effettivo. Tutti questi temi saranno oggetto del presente elaborato.

2.1 Definizione di elusione fiscale

Come è noto, l’elusione fiscale prevede la riduzione dell’obbligazione tributaria attraverso dei meccanismi che rientrano nell’ambito della legalità, ma che sono contrarie allo spirito della legge. In un ambito sovranazionale non esiste una definizione puntuale di elusione fiscale, poiché viene da un lato stabilito un contenuto minimo, tale per cui possa essere identificata, e dall’altro lato viene data la possibilità ai singoli Stati di ampliare tale definizione nell’ambito della propria giurisdizione. Molto spesso le attività elusive sono connotate dai seguenti elementi:

- a) È possibile riscontrare un elemento di artificiosità nelle operazioni poste in essere poiché queste non hanno come scopo principale un reale interesse economico
- b) Viene applicata la norma in modo diverso da quella prevista dal legislatore. Quindi *“l’elusione persegue la riduzione dell’imposizione non in modo illegale, ma piuttosto utilizzando dei mezzi previsti dalla legge, ma che il legislatore non intendeva rendere disponibili”⁷⁸*

Il contenuto minimo della definizione di elusione fiscale è rinvenibile nella Raccomandazione sulla pianificazione fiscale aggressiva del 2012 da parte dell’Unione Europea: *“una costruzione di puro artificio o una serie artificiosa di costruzioni che sia stata posta in essere essenzialmente allo scopo di eludere l’imposizione e che*

⁷⁸ Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione

comporti un vantaggio fiscale deve essere ignorata. Le autorità nazionali devono trattare tali costruzioni ai fini fiscali facendo riferimento alla loro sostanza economica. Per costruzione si intende una transazione, un regime, un'azione, un'operazione, un accordo, una sovvenzione, un'intesa, una promessa, un impegno o un evento. Una costruzione è artificiosa se manca di sostanza commerciale⁷⁹". La definizione poi, viene completata dall'art.6 della Direttiva 5 luglio 2016, meglio conosciuta come Direttiva ATAD, introdotta al fine di contrastare le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno. In questo documento viene fatto obbligo agli Stati di ignorare la costruzione non genuina, o la serie di costruzioni, che vengono poste in essere al solo scopo o ad uno degli scopi principali di ottenere un vantaggio fiscale. Le costruzioni vengono considerate non genuine nella misura in cui non sia stata posta in essere per valide ragioni economiche. Se è vero che la definizione appena descritta debba essere utilizzata come contenuto minimo, occorre effettuare un confronto con la clausola generale antiabuso dell'art.10-bis. Essendo tale clausola frutto proprio della Raccomandazione 2012, non ci dovrebbero essere differenze, ma è da evidenziare che al fine della Direttiva sopra citata, l'operazione potrebbe essere non genuina anche se la sua realizzazione è "stata uno degli scopi" per avere un vantaggio fiscale. Anche se con differente forma, il risultato è analogo a quello previsto dalla legge nazionale: si può parlare di elusione fiscale esclusivamente quando l'operazione posta in essere sia priva di sostanza economica. Con le considerazioni effettuate nel primo capitolo, si è giunti ad affermare che è proprio questa la differenza tra elusione fiscale e legittimo risparmio d'imposta. In definitiva, anche se il vantaggio può essere uno degli scopi principali e non l'unico, si giunge alle medesime considerazioni previste dall'art.10-bis. Si può giungere alle medesime conclusioni anche attraverso il punto 4.2 della Raccomandazione 2012, dove si fa chiaramente riferimento al principio della prevalenza della sostanza sulla forma. Ne segue che per qualificare un'operazione come elusiva, non si può far riferimento esclusivamente allo

⁷⁹ Raccomandazione della Commissione del 6 dicembre 2012 sulla pianificazione fiscale aggressiva (2012/772/UE)

scopo perseguito ma bisogna sempre analizzare se vi è una sostanza economica alla base dell'operazione stessa.

Secondo l'interpretazione giuridica, un'operazione può essere qualificata come elusiva se risponde a quattro test:

- 1) Test dell'intenzionalità: si verifica se il contribuente abbia sfruttato le opportunità fornite dalla norma per ridurre il carico fiscale che sarebbe stato realizzato attraverso una certa operazione
- 2) Test dell'artificiosità: se il contribuente abbia posto in essere delle operazioni più complesse per arrivare al medesimo risultato
- 3) Test del beneficio: se è stato raggiunto un beneficio fiscale dall'operazione e a tal fine è stato chiesto l'aiuto di un esperto in materia fiscale
- 4) Test della giustizia: se lo schema utilizzato risulta illegittimo⁸⁰

Diversa dall'elusione è la pianificazione fiscale. Per tale si intendono le pratiche perseguite al fine di raggiungere una riduzione della tassazione. La pianificazione fiscale non risulta contraria allo spirito della legge ed è considerata una pratica legittima. Con il passare degli anni la sottile differenza tra pianificazione fiscale ed elusione è diventata sempre meno evidente, richiedendo quindi un intervento normativo europeo. È questo il contenuto della Direttiva ATAD e del Progetto BEPS, introdotti con l'obiettivo di limitare le pratiche contrarie al buon funzionamento del mercato interno.

2.1.2 BEPS

Con il termine BEPS (Base erosion and Profit Shifting) si intende l'effetto negativo che le pratiche di elusione fiscale hanno sulla base imponibile: queste vengono ridotte comportando una perdita di gettito. Negli anni tale fenomeno si è così largamente diffuso da richiedere un intervento normativo internazionale. In particolare nel 2013 i

⁸⁰ Questi test sono stati utilizzati in una sentenza della Corte Suprema indiana nel caso Vodafone del 20 gennaio 2012

Governi dell'OCSE e del G20 *“hanno adottato l'iniziativa di procedere a quella che doveva essere la rielaborazione più significativa delle norme fiscali internazionali da un secolo a questa parte⁸¹”*. Secondo il Rapporto 2015 dell'OCSE, intitolato “Addressing Base Erosion and Profit Shifting”, la causa principale dei BEPS non è esclusivamente imputabile ad un'unica norma, bensì alle diverse combinazioni delle stesse a livello internazionale che, non essendo coordinate tra loro, risultano non essere in linea con gli sviluppi del mercato del lavoro. Al Rapporto dell'OCSE ha fatto seguito l'Action Plane on Base Erosion and Profit Shifting, che individua le principali azioni da porre in essere al fine di raggiungere i seguenti obiettivi:

- 1) Maggiore coerenza tra le normative nazionali ed internazionali
- 2) Maggiori requisiti sostanziali per gli standard internazionali
- 3) *“Migliorare la trasparenza per le aziende che non adottano posizioni aggressive⁸²”*

Con l'approvazione del G20, i piani di azione BEPS sono stati approvati il 5 ottobre 2015. Per una maggiore efficacia delle azioni, è stato inoltre previsto un “framework” che consente agli Stati di cooperare all'elaborazione degli standard legati al BEPS, nonché un riesame ed un monitoraggio sull'attuazione dell'intero pacchetto. Le azioni intraprese dal progetto sono diverse e di grande attualità; non è un caso che il primo intervento previsto riguardi la tassazione dell'economica digitale. Le altre azioni previste spaziano tra diversi argomenti, da un maggiore rafforzamento delle norme in materia di CFC all'abuso dei trattati, dalla deducibilità degli interessi alla stabile organizzazione, fino ad arrivare ai disallineamenti tra ibridi. Accanto ai piani di azione BEPS, il 28 gennaio 2016 la Commissione Europea ha reso noto un pacchetto antielusione che contiene il progetto di una più ampia normativa antielusione, convertita successivamente in Direttiva il 12 luglio 2016 e nota come Direttiva ATAD.

⁸¹ Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione

⁸² Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione

Nella citata Direttiva sono presenti diverse norme riguardanti la deducibilità degli interessi, società controllate estere ed infine una norma generale antiabuso (GAAR).

2.2 Norme generali antielusione

Nell'ambito delle norme antielusive si possono distinguere due diversi filoni: il primo della prevalenza della sostanza sulla forma, ed il secondo dell'abuso della legge. Tra le due dottrine è possibile riscontrare degli elementi comuni:

- Si applicano in una vasta gamma di casi che implicano l'elusione fiscale o quando non è certo che vi sia lo svolgimento di un'effettiva attività economica
- Si prendono in considerazione gli effettivi vantaggi realizzati *“piuttosto che lo scopo perseguito dal contribuente nell'operazione stessa”*⁸³
- Le dottrine prevalgono sulle specifiche norme antielusive solo in determinati casi

La dottrina della prevalenza della sostanza sulla forma prende in considerazione l'effettiva sostanza delle operazioni poste in essere. Attraverso tale meccanismo, le autorità possono dividere la forma legale assunta per porre in essere l'operazione dall'effettiva sostanza della stessa. Per forma legale si intende come i concetti siano stati formalizzati attraverso le norme, mentre per sostanza si mira ad identificare l'economicità dell'operazione posta in essere. Tale filone dottrinale afferma che la forma attribuita ad una certa operazione non può non coincidere con la realtà perseguita dalla stessa. In questo modo si possono identificare le operazioni simulate, dove la sostanza in realtà prevede degli effetti totalmente diversi da quelli che i contribuenti dichiarano di aver perseguito. Con il passare degli anni, il criterio della prevalenza della sostanza sulla forma è stato sempre più utilizzato dagli Stati nella lotta all'elusione. È possibile rinvenire un esempio di quanto appena detto anche nella stessa Raccomandazione del 2012: al punto 4.2 viene stabilito che *“le autorità nazionali*

⁸³ Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione

devono trattare tali costruzioni a fini fiscali facendo riferimento alla loro sostanza economica". Contrapposta alla dottrina della prevalenza della sostanza sulla forma si riscontra il filone dell'abuso della norma. In base alla dottrina dell'abuso della norma è possibile identificare le operazioni di natura abusiva attraverso un'interpretazione giuridica della norma. Si disconosce, quindi, la forma legale utilizzata dal contribuente, che sarà sostituita da una che rifletta meglio la realtà dei fatti. Le due dottrine hanno profondamente cambiato il comparto legislativo di alcuni Stati relativamente alle norme antiabuso. Una clausola generale antiabuso, fondata sul principio della prevalenza della sostanza sulla forma, è ravvisabile in Belgio. La nuova norma di portata generale è stata introdotta con la legge del 29 marzo 2012. Ne segue che le autorità fiscali belghe possono riqualificare uno o più atti se queste provano che vi sia stato un abuso. L'abuso in questione viene definito come:

- a) Una transazione attraverso cui un contribuente, in violazione dello scopo di una norma del Codice Fiscale per la tassazione del reddito, si colloca al di fuori del campo di applicazione della norma stessa
- b) Una transazione attraverso cui un contribuente ottiene un vantaggio fiscale che è contrario allo spirito della norma che è stata applicata ed il vantaggio fiscale è l'unico scopo, o lo scopo primario, per cui la transazione è stata posta in essere

Nei Paesi Bassi si sono adottati dei test che permettono di constatare che le operazioni poste in essere dal contribuente non sono accettabili e di riqualificarle. In particolare tali test verificano se: *“l’elusione fiscale è stata lo scopo primario o il principale per cui il contribuente ha posto in essere l’operazione; la riduzione dell’imposta è il carattere prevalente dell’operazione, essendo del tutto priva di una sostanza economica⁸⁴”*. Inoltre, è possibile ravvisare una clausola generale antiabuso anche nel Codice Fiscale tedesco. In particolare all'art.42 si stabilisce che *“le norme fiscali non possono essere rese inefficaci mediante l'abuso di forme giuridiche”*. Nel caso di un

⁸⁴ Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione

intenzionale abuso, si configura un obbligo fiscale come si potrebbe, invece, verificare qualora fosse stata utilizzata la forma legale appropriata. L'art.42 non comporta un'interpretazione dei fatti, ma una riqualificazione dell'operazione posta in essere. Occorre precisare che è fatta salva ai contribuenti di scegliere il percorso meno oneroso. L'art.42 quindi verifica che la scelta effettuata dal contribuente sia in linea con i risultati economici perseguiti e solo in caso contrario si verifica quali siano i reali obiettivi perseguiti. Solo le operazioni abusive verranno riclassificate secondo l'art.42. Ulteriore esempio rilevante di trattamento fiscale delle operazioni è quello applicato nel Regno Unito. A partire dal 1980 si è sviluppata una serie di sentenze, la prima di queste è denominata "Ramsay⁸⁵", che hanno portato all'elaborazione di una dottrina secondo cui, in alcune condizioni, la Corte potrebbe determinare il trattamento fiscale da applicare, qualora la forma applicata fosse diversa dalla sostanza. Si procederà, quindi, attraverso il seguente iter:

- a) Vengono identificati i fatti, sia quelli effettivamente posti in essere che la forma usata
- b) Si procede successivamente ad una corretta classificazione dei fatti di cui al punto precedente
- c) Si interpreta l'operazione. In particolare si procederà ad una rilevazione dell'economicità nonché del peso del vantaggio fiscale conseguito rispetto agli altri, ove presenti

Per maggiore precisione, il Regno Unito si è dotato di una clausola generale antielusione attraverso la legge Finanziaria del 2013. In base a quanto riportato dall'art.206 dell'UK Finance Act 2013, vengono considerati come elusivi tutti quegli accordi che, analizzate tutte le circostanze, sono stati posti in essere con il solo obiettivo del conseguimento di un vantaggio fiscale. Per poter concludere che un accordo sia elusivo occorrerà considerare i seguenti elementi: *“se i risultati conseguiti sono rispettosi dei principi su cui le norme fiscali si basano; se i mezzi utilizzati per il*

⁸⁵ Cfr. W.T.Ramsay Ltd.vs IRC, pubblicata in STC, Simon's Tax Cases, 1981/174

*raggiungimento di tali risultati implicano aver perseguito uno o più passaggi anomali; se gli accordi sono volti a sfruttare qualsiasi manchevolezza delle norme⁸⁶”. Se da un lato l’adozione da parte di più Stati di una clausola generale antiabuso ha fatto sì che il fenomeno dell’elusione fiscale fosse in parte contrastato, dall’altro è stato doveroso, successivamente, introdurre delle specifiche norme al fine di contrastare la pianificazione fiscale aggressiva. Inoltre, al fine di avere un maggior coordinamento tra gli Stati membri per combattere l’elusione fiscale, è stata introdotta una clausola generale antiabuso nota come GAAR, con la quale si è provveduto a rinnovare il contenuto minimo che le singole clausole domestiche dovessero avere. La clausola in questione è contenuta nella Direttiva 2016/1164/UE, conosciuta come ATAD. In particolare, all’art.6 comma 1 si precisa che: *“ai fini del calcolo dell’imposta dovuta sulle società, gli Stati membri ignorano una costruzione o una serie di costruzioni che, essendo stata posta in essere allo scopo principale o a uno degli scopi principali di ottenere un vantaggio fiscale che è in contrasto con l’oggetto o la finalità del diritto fiscale applicabile, non è genuina avendo riguardo a tutti i fatti e le circostanze pertinenti. Una costruzione può comprendere più di una fase o parte”*. La citata clausola generale antiabuso ha l’obiettivo di contrastare tutte quelle fattispecie in cui l’obiettivo perseguito dai contribuenti si sostanzia nell’ottenimento di un vantaggio fiscale. Ciò che consente di discriminare l’abuso del diritto dal legittimo risparmio di imposta è ancora una volta l’assenza di una valida ragione economica sottostante l’operazione. Diversamente dalla clausola generale antiabuso italiana, quella introdotta dalla Direttiva ATAD ha il pregio di *“intercettare operazioni che anche solo in parte non si presentano genuine⁸⁷”*. Ad avvalorare tale tesi è la frase conclusiva *“una costruzione può comprendere più di una fase o parte”*. Si tenta in tal modo di superare quell’approccio tradizionale che considera l’operazione posta in essere nella sua totalità, per lasciare spazio ad una più attuale teoria, incentrata sul constatare che*

⁸⁶ Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione

⁸⁷ Cfr. “Direttrici evolutive della clausola del beneficiario effettivo: ritorno alle origini?”, di Andrea Ballancin, in Corriere Tributario, n.5 del 2020 pag.477

l'operazione posta in essere non sia abusiva in ognuno dei suoi passaggi. Inoltre, lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale può anche non essere esclusivo. Di fatti, viene precisato che l'ottenimento del vantaggio fiscale possa essere anche uno degli scopi principali per cui l'operazione è stata posta in essere. In ogni caso, per giungere alla conclusione che l'operazione risulti abusiva deve essere provato che questa sia non genuina, ovvero che *“non sia stata posta in essere per valide ragioni commerciali che rispecchiano la realtà economica”*. Quindi, ciò che consente di definire un'operazione come abusiva è l'elemento oggettivo dell'artificiosità dell'operazione, intesa come insussistenza di una effettiva sostanza economica. Il soffermarsi sull'elemento oggettivo pone in secondo piano quanto derivante dal caso Halifax, dove si considerava anche la volontà abusiva del contribuente. Di contro, le recenti sentenze nei casi Paul Newey⁸⁸ e WebMindLicences⁸⁹ hanno consolidato un test oggettivo in cui rileva l'artificiosità dell'operazione: *“il test in esame non si soffermerebbe più su un aspetto soggettivo, teso a verificare se il contribuente ha inteso agire con la volontà di ottenere un vantaggio fiscale indebito, ma imporrebbe all'Erario un più puntuale obbligo di dimostrazione in ordine alla sussistenza di elementi oggettivi da cui si possa inferire la non genuinità ed artificiosità della costruzione giuridica del contribuente stesso”*⁹⁰. Fermo restando le considerazioni preliminari sin qui svolte sulle differenze tra la clausola antiabuso, introdotta dalla Direttiva ATAD, e l'art.10-bis dello Statuto, è opportuno procedere ad una analisi più approfondita. Gli elementi che consentono di qualificare una fattispecie come abusiva ai sensi dell'art.10-bis sono: esistenza di un'operazione priva di sostanza economica, ottenimento di un vantaggio fiscale indebito ed infine l'ottenimento di tale vantaggio come scopo essenziale. Tutti questi elementi sono rinvenibili nella formulazione dell'art.6 della Direttiva. Da un punto di vista terminologico, l'art.10-bis fa riferimento ad *“operazioni prive di sostanza economica”*, mentre la Direttiva a *“costruzioni non genuine”*. In termini pratici, tale

⁸⁸ Cfr. Sentenza della CGE del 20 giugno 2013, causa C-653/11

⁸⁹ Cfr. Sentenza della CGE del 17 dicembre 2015, causa C-419/15

⁹⁰ Cfr. *“la formulazione dell'abuso del diritto contenuta nella Direttiva europea”*, di Alberto Marcheselli e Stefano Maria Ronco, in Corriere Tributario n.7 del 2017, pag.525

differenza non ha particolare rilievo, se non quello da parte della Direttiva di sottolineare la differenza tra operazioni prive di sostanza economica, contrastate dalle norme antiabuso, dalle costruzioni artificiali, dove spesso è ravvisabile una condotta fraudolenta. In ultima analisi, è importante sottolineare l'ambito di applicazione della Direttiva 2016/1164/UE: questa esclude espressamente dall'ambito di applicazione tutti i contribuenti che non sono soggetti ad imposta sul reddito delle società, contrariamente all'art.10-bis. Questo potrebbe generare una particolare forma di discriminazione, creando delle categorie di contribuenti. Nonostante il fine ultimo della Direttiva sia quello di regolare il fenomeno dell'elusione fiscale nei confronti dei gruppi multinazionali, ciò potrebbe comportare delle minori garanzie nei confronti delle società di persone che *“non potrebbero accedere alle garanzie procedurali e processuali che derivano dall'Unione Europea⁹¹”*.

2.2.1 Specifiche norme antiabuso

Le specifiche norme antielusione hanno ricoperto negli ultimi anni gran parte del lavoro del Consiglio dell'Unione Europea. Di fatti, le novità introdotte dalla citata Direttiva ATAD non si esauriscono alla mera formulazione di una clausola generale antiabuso, ma comprendono anche specifiche norme antielusione. Il pacchetto antielusione proposto dalla Direttiva ha l'obiettivo di: *“garantire un'effettiva tassazione nell'UE; migliorare la trasparenza fiscale; assicurare condizioni di concorrenza uniformi⁹²”*. Le proposte contenute nel nuovo pacchetto antielusivo variano dal regime CFC alla deducibilità degli interessi, misure queste già adottate da alcuni Stati anche prima dell'intervento europeo. Nel presente paragrafo saranno analizzate in particolare modo:

a) Regime CFC

⁹¹ Cfr. “la formulazione dell'abuso del diritto contenuta nella Direttiva europea”, di Alberto Marcheselli e Stefano Maria Ronco, in Corriere Tributario n.7 del 2017, pag.525

⁹² Cfr. “Misure UE di contrasto all'elusione fiscale: prospettive future e impatto per il regime tributario italiano”, di Piergiorgio Valente, il Fisco 12/2016

- b) Deducibilità degli oneri finanziari
- c) Disallineamenti tra ibridi

Nei successivi si cercherà di analizzare in modo esaustivo le principali problematiche in tema di “Treaty shopping”.

Partendo dal regime CFC così come disciplinato a livello europeo, è possibile affermare che tale norma consente di prevenire l’accumulo di utili in società sottoposte ad un regime fiscale più favorevole. Il regime CFC prevede l’imputazione del reddito prodotto dalla società controllata alla società controllante, in base alla percentuale di partecipazione detenuta nella stessa. Il reddito che però sarà imputato al socio non sarà quello derivante dall’applicazione delle norme più favorevoli nello Stato a fiscalità privilegiata, bensì si otterrà applicando le norme fiscali dello Stato di destinazione. Per poter applicare il CFC devono ricorrere specifiche fattispecie. Innanzitutto si prendono come riferimento non tutti i redditi ma solo i “passive income”:

- 1) Gli interessi o qualsiasi altro reddito generato da attivi finanziari
- 2) I canoni o qualsiasi altro reddito generato da proprietà intellettuale
- 3) Dividendi e redditi derivanti dalla cessione di partecipazioni
- 4) Redditi da leasing finanziario
- 5) Redditi da attività assicurativa, bancaria e altre attività finanziarie
- 6) Proventi derivanti da operazioni di compravendita di beni con valore economico aggiunto scarso o nullo, effettuate con soggetti che, direttamente o indirettamente, controllano il soggetto controllato non residente, ne sono controllati o sono controllati dallo stesso soggetto che controlla il soggetto non residente
- 7) Proventi derivanti da prestazioni di servizi, con valore economico aggiunto scarso o nullo, effettuate a favore di soggetti che, direttamente o indirettamente, controllano il soggetto controllato non residente, ne sono controllati o sono controllati dallo stesso soggetto che controlla il soggetto non residente

In seguito, occorre che il soggetto residente in uno Stato dove sia applicata la CFC eserciti il suo controllo sul soggetto residente in altro Stato. La nozione di controllo prende come riferimento diversi aspetti ed in termini quantitativi risulta variabile da Stato a Stato. In Italia la definizione di controllo prevede non solo una delle casistiche previste dall'art.2359 c.c., ovvero la maggioranza delle azioni, ma anche che tali azioni debbano garantire il 50% del diritto di voto in assemblea ed il diritto alla partecipazione agli utili non inferiore al 50%. In altre parole il soggetto controllante deve poter incidere sulle attività principali. Volendo procedere ad un confronto, tenendo sempre del tutto separati i due ambiti, il legislatore italiano nella definizione di controllo ha preso come riferimento tutte quelle casistiche che delineano l'area di consolidamento in base all'IFRS 10⁹³: disponibilità dei diritti di voto, assoggettamento a rendimenti variabili ed infine la capacità di influenzare detti rendimenti. Di contro, il legislatore ha eliminato la disciplina del CFC nei confronti delle società collegate, abrogando di conseguenza l'art.168-bis⁹⁴ del T.U.I.R. Le società controllate, poi, devono non essere residenti. Il requisito della non residenza si sostanzia nell'essere residente in uno Stato

⁹³ Il criterio del controllo, così come disposto dall'IFRS 10, è anche presente nella Direttiva ATAD, all'art.4 comma 3 per la definizione di gruppo in tema di deducibilità degli interessi.

⁹⁴ Cfr. “Stati e Territori a fiscalità privilegiata nel reddito d'impresa: il nuovo criterio di individuazione”, a cura di Irene Giusti, in Fondazione Nazionale dei Commercialisti, 31 maggio 2016. L'art.168-bis del T.U.I.R è stato abrogato attraverso la L.28 dicembre 2015 (legge di stabilità 2016), che ha reso compatibili i nuovi criteri per l'individuazione dei Paesi soggetti a fiscalità privilegiata. Tale previsione è frutto dell'attuazione del Progetto BEPS. Viene abbandonato un criterio di individuazione dei Paesi rientranti nella “*black list*” per privilegiarne un altro basato su elementi oggettivi e univoci (livello di tassazione inferiore al 50% rispetto a quello applicato in Italia. Nello specifico, i criteri adottati rientrano nell'ambito di applicazione del nuovo art.167 del T.U.I.R, di cui si dirà in seguito in riferimento al regime CFC). La ratio di tale previsione è stata quella di favorire una maggiore competitività, allargando la cosiddetta “*white list*”, ovvero la lista dei Paesi che garantiva un effettivo scambio di informazioni. Di contro, in un primo momento si era resa necessaria una modifica dei criteri stabiliti dall'art.168-bis, facendo coincidere l'inededucibilità dei componenti negativi di reddito derivanti da operazioni poste in essere con imprese domiciliate in Stati a fiscalità privilegiata, intesi come assenza di un adeguato scambio di informazioni; ed inoltre facendo ricadere l'applicazione del regime CFC nel caso in cui si fosse avuto un “*livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia*”. Tale intervento, non solo innalzava la soglia dal 30% al 50%, ma inoltre andava a modificare la “*black list*” di cui al D.M 21 novembre 2001 secondo un criterio basato sullo scambio di informazioni. Successivamente, si sono riconosciuti sia i limiti nell'evidenziare una lista basata sullo scambio di informazioni, sia i nuovi criteri per l'individuazione dei Paesi a fiscalità privilegiata. Ne segue che l'art.168-bis risultava del tutto incompatibile con il nuovo scenario normativo, costringendo il legislatore all'abrogazione e alla conseguente modifica dell'art.167 del T.U.I.R.

necessariamente non membro dell'Unione Europea; la società controllata deve essere residente in uno Stato dove si possa ravvisare una convenienza economica derivante non dall'attività svolta ma da un beneficio fiscale indebito. In altre parole la società controllata deve essere residente in uno Stato a fiscalità privilegiata, dove sia prevista una tassazione inferiore a più della metà o addirittura pari a zero. Esistono diversi criteri per stabilire se un'aliquota risulta bassa o privilegiata:

- a) *“Criterio assoluto: la normativa viene applicata se l'aliquota d'imposta prevista nello Stato della CFC è inferiore a una percentuale minima rispetto al tasso applicato nello Stato del socio, 75% per Regno Unito e Danimarca, 25% per Giappone e Germania”*
- b) *“Utilizzo di una Black list: il regime della CFC si applica qualora la società estera sia residente in uno Stato riportato nella Black List. Nei Paesi in questione è presente una tassazione bassa o nulla, oppure una particolare tassazione per i redditi di fonte estera”*
- c) *“Utilizzo di una White List: se la società controllata è residente in uno Stato presente nella White List, il CFC non si applica”⁹⁵*

In passato, in Italia per stabilire se un soggetto fosse o meno residente in uno Stato a fiscalità privilegiata si faceva riferimento al D.M.429/2001: *“si considerano residenti o localizzati in un paese a fiscalità privilegiata qualunque soggetto sia ammesso a beneficiare del regime fiscale di favore adottato da quel paese”*. Attualmente, il recepimento della Direttiva ATAD ha comportato l'introduzione dell'art.47-bis nel T.U.I.R., con la conseguenza di introdurre nuove disposizioni in materia di regimi a fiscalità privilegiata. Tale aspetto risulta particolarmente rilevante sia nel caso dei dividendi che delle plusvalenze da partecipazione. *“L'art.47-bis, nello stabilire le condizioni per individuare i paesi a fiscalità privilegiata, effettua una distinzione tra*

⁹⁵ Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione

partecipazione di controllo e partecipazione non di controllo⁹⁶”. Ne segue che nel primo caso si dovrà effettuare un confronto tra tassazioni effettive, nel secondo un confronto tra tassazioni nominali. Per la definizione di partecipazione di controllo si applica quanto analizzato in precedenza ed inoltre disposto dall’art.167 comma 2 del T.U.I.R. Partendo dall’ipotesi in cui una società non residente sia sottoposta a controllo da parte di una società residente, per evidenziare che si tratti di un Paese soggetto a fiscalità privilegiata occorrerà far riferimento alla tassazione effettiva: *“si considera privilegiato nell’ipotesi in cui la società non residente sia soggetta ad una tassazione effettiva inferiore alla metà di quella a cui sarebbe stata assoggettata qualora fosse stata residente in Italia⁹⁷”*. A ben vedere, si tratta del medesimo criterio previsto dall’art.167 comma 8-bis del T.U.I.R per l’applicazione del regime CFC. Di contro, nel caso in cui non sia presente il controllo, si dovrà far riferimento alla tassazione nominale. La differenza tra i due casi è da rilevare nella difficoltà di acquisire le informazioni necessarie per calcolare la tassazione effettiva. In ogni caso, nel calcolo dell’aliquota nominale si dovranno considerare anche i regimi speciali. La definizione di regime speciale è ravvisabile nella Relazione illustrativa al D.lgs.142/2018: *“può essere considerato tale quel particolare trattamento fiscale che l’ordinamento estero riconosce solo al ricorrere di determinati requisiti di straordinarietà o specialità, quali quelli connessi a un determinato status soggettivo ovvero a una particolare ubicazione territoriale del contribuente, ovvero al carattere temporaneo della disciplina fiscale di favore”*. Previa presentazione di interpello all’Amministrazione finanziaria, la disciplina appena esaminata può essere disapplicata in due circostanze:

- 1) Quando il soggetto non residente svolge un’attività economica effettiva, con l’impiego di personale, attrezzature, attivi e locali. Si tratta della medesima esenzione prevista per la disapplicazione del regime CFC

⁹⁶ Cfr. “Nuova definizione di Paesi a fiscalità privilegiata”, a cura di Giulio Salvi, in “Amministrazione e Finanza” n.8 del 2019, pag.27

⁹⁷ Cfr. “Nuova definizione di Paesi a fiscalità privilegiata”, a cura di Giulio Salvi, in “Amministrazione e Finanza” n.8 del 2019, pag.27

- 2) Qualora il soggetto residente, mediante il possesso della partecipazione estera, non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori a regime fiscale privilegiato

Riguardo la seconda fattispecie, è utile precisare quanto stabilito con la Circolare n.35/E del 4 agosto 2016 dell'Agenzia delle Entrate. Secondo tale circolare la strada sarà percorribile esclusivamente se l'impresa non residente:

- a) *“Gode di un regime fiscale privilegiato, ma oltre il 75% dei suoi redditi siano prodotti in Stati o territori non privilegiati e siano ivi assoggettati ad imposizione ordinaria senza godere di regimi speciali; oppure*
- b) *Goda di un regime fiscale privilegiato, ma svolga esclusivamente la propria principale attività, ovvero sia fiscalmente residente in uno Stato o territorio a regime fiscale non privilegiato; oppure*
- c) *Sia residente in uno Stato o territorio non privilegiato, senza godere di regimi speciali, ma operi in un ordinamento fiscale privilegiato mediante una stabile organizzazione, il cui reddito sia assoggettato integralmente a tassazione nello Stato di residenza della casa madre”*

Infine, integrando anche con quanto disposto dalla Circolare n.51/E del 6 ottobre 2010, l'interpello può essere richiesto anche qualora sia dimostrato che l'investimento non abbia realizzato un significativo risparmio d'imposta. Per concludere le considerazioni sin qui svolte, è utile precisare che in alcuni Stati sono previste delle eccezioni alla CFC: nel del Regno Unito è prevista una “regola minima”, che prevede la non applicazione della normativa qualora i redditi di natura passiva accumulati nella società non superino la soglia di cinquantamila sterline. Inoltre, la norma non è applicata qualora l'entità estera svolga effettivamente e prevalentemente un'attività commerciale o industriale nello Stato di riferimento.

2.2.2 Direttiva ATAD

La disciplina del CFC è stata innovata negli ultimi anni attraverso la Direttiva ATAD. Le novità introdotte dalla citata Direttiva si sostanziano nell'equiparare la stabile organizzazione ad una società controllata estera, al verificarsi di specifiche condizioni. Prima di procedere, quindi, ad analizzare quali siano state le novità introdotte, è utile ricordare cosa si intenda per stabile organizzazione. Si procederà ad una definizione non esaustiva della stessa nel successivo paragrafo.

2.2.3 Stabile organizzazione

La definizione di stabile organizzazione è contenuta nell'art.5 del modello OCSE. Il citato articolo contiene 3 diversi tipi di stabile organizzazione: una definizione generale, una stabile organizzazione da cantiere ed infine una stabile organizzazione personale. Per dimostrare come il regime CFC possa essere applicato anche alla stabile organizzazione, occorre soffermarsi in larga parte sulla definizione generale di stabile organizzazione, e quindi sull'art.5 paragrafo 1,2 e 4. Successivamente sul paragrafo 7, che regola la configurazione di una stabile organizzazione in presenza di una partecipazione di controllo da parte di una società non residente. L'art.5 paragrafo 1 afferma che per stabile organizzazione si intende una *“sede fissa di affari per mezzo della quale l'impresa esercita in tutto o in parte la sua attività”*⁹⁸. Da tale affermazione deriva che per poter affermare l'esistenza di una stabile organizzazione devono ricorrere i seguenti presupposti:

- a) *Sede fissa di affari*
- b) *Permanenza della sede di affari*
- c) *Svolgimento di un'attività economica nel suo complesso o parzialmente*
- d) *Svolgimento per mezzo della sede di affari*⁹⁹

⁹⁸ Per una traduzione del testo in italiano Cfr. “modello di convenzione fiscale sui redditi e sul patrimonio”, a cura di G.Maisto, op.cit, pag. 33

⁹⁹ Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione

Queste condizioni devono verificarsi contemporaneamente. Parte della dottrina¹⁰⁰ ha identificato dei test attraverso i quali è possibile verificare ciascuno dei presupposti: per identificare una sede fissa di affari si fa riferimento alle fattispecie previste dal paragrafo 2 dell'art.5; la società estera deve vantare un qualsiasi diritto all'uso sulla sede di affari, che sarà approfondito, non sarà necessario avere la proprietà della sede stessa; la permanenza della sede di affari deve essere garantita sia in termini temporali che spaziali; l'attività economica svolta per mezzo della stabile organizzazione deve riferirsi parzialmente o totalmente a quella svolta dall'impresa estera.

Nel modello OCSE non è prevista una vera e propria definizione di sede di affari. Per dare quindi una definizione della stessa si fa riferimento al Commentario (art.5 paragrafo 10), dove si afferma che per sede di affari si intende *“qualsiasi locale, infrastruttura o installazione, utilizzati per l'esercizio dell'attività dell'impresa in via esclusiva o meno”*. Al fine di garantire una maggiore comprensione della definizione appena data, lo stesso art.5, al paragrafo 2, provvede ad elencare delle fattispecie che potrebbero configurare una sede fissa di affari:

- a) Una sede di direzione. Per tale si intende *“il luogo in cui si dirige parte o la totalità dell'attività di un'impresa”¹⁰¹*. Non è un caso che la sede di direzione sia stata inserita nell'elenco in modo distinto rispetto all'ufficio: nel Commentario si ritiene che l'attività di direzione possa essere svolta anche attraverso strutture con *“dimensioni minime”¹⁰²*, che non possono essere definite come uffici. Quindi elemento essenziale per qualificare la sede di direzione è il grado delle decisioni che vengono assunte in essa: si tratta di decisioni manageriali di alto livello destinate ad incidere sull'attività svolta, senza che

¹⁰⁰ Cfr. Skaar A.A, “Commentary on Article 5 of the OECD Model Treaty: the concept of permanent establishment”, in IBDF: The taxation of Permanent Establishment, IBFD, pag.12

¹⁰¹ Cfr. K.Vogel, “Klaus Vogel on double taxation convention”, Kluwer, 1998, pag.296

¹⁰² Cfr. M.Cerrato, “la definizione di stabile organizzazione nelle convenzioni per evitare le doppie imposizioni”, in Sacchetto C. e Alemanno L, “Materiali di diritto tributario internazionale”, IPSOA 2002, pag.110. Per parere contrario: Cfr. Skaar A.A, “Comemntary”, pag.13

essa, come precisato dall'art.4 paragrafo 3 del modello OCSE, sia il centro di direzione dell'impresa.

- b) Una succursale
- c) Un ufficio
- d) Un 'officina
- e) Un laboratorio
- f) Una miniera, un pozzo petrolifero o di gas, una cava o altro luogo di estrazione di risorse naturali

Questo elenco, come affermato dallo stesso Commentario, viene introdotto a titolo esemplificativo e non esaustivo. Di pari avviso è anche l'autorevole dottrina, che identifica nel termine sede di affari *“ogni oggetto fisico di rilevanza sostanziale che sia adatto commercialmente ad essere utilizzato come base per un'attività economica¹⁰³”*. Ne deriva che anche immobili e macchinari, al verificarsi di particolari condizioni come il requisito della fissità, possono configurare una sede fissa di affari.

Elemento successivo per qualificare una sede di affari quale una stabile organizzazione, è il diritto all'utilizzo della stessa. Discostandosi dal passato, oggi è possibile affermare che il diritto di utilizzo può derivare anche da una situazione di fatto, ovvero da un consenso implicito oppure addirittura da un'illegale occupazione dello spazio¹⁰⁴. L'unico elemento rilevante è che l'impresa abbia costantemente e effettivamente la disponibilità della sede. Inoltre, la stessa sede dovrà essere fissa sia in termini fisici che temporali. Riguardo il requisito della permanenza fisica, il Commentario OCSE all'art.5 paragrafo 21, stabilisce che ci deve essere un collegamento tra il luogo in cui viene svolta l'attività ed il luogo fisico geografico. Di contro viene specificato che nel caso in cui la sede fissa sia costituita da macchinari, questi non dovranno essere necessariamente ancorati al suolo. L'approccio seguito dal modello OCSE riguardo il requisito della permanenza nello spazio risulta molto flessibile. A conferma di quanto

¹⁰³ Cfr. Skaar A.A, “Permanent Establishment, Erosion of a Tax Treaty Principle”, Kluwer, Series on international taxation, 1991, pag.23

¹⁰⁴ Cfr. Commentario OCSE art.5 paragrafo 11

detto basti pensare all'art.5 paragrafo 22, dove si afferma che è possibile configurare stabile organizzazione qualora le attività sono spostate frequentemente tra località vicine ed il luogo identificato geograficamente è coerente con tali attività. *“Ai fini del requisito della permanenza in termini spaziali occorrerà distinguere due ipotesi: nel caso in cui non operi alcuna modifica nella localizzazione delle attività, si dovrà sempre rilevare una connessione fisica tra la sede di affari ed un determinato luogo geografico. Diversamente, quando la natura dell'attività stessa determina lo spostamento della sede entro un certo ambito geografico, occorrerà rilevare la coerenza commerciale e geografica tra le diverse ubicazioni per poter sostenere l'esistenza di una singola stabile organizzazione¹⁰⁵”*. Proseguendo, l'elemento temporale può essere analizzato sia in modo oggettivo, ovvero con l'effettiva durata della permanenza, oppure in modo soggettivo, avendo riguardo anche alle intenzioni di mantenere immutata la sede in un certo periodo di tempo¹⁰⁶. Riguardo l'aspetto oggettivo, si può configurare stabile organizzazione solo qualora la sede di affari non abbia carattere temporaneo. A ben vedere, non viene stabilita una durata minima o massima al di là della quale è possibile verificare la durata, ma è lo stesso Commentario OCSE all'art.5 paragrafo 28 a sottolineare che difficilmente è stata identificata stabile organizzazione con una permanenza inferiore ai 6 mesi. In ogni caso, è utile rilevare che tale durata minima risulta collegata al requisito della residenza: se è vero che la stabile organizzazione dovrà essere assoggettata alle medesime regole previste per i residenti, appare evidente che il requisito della permanenza debba essere rispettato *“per la maggior parte del periodo di imposta”*; nel caso italiano almeno pari a 6 mesi (183 giorni), anche non consecutivi. Cosa ben diversa è l'elemento soggettivo della permanenza, che si sostanzia nella volontà del contribuente di mantenere la sede *“fissa”* per un determinato periodo di tempo. Al riguardo si precisa la possibilità che si configuri stabile organizzazione anche in presenza di una permanenza effettiva inferiore ai 6 mesi, nel caso in cui questo sia dipeso da fattori indipendenti all'attività

¹⁰⁵ Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione

¹⁰⁶ Cfr A.A Skaar, *“Commentary”*, op.cit. pag.23

dell'impresa¹⁰⁷. Ultimo requisito previsto affinché si configuri stabile organizzazione, è lo svolgimento dell'attività per mezzo della sede fissa. Nel modello OCSE non è rinvenibile alcuna definizione di attività d'impresa, rimandando il tutto alle norme nazionali. Volendo effettuare un confronto con la normativa italiana, faremo riferimento alla definizione di reddito d'impresa (commerciale) previsto nel T.U.I.R all'art.55¹⁰⁸. L'attività svolta per mezzo della sede fissa deve essere propria dell'impresa stessa e non deve avere carattere preparatorio o ausiliario. Deve trattarsi di un'attività essenziale e che ricopra una parte significativa dell'attività nel suo complesso. Per “mezzo” il Commentario OCSE all'art.5 paragrafo 20 assume una posizione estremamente aperta, prevedendo che si riferisca a tutti quei casi in cui l'attività sia svolta in un luogo specifico messo a disposizione dell'impresa.

¹⁰⁷ Cfr. Commentario OCSE, art.5, paragrafo 34

¹⁰⁸ 1. Sono redditi d'impresa quelli che derivano dall'esercizio di imprese commerciali. Per esercizio di imprese commerciali si intende l'esercizio per professione abituale, ancorché non esclusiva, delle attività indicate nell'art. 2195c.c., e delle attività indicate alle lettere b) e c) del comma 2 dell'art. 32 che eccedono i limiti ivi stabiliti, anche se non organizzate in forma d'impresa.

2. Sono inoltre considerati redditi d'impresa:

1. a) i redditi derivanti dall'esercizio di attività organizzate in forma d'impresa dirette alla prestazione di servizi che non rientrano nell'art. 2195 c.c.;
2. b) i redditi derivanti dall'attività di sfruttamento di miniere, cave, torbiere, saline, laghi, stagni e altre acque interne;
3. c) i redditi dei terreni, per la parte derivante dall'esercizio delle attività agricole di cui all'articolo 32, pur se nei limiti ivi stabiliti, ove spettino alle società in nome collettivo e in accomandita semplice nonché alle stabili organizzazioni di persone fisiche non residenti esercenti attività di impresa.

3. Le disposizioni in materia di imposte sui redditi che fanno riferimento alle attività commerciali si applicano, se non risulta diversamente, a tutte le attività indicate nel presente articolo

2.2.4 Frammentazione della stabile organizzazione

La definizione sin qui analizzata di stabile organizzazione si prestava in passato ad essere un valido veicolo per ottenere un vantaggio fiscale indebito. Per tale motivo, uno degli argomenti trattati nel progetto BEPS ha ad oggetto proprio la stabile organizzazione. In particolare, al fine di evitare fenomeni elusivi, è stato introdotto il paragrafo 4.1 dell'art.5 del modello OCSE, che contiene la “anti-fragmentation rule”. Il fine di tale paragrafo è quello di evitare la frammentazione di un'impresa estera che svolge la sua attività economica in uno Stato diverso da quello della residenza. L'elusione si ravvisa nel frammentare l'attività principale in tante piccole attività minori, così piccole da poter essere classificate come preparatorie o ausiliari, al fine di affermare che non vi sia l'esistenza di una stabile organizzazione. Tale meccanismo consentirebbe, ad esempio, di poter esercitare l'attività prevalente in Italia senza essere soggetto al medesimo regime previsto per i contribuenti residenti. In base a tale paragrafo: “Paragraph 4 shall not apply to a fixed place of business that is used or maintained by an enterprise if the same enterprise or a closely related enterprise carries on business activities at the same place or at another place in the same Contracting State and:

- a) that place or other place constitutes a permanent establishment for the enterprise or the closely related enterprise under the provisions of this Article, or
- b) the overall activity resulting from the combination of the activities carried on by the two enterprises at the same place, or by the same enterprise or closely related enterprises at the two places, is not of a preparatory or auxiliary character, provided that the business activities carried on by the two enterprises at the same place, or by the same enterprise or closely related enterprises at the two places, constitute complementary functions that are part of a cohesive business operation”

Quindi, *“nel caso di svolgimento di più attività da parte di una o più imprese tra loro collegate in un determinato Stato, sussiste una stabile organizzazione se le diverse attività sono complementari e connesse tra di loro, fatto salvo il caso in cui l'insieme*

delle attività, unitariamente considerate, abbia carattere preparatorio o ausiliare¹⁰⁹”.

Le condizioni per l'applicazione del paragrafo 4.1 dell'art.5 sono alternativamente, la qualificazione di una stabile organizzazione nel luogo in cui le attività sono poste in essere, oppure l'impossibilità di configurare le attività come preparatorie o ausiliarie nel loro complesso. Il connotato principale dell'attività preparatoria prevede che questa sia svolta in un periodo relativamente breve¹¹⁰, mentre le attività ausiliarie si contraddistinguono per la loro caratteristica di attività di supporto rispetto a quella essenziale. Per una maggiore comprensione, al paragrafo 6 del Rapporto OCSE sull'art.5 paragrafo 4.1 vengono previsti due specifici casi in cui la “anti-fragmentation rule” trova applicazione:

- 1) Nel primo esempio riportato, un'impresa non residente ha una stabile organizzazione nell'altro Stato e in questo svolge anche un'attività che è complementare a quella della stabile organizzazione, *“anche se in sé considerata avrebbe un carattere preparatorio o ausiliario¹¹¹”*
- 2) Nel secondo caso non vi è la presenza di una stabile organizzazione ma la combinazione delle diverse attività svolte nell'altro Stato dall'impresa non residente e dalle imprese correlate determina lo svolgimento di una attività che non ha carattere preparatorio o ausiliare

In ambito nazionale, l'art.5 paragrafo 4.1 è stato introdotto nel comma 5 dell'art.162 del T.U.I.R: *“il comma 4 non si applica ad una sede fissa d'affari che sia utilizzata o gestita da un'impresa se la stessa impresa o un'impresa strettamente correlata svolge la sua attività nello stesso luogo o in un altro luogo nel territorio dello Stato e lo stesso luogo o l'altro luogo costituisce una stabile organizzazione per l'impresa o per l'impresa strettamente correlata in base alle previsioni del presente articolo, ovvero l'attività complessiva risultante dalla combinazione delle attività svolte dalle due*

¹⁰⁹ Cfr. “Stabile organizzazione: profili di novità in ambito OCSE e nazionale”, a cura di Antonella Della Rovere e Francesca Pecorari, *Fiscalità e Commercio internazionale* n.6/2018

¹¹⁰ Cfr. Commentario all'art.5 del Modello di Convenzione OCSE, paragrafo 60

¹¹¹ Cfr. “Stabile organizzazione: profili di novità in ambito OCSE e nazionale”, a cura di Antonella Della Rovere e Francesca Pecorari, *Fiscalità e Commercio internazionale* n.6/2018

imprese nello stesso luogo, o dalla stessa impresa o da imprese strettamente correlate nei due luoghi, non sia di carattere preparatorio o ausiliario, purché le attività svolte dalle due imprese nello stesso luogo, o dalla stessa impresa, o dalle imprese strettamente correlate nei due luoghi, costituiscano funzioni complementari che siano parte di un complesso unitario di operazioni d'impresa". La ratio del quinto comma è ancora una volta evitare la frammentazione dell'impresa, ovvero la scomposizione della sua attività al fine di ricadere in una delle fattispecie previste dalla negative list per non configurare stabile organizzazione. La definizione appena descritta si basa sulla nozione di impresa *"strettamente correlata"*. La correlazione è presa in riferimento dall'art.162 comma 7-bis, secondo cui *"un soggetto è strettamente correlato ad un'impresa se l'uno ha il controllo dell'altra o entrambi sono controllati da uno stesso soggetto, o in ogni caso:*

- *L'uno possiede direttamente o indirettamente più del 50% della partecipazione dell'altra o, nel caso di una società, più del 50% del totale dei diritti di voto o del capitale sociale*
- *Entrambi sono partecipati da un altro soggetto, direttamente o indirettamente, per più del 50% della partecipazione o, nel caso di società, per più del 50% del totale dei diritti di voto e del capitale sociale".*

A ben vedere, la regola appena descritta non è esclusivamente frutto delle novità contenute nel modello OCSE: al medesimo risultato si è arrivato con la sentenza della Corte di Cassazione del 7 ottobre 2011, n.20597, dove *"si era riconosciuta la sussistenza di una stabile organizzazione italiana di una società sanmarinese che aveva frazionato l'attività di vendita in 20 imprese italiane, anziché concentrarla su un unico soggetto"*¹¹². Attualmente, tale principio risulta ancor più consolidato, permettendo di evitare fenomeni abusivi e constatare la sussistenza di una stabile organizzazione anche laddove il contribuente abbia frazionato l'impresa.

¹¹² Cfr. "Stabile organizzazione", a cura di Corso L e Odetto G, in Guide EUTEKNE

2.2.5 Stabile organizzazione da partecipazione di controllo e regime CFC

Dopo aver chiarito cosa si intenda per stabile organizzazione, ci si può concentrare sullo specifico caso in cui una società controllata configuri stabile organizzazione, e successivamente quando di contro debba essere applicato il regime CFC configurando semplicemente come società controllata estera. In base all'art.5 paragrafo 7 del modello OCSE, si afferma che *“il fatto che una società residente in uno Stato contraente controlli o sia controllata da una società residente dell'altro Stato contraente (a mezzo di stabile organizzazione oppure no) non costituisce di per sé motivo sufficiente per far considerare una qualsiasi delle dette società una stabile organizzazione dell'altra”*¹¹³. Dovranno, in ogni caso, essere rispettate le condizioni sopra enunciate, dai paragrafi 1 a 4. Ciò che distingue le fattispecie elencate in precedenza, è l'esistenza di un rapporto di controllo tra le due società. Secondo il modello OCSE, una società controlla un'altra società se “possiede più del 50% delle azioni con diritto di voto e più del 50% del capitale, o ha diritto ad una percentuale non inferiore al 50% degli utili”. Le recenti modifiche, successive al caso Philip Morris, sono rinvenibili, oltre che nella formulazione del generale principio secondo cui non è possibile stabilire aprioristicamente se sussista una stabile organizzazione per il mero rapporto di controllo, anche nei paragrafi 116 e 118. Il paragrafo 116 evidenzia i casi in cui una società sussidiaria possa costituire stabile organizzazione per la società controllante. Attraverso tale paragrafo è possibile affermare che affinché sussista la stabile organizzazione debbano essere rispettate le condizioni previste dall'art.5 paragrafi 1 a 5; di contro, il paragrafo appena citato deve essere letto tenendo presente quando disposto dal paragrafo 118. In base a quest'ultimo paragrafo, occorre tener distinte due ipotesi:

- a) La prima ipotesi riguarda la configurazione di una stabile organizzazione a causa della messa a disposizione di locali da parte di una società sussidiaria a favore della propria società controllante per mezzo dei quali quest'ultima svolge la propria attività d'impresa

¹¹³ Testo liberamente tradotto a cura di G. Maisto, op.cit. pag.34

- b) La seconda ipotesi si riferisce ai servizi di direzione che una società facente parte di un gruppo multinazionale fornisce ad altre società del gruppo nell'ambito della propria attività istituzionale, mediante l'utilizzo di locali propri e proprio personale.

Nel secondo caso viene rilevato dallo stesso Commentario che non si configura una fattispecie di stabile organizzazione, poiché *“i locali utilizzati per lo svolgimento di tali attività non devono essere considerati a disposizione della società a favore della quale l'attività viene prestata, né la prestazione di servizi deve essere considerata quale attività propria della società a favore della quale la stessa attività viene svolta¹¹⁴”*. Conforme alle considerazioni sin qui svolte, appare l'art.162 del T.U.I.R al comma 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 italiana non solo risulta essere in linea con il contenuto del modello OCSE, ma inoltre il legislatore nazionale ne amplia il contenuto: viene di fatti preso in considerazione anche la fattispecie in cui entrambe le imprese possano essere controllate da un terzo soggetto, facendo rientrare nel campo di applicazione della normativa anche le imprese consociate.

A questo punto, è possibile passare all'esame di quanto disposto dall'art.7 della Direttiva ATAD. In base a quanto previsto dal citato articolo, gli Stati potranno trattare una stabile organizzazione *“i cui utili non sono soggetti ad imposta o sono esenti da*

¹¹⁴ Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione. Secondo l'autore è presente un'incongruenza: *“l'attività di management citata al paragrafo 42 non configura stabile organizzazione se svolta da parte di una società sussidiaria nell'ambito di un gruppo multinazionale, mentre la stessa viene riconosciuta come tale in presenza di un “management office” secondo il paragrafo 71 del Commentario stesso all'art.5”*

imposta in tale Stato membro come una società controllata estera se sono soddisfatte le seguenti condizioni:

- a) Nel caso di un'entità, il contribuente, da solo o insieme alle sue imprese associate, detiene una partecipazione diretta o indiretta di oltre il 50% dei diritti di voto o possiede direttamente o indirettamente oltre il 50% del capitale o ha il diritto di ricevere oltre il 50% degli utili di tale entità; e*
- b) L'imposta sulle società realmente versata sui suoi utili dall'entità o dalla stabile organizzazione è inferiore alla differenza tra l'imposta sulle società che sarebbe stata applicata all'entità o alla stabile organizzazione nell'ambito del sistema di imposizione delle società vigente nello Stato membro del contribuente e l'imposta sulle società realmente versata sui suoi utili dall'entità o dalla stabile organizzazione”*

Riguardo il primo comma dell'art.7, è possibile concludere che: affinché un'entità o una stabile organizzazione possa essere considerata come una società estera, devono essere rispettate entrambe le condizioni simultaneamente; riguardo la prima condizione è possibile notare che in questo caso il rapporto di “controllo” preso in considerazione è meno stringente rispetto sia alle condizioni previste dal modello OCSE per la definizione di stabile organizzazione da partecipazione di controllo, sia per le condizioni previste, in ambito nazionale, per giungere alla definizione di impresa controllata. Di fatti, il legame preso in considerazione tra la società e l'entità o la stabile organizzazione prevede 3 diverse fattispecie che possono anche non essere rispettate simultaneamente: diritti di voto, possesso di una quota di capitale ed infine diritto agli utili. Inoltre, come seconda condizione è prevista la presenza di un vantaggio fiscale. Il vantaggio deriva in questo caso dal differenza tra l'imposta realmente versata dall'entità o la stabile organizzazione e l'imposta calcolata secondo le norme vigenti dallo Stato membro del contribuente. A ben vedere, esiste un terzo requisito affinché tale disposizione possa essere applicata: gli utili dell'entità o della stabile organizzazione non dovranno essere soggetti ad imposta o saranno esenti da imposta nello Stato membro.

Dal secondo comma dell'art.7 si evince da cosa sarà costituita la base imponibile: da redditi non distribuiti dell'entità o della stabile organizzazione che rientrano in specifiche categorie, i cosiddetti passive income, oppure redditi non distribuiti derivanti da costruzioni non genuine che sono state poste in essere allo scopo di ottenere un vantaggio fiscale. Il secondo comma si occupa anche di dare una definizione puntuale di costruzione non genuina: *“una costruzione o una serie di costruzioni è considerata non genuina nella misura in cui l'entità o la stabile organizzazione non possiederebbe gli attivi o non avrebbe assunto i rischi che generano la totalità o una parte dei suoi redditi se non fosse controllata da una società in cui funzioni significative del personale che sono pertinenti per tali attività e rischi sono svolte e sono funzionali al fine di generare i redditi della società controllata”*. Di contro, per ognuno dei meccanismi descritti per il calcolo della base imponibile sono previste delle eccezioni. Riguardo il primo, è stabilito al terzo comma dell'art.7 che gli Stati possono scegliere di non trattare un'entità o una stabile organizzazione come una società controllata estera se non oltre 1/3 dei redditi ottenuti dall'entità o dalla stabile organizzazione rientra nelle seguenti categorie:

- 1) Interessi o qualsiasi altro reddito generato da attivi finanziari
- 2) Canoni o qualsiasi altro reddito generato da proprietà intellettuale
- 3) Dividendi e redditi derivanti dalla cessione di azioni
- 4) Redditi da leasing finanziario
- 5) Redditi da attività assicurativa, bancaria e altre attività finanziarie

Un'ulteriore regola generale è rappresentata dalla situazione in cui “la società controllata estera svolge un'attività economica sostanziale sostenuta da personale, attrezzature, attivi e locali, come evidenziato da circostanze e fatti pertinenti. In ogni caso gli Stati membri possono prevedere di non applicare tale eccezione nel caso in cui l'entità o la stabile organizzazione “sia residente in un Paese terzo che non sia parte contraente dell'accordo SEE”. Infine, riguardo il secondo metodo di calcolo, gli Stati membri possono escludere dall'ambito di applicazione un'entità o una stabile organizzazione:

- Con utili contabili non superiori a 750.000 euro e redditi non derivanti da scambi superiori a 75.000 euro; o
- I cui utili contabili non ammontano a più del 10% dei suoi costi di esercizio nel periodo d'imposta. I costi di esercizio non possono includere i costi di beni venduti al di fuori del paese in cui è residente l'entità o è situata la stabile organizzazione a fini fiscali e i pagamenti alle imprese associate

2.3 Deducibilità degli interessi

Ulteriore novità introdotta dalla Direttiva ATAD riguarda la deducibilità degli oneri finanziari. La norma si è resa necessaria per contrastare il fenomeno della sottocapitalizzazione delle società. Con la previgente normativa, infatti, risultava più conveniente stipulare un contratto di finanziamento verso la società controllata, che effettuare un aumento di capitale nei confronti della stessa, grazie alla deducibilità degli oneri finanziari. La Direttiva ATAD, dunque, si pone in contrasto con le pratiche elusive poste in essere attraverso il pagamento di “interessi eccessivi” che consentono di abbattere la base imponibile. All'art.4 della citata Direttiva viene stabilito che: *“gli oneri finanziari eccedenti sono deducibili nel periodo d'imposta in cui sono sostenuti solo fino al 30 per cento degli utili del contribuente al lordo di interessi, imposte, deprezzamento e ammortamento (EBITDA)”*. Lo stesso articolo, al punto 2, precisa come debba essere calcolato l'EBITDA: aggiungendo ai redditi soggetti all'imposta sulle società nello Stato membro del contribuente gli importi corretti per l'imposta relativi agli oneri finanziari eccedenti nonché gli importi corretti per l'imposta relativi a deprezzamento e ammortamento. I redditi esenti da imposta sono esclusi dall'EBITDA di un contribuente. Autorevole dottrina afferma che l'EBITDA resta in ogni caso inteso nella sua accezione fiscale, *“di conseguenza l'eccedenza può essere portata in avanti senza limiti temporali e dedotta quando vi sia capienza nel limite fiscale, se gli interessi passivi risultano di importo superiore al 30% dell'EBITDA¹¹⁵”*.

¹¹⁵ Cfr. “Limiti alla deduzione degli interessi passivi: da sospendere per il 2020 causa Covid-19”, IPSOA, 8 luglio 2020

La stessa Direttiva pone delle eccezioni al limite quantitativo appena descritto. Al comma 3 si afferma che il contribuente può ottenere il diritto:

- Di dedurre gli oneri finanziari eccedenti fino a 3.000.000 di euro, da intendere per l'intero gruppo. Il gruppo è identificato tenendo presente le entità incluse nel bilancio consolidato redatto in conformità ai principi contabili internazionali IAS/IFRS oppure in base ai principi contabili nazionali di uno Stato membro
- Di dedurre integralmente gli oneri finanziari eccedenti qualora il contribuente sia un'entità indipendente. Per contribuente indipendente si intende *“un contribuente che non è parte di un gruppo consolidato ai fini di contabilità finanziaria e non ha alcuna impresa associata o stabile organizzazione”*.

Inoltre, al comma 4 viene precisato che gli Stati possono escludere dall'ambito di applicazione del limite quantitativo tutti quegli oneri finanziari eccedenti che sono sostenuti per la realizzazione di opere pubbliche. Affinché ciò sia possibile, deve trattarsi di opere destinate a creare un beneficio durevole per i cittadini ed inoltre il gestore del progetto, come anche gli oneri ed i redditi che derivano dallo stesso, devono essere situati all'interno dell'Unione Europea. Il progetto in questione deve *“ammodernare, gestire e/o mantenere un bene su larga scala ritenuto di interesse pubblico generale da uno Stato membro”*. Al punto 5 viene previsto un'ulteriore eccezione per i contribuenti membri di un gruppo consolidato ai fini di contabilità finanziaria; questi possono ottenere il diritto di dedurre gli oneri finanziari eccedenti qualora dimostrino che il rapporto tra capitale proprio e i suoi attivi totali è pari o superiore al rapporto equivalente del gruppo, alle seguenti condizioni:

- a) Il rapporto tra il capitale del contribuente e i suoi attivi è considerato pari al rapporto equivalente del gruppo se il rapporto tra il capitale proprio del contribuente e i suoi attivi totali è inferiore al massimo del 2%; e
- b) Tutti gli attivi e i passivi sono valutati secondo lo stesso metodo utilizzato per il bilancio consolidato

Oppure il contribuente membro di un gruppo consolidato ai fini di contabilità finanziaria può ottenere il diritto di dedurre gli oneri finanziari eccedenti per un importo maggiore di quello che avrebbe applicando il primo comma. Il limite più elevato si riferisce al gruppo nella sua interezza ed è calcolato seguendo 2 fasi:

- 1) Si calcola il rapporto del gruppo, dividendo gli oneri finanziari eccedenti del gruppo nei confronti di terzi per l'EBITDA del gruppo
- 2) Si moltiplica il rapporto del gruppo per l'EBITDA del contribuente

In ambito nazionale, il recepimento della direttiva ATAD avvenuto attraverso il D.lgs.142/2018, ha profondamente cambiato l'art.96 del T.U.I.R. Una delle novità è la definizione di interessi finanziari da considerare ai fini della norma: *“il legislatore, sul punto, pur riproponendo il riferimento generale e residuale ai componenti negativi derivanti da rapporti contrattuali aventi causa finanziaria, introduce un ulteriore criterio di identificazione che porta a ricomprendere anche gli oneri e proventi finanziari scaturenti da un rapporto contrattuale contenente una componente di finanziamento significativa¹¹⁶”*. Inoltre, il D.lgs.142/2018 considera ai fini dell'applicazione dell'art.96 le seguenti tipologie di interessi passivi che nella previgente normativa non erano considerati:

- a) Interessi passivi e oneri finanziari assimilati iscritti nel costo del bene capitalizzato
- b) Interessi passivi connessi a dilazioni di pagamento concesse dai fornitori

Ulteriori novità presenti nel nuovo testo dell'art.96 riguardano il risultato operativo lordo (ROL). L'eccedenza di interessi passivi può essere dedotta nel limite del 30% del ROL della gestione caratteristica corrente, e solo successivamente per l'ulteriore capienza di ROL non utilizzata in precedenti periodi d'imposta. La novità si sostanzia in una logica FIFO, affermando all'art.96 che sono da utilizzare in via prioritaria le eccedenze di ROL meno recenti, fermo restando il limite quantitativo del 30%. Inoltre,

¹¹⁶ Cfr. “Interessi passivi: la nuova deducibilità”, di Alessandro Carlesimo, “Fisco e Tasse”, 4 agosto 2020

viene introdotto un limite temporale all'utilizzo del ROL non usufruito: questo è riportabile esclusivamente per i successivi 5 periodi d'imposta. Lo Stato italiano, in particolare, ha attuato al riguardo la terza fattispecie contemplata dal comma 6 dell'art.4 della Direttiva ATAD: *“lo Stato del contribuente può prevedere norme...per riportare in avanti, senza limiti di tempo, gli oneri finanziari eccedenti, e per un massimo di cinque anni la quota di deducibilità degli interessi non utilizzata, che non possono essere dedotti nel periodo d'imposta corrente ai sensi dei paragrafi da 1 a 5”*. L'attuazione di tale normativa ha suscitato numerose preoccupazioni: in un periodo dove il mercato è devastato dalla pandemia, l'applicazione del nuovo art.96 del T.U.I.R potrebbe generare una maggiore crisi di liquidità e generare situazioni di insolvenza. Di tale avviso è la stessa Assonime con circolare n.14 del 2020, con cui commenta l'applicazione del D.lgs.142/2018 attuativo della Direttiva ATAD.

2.3.1 Disallineamenti tra ibridi

Prima di parlare di quali siano le azioni di contrasto ai disallineamenti da ibridi proposte dal progetto BEPS e dalla Direttiva ATAD1, così come modificata dalla Direttiva ATAD 2, occorre darne una definizione. Per farlo si farà riferimento alla Circolare Assonime n.19 del 1° agosto 2018. Per disallineamenti tra ibridi si intende una fattispecie da cui origina un pagamento che a livello internazionale:

- 1) È deducibile in una giurisdizione, ma non è compreso tra i redditi dell'entità che lo riceve nell'altra giurisdizione. Per tali si usa l'espressione *“deduction no inclusion”* (D/NI)
- 2) Comporta una doppia deduzione in due diverse giurisdizioni, ovvero *“double deduction”* (D/D)
- 3) Determina una deduzione in una giurisdizione, cui si associa indirettamente una non inclusione in un terzo Paese

La definizione di pagamento è rinvenibile nell'azione 2 del progetto BEPS: *“si intende un importo suscettibile di generare un flusso monetario a qualsiasi titolo e, quindi*

indipendentemente dalla contabilizzazione di tale importo come costo a carico del conto economico o come rimborso di un credito o distribuzione di utili con transito dallo stato patrimoniale". Risulta utile ricordare che *"affinché si configuri la suddetta fattispecie, è necessario che il payment sia fiscalmente deducibile, ed al contempo è rilevante il momento in cui ciò avviene¹¹⁷"*. Mentre nel caso dei double deduction assumono rilevanza oltre che i pagamenti anche i costi, di qualsiasi genere, e le perdite. Inoltre, le strutture ibride si caratterizzano spesso per l'utilizzo di uno dei seguenti elementi:

- Forme societarie ibride. Si tratta di strutture che nello Stato di residenza sono trattate come soggetti passivi d'imposta, mentre negli altri ordinamenti come soggetti trasparenti
- Forme societarie con doppia residenza
- Strumenti ibridi che prevedono una duplice configurazione tributaria. La componente in questione potrebbe, ad esempio, essere trattata come un titoli di debito che danno origine ad interessi nello Stato di residenza, mentre in altro ordinamento trattati come titoli partecipativi che danno origine a dividendi

Le regole previste per contrastare il fenomeno dei disallineamenti da ibridi sono molteplici e si ravvisano sia nel progetto BEPS (action 2) che nella Direttiva ATAD 2. Occorre precisare, però, che non tutti gli strumenti ibridi rientrano nel campo di applicazione delle normative sopra citate: devono essere rispettati dei presupposti oggettivi, soggettivi e operativi. Sotto il profilo oggettivo *"la disciplina di contrasto agli ibridi opera solo in relazione a fenomeni di deduzione che derivano dallo sfruttamento di asimmetrie che gli ordinamenti interessati non hanno volutamente predisposto¹¹⁸"*. In altre parole, riguarda gli effetti della deduzione senza inclusione o di doppia deduzione derivanti da elementi ibridi, cioè da come lo strumento finanziario,

¹¹⁷ Cfr. "OCSE, USA E UE a confronto sulla fiscalità diretta dei gruppi di imprese", di Francesco Telch, in "Pratica Fiscale e Professionale", n.42 del 2018, pag.30

¹¹⁸ Cfr. "Gli strumenti ibridi nel BEPS e nella Direttiva UE antielusione", di Bruno Ferroni, in "Il Fisco" n.35 del 2018, pag.1-3357

un'entità o un negozio giuridico venga qualificato. Per quanto riguarda presupposto soggettivo, rientrano nel campo di applicazione della Direttiva ATAD *“le operazioni che intercorrono tra soggetti appartenenti allo stesso gruppo o sono il risultato di accordi strutturati tra consociate e/o soggetti terzi”*. La definizione di accordi strutturati è ravvisabile nella stessa Direttiva ATAD 2. Si tratta di *“operazioni poste al di fuori del gruppo e, precisamente, intercorse con soggetti terzi che consapevolmente hanno fruito dei benefici derivanti dal disalign”*. Infine, la Direttiva di contrasto a tali fenomeni può essere utilizzata esclusivamente quando si realizzano gli effetti previsti (presupposto operativo): questi non dovranno essere solo prospettati o potenziali. Le azioni previste in relazione ai disallineamenti tra ibridi si differenziano in base alla tipologia:

- Nel caso di deduzione senza inclusione, l'OCSE raccomanda come regola primaria quella di negare, da parte del Paese del pagatore, la deduzione. Oppure in alternativa, che il Paese del creditore assoggetti a tassazione il provento. Si precisa che la seconda alternativa è praticabile esclusivamente nel caso in cui il Paese del debitore non abbia adottato regole anti-ibridi.
- Nei casi di doppia deduzione, che riguardano due ipotesi¹¹⁹, la scelta ottimale è quella di negare la deduzione nella prima e nella seconda di negarla in entrambi i Paesi di residenza.
- Nel caso di un arbitraggio importante (che rientra nella fattispecie dell'indirect D/NI), la strada consigliata dall'azione 2 del BEPS è quella di negare la deduzione nel Paese del pagatore. Inoltre l'OCSE introduce una raccomandazione generale, applicabile anche al di fuori del gruppo, che sollecita gli Stati a dotarsi di una normativa CFC in grado di prevenire i disallineamenti che possano generare una deduzione senza inclusione

¹¹⁹ Cfr. “Gli strumenti ibridi nel BEPS e nella Direttiva UE antielusione”, di Bruno Ferroni, in “Il Fisco” n.35 del 2018, pag.1-3357. Le ipotesi previste sono: pagamenti effettuati da un'entità ibrida deducibili sia nella giurisdizione dove l'entità è localizzata e sia nella giurisdizione del socio investitore. La seconda ipotesi riguarda i pagamenti effettuati da un'entità con doppia residenza

La Direttiva ATAD 1, così modificata dalla Direttiva ATAD 2 in tema di disallineamenti tra ibridi è stata recepita in Italia attraverso il decreto legislativo dell'8 agosto 2018. Secondo tale decreto, per accordo strutturato si intende *“un accordo che determina un disallineamento da ibridi in cui l'impatto economico del disallineamento è stato valutato nella negoziazione dei termini dell'accordo ovvero un accordo finalizzato a produrre un disallineamento da ibridi, salvo che il contribuente o l'impresa associata possa ragionevolmente non essere consapevole di tale disallineamento e non abbia condiviso il valore del beneficio fiscale risultante”*. In ogni caso, si precisa che un trasferimento ibrido non genera un disallineamento se lo sgravio fiscale concesso nella giurisdizione del beneficiario è dovuto esclusivamente allo status fiscale di questo o al fatto che lo strumento è soggetto ad un regime fiscale speciale. Infine, è utile rilevare la definizione di impresa associata. Si precisa che *“se un individuo o un'entità detiene direttamente o indirettamente nel patrimonio di un soggetto passivo e in una o più entità una partecipazione pari o superiore al 50%, tutte le entità interessate ed il soggetto passivo sono considerati imprese associate¹²⁰”*. Tale percentuale però si ridurrà al 25% nel caso in cui si tratti di situazione di deduzione senza inclusione riguardanti uno strumento finanziario ovvero un trasferimento ibrido.

2.3.2 Treaty shopping

Prima di parlare del fenomeno del Treaty Shopping, è doveroso soffermarsi su quali siano le finalità principali dei trattati internazionali contro le doppie imposizioni. È possibile affermare che i trattati perseguano tre specifici scopi: il primo, ravvisabile nell'identificare una soluzione ai diversi regimi impositivi tra gli Stati contraenti, attribuendo il diritto di tassazione allo Stato della fonte o della residenza. Il secondo scopo perseguito, consiste nel prevedere dei meccanismi che consentano di eliminare la doppia imposizione quando il primo scopo non viene raggiunto. Al riguardo, spesso si ricorre ai crediti di imposta per le imposte assolte in uno dei due Stati contraenti. Il

¹²⁰ Cfr. “Gli strumenti ibridi nel BEPS e nella Direttiva UE antielusione”, di Bruno Ferroni, in “Il Fisco” n.35 del 2018, pag.1-3357

terzo e ultimo scopo perseguito dai trattati è ravvisabile nella finalità di prevenire l’elusione fiscale attraverso lo scambio di informazioni tra gli Stati contraenti. La maggior parte dei trattati è basata sul modello OCSE del 1977 o 1992. A ben vedere, l’aver ancorato l’efficacia dei trattati ad un modello che non era del tutto in linea con i cambiamenti economici, ha fatto sì che si verificasse il cosiddetto Treaty Shopping. Questo fenomeno consiste nel rendere disponibili i benefici convenzionali ai contribuenti che non ne hanno diritto. Si sostanzia in particolare nella creazione di un’entità in uno Stato non di residenza del contribuente, con il solo obiettivo di usufruire dei vantaggi previsti dal trattato stipulato da quello Stato ed un terzo. *“Tali benefici non sarebbero altrimenti disponibili se il contribuente avesse, invece, investito direttamente nel terzo Stato¹²¹”*. Al fine di contrastare il fenomeno del Treaty Shopping, sono stati introdotti due strumenti efficaci:

- L’art.29 del nuovo Modello OCSE del 2017, basato sulla clausola statunitense della Limitation on Benefits (LOB)
- Una maggiore chiarezza riguardo la definizione del beneficiario effettivo

2.3.3 Art.29 del Modello OCSE

Al fine di contrastare il fenomeno del “Treaty Shopping”, ovvero la pratica attraverso cui un soggetto non residente in uno Stato ha accesso indirettamente ai benefici che derivano dai trattati, l’OCSE ha identificato tre possibili soluzioni¹²²:

- a) Introduzione nelle convenzioni contro le doppie imposizioni di una dichiarazione autonoma attraverso cui gli Stati contraenti affermano il loro impegno per contrastare il fenomeno dell’elusione fiscale e garantire che i benefici siano riferiti ai soli contribuenti idonei

¹²¹ Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione

¹²² Cfr. OCSE/G20 “Base Erosion and Profit Shifting Project- Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6-2015 final Report”, pag.18

- b) Introduzione nelle convenzioni contro le doppie imposizioni di una clausola statunitense che possa limitare i benefici (LOB)
- c) Inclusione nei trattati di *“una disposizione antiabuso generale basata sul c.d. principal purpose test (PPT)¹²³”*

Queste soluzioni risultano essere perseguite proprio dal nuovo art.29 del modello OCSE del 2017, che permette allo stesso tempo di eliminare situazioni di doppia imposizione e ridurre le opportunità di elusione fiscale. Lo scopo principale di tale previsione è quello di limitare il diritto ad usufruire dei benefici convenzionali solo ai contribuenti che godono di particolari requisiti. A ben vedere, afferma che: *“ENTITLEMENT TO BENEFITS The drafting of this Article will depend on how the Contracting States decide to implement their common intention, reflected in the preamble of the Convention and incorporated in the minimum standard agreed to as part of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, to eliminate double taxation without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance, including through treaty-shopping arrangements. This may be done either through the adoption of paragraph 9 only, through the adoption of the detailed version of paragraphs 1 to 7 that is described in the Commentary on Article 29 together with the implementation of an anticonduit mechanism as described in paragraph 187 of that Commentary, or through the adoption of paragraph 9 together with any variation of paragraphs 1 to 7 described in the Commentary on Article 29”*. Dalle considerazioni preliminari dell’art.29, è possibile affermare che viene data facoltà agli Stati di scegliere lo strumento più idoneo per il raggiungimento dell’obiettivo. Nello specifico, questi potranno scegliere tra:

- 1) Le disposizioni antiabuso che ricalcano le norme in tema di LOB, dai paragrafi 1 a 7
- 2) La clausola generale antiabuso contenuta nel paragrafo 9

¹²³ Cfr. “Contrasto al fenomeno del cd.TREATY SHOPPING: il nuovo art.29 del modello di convenzione OCSE 2017”, di Piergiorgio Valente

3) Entrambi gli strumenti citati ai punti 1) e 2)

Partendo dall'analisi del primo strumento, i paragrafi da 1 a 7 dell'art.29 introducono la "*Limitation on Benefits*", una particolare clausola di diritto statunitense capace di limitare i benefici convenzionali esclusivamente a determinati soggetti residenti in uno Stato contraente, identificati come "*qualified persons*". La definizione di persona qualificata avviene al paragrafo 2, attraverso un elenco di categorie che possono rispecchiare l'attributo per l'accesso ai benefici:

- Persone fisiche
- Stati contraenti e/o proprie divisioni e autorità locali
- Società quotate, la cui principale categoria di azioni è scambiata in un mercato regolamentato dello Stato contraente di residenza
- Società collegate a società quotate
- Organizzazioni non-profit e fondi pensionistici riconosciuti
- Altre entità che soddisfano una serie di requisiti che attengono principalmente alla titolarità-in capo ad un soggetto residente-delle quote o dei titoli rappresentativi dell'entità medesima
- Fondi di investimento collettivo che presentino caratteristiche delineate ai paragrafi 55 e ss. del Commentario all'art.29¹²⁴

L'elenco positivo presentato dall'art.29 paragrafo 2, non deve essere considerato tassativo e deve essere letto anche avendo presente quanto disposto dal paragrafo 3. In base a tale paragrafo i benefici convenzionali possono essere accordati anche a soggetti che non rientrano nelle suddette categorie, se vengono rispettati particolari requisiti: primo tra tutti il c.d. "*active-conduit test*". In base a questo test, affinché il non residente possa beneficiare delle convenzioni devono essere rispettate due condizioni:

- a) Deve condurre nel proprio Stato di residenza un'attività economica in maniera attiva
- b) Il reddito, a cui si riferisce il beneficio, deve essere generato dalla stessa attività

¹²⁴ Per il testo tradotto cfr. "Contrasto al fenomeno del cd.TREATY SHOPPING: il nuovo art.29 del modello di convenzione OCSE 2017", di Piergiorgio Valente

Inoltre, lo stesso Commentario OCSE esclude dall'applicazione del paragrafo 3 art.29 alcune attività, non considerate come commerciali. Si tratta nello specifico di *“tipiche attività di società holding, quelle relative alla supervisione o amministrazione di un gruppo societario, alla predisposizione dei mezzi finanziari, all'effettuazione o gestione di investimenti¹²⁵”*. Ciò che consente inoltre di discriminare quali attività rientrino nel campo di applicazione del paragrafo 3 è l'effettivo collegamento tra l'attività svolta nello Stato contraente e la componente di reddito generata, per la quale si richiede l'applicazione della convenzione. I paragrafi 4 e 5 invece prevedono il riconoscimento dei benefici a soggetti che, pur non facendo parte dell'elenco di cui al paragrafo 2, sono partecipati da soggetti che hanno diritto a benefici equivalenti oppure partecipati da soggetti identificati come “headquarters companies”. Riguardo la prima fattispecie, è stabilito come soglia minima di partecipazione almeno il 75% delle quote: *“A resident of a Contracting State that is not a qualified person shall nevertheless be entitled to a benefit that would otherwise be accorded by this Convention with respect to an item of income if, at the time when the benefit otherwise would be accorded and on at least half of the days of any twelve- month period that includes that time, persons that are equivalent beneficiaries own, directly or indirectly, at least 75 per cent of the shares of the resident”*. Infine per la fattispecie prevista dal paragrafo 5, il Commentario afferma che appartengono alla categoria delle “headquarters companies” le società holding che presentano i seguenti requisiti:

- a) La sede principale di direzione e amministrazione è localizzata nello Stato contraente di residenza
- b) Il gruppo multinazionale è composto da società residenti in almeno quattro Stati, ove le stesse svolgano attività economica in modo attivo e l'attività d'impresa svolta in ciascuno dei quattro Stati produca almeno il 10% del reddito complessivo del gruppo

¹²⁵ Cfr. “Contrasto al fenomeno del cd.TREATY SHOPPING: il nuovo art.29 del modello di convenzione OCSE 2017”, di Piergiorgio Valente.

- c) Le attività economiche esercitate dal gruppo in Stati diversi dallo Stato contraente ove la headquarter company è residente generano meno del 50% del reddito complessivo del gruppo
- d) Il reddito della società non deriva per più del 25% dall'altro Stato contraente
- e) La headquarter company è soggetta, nel proprio Stato contraente di residenza, alle medesime regole in tema di imposta sui redditi previste per i soggetti di cui al paragrafo 3 dell'art.29
- f) La società deve superare un base erosion test simile a quello previsto al paragrafo 2 dell'art.29 seppur con qualche differenza in relazione alle tipologie di pagamenti deducibili¹²⁶

Il secondo strumento previsto dall'art.29 per limitare i benefici convenzionali ai soli aventi diritto, è una norma generale antiabuso data dal paragrafo 9. Secondo tale paragrafo: *“Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention”*. Tale norma si basa sul “principal purpose test”, secondo il quale, il beneficio della convenzione non deve essere riconosciuto in tutte quelle ipotesi in cui è ragionevole concludere che il suo conseguimento rappresenti uno degli scopi principali per cui l'operazione è stata posta in essere. Al riguardo occorre dare maggiori specificazioni su cosa si intenda sia per beneficio che per scopo perseguito. Per beneficio si intende qualsiasi vantaggio che si sostanzi in una riduzione della tassazione, che può avvenire in qualsiasi modo: attraverso un'esenzione, una riduzione del carico fiscale o addirittura attraverso il riconoscimento di un credito d'imposta. Per quanto riguarda l'espressione *“uno degli*

¹²⁶ Per il testo tradotto cfr. “Contrasto al fenomeno del cd. Treaty Shopping: il nuovo art.29 del modello di convenzione OCSE 2017”, di Piergiorgio Valente

scopi principali” contenuta nel paragrafo 9, secondo l’autorevole dottrina non è necessario che l’ottenimento del beneficio sia stato lo scopo principale o l’unico per cui è stata posta in essere l’operazione, ma è sufficiente che *“almeno uno degli scopi perseguiti con la transazione sia quello di ottenere un beneficio”*. Se da un lato la norma generale antiabuso sembra essere estremamente rigida, dall’altro occorre ricordare che essa deve essere necessariamente letta avendo riferimento ai paragrafi da 1 a 7 dello stesso art.29 e che quindi riguarda tutte quelle fattispecie che non rientrano nel campo di applicazione della LOB.

2.3.4 Beneficiario effettivo

Al fine di prevenire l’abuso dei trattati e garantire che i benefici derivanti dagli stessi siano concessi esclusivamente ai soli contribuenti effettivi, negli ultimi anni è diventata sempre più attuale la clausola del beneficiario effettivo. La clausola del beneficiario effettivo compare per la prima volta nel modello OCSE nel 1977, con l’obiettivo di *“escludere l’applicazione dei benefici pattizi alle sole ipotesi in cui il primo percettore del flusso fosse un agente o un mero fiduciario¹²⁷”*. In particolare la clausola è stata introdotta con riferimento a componenti di reddito quali dividendi e interessi, rispettivamente agli art.10 e 11 del modello. A ben vedere, lo stesso Modello OCSE non chiarisce in modo puntuale la definizione di chi sia il beneficiario effettivo, affermando esclusivamente che:

“The provisions of paragraphs 1 and 2 shall not apply if the beneficial owner of the dividends, being a resident of a Contracting State, carries on business in the other Contracting State of which the company paying the dividends is a resident through a permanent establishment situated therein and the holding in respect of which the dividends are paid is effectively connected with such permanent establishment. In such case the provisions of Article 7 shall apply¹²⁸”. Per una definizione più idonea di

¹²⁷ Cfr. “Direttrici evolutive della clausola del beneficiario effettivo: ritorno alle origini?”, di Andrea Ballancin, in “Corriere Tributario” n.5 del 2020, pag.477

¹²⁸ Cfr. Art.10 Modello OCSE 2017

beneficiario effettivo si dovrà fare quindi riferimento, come stabilito dall'art.3¹²⁹ del Modello OCSE, alle convenzioni tra Stati nonché alle numerose sentenze. Partendo da quanto contenuto nelle sentenze, è utile ricordare quella del 22 aprile 2008 da parte della Federal Court of Appeal di Ottawa, dove si afferma che *“il beneficiario effettivo dei dividendi è la persona che riceve i dividendi per il suo proprio uso e godimento ed assume i rischi ed il controllo dei dividendi che riceve. Quando ci si riferisce alle società, non si deve perforare il “veicolo societario” a meno che la società non agisca come veicolo per un'altra persona e non abbia alcuna discrezionalità sull'utilizzo e la destinazione dei fondi rimessi a lei in qualità di veicolo”*. Se, invece, prendiamo come riferimento la convenzione vigente tra Italia e Germania, il beneficiario effettivo è definito come colui *“a cui spetta il diritto a ricevere il pagamento di interessi, dividendi e canoni”*. Si prosegue a questo punto ad un primo confronto tra le due definizioni affrontate. Gli elementi presi in considerazione dalla Corte di Appello di Ottawa fanno pensare ad una diversa accezione di dividendo, intesa in questo caso come *“remunerazione”* del lavoro imprenditoriale: il beneficiario effettivo viene inteso come colui che non solo ha il diritto a ricevere tali dividendi in virtù dei rischi che ha assunto ma, inoltre, allo stesso tempo deve riceverli per un suo proprio uso e godimento. Di contro, la definizione data dalla convenzione Italia-Germania sembra basarsi esclusivamente sul diritto a ricevere il pagamento di questi passive income. Il diritto in questione può derivare sia da un contratto esplicito che implicito delle parti. Inoltre, non viene fatto alcun riferimento all'utilizzo di questi componenti di reddito, che potrebbero anche essere trasferiti in via ipotetica anche un soggetto terzo in un momento successivo, creando un fenomeno elusivo. Se da un lato tale considerazione risulta corretta, dall'altro deve essere necessariamente integrata con la clausola generale antiabuso presente nella Direttiva ATAD del 2016 ed il nuovo art.29 del Modello OCSE. Questi strumenti, dando attuazione al progetto BEPS per contrastare il treaty shopping, hanno notevolmente *“depotenziato la natura e la finalità antiabuso*

¹²⁹ Più precisamente all'art.3 del Modello OCSE si afferma che per qualsiasi termine presente nello stesso documento che non sia stato specificato in modo puntuale, si debba far riferimento al significato che ciascuno Stato gli affida sotto le proprie leggi

della clausola del beneficiario effettivo, che deve essere ripensata alla luce del proprio ruolo originario¹³⁰”. Il ruolo originario della clausola del beneficiario effettivo è rinvenibile nella Direttiva 2003/48/CE, riguardante la tassazione dei redditi da risparmio corrisposti sotto forma di interessi. All’art.2 comma 1 della citata Direttiva, viene data una definizione di beneficiario effettivo:

“Ai fini della presente direttiva, per «beneficiario effettivo» si intende qualsiasi persona fisica che percepisce un pagamento di interessi o qualsiasi persona fisica a favore della quale è attribuito un pagamento di interessi, a meno che essa dimostri di non aver percepito tale pagamento a proprio vantaggio o che non le sia stato attribuito, ossia:

a) agisce come agente pagatore ai sensi dell'articolo 4, para-grafo 1; oppure

b) agisce per conto di una persona giuridica, di un'entità i cui profitti sono soggetti ad imposta in base ai regimi generali di tassazione delle imprese, di un OICVM autorizzato ai sensi della direttiva 85/611/CEE o di un'entità di cui all'articolo 4, paragrafo 2 della presente direttiva e, in quest'ultimo caso, comunica denominazione e indirizzo di tale entità all'operatore economico che effettua il pagamento di interessi e quest'ultimo trasmette quindi tali informazioni all'autorità competente dello Stato membro in cui è stabilito; oppure

c) agisce per conto di un'altra persona fisica che è il beneficiario effettivo e comunica all'agente pagatore l'identità di tale beneficiario effettivo a norma dell'articolo 3, paragrafo 2”

Dalla lettura della Direttiva 2003/48/CE è possibile affermare che la clausola del beneficiario effettivo nasca con l’intento di escludere l’applicazione dei benefici a tutti quei contribuenti che non ne hanno diritto, in quanto agiscono come agenti, ponendosi tra le due diverse entità. Il non rispetto, dunque, della clausola non configurerà

¹³⁰ Cfr. “Direttrici evolutive della clausola del beneficiario effettivo: ritorno alle origini?” di Andrea Ballancin, in *Corriere Tributario*, n.5 del 2020, pag.477

necessariamente una fattispecie abusiva, dovendo adesso far riferimento ad altri fattori per accertarla.

CAPITOLO III: LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI

Premessa

Al fine di garantire una minor presenza di fenomeni elusivi e garantire allo stesso tempo un maggior coordinamento tra i paesi membri dell'Unione Europea, e non solo, negli ultimi anni è diventato sempre più importante garantire un adeguato scambio di informazioni.

Il coordinamento tra Paesi rappresenta la condizione primaria per il corretto funzionamento del mercato interno: in assenza di coordinamento risulterebbe più conveniente effettuare un investimento in uno Stato anziché un altro, facendo venir meno sia il principio di non discriminazione sia un fenomeno di concorrenza sleale. Il coordinamento consente di perseguire le seguenti finalità:

- 1) Minor presenza di fenomeni distorsivi nella libera circolazione dei capitali e buon funzionamento del mercato interno
- 2) Effettiva attuazione del principio di non discriminazione
- 3) Contrasto a fenomeni di doppia imposizione
- 4) Contrasto a fenomeni elusivi
- 5) Ottenimento di una maggiore trasparenza

Per raggiungere tali obiettivi, il Consiglio Ecofin in data 1° dicembre 1997 ha approvato un “pacchetto fiscale” composto da: un codice di condotta in materia di tassazione delle imprese con l'obiettivo di eliminare le pratiche dannose; Direttiva n.2003/49/CE riguardante il regime fiscale dei pagamenti di interessi, al fine di eliminare la ritenuta alla fonte su particolari tipologie di reddito; Direttiva 2003/48/CE, meglio conosciuta come Direttiva sul risparmio, introdotta al fine di rendere imponibili gli interessi nello Stato di residenza del beneficiario, garantendo allo stesso tempo un adeguato scambio di flussi informativi tra gli Stati membri dell'Unione Europea. Il Codice di condotta è entrato in vigore a partire dal 1° dicembre 1997. Questo ha l'obiettivo di limitare l'uso delle pratiche dannose che garantiscono al contribuente una

tassazione effettiva inferiore rispetto allo Stato membro di residenza. Alcune delle pratiche considerate dannose per il Codice sono ad esempio: tutte le pratiche che si discostano dai principi riconosciuti dall'OCSE, le norme che non prevedono la trasparenza dei flussi informativi e le misure *“accordate anche in mancanza della presenza effettiva sul territorio dello Stato membro che le accorda”*¹³¹. Riguardo i flussi informativi, nel Codice di condotta si affermano i principi di trasparenza, che si sostanziano nell'obbligo da parte degli Stati membri di comunicare reciprocamente le informazioni utili oggetto del Codice stesso. In particolare, gli Stati membri devono fornire su richiesta di un altro Stato qualsiasi informazione su temi fiscali che rientri nel campo di applicazione del codice e, se si tratta di una nuova misura fiscale, lo Stato membro potrà chiedere che siano discusse innanzi un gruppo istituito dal Consiglio dei Ministri Ecofin. Nel seguente capitolo si passerà alla riesamina delle principali Direttive che hanno promosso lo scambio di informazione tra Stati membri, partendo dalla Direttiva risparmio e le sue successive modifiche, fino ad arrivare alle Direttiva DAC 7. L'obiettivo della Direttiva DAC 7 è quello di estendere l'ambito di applicazione dello scambio automatico di informazioni ai gestori delle piattaforme digitali. Per raggiungere tale scopo si è prevista l'integrazione di alcuni articoli della Direttiva 2011/16/UE, di cui si dirà in seguito.

3.1 Direttiva risparmio

La Direttiva risparmio è stata introdotta per rispondere a due finalità: da un lato garantire lo scambio automatico di informazioni tra gli Stati membri per i redditi da risparmio privati, dall'altro consentire che i pagamenti di interessi effettuati in uno Stato membro a residenti di un altro Stato membro fossero soggetti ad imposta in modo conforme allo Stato di residenza fiscale del percettore. A questo punto occorre chiarire quali siano gli interessi presi in considerazione dalla citata Direttiva. Al riguardo è

¹³¹ Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione. Si tenga presente che il codice di condotta costituisce un accordo intergovernativo, come tale avente valenza politica, e quindi non in grado di vincolare giuridicamente i comportamenti dei paesi membri in materia fiscale.

possibile fornire una definizione attraverso sia un elenco positivo che negativo; in senso positivo ritroviamo:

- a) *“Gli interessi versati o accreditati a seguito di crediti di ogni genere, assistiti o meno da una garanzia ipotecarie e corredati o meno da una clausola di partecipazione agli utili del debitore. Non vengono presi come riferimento gli interessi moratori*
- b) *Gli interessi maturati o capitalizzati al momento della vendita, del riscatto o della restituzione di un credito*
- c) *Proventi distribuiti da fondi di investimento a fronte dei redditi da interessi maturati dai fondi stessi*
- d) *I redditi derivanti dalla vendita, dal riscatto o dal rimborso di quote di fondi d’investimento; si tratta di partecipazione o quote di OICVM ai sensi della Direttiva n.85/611/CE, di entità che hanno beneficiato dell’opzione di cui all’art.4 paragrafo 3, e di organismi di investimento collettivo stabiliti fuori dall’UE, se hanno investito oltre il 40% del loro attivo in crediti¹³²”*

Inoltre, la Direttiva si applica anche agli interessi maturati da conti bancari, agli interessi monetari ed infine agli interessi maturati sugli investimenti fiduciari. Di contro, la Direttiva non si applica per due categorie di interessi: quelli derivanti dalle obbligazioni soggette alla clausola di “grandfathering¹³³” e per quelli di mutuatari svizzeri soggetti all’imposta preventiva svizzera in base all’accordo bilaterale con altro Stato. Inoltre la Direttiva non si applica ai fondi pensione e alle compagnie assicurative. Tali interessi saranno corrisposti da un agente pagatore. Questo non è altro che l’operatore economico che paga gli interessi al beneficiario effettivo. In ottica antielusiva è da ricordare quanto segue: *“la disposizione in esame prevede che l’entità*

¹³² Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione

¹³³ Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione. Si precisa che la clausola non ha più efficacia a partire dal 2010, continuando però ad essere applicata oltre tale data ai titoli che prevedono clausole di lordizzazione o che prevedono il rimborso anticipato e per i quali l’agente pagatore è stabilito in uno Stato che applica il regime della ritenuta alla fonte.

che beneficia del pagamento di interessi per conto di un diverso beneficiario effettivo venga anch'essa considerata tale, con la conseguenza che il proprio nominativo e gli interessi ricevuti vengono comunicati all'Amministrazione finanziaria del Paese in cui risiede, per il tramite dell'Amministrazione finanziaria dello Stato in cui si trova il soggetto che eroga gli interessi¹³⁴”. Inoltre il paragrafo 2 dell'art.4 ed il comma 3 dell'art.1 includono nella definizione di agente pagatore anche tutte quelle entità che potrebbero non essere soggette all'attività di vigilanza da parte dell'Amministrazione finanziaria, in particolare quei soggetti che:

- Non sono persone giuridiche
- Non sono soggetti ad imposta sul reddito delle imprese
- Non sono OICVM autorizzati ai sensi della Direttiva 85/611/CEE

I soggetti sopra citati acquisteranno la qualifica di agente pagatore non all'atto del pagamento, ma nel momento in cui percepiscono gli interessi dal debitore o dall'intermediario incaricato. Gli obblighi di comunicazione si instaurano in ogni caso quando l'agente si comporta sia da debitore per il pagamento degli interessi che come soggetto incaricato dal debitore al pagamento. In Italia la Direttiva risparmio è stata attuata attraverso il D.lgs.n.84 del 18 aprile 2005. All'art.1 del citato Decreto, vengono identificati quali soggetti tenuti alla comunicazione “le banche, le società di intermediazione mobiliare, le Poste italiane S.p.a., le società di gestione del risparmio, le società finanziarie e le società fiduciarie, residenti nel territorio dello Stato” nonché “ogni altro soggetto, anche persona fisica, residente nel territorio dello Stato, che per ragioni professionali o commerciali paga o attribuisce il pagamento di interessi alle persone fisiche indicate nel primo periodo. Gli stessi obblighi si applicano alle stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti”. Di contro, le entità residuali vengono identificate attraverso il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate approvato l'8 luglio 2005, e tra questi si ritrovano: gli enti non commerciali privi di

¹³⁴ Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione

personalità giuridica, le società semplici e i soggetti ad esse equiparati ai sensi dell'art.5 del T.U.I.R, gli OICVM non armonizzati ed infine i trusts non esercenti attività commerciale con sede amministrativa o l'oggetto principale dell'attività nel territorio dello Stato italiano. Dal punto di vista pratico, lo scambio di informazioni introdotto dalla Direttiva 2003/48/CE è regolato dagli art.8 e 9. Innanzitutto, l'agente pagatore, ovvero colui che eroga gli interessi, ha l'obbligo di identificare il contribuente che beneficia di tale pagamento e di tener nota del totale degli importi che sono a lui corrisposti durante l'anno. Riguardo l'identificazione del beneficiario occorre distinguere tra rapporti accesi prima del 1° gennaio 2004 e quelli successivi. Nella prima ipotesi l'identificazione deve avvenire attraverso gli elementi che sono già in possesso dell'istituto di credito in virtù della regolamentazione in materia di antiriciclaggio¹³⁵. Nel secondo caso l'identificazione dovrà avvenire attraverso un documento di riconoscimento o un certificato rilasciato dallo Stato di residenza. In ogni caso da tali documenti si deve evincere il nome, l'indirizzo ed il codice fiscale del contribuente. Occorre precisare che i criteri di individuazione adottati dall'agente pagatore si basano su una nozione civilistica, che si contrappone a quella adottata ai fini fiscali. La scelta di procedere in tale direzione non è casuale: *“una scelta del genere appare influenzata da esigenze operative, che tengono conto dell'impossibilità pratica di tradurre con normativa unitaria le diverse definizioni di residenza fiscale previste dai singoli ordinamenti interni degli Stati membri”*¹³⁶. In una fase successiva, l'agente pagatore comunicherà all'Amministrazione finanziaria del proprio paese di residenza l'elenco dei beneficiari con accanto l'ammontare degli interessi ricevuti. In particolare dovranno essere comunicati:

- Identità e residenza del beneficiario effettivo
- Denominazione ed indirizzo dell'agente pagatore
- Numero di conto del beneficiario o l'identificazione del credito che produce interessi

¹³⁵ Per l'Italia cfr. L.197/1991

¹³⁶ Cfr. circolare ABI 27 maggio 2004, n.9

- L'importo degli interessi pagati o accreditati

Tale elenco rappresenta un contenuto minimo. Viene infatti data facoltà agli Stati membri di imporre un maggiore obbligo di comunicazione in termini di contenuti. Inoltre, al fine di garantire che le informazioni fornite siano veritiere, è stata prevista una sanzione amministrativa per i casi di omessa o inesatta comunicazione. La procedura esaminata è obbligatoria per tutti i Paesi membri dell'Unione Europea fatta eccezione per quelli che aderiscono, durante il periodo transitorio, al regime della ritenuta crescente. Nel primo caso il beneficiario degli interessi sarà necessariamente identificato dall'agente pagatore, nel secondo caso, invece, il beneficiario potrà optare per una delle due alternative:

- 1) Autorizzare l'agente pagatore a procedere allo scambio delle informazioni rilevanti
- 2) "Presentare un certificato, valido per un periodo di tre anni, rilasciato a suo nome dall'Autorità competente del Paese di residenza, entro due mesi dalla richiesta".
Il certificato dovrà indicare oltre che i dati personali del beneficiario, anche i dati dell'agente pagatore ed il numero di conto o l'identificazione del titolo di credito

Per tutti i Paesi, invece, che hanno aderito al regime transitorio, tra cui Austria, Belgio, Svizzera e Andorra, è possibile appurare come gli agenti pagatori che non aderiscono allo scambio di informazioni¹³⁷ applichino una ritenuta crescente nel tempo: 15% per il 2005, fino ad arrivare al 35% al 2011. La ritenuta è proporzionale rispetto al tempo di detenzione del credito oppure, quando non è possibile stabilire con certezze tale arco temporale, per tutta la durata del credito. Inoltre, la ritenuta dovrà essere prelevata secondo le modalità previste dall'art.11 paragrafo 2 della Direttiva risparmio. Infine, l'art.11 della stessa Direttiva prevede la possibilità per gli Stati che nel periodo transitorio applichino la ritenuta alla fonte di attribuire la qualifica di agente pagatore

¹³⁷ Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione. È appena il caso di ricordare nuovamente che seppur non forniscono informazioni relative ai beneficiari degli altri Stati, riceveranno le notizie riguardanti i propri beneficiari

venga attribuita all'operatore economico che paga interessi ad un'altra entità stabilita in altro Stato membro, applicando così la ritenuta alla fonte sugli interessi. Tale previsione non trova applicazione nel caso in cui si proceda allo scambio di informazioni.

3.1.2 Revisione della Direttiva 2003/48/CE

L'art.18 della Direttiva 2003/48/CE afferma che: *“la Commissione presenta al Consiglio ogni 3 anni una relazione sul funzionamento della presente Direttiva. In base a tali relazione la Commissione propone al Consiglio, se del caso, le modificazioni della Direttiva necessarie per garantire in modo migliore un'imposizione effettiva sui redditi da risparmio e per eliminare le distorsioni indesiderate della concorrenza”*. La prima relazione è stata pubblicata il 13 novembre 2008 con l'obiettivo sia di implementare il raggio d'azione della Direttiva, che quello di garantire un'effettiva tassazione dei redditi nonché una riduzione del rischio di evasione fiscale. Ne segue che si sono attuate le seguenti modifiche:

- a) Una definizione più puntuale di beneficiario effettivo al fine di garantire la trasparenza per i pagamenti di interessi a favore delle entità detenute da persone fisiche
- b) Un maggiore riconoscimento del beneficiario effettivo, sia attraverso la registrazione del luogo di nascita e della data, che attraverso il suo codice fiscale
- c) Una definizione più chiara di agente pagatore, prevedendo sia quelle entità che agiscono come tali all'atto del pagamento, che quelle che sono tenute ad agire come tali in virtù di specifici requisiti
- d) Una definizione di interesse capace di coprire anche gli strumenti finanziari equivalenti
- e) Estensione dal campo di applicazione per gli organismi di investimento collettivo in valori mobiliari (OICVM)

Successivamente, il secondo rapporto giunge il 2 marzo 2012. L'oggetto principale del rapporto in questione era quello di migliorare l'utilizzo delle informazioni, attraverso:

- Introduzione di un database dove inserire i beneficiari e le loro informazioni
- Sviluppo di un sistema risk management
- Migliori flussi informativi tra l'Amministrazione fiscale centrale e gli uffici locali

La qualità delle informazioni trasmesse resta ancora oggi uno degli aspetti principali al fine di combattere fenomeni elusivi o evasivi. Attualmente la Direttiva risparmio è stata sostituita dalla Direttiva n.2060/2015, che ha previsto due regimi temporanei: *“uno di natura generale, rimasto in vigore fino al 5 ottobre 2016, teso a garantire che le informazioni raccolte da agenti pagatori, da operatori economici e dagli Stati membri anteriormente alla data di abrogazione, siano trasferite ai sensi della vecchia Direttiva; uno particolare riguardante l'Austria, cui è stata concessa una deroga di un anno in cui è rimasta in vigore la vecchia Direttiva e non verrà adottata la nuova¹³⁸”*.

3.2 Direttiva 2011/16/UE

La direttiva 2011/16/UE, approvata in data 15 febbraio 2011, rappresenta l'architrova degli standard internazionali minimi in tema di trasparenza e scambio di informazioni. Tale Direttiva si pone come punto di partenza per le successive modifiche, introdotte al fine di adeguare l'ambito di applicazione ai numerosi cambiamenti del mercato. In particolare, questa sarà oggetto di modifica da parte delle:

- 1) Direttiva 2014/107/UE (DAC 2)
- 2) Direttiva 2015/2376/UE (DAC 3)
- 3) Direttiva 2016/881/UE (DAC 4)
- 4) Direttiva 2016/2258/UE (DAC 5)
- 5) Direttiva 2018/882/UE (DAC 6)

¹³⁸ Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione

6) Direttiva 2011/16/UE (DAC 7)

La Direttiva 2011/16/UE si pone come punto di svolta, superando i limiti della Direttiva 77/799/CEE, che erano:

- Mancanza di un meccanismo capace di attuare la cooperazione amministrativa e rende efficace ed efficiente la stessa Direttiva
- La possibilità di opporre un diniego alla richiesta di informazioni in virtù dei vincoli previsti dal segreto bancario
- Assenza di una vera e propria modalità attraverso cui procedere allo scambio di informazioni e mancanza di un termine entro il quale farle pervenire

“La Direttiva n.2011/16/UE in sintonia con le nuove esigenze di cooperazione amministrativa internazionale, stabilisce un raggio d’azione completo in materia di scambio di informazioni a livello comunitario, apportando una serie di novità e miglioramenti alle previsioni contenute nell’abrogata Direttiva n.77/799/CEE, ritenuta non più idonea a far fronte alle esigenze del mercato interno¹³⁹”. Tra le novità introdotte dalla Direttiva 2011/16/UE è previsto un maggiore ambito di applicazione; risulta infatti modificato l’ambito soggettivo degli obbligati allo scambio delle informazioni: vengono prese in considerazione tutte le persone fisiche, le persone giuridiche, i trusts, i fondi d’investimento e qualsiasi altro fondo, dotato o meno di personalità giuridica, che possa compiere atti giuridici in un contesto comunitario. Per quanto riguarda l’ambito oggettivo, ovvero il contenuto delle informazioni, queste possono riguardare *“imposte di qualsiasi tipo riscosse da o per conto di uno Stato membro o delle ripartizioni territoriali o amministrative di uno Stato membro, comprese le autorità locali”*; riguardo le imposte che possono rientrare nella sfera di competenza della presente Direttiva, occorre effettuare alcune precisazioni: innanzitutto, la stessa Direttiva esclude dall’ambito di applicazione l’IVA, i dazi doganali e le accise, in quanto sottoposte a specifiche normative dell’Unione Europea.

¹³⁹ Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione

Inoltre, nonostante la definizione sia particolarmente ampia, risulta circoscritta dal fatto che gli Stati membri *“non possono procedere a richieste generiche di informazioni o richiedere informazioni che probabilmente non sono pertinenti alle questioni fiscali di un contribuente”*. Quindi l’informazione richiesta deve essere rilevante per le questioni fiscali del contribuente ed allo stesso tempo deve essere specifica. Passando alle modalità attraverso cui le informazioni possono essere scambiate, l’art.3 della Direttiva 2011/16/UE introduce per la prima volta tre diverse tipologie di modalità:

- Scambio su richiesta
- Scambio automatico obbligatorio
- Scambio spontaneo di informazioni

Lo scambio su richiesta è disciplinato dall’art.5 della Direttiva: *“su richiesta dell’autorità richiedente, l’autorità interpellata trasmette all’autorità richiedente le informazioni previste all’articolo 1, paragrafo 1, di cui sia in possesso o che ottenga a seguito di un’indagine amministrativa”*. In particolare, l’autorità interpellata dovrà trasmettere le informazioni pertinenti in suo possesso o che possono derivare dalle indagini amministrative. Le informazioni dovranno in ogni caso essere pertinenti alla condizione fiscale del contribuente e specifiche. In questo caso le informazioni possono essere sia già in possesso dell’autorità interpellata, oppure essere acquisite in un secondo momento attraverso indagini amministrative specifiche, che dovranno essere in linea con le disposizioni specifiche dello Stato interpellato. È inoltre stabilito che le informazioni dovranno pervenire all’autorità richiedente non oltre il termine di sei mesi dalla data in cui è stata effettuata la richiesta e se si tratta di informazioni non già in possesso dell’autorità interpellata. In caso contrario il termine è ridotto a due mesi. Qualora, invece, l’autorità interpellata non fosse nelle condizioni di poter acquisire le informazioni o si rifiutasse di farlo, dovrà darne comunicazione entro il mese successivo alla data in cui è stata comunicata la richiesta. Per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio, questo è disciplinato dall’art.8 della Direttiva 2011/16/UE: *“L’autorità competente di ciascuno Stato membro comunica all’autorità competente di qualsiasi altro Stato membro, mediante scambio automatico, le*

informazioni disponibili sui periodi d'imposta dal 1° gennaio 2014 riguardanti i residenti in tale altro Stato membro sulle seguenti categorie specifiche di reddito e di capitale ai sensi della legislazione dello Stato membro che comunica le informazioni: redditi da lavoro; compensi per dirigenti; prodotti di assicurazione sulla vita non contemplati in altri strumenti giuridici dell'Unione sullo scambio di informazioni e misure analoghe; pensioni; proprietà e redditi immobiliari". Secondo l'art.8, le informazioni potranno essere oggetto di scambio automatico a partire dal 1° gennaio 2015, relativamente al periodo d'imposta 2014. Inoltre, in questo caso viene dato un elenco positivo delle informazioni che possono essere richieste, che sarà poi allargato dalla Direttiva 2014/107/UE. Viene disposto, infine, che tale scambio automatico debba avvenire almeno una volta all'anno, entro i sei mesi successivi alla chiusura dell'anno fiscale di riferimento. L'ultimo meccanismo di scambio di informazioni previsto dalla Direttiva 2011/16/UE è quello spontaneo. L'art.9 della citata Direttiva afferma che l'autorità competente di ogni Stato comunica le informazioni oggetto della Direttiva al verificarsi di una delle seguenti situazioni:

- a) L'autorità competente di un Paese UE ha ragion di credere che esista una perdita di gettito fiscale nell'altro Stato membro
- b) Qualora il contribuente ottenga in un Paese membro una riduzione o un esonero d'imposta che dovrebbe comportare un aumento d'imposta o un assoggettamento ad imposta nell'altro Stato membro
- c) Le relazioni d'affari fra due contribuenti di sue Stati membri diversi sono svolte attraverso uno o più Paesi in modo tale da comportare una diminuzione d'imposta nell'uno o nell'altro Stato membro o in entrambi
- d) L'autorità competente di uno Stato membro ha fondati motivi di presumere che vi sia una riduzione d'imposta risultante da trasferimenti fittizi di utili all'interno di gruppi d'impresa
- e) In uno Stato membro, a seguito delle informazioni comunicate dall'autorità competente di altro Stato membro, vengono raccolte delle informazioni che possono essere utili per l'accertamento dell'imposta a livello interno

Le informazioni richieste, oltre che un limite specifico dato dall'elenco positivo, trovano un limite generico dato dalla possibilità di rifiutare la trasmissione delle informazioni qualora questo comporti la divulgazione di un segreto commerciale, industriale o un'informazione contraria all'ordine pubblico. Di contro, occorre precisare che lo Stato membro *interpellato* “*non può rifiutare di fornire informazioni per il solo motivo che queste ultime non presentano alcun interesse domestico o solamente perché tali informazioni sono detenute da una banca, o altro istituto finanziario, da una persona designata o che agisce in qualità di agente o fiduciario o perché si riferiscono agli interessi prioritari di una persona*¹⁴⁰”. Infine, la Direttiva 2011/16/UE prevede la possibilità di effettuare lo scambio di informazioni con i Paesi terzi. All'art.24 si afferma che le informazioni che pervengono da uno Stato terzo possano essere trasmesse alle autorità competenti degli altri Stati membri. Si potrà procedere allo scambio esclusivamente se dall'accordo con lo Stato terzo non risulti diversamente.

In Italia la Direttiva 2011/16/UE è stata recepita attraverso il D.lgs.n.29 del 4 marzo 2014. Conformemente a quanto stabilito dalla Direttiva, nel Decreto viene specificato che lo scambio di informazioni avviene con riferimento alle imposte di qualsiasi tipo da o per conto dell'Amministrazione finanziaria di uno Stato membro o attraverso una delle sue ripartizioni. Restano escluse da tale Decreto i contributi previdenziali obbligatori, l'IVA, i dazi doganali e le accise. Da un punto di vista soggettivo, le informazioni possono riguardare le persone fisiche, le persone giuridiche, le associazioni di persone con capacità di compiere atti giuridici e qualsiasi altro istituto giuridico che possieda o gestisca beni e che sia assoggettato ad una delle imposte che rientrano nel campo di applicazione del Decreto. Lo stesso Decreto, inoltre, al fine di garantire un corretto scambio identifica gli organi amministrativi competenti:

¹⁴⁰ Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione

- L'autorità competente è quella designata dallo Stato membro oppure, ove agisca per delega, l'Ufficio centrale di collegamento
- L'Ufficio centrale di collegamento è l'ufficio designato quale responsabile principale dei contatti con gli altri Stati membri nel settore della cooperazione amministrativa
- Il servizio di collegamento è qualsiasi ufficio diverso dall'Ufficio centrale di collegamento che è stato designato per procedere a scambi diretti di informazione a norma del Decreto
- Il funzionario competente è qualsiasi funzionario che è stato autorizzato a scambiare direttamente informazioni a norma del Decreto

La richiesta di informazioni sarà inviata quindi attraverso l'Ufficio centrale di collegamento, mentre la risposta ad una richiesta di informazioni proveniente da uno Stato membro sarà affidata all'Ufficio centrale di collegamento oppure il servizio di collegamento indicato. L'Ufficio centrale di collegamento viene designato dal Direttore Generale delle Finanze con apposito provvedimento, dove inoltre ne saranno indicate le competenze. Qualora il *“servizio di collegamento ricevesse una richiesta di cooperazione che esula dalle competenze attribuitegli dalla normativa o dalla prassi, trasmetterà la richiesta all'Ufficio centrale di collegamento e informerà l'autorità richiedente¹⁴¹”*. Come precisato nella Direttiva 2011/16/UE, lo scambio di informazioni può avvenire anche in questo caso in tre modi diversi: su richiesta, spontaneo o automatico. La scelta su quale strumento utilizzare farà riferimento ad una valutazione funzionale. Nello specifico, lo scambio di informazioni su richiesta è disciplinato dall'art.4 del Decreto, dove si prevede che i servizi di collegamento forniscano all'autorità richiedente di un altro Stato membro le informazioni utili in loro possesso o di cui possono esser note attraverso l'attività di indagine amministrativa. Contrariamente alla Direttiva, il D.lgs.n.29 del 4 marzo 2014 riferisce alcun termine

¹⁴¹ Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione

entro il quale le informazioni devono pervenire all'autorità richiedente. Per quanto riguarda lo scambio automatico, l'art.5 in un primo momento si pone in linea con quanto stabilito dalla Direttiva, prevedendo sia un inizio del periodo d'imposta dal quale posso essere richieste le informazioni (1° gennaio 2014) sia un elenco positivo da cui possono derivare i flussi oggetto di richiesta. Occorre precisare che contrariamente alla Direttiva 2011/16/UE, il Decreto non dà alcuna possibilità allo Stato richiedente di selezionare le esclusivamente le informazioni da ricevere in relazione ad una specifica categoria reddituale o di ottenerle esclusivamente se superiori ad un determinato importo. L'ultimo meccanismo previsto è lo scambio di informazioni spontaneo: si tratta di un flusso informativo a cui si dà attuazione senza una specifica richiesta in tal senso. In ogni caso può essere attuato esclusivamente in casi specifici: quando vi sia il fondato timore di una perdita di gettito fiscale per l'altro Stato, quando vi sia la riduzione o l'esonero di un imposta che porterebbe una corrispondente imposizione in altro Stato, ed infine quando tra contribuenti residenti in Stati membri diversi tra loro esista una relazione d'affari tale da comportare una perdita di gettito per uno dei due Stati o entrambi. Ad ultimo, è utile rilevare gli ulteriori meccanismi introdotti dalla Direttiva 2011/16/UE. Si tratta di forme di assistenza amministrativa, utili per garantire una maggiore cooperazione ed accertare le imposte dovute. In particolare si fa riferimento alla presenza di funzionari esteri negli Uffici amministrativi di altri Stati, partecipazione ad indagini amministrative ed infine condivisione dell'esperienza e delle pratiche.

3.2.3 Direttiva 2014/107/UE

La Direttiva 2011/16/UE presentava al tempo dei limiti nello scambio automatico di informazioni, limitando l'applicazione esclusivamente a determinate casistiche. Dunque, in data 12 luglio 2013 la Commissione europea ha proposto di ampliare la portata della norma, introducendo a supporto la Direttiva 2014/107/UE. L'obiettivo principale era quello di garantire uno strumento utile per contrastare i fenomeni di elusione ed evasione. Le novità introdotte nella Direttiva 2011/16/UE sono molteplici:

- Nel paragrafo 3 dell'art.8 viene eliminata la possibilità di non ricevere informazioni che non siano superiori ad un determinato importo
- Viene introdotto il paragrafo 3-bis, che prevede la possibilità di richiedere informazioni da parte dell'autorità competente ad un altro Stato membro, in riferimento alle seguenti componenti reddituali: dividendi, plusvalenze, altri redditi finanziari e saldi dei conti correnti
- Il paragrafo 5 dell'art.8 che prevedeva che la Commissione europea dovesse presentare una relazione in riferimento ai benefici ed i costi derivanti dallo scambio automatico di informazioni entro il 1° luglio 2017. Con la modifica attuata dalla Direttiva 2014/107/UE si prevede che le proposte possano avere ad oggetto non solo le categorie principale comprese nella precedente Direttiva, ma anche le nuove fonti reddituali

Inoltre, risultano rilevanti anche gli allegati I e II della Direttiva in questione: *“il primo è rubricato nome di comunicazione e di adeguata verifica in materia fiscale relative ai conti finanziari, il secondo invece tratta le norme complementari di comunicazione e adeguata verifica in materia fiscale relative ai conti finanziari¹⁴²”*.

Dunque, nell'allegato I si definiscono gli obblighi di comunicazione e quelli di un adeguata verifica in materia fiscale. Partendo dagli obblighi di comunicazione, in base all'allegato l'autorità competente di ciascuno Stato membro deve riferire, con cadenza

¹⁴² Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione

annuale ed in ogni caso non oltre il nono mese successivo alla chiusura dell'anno, le seguenti informazioni per i conti oggetto di comunicazione:

- *“Nome, indirizzo, numero di identificazione fiscale (NIF). Nel caso delle persone fisiche dovrà essere comunicata anche la data ed il luogo di nascita per le persone oggetto di comunicazione, che è titolare di conto e, nel caso di un'entità che è titolare di conto e che, dopo l'applicazione delle norme di adeguata verifica in materia fiscale conformemente agli allegati, è identificata come avente una o più persone che esercitano il controllo che sono persone oggetto di comunicazione il nome, l'indirizzo ed il NIF di ogni persona oggetto di comunicazione*
- *Il numero di conto*
- *Il nome e l'eventuale numero di identificazione dell'Istituzione Finanziaria Tenuta alla Comunicazione*
- *Il saldo o il valore del conto*
- *Nel caso di un conto in custodia: l'importo totale lordo degli interessi, l'importo totale lordo dei dividendi e l'importo lordo degli altri redditi generati in relazione alle attività detenute nel conto; e gli introiti totali lordi derivanti dalla vendita o dal riscatto delle attività finanziarie pagati o accreditati sul conto nel corso dell'anno solare*
- *Nel caso di un conto di deposito, l'importo totale lordo degli interessi pagati o accreditati sul conto nel corso dell'anno solare o di altro adeguato periodo di rendicontazione*
- *Nel caso di un conto non descritto nelle ipotesi precedenti, l'importo totale lordo pagato o accreditato al titolare del conto in relazione allo stesso nel corso dell'anno solare o di altro adeguato periodo di rendicontazione in relazione al*

quale l'Istituzione Finanziaria Tenuta alla Comunicazione è l'obbligato o il debitore¹⁴³”

Prima di passare alla trattazione delle procedure di verifica in materia fiscale disposti dall'allegato I, è opportuno precisare il significato di alcuni termini che saranno di seguito utilizzati. Dunque, per Istituzione Finanziaria Tenuta alla Comunicazione si intende “*qualsiasi Istituzione Finanziaria residente in uno Stato membro ad esclusione di qualsiasi succursale di tale Istituzione Finanziaria che sia situata al di fuori di tale Stato membro, e qualsiasi succursale di un'Istituzione Finanziaria non residente in uno Stato membro, se tale succursale è situata in uno Stato membro; per Conto Oggetto di Comunicazione si intende un conto finanziario intrattenuto presso un'Istituzione Finanziaria di uno Stato membro Tenuta alla Comunicazione da una o più Persone Oggetto di Comunicazione o da un'entità non finanziaria passiva avente una o più persone che esercitano il controllo che sono Persone Oggetto di Comunicazione; per Persona Oggetto di Comunicazione si intende una persona di uno Stato membro diverso da: una società che scambia regolarmente titoli su mercati regolamentati, le società collegate alle precedenti, un'Entità Statale ed infine una Banca Centrale¹⁴⁴”*. In termini di adeguata verifica in materia fiscale, l'allegato I distingue le procedure da porre in essere in relazione alle caratteristiche del conto. In particolare si distingue tra: conti di importo non rilevante, conti di importo rilevante, nuovi conti di persone fisiche, conti preesistenti di entità ed infine nuovi conti di entità. Partendo dai conti di importo non rilevante, è fatto obbligo all'Amministrazione Finanziaria Tenuta alla Comunicazione di verificare l'indirizzo di residenza della persona titolare del conto, in base a prove documentali. Le prove documentali possono essere acquisite in base ai seguenti documenti:

¹⁴³ Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione

¹⁴⁴ Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione

- a) Certificato di residenza rilasciato da un ente pubblico autorizzato dello Stato membro o altro Stato in cui in beneficiario afferma di essere residente
- b) Documento di identità rilasciato da un ente pubblico autorizzato comunemente utilizzato ai fini identificativi

Nel caso in cui l'Istituzione Finanziaria non rilevi l'indirizzo della persona titolare del conto, si dovrà procedere tramite ricerca negli archivi elettronici. Se dalla ricerca non emerge alcun indizio, tra cui indirizzo postale o numeri telefonici in uno Stato membro, il compito dell'Istituzione Finanziaria si conclude fino a che non emergano nuovi indizi o il conto diventi rilevante. Invece, per i conti di importo rilevante, la procedura è detta "rafforzata". Fermo restando la procedura descritta in precedenza, se l'esito della ricerca negli archivi elettronici non è stata fruttifera, si dovrà procedere ad una ricerca negli archivi cartacei: si prevede l'esame dell'anagrafica principale del cliente ed il riesame di alcuni documenti, tra cui i poteri di firma e procure oppure eventuali ordini di bonifici. Per quanto riguarda i nuovi conti di persone fisiche, all'atto dell'apertura del conto l'Istituzione Finanziaria Tenuta alla Comunicazione dovrà acquisire un'autocertificazione da cui potrà appurare la residenza ai fini fiscali del titolare del conto. Proseguendo alla trattazione dei conti preesistenti di entità, si possono distinguere tre diverse ipotesi:

- 1) *"Conti di entità per i quali non sussiste l'obbligo di verifica, identificazione e comunicazione. Si tratta di conti con saldo o valore aggregato che non superi, al 31 dicembre 2015, un importo convertito in valuta nazionale che non superi i 250.000 USD"*
- 2) *Conti di entità soggetti a verifica. Sono quelli il cui saldo o valore aggregato superi l'importo di 250.000 USD convertito in valuta nazionale, al 31 dicembre 2015*
- 3) *Conti di entità per i quali sussiste l'obbligo di comunicazione: sono quelli detenuti da una o più entità che sono Persone Oggetto di Comunicazione, o da*

entità non finanziarie passive, con una o più persone che esercitano il controllo che sono Persone Oggetto di Comunicazione¹⁴⁵”.

Per determinare se il conto è detenuto da una o più Persone Oggetto di Comunicazione, l'Istituzione Finanziaria dovrà procedere attraverso il seguente iter: per prima cosa, si dovrà determinare se l'entità è una Persona Oggetto di Comunicazione verificando le informazioni a disposizione anche attraverso la normativa antiriciclaggio e verificare se dalle informazioni raccolte si evince che il titolare del conto sia residente in uno Stato membro. Successivamente si dovrà determinare se il titolare del conto è un Entità Non Finanziaria Passiva, verificando inoltre quali persone esercitano il controllo sul titolare del conto e controllare se questa sia una Persona Oggetto di Comunicazione. Infine per i nuovi conti di entità, l'Istituzione dovrà attuare le seguenti procedure per determinare se si tratti di un conto detenuto da o una o più Persone Oggetto di Comunicazione: la prima procedura si sostanzia nell'acquisire un'autocertificazione che consenta di determinare la residenza ai fini fiscali del titolare del conto e di confermare la veridicità di tali dati; successivamente determinare se si tratta di Entità Non Finanziaria Passiva con una o più persone che esercitano il controllo e che sono Persone Oggetto di Comunicazione attuando le medesime procedure previste nei conti già esistenti di entità. Di contro, l'allegato II prevede delle norme complementari, disciplinando i casi di cambiamento di circostanze e la residenza di un'Istituzione Finanziaria. In particolare si prevede come criterio identificativo della residenza l'assoggettamento alla giurisdizione di uno Stato membro, ovvero se lo Stato membro ha la facoltà di imporre le proprie disposizioni in materia di rendicontazione. In Italia, la Direttiva 2014/107/UE è stata recepita attraverso il Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze del 28 dicembre 2015. Attraverso tale Decreto si è introdotto nell'ordinamento italiano il Common Reporting Standard (CRS)¹⁴⁶. A

¹⁴⁵ Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione

¹⁴⁶ Il CRS è stato approvato in sede OCSE nel 2014 e prevede:

- Un modello di accordo intergovernativo
- Un comune set di regole procedurali relative all'adeguata verifica fiscale dei conti finanziari

partire dal periodo d'imposta 2016, le Autorità aderenti allo standard procederanno alla trasmissione automatica delle informazioni di cui vengono a conoscenza attraverso gli intermediari finanziari, in relazione a conti e titolari dei medesimi. Le informazioni saranno raccolte e trasmesse all'Agenzia delle Entrate, che provvederà a sua volta ad inviarle alle Autorità degli altri Stati con i quali è in vigore l'accordo. Le informazioni che sono oggetto di scambio riguardano innanzitutto gli estremi identificativi dei titolari del conto, ed inoltre tutte le informazioni utili al fine di identificare non solo i redditi di capitali, ma anche i corrispettivi delle vendite ed il riscatto degli strumenti finanziari.

3.2.4 Ulteriori Direttive

Nel presente paragrafo si cercherà di analizzare, se pur brevemente, le ulteriori Direttive che hanno portato un contributo nella lotta all'elusione fiscale, modificando la Direttiva 2011/16/UE. Infine ci si concentrerà nello specifico sulla Direttiva 2018/822/UE, meglio conosciuta come DAC 6. Dunque, ulteriori modifiche alla Direttiva 2011/16/UE sono state introdotte dalla Direttiva 2015/2376/UE, meglio conosciuta come DAC 3, che introduceva nello scambio automatico le informazioni riguardanti i tax rulings che i contribuenti stipulavano con le Amministrazioni degli altri Stati membri. Per dare una definizione puntuale di ruling si farà riferimento a quanto disposto dal progetto BEPS: *“un ruling è costituito da qualsiasi consiglio, informazione o promessa fornita dall'autorità fiscale a uno specifico contribuente o gruppi di contribuenti concernenti la loro situazione fiscale e sulle quali essi possono fare affidamento”*. Di contro, non saranno considerati ruling tutti gli accordi che il contribuente stipula a seguito di *“un accertamento fiscale¹⁴⁷”*. La Direttiva 2015/2376/UE introduce l'art.8-bis, che stabilisce che gli Stati membri dovranno

- Un Commentario contenente i chiarimenti interpretativi e un set di regole tecniche che disciplinano la trasmissione delle informazioni

¹⁴⁷ Cfr. “Ruling fiscale e scambio automatico di informazioni: la disciplina del ruling internazionale e scambio automatico di informazioni. Tipologie di ruling e soggetti a cui si applicano”, a cura di Federico Migliorini, in Fiscomania.com

pubblicare le disposizioni legislative necessarie per adeguare la normativa nazionale alle ulteriori novità sullo scambio automatico di informazioni. La stessa Direttiva, inoltre, fornisce delle indicazioni per stabilire quali ruling debbano essere oggetto di scambio automatico, facendo riferimento agli accordi preventivi transfrontalieri e gli accordi preventivi sui prezzi di trasferimento. La definizione di questi due accordi è rinvenibile sia nel progetto BEPS che nelle linee guida stabilite dall'OCSE: gli accordi fiscali preventivi (ATR) rappresentano specifici accordi tra l'autorità fiscale ed un singolo contribuente; essi sono posti in essere al fine di conoscere le conseguenze derivanti dall'aver posto in essere una specifica operazione, garantendo la completa affidabilità nel caso in cui siano accettati dall'autorità fiscale. Un accordo preventivo sui prezzi di trasferimento (APA), invece, è definito come *“un accordo che fissa, prima della realizzazione delle transazioni da controllare, una determinata serie di criteri per la determinazione dei prezzi di trasferimento applicati a quelle transazioni nel corso di un determinato periodo di tempo”¹⁴⁸*. Gli accordi preventivi transfrontalieri e gli accordi preventivi sui prezzi di trasferimento saranno oggetto di scambio esclusivamente se sono stati emanati, modificati o rinnovati tra il 1° gennaio 2012 ed il 31 dicembre 2013, a condizione che siano ancora validi al 1° gennaio 2014. Di contro, se si tratta di accordi stipulati tra il 1° gennaio 2014 ed il 31 dicembre 2016, questi saranno oggetto di scambio anche nel caso in cui non fossero più validi alla fine del periodo.

Con la Direttiva 2016/881/UE, meglio conosciuta come DAC 4, viene introdotto l'art.8-bis, il quale allarga l'ambito di applicazione dello scambio di informazioni alla rendicontazione Paese per Paese. Secondo quest'ultima: *“ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per imporre alla controllante holding di un gruppo di imprese multinazionale che è residente ai fini fiscali nel suo territorio, o a qualsiasi altra entità tenuta alla rendicontazione, di presentare una rendicontazione Paese per*

¹⁴⁸ Cfr. “Ruling fiscale e scambio automatico di informazioni: la disciplina del ruling internazionale e scambio automatico di informazioni. Tipologie di ruling e soggetti a cui si applicano”, a cura di Federico Migliorini, in Fiscomania.com

Paese”. Con tale Direttiva si è provveduto a dare attuazione all’azione 13 del progetto BEPS, il quale prevedeva maggiori standard informativi in materia di transfer pricing a cui sono tenute le società multinazionali. Le indicazioni contenute nell’azione 13 del progetto BEPS sono state recepite in Italia con la Legge 28 dicembre 2015 n.208, dove all’art.1 comma 145 si prevede che la società controllante di un gruppo multinazionale, residente nel territorio dello Stato ai sensi dell’art.73¹⁴⁹ del T.U.I.R presenti una rendicontazione Paese per Paese all’Agenzia delle Entrate. L’obbligo di presentare la rendicontazione spetterà alla società capogruppo tenuta alla redazione del bilancio consolidato, a condizione che il fatturato, così come derivante dal bilancio consolidato, non sia inferiore ad euro 750 milioni. Le modalità con cui la rendicontazione deve essere trasmessa sono stabilite con il Decreto del Ministro dell’Economia e delle Finanze del 23 febbraio 2017. In base a quanto disposto dall’art.4 del citato Decreto, il rendiconto dovrà contenere *“i dati aggregati di tutte le entità appartenenti al gruppo”*¹⁵⁰, in riferimento a:

- Ricavi
- Utili ante o perdite ante imposte
- Utili non distribuiti
- Capitale
- Numero di dipendenti

¹⁴⁹ Secondo il terzo comma dell’art.73: *“ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell’amministrazione o l’oggetto principale nel territorio dello Stato. Si considerano altresì residenti nel territorio dello Stato gli organismi di investimento collettivo del risparmio istituiti in Italia e, salvo prova contraria, i trust e gli istituti aventi analogo contenuto istituiti in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto del Ministro dell’economia e delle finanze emanato ai sensi dell’articolo 168 bis, in cui almeno uno dei disponenti ed almeno uno dei beneficiari del trust siano fiscalmente residenti nel territorio dello Stato. Si considerano, inoltre, residenti nel territorio dello Stato i trust istituiti in uno Stato diverso da quelli di cui al decreto del Ministro dell’economia e delle finanze emanato ai sensi dell’articolo 168 bis, quando, successivamente alla loro costituzione, un soggetto residente nel territorio dello Stato effettui in favore del trust un’attribuzione che importi il trasferimento di proprietà di beni immobili o la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari, anche per quote, nonché vincoli di destinazione sugli stessi”*

¹⁵⁰ Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione

- Immobilizzazioni materiali diverse dalle disponibilità liquide o mezzi equivalenti
- L'identificazione delle società, precisando la giurisdizione fiscale di costituzione
- La natura delle attività svolte

Tali obblighi riguardano le informazioni contenute negli esercizi dal 1° gennaio 2016. Il rendiconto dovrà essere consegnato annualmente all'Amministrazione finanziaria del Paese di residenza della capogruppo, ed in ogni caso non oltre i 12 mesi successivi al termine dell'esercizio della società capogruppo. Contrariamente alle Direttive appena descritte, la Direttiva 2016/2258/UE, meglio conosciuta come DAC 5, non ha ampliato l'ambito di applicazione dello scambio di informazioni. Tuttavia, la sua funzione è estremamente importante: consente alle autorità di avere accesso alle informazioni raccolte dalle autorità di contrasto al riciclaggio. Nello specifico la Direttiva 2016/2258/UE modifica l'art.22 della Direttiva 2011/16/UE, introducendo il comma 1-bis, il quale prevede che *“le autorità fiscali possano esercitare anche il controllo anche con riferimento alle entità intermedie nell'ambito dello scambio automatico di dati e notizie riguardanti i conti finanziari¹⁵¹”*. L'obiettivo principale della DAC 5 è quello di rendere disponibili le informazioni riguardanti i beneficiari effettivi alle autorità fiscali. In Italia, la Direttiva 2016/2258/UE è stata recepita attraverso il D.lgs.n.60 del 18 maggio 2018: così facendo si prevede che i Servizi di Collegamento abbiano accesso alle notizie riguardanti i titolari effettivi di persone giuridiche collocate nell'apposita sezione del Registro delle imprese.

¹⁵¹ Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione

3.3 Direttiva 2018/882/UE

Come analizzato nel secondo capitolo, gli Stati membri dell'Unione Europea nel corso dell'ultimo decennio hanno adottato delle pratiche comunitarie al fine di combattere la pianificazione fiscale aggressiva. In particolare si fa riferimento al progetto BEPS, nonché le Direttive attuative di quest'ultimo, come ATAD 1 e ATAD 2. L'azione 12 del progetto BEPS contiene le cosiddette Mandatory Disclosure Rules. In particolare tale azione prevede *“l'elaborazione di raccomandazioni aventi ad oggetto specifiche regole di disclosure, con riferimento agli schemi di pianificazione fiscale aggressiva adottati dai contribuenti al fine di agevolare le Amministrazioni finanziarie nell'attività di identificazione delle principali aree di rischio e nella tempestiva adozione di misure adeguate a contrastarle¹⁵²”*. Dunque, sono previste delle norme sulla disclosure obbligatoria ed un esame degli schemi fiscali utilizzati ed uno scambio di informazioni riguardanti gli schemi di aggressive tax planning. Ne segue che l'azione 12 del progetto BEPS disciplina alcuni aspetti comuni, precisando quali siano i soggetti obbligati alla disclosure¹⁵³ e l'oggetto¹⁵⁴ della stessa. In tale contesto si colloca la Direttiva 2018/822/UE, meglio conosciuta come DAC 6, che introduce lo scambio automatico di informazioni in relazione ai meccanismi transfrontalieri. L'obiettivo della Direttiva è quello di prevenire meccanismi di pianificazione fiscale aggressiva, scongiurandone così l'attuazione. La Direttiva sopra citata, introduce l'art.8-bis-ter nella Direttiva 2011/16/UE, prevedendo l'obbligo gravante sugli intermediari di comunicare le informazioni sui meccanismi transfrontalieri che presentano particolari elementi distintivi. Gli elementi distintivi si distinguono in generali e specifici: quelli generali si basano sul criterio del vantaggio principale, dove

¹⁵² Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione

¹⁵³ Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione. L'informativa obbligatoria dovrebbe essere a carico dei contribuenti o dei soggetti che hanno promosso gli schemi di potenziale pianificazione fiscale aggressiva

¹⁵⁴ Cfr. Manuale di fiscalità internazionale, a cura di Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini e Anna Sfondrini, VIII edizione. Gli stati dovranno identificare le tipologie di schemi di potenziale aggressive tax planning o transazioni considerate potenzialmente abusive per le quali si rende necessaria la disclosure e quali informazioni devono essere comunicate.

si verificherà che il principale vantaggio o uno dei principali sia riconducibile ad un meccanismo di natura fiscale (categoria A). Di contro, quelli specifici riguardano operazioni circolari da cui è possibile ottenere un vantaggio principale (categoria B), le operazioni transfrontaliere che coinvolgono regimi fiscali privilegiati o casi di doppia non imposizione o doppia deduzione (categoria C), il beneficiario effettivo (categoria D) ed infine i prezzi di trasferimento (categoria E). In Italia, tale Direttiva è stata recepita attraverso il D.lgs.n.100/2020. Nei prossimi paragrafi ci si concentrerà in particolar modo sui chiarimenti forniti dalla Circolare n.2/2021 dell'Agenzia delle Entrate, specificando sia l'ambito soggetto che oggettivo di applicazione del Decreto e quindi della Direttiva DAC 6.

3.3.1 Ambito soggettivo

Il D.lgs.100/2020 specifica che il meccanismo transfrontaliero si applica sia all'intermediario che al contribuente. Per ognuno di questi soggetti, lo stesso Decreto chiarisce il loro significato. Quindi, per la definizione di intermediari viene introdotto un elenco positivo all'art.2 comma 1: sono inclusi nella categoria degli intermediari:

- a) *“Le istituzioni finanziarie tenute alla comunicazione delle informazioni rilevanti ai fini della normativa sullo scambio automatico di informazioni in base alla Direttiva 2014/107/UE e al Common Reporting Standard (CRS), di cui all'articolo 1, comma 1, lettera n) del decreto del Ministero dell'economia e delle finanze del 28 dicembre 2015, tra cui: banche, società di gestione accentrata di strumenti finanziari, società di intermediazione mobiliare, società di gestione del risparmio, imprese di assicurazione, organismi di investimento collettivo del risparmio, società fiduciarie, trust, stabili organizzazioni di istituzioni finanziarie estere che svolgono le medesime attività delle istituzioni finanziarie tenute alla comunicazione*

- b) *I professionisti soggetti agli obblighi antiriciclaggio, individuati dall'art.3 comma 4 del D.lgs.n.231 del 21 novembre 2007, fra cui: dottori commercialisti, esperti contabili, consulenti del lavoro, notai e avvocati”*

Occorre precisare che tale elenco è considerato a titolo esemplificativo e non esaustivo, e che un soggetto può essere incluso in tale elenco esclusivamente se svolge una delle seguenti attività: elaborazione, commercializzazione, organizzazione o messa a disposizione ai fini dell'attuazione di un meccanismo transfrontaliero, come emerge dalla Circolare n.2/2021 dell'Agenzia delle Entrate. All'interno della categoria degli intermediari è possibile individuare due figure diverse tra loro:

- *“Il promotore, cioè colui che è responsabile dell'elaborazione, commercializzazione, organizzazione o messa a disposizione ai fini dell'attuazione di un meccanismo transfrontaliero da comunicare, o ne gestisce in autonomia l'intera attuazione*
- *Il fornitore di servizi, ovvero colui che direttamente o attraverso altri soggetti, svolge un'attività di assistenza o consulenza riguardo alla elaborazione, commercializzazione, messa a disposizione ai fini dell'attuazione o gestione dell'attuazione del meccanismo transfrontaliero¹⁵⁵”*

Tale differenze risulta particolarmente rilevante in relazione allo standard di conoscenza dell'informazione da comunicare. Vi è infatti una diversa presunzione di conoscenza a seconda che l'intermediario sia un promotore o un fornitore di servizi: *“il fornitore di servizi, a differenza del promotore, ha l'onere di comunicare il meccanismo transfrontaliero soltanto se avuto riguardo alle informazioni disponibili e le competenze necessarie per svolgere tale attività, sappia o abbia un motivo ragionevole per concludere che il medesimo meccanismo sia rilevante ai fini della comunicazione¹⁵⁶”*. L'art.4 comma 3 del Decreto Ministeriale del 17 novembre 2020,

¹⁵⁵ Cfr. Circolare n.2/2021, pag.15

¹⁵⁶ Cfr. “implementazione della DAC 6 in Italia: inquadramento normativo e aspetti operativi nelle operazioni cross-border”, di Alessandro Furlan e Luca Sormani, in “Fiscalità e Commercio Internazionale” n.4 del 2021

che ha fornito le regole tecniche per l'applicazione della Direttiva, prevede una presunzione legale relativa di assenza dello standard di conoscenza in relazione a particolare tipologie di operazioni. In particolare, si tratta di operazioni caratterizzate da un grado di discrezionalità minimo dell'intermediario. A titolo esemplificativo e non esaustivo, rientrano in tale ambito:

- *“Operazioni allo sportello o da remoto per la predisposizione di bonifici, incassi e pagamenti ordinari*
- *Operazioni bancarie caratterizzate da procedure standardizzate quali le compravendite e i collocamenti di strumenti finanziari quotati su mercati regolamentati italiani ed esteri e le correlate operazioni accessorie quali la custodia e l'amministrazione dei suddetti strumenti finanziari, nonché la raccolta ed esecuzione dei relativi ordini*
- *Il mero collocamento di quote di Organismo d'Investimento Collettivo del Risparmio, salvo che non si tratti di strumenti finanziari creati appositamente per una categoria di investitori*
- *Operazioni di credito al consumo e stipula di contratti di cessione del quinto dello stipendio¹⁵⁷”*

Di contro, le operazioni appena citate realizzano lo standard di conoscenza qualora, sulla base delle informazioni assunte, il fornitore di servizi abbia il ragionevole dubbio che tali operazioni facciano parte di un meccanismo transfrontaliero soggetto ad obbligo di comunicazione.

Nell'ambito soggettivo della Direttiva DAC 6 rientrano anche i contribuenti, ovvero: *“qualunque soggetto che attua o a favore del quale viene messo a disposizione, ai fini dell'attuazione, un meccanismo transfrontaliero”*. L'obbligo di comunicazione di un meccanismo transfrontaliero da parte del contribuente è subordinato a requisiti

¹⁵⁷ Cfr. Circolare n.2/2021, pag.22

territoriali. Ne segue che almeno una delle seguenti condizioni deve essere rispettata in riferimento al contribuente:

- a) *“È residente ai fini fiscali nel territorio dello Stato*
- b) *Dispone di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato che beneficia del meccanismo transfrontaliero oggetto di comunicazione*
- c) *Non soddisfa le condizioni di cui ai punti precedenti e percepisce redditi o genera utili prodotti nel territorio dello Stato*
- d) *Non soddisfa nessuna delle condizioni di cui ai punti precedenti e svolge la propria attività nel territorio dello Stato”*

Come chiarito dalla stessa Circolare dell’Agenzia delle Entrate n.2/2021, il criterio seguito per la fattispecie prevista alla lettera c) è quello dell’art.23 del T.U.I.R.

3.3.2 Ambito oggettivo

La Direttiva DAC 6 si applica ai meccanismi transfrontalieri che sono suscettibili di arrecare danno al corretto funzionamento dello scambio di informazioni e di consentire, quindi, fenomeni evasivi o elusivi. Per essere oggetto di comunicazione, il meccanismo transfrontaliero deve essere connotato dai seguenti aspetti, e solo in alcune ipotesi contemporaneamente:

- a) Transnazionalità del meccanismo
- b) Sussistenza di almeno uno degli elementi distintivi previsti dall’Allegato I del D.lgs.100/2020
- c) Riduzione dell’imposta dovuta in un Paese dell’Unione Europea o in uno Stato terzo con il quale è in vigore uno specifico accordo per lo scambio di informazioni, avente ad oggetto i meccanismi transfrontalieri
- d) Presenza di un vantaggio fiscale

In ogni caso, un meccanismo transfrontaliero che rientri nell’ambito di applicazione della Direttiva DAC 6, rispetterà sempre i primi due elementi. Prima di procedere ad

esaminare i criteri di identificazione di un meccanismo transfrontaliero, è utile specificare cosa si intenda per questo. Secondo l'art.2 comma 1, lettera a) del D.lgs.100/2020 si tratta di “uno schema, accordo o progetto, riguardante l'Italia e una o più giurisdizioni estere”. Ognuno di questi termini ha un preciso significato. Quindi, per schema si intende una serie di transazioni interconnesse, il progetto è l'architettura dello schema, ovvero le ipotesi teoriche che lo compongono. Infine, per accordo si intende una “*qualsiasi intesa legalmente vincolante*”. Cosa ben diversa è la qualificazione di transfrontaliero. Questa ricorre, nel caso di rapporti tra Italia ed un altro Paese, al ricorrere di una delle seguenti ipotesi:

- 1) *“Non tutti i partecipanti allo schema, accordo o progetto sono residenti fiscalmente nel territorio dello Stato*
- 2) *Uno o più partecipanti allo schema, accordo o progetto sono contemporaneamente residenti ai fini fiscali nel territorio dello Stato e in una o più giurisdizioni estere. Tale previsione ha l'obiettivo di catturare le situazioni in cui almeno uno dei partecipanti al meccanismo abbia la doppia residenza fiscale, di cui una in Italia*
- 3) *Uno o più partecipanti allo schema, accordo o progetto svolgono la propria attività in una giurisdizione estera tramite una stabile organizzazione ivi situata e lo schema, accordo o progetto riguarda almeno una parte dell'attività della stabile organizzazione*
- 4) *Uno o più partecipanti allo schema, accordo o progetto, senza essere residenti ai fini fiscali o avere una stabile organizzazione in una giurisdizione estera svolgono in tale giurisdizione la propria attività*
- 5) *Lo schema, accordo o progetto può alterare la corretta applicazione delle procedure sullo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari o consentire l'utilizzo di strutture offshore opache¹⁵⁸”*

¹⁵⁸ Cfr. Circolare Agenzia delle Entrate n.2/2021

A questo punto, si passerà ad analizzare gli elementi ricorrenti che permettono al meccanismo transfrontaliero di rientrare nel campo di applicazione Direttiva DAC 6

3.3.3 Riduzione d'imposta

Il criterio della riduzione d'imposta consente di identificare quei meccanismi transfrontalieri che dovranno essere oggetto di comunicazione, in particolare *“se sono suscettibili di determinare una riduzione delle imposte cui si applica la Direttiva 2011/16/UE”*. La riduzione d'imposta deve essere letta tenendo presente quanto disposto dal D.lgs.100/2020 e dal D.M del 17 novembre 2020 del Ministero dell'Economia e delle Finanze. Il primo definisce il vantaggio fiscale come *“uno tra i principali vantaggi avente natura fiscale che ragionevolmente ci si attende dal meccanismo transfrontaliero, tenuto conto dei fatti e delle circostanze”*. Di contro, il decreto ministeriale detta i criteri per la sua determinazione, affermando che il vantaggio fiscale si calcoli come *“differenza tra le imposte da assolvere sulla base di uno o più meccanismi transfrontalieri e le medesime imposte che sarebbero dovute in assenza di tali o tali meccanismi”*. Dalla lettura di quanto disposto dal D.lgs.100/2020, non è necessario che il vantaggio fiscale sia concreto, ma è sufficiente che sia potenziale: *“ne consegue che la riduzione d'imposta è da intendersi in termini potenziali, ossia quale vantaggio di natura fiscale che ci si può attendere come logica conseguenza dei fatti e delle circostanze del caso”¹⁵⁹*. A titolo esemplificativo e non esaustivo, rientrano nel concetto di riduzione d'imposta, come specificato nella Circolare dell'Agenzia delle Entrate n.2/2021:

- L'ottenimento di una riduzione di base imponibile o d'imposta rispetto a quelle determinabili in assenza di meccanismo

¹⁵⁹ Cfr. “implementazione della DAC 6 in Italia: inquadramento normativo e aspetti operativi nelle operazioni cross-border”, di Alessandro Furlan e Luca Sormani, in “Fiscalità e Commercio Internazionale” n.4 del 2021

- L'ottenimento di un rimedio contro la doppia imposizione, oppure un incremento dello stesso rispetto a quello spettante in assenza del meccanismo
- L'ottenimento di un rimborso d'imposta o l'incremento dello stesso rispetto a quello spettante in assenza del meccanismo
- Il differimento non a breve termine del pagamento d'imposta
- L'eliminazione delle ritenute alla fonte ovvero la loro riduzione

Per quanto riguarda le imposte nei confronti delle quali è possibile ravvisare una riduzione, vengono prese in considerazione solo quelle che rientrano nel campo di applicazione della Direttiva 2011/16/UE. Sono escluse, quindi, l'IVA, i dazi doganali e le accise.

3.3.4 Vantaggio principale

Ulteriore elemento qualificante i meccanismi transfrontalieri oggetto di comunicazione è il criterio del vantaggio principale (Main Benefit Test, di seguito MBT). In base all'art.7 comma 1 del D.M del 17 novembre 2020, il vantaggio fiscale deve essere verificato in relazione agli elementi distintivi previsti nell'Allegato I del D.lgs.100/2020. Ne segue che il vantaggio principale può essere rilevato esclusivamente in riferimento a meccanismi che posseggono un elemento distintivo. Inoltre, riguardo le modalità di applicazione dell'MBT, il comma 2 dell'art.7 afferma che il criterio del vantaggio principale *“ricorre quando il vantaggio fiscale relativo alle imposte cui si applica la Direttiva 2011/16/UE derivabile dall'attuazione di uno o più meccanismi transfrontalieri e conseguibile da uno o più contribuenti di cui all'art.2, comma 1, lettera d) del D.lgs.100/2020, è superiore al cinquanta per cento della somma del suddetto vantaggio fiscale e dei vantaggi extrafiscali”*. Da tale disposizione si evince che il criterio del vantaggio principale sia caratterizzato da due elementi:

- 1) Esistenza di un vantaggio fiscale conseguibile da uno o più contribuenti in Italia
- 2) La prevalenza del vantaggio fiscale rispetto ai vantaggi extrafiscali

Per quanto riguarda il secondo elemento, ci si affida ad una formula matematica: il rapporto tra il vantaggio fiscale e la somma del vantaggio fiscale ed il vantaggio extrafiscale deve essere superiore al cinquanta per cento. L'aver fatto riferimento ad una formula matematica riduce il grado di soggettività del criterio, affidandosi, dunque, a criteri oggettivi che non indagano sulle motivazioni o le intenzioni dei soggetti che hanno posto in essere il meccanismo transfrontaliero. Con riferimento al vantaggio fiscale presente al numeratore della formula sopra citata, l'art.7 comma 3 afferma che *“il vantaggio fiscale si calcola come differenza tra le imposte da assolvere sulla base di uno o più meccanismi transfrontalieri e le medesime imposte che sarebbero dovute in assenza di tale o tali meccanismi”*. Inoltre, viene precisato che si dovrà far riferimento nel calcolo anche alle imposte assolute negli altri Paesi, sia membri dell'Unione Europea che esteri, con i quali è in vigore un accordo per lo scambio di informazioni. Quindi sarà determinato *“avendo riferimento agli effetti complessivi prodotti dal meccanismo¹⁶⁰”*. Di contro, i vantaggi di natura extrafiscale sono definiti come *“qualunque vantaggio economico quantificabile di natura non fiscale”*. La condizione che il vantaggio debba essere necessariamente quantificabile consente di discriminare tutti quei benefici che pur essendo legati all'impresa non sono determinabili. Ne segue che il vantaggio sarà rilevato sempre in riferimento a costi e ricavi. Inoltre, questi dovranno essere determinati nel momento in cui sorge l'obbligo di comunicazione, attraverso l'ausilio di bilanci previsionali o altri documenti da cui possono derivare.

¹⁶⁰ Cfr. “implementazione della DAC 6 in Italia: inquadramento normativo e aspetti operativi nelle operazioni cross-border”, di Alessandro Furlan e Luca Sormani, in “Fiscalità e Commercio Internazionale” n.4 del 2021

3.4 Elementi distintivi

L'art.5 comma 1 del D.lgs.100/2020 prevede che *“il meccanismo transfrontaliero è soggetto all’obbligo di comunicazione se sussiste almeno uno degli elementi distintivi”*. Gli elementi distintivi si sostanziano in indici di rischio di elusione ed evasione, tale per cui si rende necessario rendere oggetto di comunicazione tali meccanismi. Gli elementi distintivi, indicati attraverso le lettere dalla A alla E, si distinguono in due grandi categorie:

- Elementi distintivi generici
- Elementi distintivi specifici

Gli elementi distintivi generici individuano delle caratteristiche comuni ai meccanismi, che in particolari circostanze rendono il meccanismo transfrontaliero oggetto di comunicazione. Chiaro esempio di quanto appena detto è l'elemento distintivo A, che oltre a possedere l'elemento distintivo deve rispettare la condizione del vantaggio principale. Di contro, gli elementi distintivi specifici si riferiscono a determinate fattispecie che di per sé possono arrecare potenziali perdite fiscali. Ai fini del presente elaborato sarà analizzato un elemento distintivo generico ed uno specifico, rispettivamente alla lettera A e B. Partendo dall'allegato A, questo identifica degli elementi distintivi generici basati sulla figura dell'intermediario:

- Obblighi di riservatezza a carico dei partecipanti nei confronti di altri intermediari o autorità fiscali. Il Dlgs.100/2020 identifica quale fattispecie come *“in cui almeno un partecipante al meccanismo si impegna a rispettare una condizione di riservatezza che può comportare la non comunicazione ad altri intermediari o alle autorità fiscali delle modalità con cui il meccanismo potrebbe garantire un vantaggio fiscale”*. La riservatezza può essere adottata sia nei confronti di un altro intermediario, che verso l'autorità fiscale. Inoltre, la clausola di riservatezza dovrà contenere le modalità con cui il meccanismo potrebbe garantire un vantaggio fiscale. La clausola deve essere necessariamente collegata ad un ambito fiscale: non saranno prese in considerazione le clausole

di riservatezza diverse, come nel caso in cui siano funzionali alla tutela di un segreto industriale

- Commissioni richieste dall'intermediario e collegate all'ottenimento di un vantaggio fiscale derivante dallo schema, accordo o progetto. Si tratta della circostanza in cui l'intermediario è *“autorizzato a ricevere una commissione per il meccanismo e tale commissione è fissata in riferimento all'entità del vantaggio fiscale derivante dal meccanismo, oppure al fatto che dal meccanismo sia effettivamente derivato un vantaggio fiscale”*.
- Prodotti fiscali standardizzati. Questa si verifica nel caso di *“un meccanismo che ha una documentazione e/o una struttura sostanzialmente standardizzata ed è a disposizione di più contribuenti pertinenti senza bisogno di personalizzarne in modo sostanziale l'attuazione”*. In particolare, rappresentano indici di tali fattispecie l'uso di una documentazione non diversificata oppure schemi negoziali e strutture societarie sostanzialmente tipizzati e ripetibili. Al riguardo, occorre precisare che l'art.8 comma 1 del D.lgs.100/2020 pone un'eccezione, non facendo rientrare in tali fattispecie il meccanismo, se *“è finalizzato alla fruizione di un singolo regime fiscale di agevolazione previsto dall'ordinamento dello Stato e al ricorrere delle condizioni previste dalla disposizione di agevolazione”*.

Passando alla trattazione della lettera B dell'Allegato I del D.lgs.100/2020, questo identifica gli specifici elementi distintivi che hanno ad oggetto operazioni suscettibili di realizzare fattispecie elusive o evasive. Ancora una volta, tali fattispecie assumono rilevanza nel caso in cui sia realizzato un vantaggio fiscale: risulta evidente che se la ratio di tali operazioni è quella, ad esempio, di realizzare una fattispecie elusiva, devono essere rispettate tutte le condizioni affinché la stessa sia rinvenibile come tale. Le operazioni previste alla lettera B si sostanziano in:

- Acquisizioni di società in perdita. Si tratta di schemi, accordi o progetti che pur avendo diverse caratteristiche, hanno l'obiettivo di mettere a disposizione le perdite fiscali per ridurre il debito d'imposta. In particolare è *“un meccanismo*

in cui un partecipante al meccanismo stesso adotta misure artificiose consistenti nell'acquisire una società in perdita, interromperne l'attività principale e utilizzarne le perdite per ridurre il suo debito d'imposta, anche mediante il trasferimento di tali perdite verso un'altra giurisdizione o accelerazione dell'uso di tali perdite". Per rientrare in tale fattispecie, devono sussistere contemporaneamente: l'acquisto della società in perdita, l'interruzione della sua attività principale e l'utilizzo delle perdite per ridurre il debito d'imposta. L'acquisizione in riferimento deve essere tale da permettere il cambiamento dell'attività principale, quindi uno di quelli previsti dall'art.2359 del c.c. Inoltre per l'attività principale si applica il criterio della prevalenza della sostanza sulla forma, identificando quale attività principale oggetto di cambiamento quello effettivamente svolta dalla società.

- Conversione del reddito in capitale, conferimenti o altre categorie in modo da avere una tassazione più agevole. Si tratta di *“un meccanismo che ha come effetto la conversione del reddito in capitale, doni o altre categorie di reddito tassate a un livello inferiore o esenti da imposta”*. La conversione implica che i flussi reddituali non rientreranno nella base imponibile poiché trattati fiscalmente come capitale, conferimenti o apporti. Di contro, si rileva che la conversione possa anche prevedere un livello inferiore di tassazione, facendo quindi rientrare nella base imponibile i flussi reddituali ma con imposizione inferiore. Tale fattispecie è spesso utilizzata negli strumenti finanziari ibridi
- Operazioni circolari. *“Un meccanismo comprendente operazioni circolari che si traducono in un carosello di fondi, in particolare tramite coinvolgimento di entità interposte che non svolgono nessun'altra funzione commerciale primaria o operazioni che si compensano o si annullano reciprocamente o che presentano altre caratteristiche simili”*. Da tale definizione si evince che per configurare l'elemento distintivo, deve ricorrere una delle seguenti circostanze: utilizzo di entità interposte che non svolgono nessun'altra attività commerciale

principale oppure operazioni che si compensano o si annullano reciprocamente o che producono effetti simili.

3.4.1 Caso pratico

Per una maggiore chiarezza, di seguito sarà analizzato un caso pratico di meccanismi transfrontalieri di particolare interesse. In particolare si tratta di un'operazione realizzata da più società appartenenti allo stesso gruppo. L'operazione consiste nella cessione di partecipazioni ad una consociata estera: si ipotizza che una società italiana ITA1 ceda all'interno del gruppo le quote di partecipazioni nella società italiana ITA2. Le partecipazioni sono cedute alla società capogruppo UE1, residente in uno Stato membro. Tale operazione potrebbe integrare due elementi distintivi differenti: C.4 e E.3. Nella categoria C.4 vengono ricompresi i meccanismi che includono trasferimenti di attivi e in cui vi è una differenza significativa nell'importo considerato dovuto come contropartita degli attivi nelle giurisdizioni interessate: *“con riferimento alla possibilità che la cessione di azioni possa integrare l'hallmark C4, è quindi determinante valutare se la cessione o il trasferimento sia avvenuta ad un valore significativamente diverso dal valore di mercato¹⁶¹”*. Come chiarito anche nella Circolare n.2/2021 dell'Agenzia delle Entrate, nel concetto di attivi rientrano tutti i beni di natura patrimoniale, a prescindere dalla loro qualificazione. Inoltre, il termine significativo si riferisce ad una variazione rispetto al valore di mercato di almeno il 10%¹⁶². Resta da chiedersi se tale meccanismo possa, invece, integrare una fattispecie prevista dall'hallmark E.3, ovvero un trasferimento infragruppo di attività o rischi che comporti una riduzione dell'EBIT superiore al 50%. Occorre chiarire innanzitutto cosa

¹⁶¹ Cfr. “implementazione della DAC 6 in Italia: inquadramento normativo e aspetti operativi nelle operazioni cross-border”, di Alessandro Furlan e Luca Sormani, in “Fiscalità e Commercio Internazionale” n.4 del 2021

¹⁶² Cfr. “implementazione della DAC 6 in Italia: inquadramento normativo e aspetti operativi nelle operazioni cross-border”, di Alessandro Furlan e Luca Sormani, in “Fiscalità e Commercio Internazionale” n.4 del 2021. La soglia del 10% viene assunta per ragioni di semplificazione e di certezza ed è coerente con analoghe soglie utilizzate in altri contesti.

si intenda per EBIT. Al riguardo, non esiste una definizione univoca: si può far riferimento alle linee guida francesi in riferimento alla corretta applicazione della DAC 6, dove per EBIT si intende il risultato operativo. Alle medesime conclusioni si arriva attraverso la Circolare n.2/2021 dell'Agenzia delle Entrate, dove si precisa che per EBIT si assume il “*risultato operativo*” così come individuato dalle disposizioni del D.lgs.446/1997. In definitiva, è possibile affermare che nel caso in esame non si configuri un meccanismo transfrontaliero caratterizzato dall'elemento distintivo di cui alla lettera E, non essendo sufficiente la diminuzione dei dividendi per far sì che l'EBIT diminuisca di oltre il 50%.

3.4.2 Direttiva 2021/514/UE

La Direttiva 2021/514/UE, meglio conosciuta come DAC 7, mira a garantire un adeguato scambio di informazioni in relazione ai gestori delle piattaforme digitali, nonché ampliare l'ambito di applicazione dei redditi oggetto di comunicazione. Tale Direttiva si pone come valido meccanismo per contrastare i fenomeni elusivi derivanti dalla “*digital economy*”, e quindi dare attuazione ad una delle azioni previste dal progetto BEPS. In particolare, la nuova Direttiva DAC 7 interviene sui seguenti aspetti:

- Integrazione dell'art.5 riguardante lo scambio di informazioni su richiesta, introducendo la “prevedibile pertinenza”
- Integrazione dell'art.8, introducendo un nuovo elemento reddituale soggetto all'obbligo di comunicazione, ovvero i canoni. Inoltre, nello stesso articolo vengono introdotti specifici obblighi di comunicazione in capo ai gestori di piattaforme commerciali digitali
- Modifica dell'art.12 al fine di garantire una maggiore cooperazione amministrativa tra i Paesi

Partendo dal nuovo art.5, si afferma che “*l'autorità richiedente ritiene che, conformemente alla sua legislazione nazionale, vi sia una ragionevole possibilità che le informazioni richieste siano pertinenti per le questioni fiscali di uno o più*

*contribuenti, identificati nominativamente o in altro modo, e siano giustificate ai fini dell'indagine". Le informazioni per essere pertinenti dovranno essere supportate da valide informazioni fiscali al fine di scongiurare il rifiuto da parte dei Paesi. Il tema della prevedibile pertinenza quindi se da un lato consente di allargare le informazioni oggetto di scambio, dall'altro instaura un onere a carico dell'Autorità richiedente di dimostrare "la prevedibile pertinenza delle informazioni richieste" in riferimento al fine fiscale per il quale le informazioni sono ricercate. A supporto di tale tesi è utile ricordare quanto affermato nella sentenza C-246/19 del 6 ottobre 2020, con la quale la Corte UE si è espressa sulle controversie tra Lussemburgo ed alcune società in merito allo scambio di informazioni. *"Richiamando espressamente la sentenza Belioz¹⁶³, la Corte conclude che l'art.1 e 5 della DAC devono essere interpretati nel senso che una decisione con la quale l'Autorità competente di uno Stato membro obbliga un detentore di informazioni a fornirle...deve essere considerata come vertente su informazioni che non appaiono manifestatamente prive di qualsiasi prevedibile pertinenza, qualora essa precisi l'identità del detentore delle informazioni di cui trattasi, quella del contribuente oggetto dell'indagine da cui è scaturita la richiesta di scambio di informazioni e il periodo in cui si riferisce e, contratti, fatturazioni e pagamenti, che sono definiti mediante criteri attinenti in primo luogo al fatto che sono stati stipulati o effettuati dal detentore, in secondo luogo che si riferiscono al periodo in cui è effettuata l'indagine, ed in terzo luogo che abbiano un legame con il contribuente coinvolto¹⁶⁴". Inoltre, l'art.5 si innova prevedendo che le richieste di informazioni possano riguardare anche un gruppo di contribuenti che non possono essere identificati individualmente. Al riguardo si prevede che le informazioni debbano contenere almeno una descrizione dettagliata del gruppo nonché delle "ragioni giuridiche idonee a supportare un'attribuzione di responsabilità nei loro confronti¹⁶⁵".**

¹⁶³ Cfr. Sentenza C-682/15 del 2017

¹⁶⁴ Cfr. "DAC 7: pronta una nuova proposta per rafforzare la cooperazione amministrativa tra le autorità UE", di Mauro Manca, in "Rivista di Diritto Tributario", del 22 febbraio 2021

¹⁶⁵ Cfr. "DAC 7: pronta una nuova proposta per rafforzare la cooperazione amministrativa tra le autorità UE", di Mauro Manca, in "Rivista di Diritto Tributario", del 22 febbraio 2021

Infine, la nuova Direttiva DAC 7 all'art.8ac introduce un obbligo sul gestore di piattaforme di comunicare una vasta gamma di informazioni:

- Dati identificativi del gestore della piattaforma e del venditore, nonché il numero di partita IVA
- Identificativo del conto finanziario su cui il corrispettivo è pagato o accreditato nella misura in cui ne è a conoscenza il gestore della piattaforma
- Lo stato membro in cui il gestore della piattaforma è residente ai fini fiscali
- Il corrispettivo versato o accreditato con cadenza trimestrale
- Indirizzo di eventuali immobili locati e relativo numero di iscrizione al registro catastale

Al riguardo, occorre precisare che per piattaforma si *intende “qualsiasi software o sito web, o parti di essi, e le relative applicazioni, accessibile agli utenti e che consente ai venditori di essere collegati con altri utenti allo scopo di svolgere, direttamente o indirettamente, un'attività pertinente per tali utenti”*. La Direttiva 2021/514/UE troverà applicazione a partire dal 1° gennaio 2023. Diversamente dagli altri provvedimenti, l'elaborazione di tale Direttiva è stata prevista ancor prima di aver verificato gli effetti della Direttiva DAC 6. Come Specificato dalla stessa Commissione: *“la pandemia da Covid-19 rende ancora più urgente la necessità di proteggere le finanze pubbliche e di limitare le conseguenze socioeconomiche della crisi”*, rendendo ancor più attuale prevedere delle misure idonee a contrastare i fenomeni di elusione ed evasione fiscale.

Conclusioni

Le considerazioni fin qui effettuate consentirebbero di affermare che il fenomeno dell'elusione fiscale sia destinato ad attenuarsi nel tempo. Dapprima, la nuova definizione di abuso del diritto offerta dall'art.10-bis ha consentito di escludere dall'ambito del legittimo risparmio di imposta tutte quelle fattispecie che nonostante perseguissero lo scopo di un vantaggio fiscale non rientravano in una delle casistiche

previste dall'abrogato art.37-bis. Successivamente, la previsione di una clausola generale antiabuso (GAAR), introdotta attraverso la Direttiva ATAD 1, ha aumentato il divario tra elusione fiscale e legittimo risparmio d'imposta, garantendo una definizione più puntuale di costruzioni non genuine. Infine, attraverso le azioni previste dal progetto BEPS, si è arrivato ad un allineamento tra i regimi fiscali ed i cambiamenti del mondo del lavoro, prevedendo non solo una tassazione più trasparente ma anche una forma di cooperazione più ampia tra gli Stati membri. Attraverso questi meccanismi, l'elusione viene combattuta sia in riferimento ai grandi gruppi di imprese, soggetti alla Direttiva ATAD 1, e sia in riferimento ai piccoli contribuenti. Una regolamentazione generale riferita ai soli gruppi di imprese mal si prestava a combattere l'elusione in un contesto come quello italiano, dove il mercato è fortemente costituito da piccole e medie imprese. Se quindi in Italia i contribuenti minori restano ancorati alla fattispecie prevista dall'art.10-bis, si è verificato come questa risulta completamente in linea con la clausola generale antiabuso europea. Tali strumenti porteranno notevoli miglioramenti negli Stati: innanzitutto, si avrà una maggiore equità, prevedendo che non siano solo i contribuenti minori a dover essere debitori d'imposta per il reddito effettivamente prodotto. Successivamente, si avrà un maggiore gettito che garantirà il buon funzionamento dei servizi essenziali. Infine, in relazione all'aumento di gettito si potrà rimodulare il sistema impositivo, garantendo aliquote minori. In ogni caso, per veder realizzate le considerazioni appena effettuate, non è sufficiente che il fenomeno dell'elusione fiscale si attenui: è necessario contrastare anche le fattispecie che rientrano nell'evasione e nell'interposizione fittizia, fino ad arrivare al reato di riciclaggio. Proprio in tale contesto si intravedono i primi segnali di cooperazione tra Paesi, attraverso le recenti modifiche alla Direttiva 2011/16/UE. Infatti, una maggiore trasparenza in capo agli intermediari potrebbe essere la soluzione al problema non solo dell'elusione ma anche del reato di riciclaggio. Di contro, occorre anche tener conto del momento storico particolare in questi strumenti sono stati adottati. Una delle novità introdotte dalla Direttiva ATAD 1 ha generato non poche preoccupazioni tra i contribuenti. Si parla del limite al riporto delle eccedenze di oneri

finanziari. In particolare, come anche rilevato da Assonime con Circolare dell'8 luglio 2020, questo nuovo limite potrebbe generare una crisi di liquidità. Ciò che si intende sottolineare è che tali misure se da un lato si sono rese necessarie per il procrastinarsi del fenomeno elusivo, dall'altro potrebbero comportare la chiusura, e la conseguente riduzione di gettito nonché di posti di lavoro, di numerose aziende, rendendo nulli tutti i possibili scenari positivi. Per constatare quali siano stati gli effetti delle nuove misure di prevenzione alle fattispecie elusive, si dovrà attendere la ripresa economica post pandemia, dove sarà nuovamente intrapresa una libera circolazione dei capitali, nonché delle persone.

Bibliografia

DOTTRINA

TESAURO F., *“Istituzioni di diritto tributario”*, XIV edizione, 2020

ARTUSI M.F., *“abuso del diritto”*, Guide Eutekne,

TESAURO F., *“Istituzioni di diritto tributario”*, XI edizione

DELLA VALLE E., FICARI V. e MARINI G., *“Abuso del diritto ed elusione fiscale”* 2016

MELIS G., *“NOTE A SENTENZA-art 20 del Registro, ultimo atto: tra giudici piccati e pifferi di montagna, la consulta scrive il lieto fine”*, in *“Diritto e pratica Tributaria”*, n.1 del 2021, pag.237

GALLO F., op.cit., p.1331;

CONTRINO-MARCHESELLI, *“Luci ed ombre nella struttura dell’abuso fiscale riformato”*, in *Corr.trib.*, 2015,

ANTONINI M. e PIANTAVIGNIA P. *“L’antieconomicità va accertata in relazione alla situazione particolare della singola impresa”* in *Corriere Tributario* 3/2021

RANDAZZO F., *“Sul rapporto tra la lite sul diniego di agevolazioni pluriennali e le controversie sugli accertamenti annuali”*, in *Riv.dir.trib.*, n.6/2011

BUTTUS S. *“Ulteriori ridimensionamenti giurisprudenziali all’estensione del giudicato tributario”*, in *GT-Riv.giur.trib.*, n.6/2010

TRABUCCHI A. *“Abuso del diritto de iure condendo: non è sufficiente che il vantaggio fiscale costituisca l’unico scopo delle operazioni realizzate”*

ZIZZO G. *“L’abuso del diritto tra incertezze della delega e raccomandazioni europee”*, *Corr.Trib.*39,2014

BEGHIN, *“L’elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto”*, Padova, 2013

SCOGNAMIGLIO, voce *“inefficacia”*, in *Enc. Giur. Treccani*, passim; **GAMBARO**, voce *“abuso del diritto”*, II, in *Enc. Giur. Treccani*

BEGHIN, *“l’elusione tributaria, la nullità del contratto e l’azione di simulazione”*, in **BEGHIN**, *“l’elusione fiscale”*

BEGHIN, *“la scissione societaria, l’elusione fiscale e i mulini a vento di Cervantes”*, in *Riv.dir.trib.*2010

SANNA S, PELLEGRINO S. e VALCARENGHI G. *“Perdite che non superano il test del patrimonio netto riportabili nella fusione”*, EUROCONFERENCE 8.7.2020

BRANDI F., *“Interposizione fittizia per il notaio che fattura alla propria società”*, 13 febbraio 2021

DRAGONETTI A., PIACENTINI V. e SFONDRINI A., *“Manuale di fiscalità internazionale”*, VIII edizione

MAYR.S., *“Gruppi multinazionali: in vigore la convenzione sui prezzi di trasferimento”*, in Corr.Trib.n.10/1995

MARCHESELLI A. e RONCO S.M., *“la formulazione dell’abuso del diritto contenuta nella Direttiva europea”*, in Corriere Tributario n.7 del 2017

PIERGIOORGIO V., *“Misure UE di contrasto all’elusione fiscale: prospettive future e impatto per il regime tributario italiano”*, il Fisco 12/2016

GIUSTI I., *“Stati e Territori a fiscalità privilegiata nel reddito d’impresa: il nuovo criterio di individuazione”*, in Fondazione Nazionale dei Commercialisti, 31 maggio 2016

SALVI G., *“Nuova definizione di Paesi a fiscalità privilegiata”*, in “Amministrazione e Finanza” n.8 del 2019

MAISTO.G., *“modello di convenzione fiscale sui redditi e sul patrimonio”*

SKAAR A.A., *“Commentary on Article 5 of the OECD Model Treaty: the concept of permanent establishment”*, in IBDF: The taxation of Permanent Establishment, IBFD

K.VOGEL, *“Klaus Vogel on double taxation convention”*, Kluwer, 1998

CERRATO M., *“la definizione di stabile organizzazione nelle convenzioni per evitare le doppie imposizioni”*, in **SACCHETTO C. e ALEMANNO L.**, *“Materiali di diritto tributario internazionale”*, IPSOA 2002

SKAAR A.A., *“Permanent Establishment, Erosion of a Tax Treaty Principle”*, Kluwer, Series on international taxation, 1991

DELLA ROVERE A. e PECORARI F., *“Stabile organizzazione: profili di novità in ambito OCSE e nazionale”*, Fiscalità e Commercio internazionale n.6/2018

CORSO L. e ODETTO G., *“Stabile organizzazione”*, in Guide EUTEKNE

REDAZIONE IPSOA, *“Limiti alla deduzione degli interessi passivi: da sospendere per il 2020 causa Covid-19”*, 8 luglio 2020

CARLESIMO A., *“Interessi passivi: la nuova deducibilità”*, “Fisco e Tasse”, 4 agosto 2020

TELCH F., *“OCSE, USA E UE a confronto sulla fiscalità diretta dei gruppi di imprese”*, in “Pratica Fiscale e Professionale”, n.42 del 2018

FERRONI B., *“Gli strumenti ibridi nel BEPS e nella Direttiva UE antielusione”*, in “Il Fisco” n.35 del 2018

OCSE/G20 *“Base Erosion and Profit Shifting Project- Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6-2015 final Report”*

VALENTE P., *“Contrasto al fenomeno del cd.TREATY SHOPPING: il nuovo art.29 del modello di convenzione OCSE 2017”*

BALLANCIN A., *“Direttrici evolutive della clausola del beneficiario effettivo: ritorno alle origini?”*, in *“Corriere Tributario”* n.5 del 2020

MIGLIORINI F., *“Ruling fiscale e scambio automatico di informazioni: la disciplina del ruling internazionale e scambio automatico di informazioni. Tipologie di ruling e soggetti a cui si applicano”*, in *Fiscomania.com*

FURLAN A. e SORMANI L., *“implementazione della DAC 6 in Italia: inquadramento normativo e aspetti operativi nelle operazioni cross-border”*, in *“Fiscalità e Commercio Internazionale”* n.4 del 2021

MANCA M., *“DAC 7: pronta una nuova proposta per rafforzare la cooperazione amministrativa tra le autorità UE”*, in *“Rivista di Diritto Tributario”*, del 22 febbraio 2021

GIURISPRUDENZA

Corte Cost. 6 luglio 1972, n.120

Cass. 21 gennaio 2009, n.1465

Corte di Giustizia (Grande sezione), 21 febbraio 2006, causa C-255/02, Halifax

Cass. 14 novembre 2005, n.22932

Cass. 4 aprile 2008, n.8772

Cass. 21 aprile 2008, n.10257

Cass. 2 ottobre 2008, n.24436

Cass. 22 febbraio 2012, n.2613

Cass. SS.UU., 16 giugno 2006, n.13916

Cass. 30 giugno 2011, n.20029

Cass. 29 novembre 2017, n.28515

Cass. n.24914/2013

Cass. 26.2.2014 n. 4604

Cass. 27.9.2013 n.22130

Corte di Giustizia UE 20.6.2013 causa C-653/11, Newey

Corte di Giustizia UE 22.12.2010 causa C-277/09, RBS Deutschalnd Holding

Corte di Giustizia UE 22.12.2010, causa C-103/09, Weald Leasing

Cass.n.25759/2014

Cass.n.25758/2014

Cass.28.6.2012 n.10807

Cass.30.11.2011 n.25537

Cass. Sez. trib. 3 settembre 2001, n.11351

Cass 6 marzo 2015 n.4561

Cass.17 luglio 2019 n.19222

D.L.30 settembre 2003 n.269, art.7

Cass.2 marzo 2020, n.5661

Cass.5 marzo n.9068/21

C.T. Prov. di Alessandria n.386/1/16

Cass.n.2083 del 29 gennaio 2021

Raccomandazione n.2012/772/UE

Corte Suprema indiana del 20 gennaio 2012

W.T.Ramsay Ltd.vs IRC, pubblicata in STC, Simon's Tax Cases, 1981/174

Sentenza della CGE del 20 giugno 2013, causa C-653/11

Sentenza della CGE del 17 dicembre 2015, causa C-419/15

L.28 dicembre 2015

D.lgs.142/2018

L.197/1991

Sentenza C-682/15 del 2017

PRASSI

ASSONIME, circ.n.21 del 4 agosto 2016, par.2.6 e 2.7

AGENZIA DELLE ENTRATE, Circolare 1° aprile 2016, n.9/E

AGENZIA DELLE ENTRATE, Circolare n.51/E del 6 ottobre 2010

ASSONIME, circ.n.14 del 2020

AGENZIA DELLE ENTRATE, circolare ABI 27 maggio 2004, n.9

AGENZIA DELLE ENTRATE, Circolare n.2/2021

Dipartimento di Impresa e Management

Cattedra di Diritto Tributario dell'Impresa

“L’elusione nei rapporti nazionali ed internazionali”

Prof. Marchetti Fabio

RELATORE

Prof. Napoli Giuseppe

CORRELATORE

Gianluca Manzi Matr.724811

CANDIDATO

Anno Accademico 2020/2021

RIASSUNTO

Nel nostro ordinamento sentiamo spesso parlare di fenomeni quali elusione o evasione fiscale, affermando che questi abbiano un riflesso negativo sull'entità delle aliquote fiscali, facendo gravare la maggior parte dei tributi sulle persone adempienti. Se da un lato tale affermazione risulta essere corretta in virtù dell'art.81 della Costituzione, secondo cui *“Ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte”*, dall'altro è evidente come un elevato livello di debito pubblico sia spesso accompagnato da un elevato livello di tassazione per farvi fronte. Prima di iniziare a parlare dell'elusione fiscale, analizzando sia i suoi aspetti nazionali che internazionali, occorre analizzare la ratio che ha spinto il legislatore nella formulazione del nostro sistema impositivo. Quest'ultimo non poteva non essere coerente con il principio costituzionale di eguaglianza. All'art.53 della Costituzione si afferma: *“tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva. Il sistema tributario è informato a criteri di progressività”*. Nella Costituzione quindi non solo vengono garantiti i diritti inviolabili dell'uomo ma viene inoltre imposto l'adempimento di doveri di solidarietà inderogabili, da rispettare per il semplice fatto di essere membro di una comunità e quindi consentire l'erogazione di servizi di difficile realizzo. In tale articolo quindi si richiede a tutti i cittadini di concorrere alle spese pubbliche del paese in ragione della loro capacità contributiva. Tale principio, che non può essere oggetto di referendum costituzionale abrogativo, identifica quali soggetti obbligati tutti i cittadini e l'uguaglianza viene rafforzata in ragione di criteri di progressività. Occorre adesso chiarire il significato di capacità contributiva: per tale si intende un qualunque fatto espressivo di una capacità economica che consenta al soggetto di privarsi di una parte di essa garantendo allo stesso tempo *“il sostentamento di sé e della propria famiglia”*. Risulta evidente che non tutti i fatti economici siano un indicatore di una capacità contributiva, riscontrando il limite garantito dalla Costituzione di *“un'esistenza dignitosa”*, quindi: non è indice di capacità contributiva il reddito minimo e ciò che garantisce la sopravvivenza degli enti collettivi. In ogni caso per identificare la capacità contributiva di un soggetto possiamo far riferimento

ad indici diretti ed indiretti. Tra quelli diretti ritroviamo il reddito e gli aumenti di patrimonio, mentre tra gli indici indiretti ritroviamo i consumi e gli affari. Dall'art.53 discende anche il principio di eguaglianza tributaria, in base al *quale “a situazione eguali devono corrispondere uguali regimi impositivi e, correlativamente, a situazioni diverse un trattamento tributario disuguale”*. L'elusione, o abuso del diritto, che si realizza ponendo in essere delle *“operazioni prive di sostanza economica al solo fine di realizzare un vantaggio fiscale indebito”*, si presenta non solo come un comportamento sleale dal punto di vista etico per gli altri membri di una medesima comunità, ma anche come un comportamento capace di ledere l'uguaglianza stabilita dallo stesso art.53. L'elusione contrariamente all'evasione non è una violazione, bensì un raggirio dei precetti fiscali: chi elude l'imposta pone in essere un comportamento conforme alla lettera delle norme fiscali ma non alla loro ratio. In altre parole il contribuente fa sì che si trovi nella condizione di poter applicare la norma più favorevole nel sistema tributario, attraverso delle operazioni che non avrebbe intrapreso se non per avere quel vantaggio fiscale. In passato, per considerare un'operazione come abusiva, questa doveva rientrare nella fattispecie prevista dall'art.37-bis. Gli elementi che consentivano di qualificare un'operazione come abusiva erano i seguenti: assenza di sostanza economica, vantaggio indebito ed infine che le operazioni poste in essere fossero dirette proprio all'ottenimento di quel vantaggio fiscale. Un vantaggio fiscale risulta indebito qualora l'operazione sia *“diretta ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario”*. Il vantaggio fiscale indebito deve essere accertato confrontando due comportamenti: quello che è stato posto in essere dal contribuente e quello, più oneroso, che è stato evitato. Di contro, il vantaggio fiscale non risulta elusivo se il contribuente ha agito per valide ragioni economiche. La portata specifica, ridotta esclusivamente a nove fattispecie, non gli consentiva di essere qualificato come una *“clausola generale antiabuso”*. Nonostante ciò, una clausola generale antiabuso è rinvenibile in numerose sentenze, tra cui la n.21221 del 29 settembre 2006 della Corte di Cassazione: in tale sentenza si era esteso il principio del divieto di abuso comunitario in materia IVA alle

imposte dirette. I limiti contenuti nell'art.37-bis sono stati superati attraverso l'introduzione nello Statuto dei diritti del contribuente dell'art.10-bis. Si introduce una portata generale della norma antiabuso, superando gli ormai obsoleti casi specifici. Inoltre, così facendo si dà attuazione ad una clausola generale antiabuso, capace di prevedere le fattispecie abusive ancor prima che queste possano essere realizzate. Dalla lettura del primo comma dell'art.10-bis, si evince che per qualificare un'operazione come abusiva rilevano i seguenti elementi: assenza di sostanza economica, vantaggio fiscale indebito ed una relazione tra l'operazione realizzata ed il vantaggio ottenuto tale per cui l'ottenimento del secondo risulta l'unico scopo dell'operazione, o il principale. L'assenza di sostanza economica deve essere analizzata avendo presente non solo quanto stabilito dal secondo comma dell'art.10-bis, ma inoltre considerando anche la ratio che ha portato all'introduzione di una norma antielusiva generale: si sta parlando di quanto disposto dalla Raccomandazione 772/2012/UE sulla pianificazione fiscale aggressiva. Al punto 4.4 di detto documento sono rinvenibili ulteriori indici di mancanza di sostanza economica, che integrano le fattispecie previste dall'art.10-bis. Ulteriore novità rispetto al precedente art.37-bis è l'irrilevanza penale della condotta elusiva. Al riguardo occorrerà distinguere tra fattispecie abusive per le quali l'avviso di accertamento sia stato disposto prima e dopo l'entrata in vigore dell'art.10-bis: saranno considerate prive di conseguenze penali esclusivamente le operazioni abusive per le quali il relativo avviso di accertamento è stato emesso dopo il 2015. Attraverso l'emissione dell'avviso di accertamento, inteso come "apposito atto", si dà attuazione ad un principio sancito già dal superato art.37-bis, ovvero l'inopponibilità delle operazioni elusive. Si tratta di una forma di inefficacia relativa: le operazioni abusive non avranno efficacia esclusivamente nei confronti dell'Amministrazione finanziaria, garantendo di conseguenza tutti i loro effetti nei confronti dei terzi. Ulteriore punto di contatto con la precedente normativa antiabuso è la coesistenza tra vantaggi fiscali ed extrafiscali. Un'operazione può essere considerata abusiva esclusivamente nella misura in cui il vantaggio fiscale indebito sia stato l'unico scopo, o il principale, per cui l'operazione sia stata posta in essere. Ne segue che l'ottenimento di un vantaggio

fiscale giustificato da una valida ragione extrafiscale non integra una fattispecie abusiva. Tale fattispecie dovrà essere verificata caso per caso. Oltre che attraverso una norma generale antiabuso, l'elusione fiscale viene contrastata attraverso delle specifiche norme. Tali previsione assumono come dato il comportamento sleale del contribuente in determinate fattispecie, tra cui il riporto delle perdite oppure nel caso di società controllate in Paesi a fiscalità privilegiata per l'applicazione del regime CFC. Nello specifico è stabilito che il riporto delle perdite può essere effettuato esclusivamente se viene rispettato un requisito oggettivo e soggettivo: la persona che intende utilizzare le perdite per compensare il reddito realizzato in periodi d'imposta successivi dovrà essere la stessa che le ha generate ed inoltre dovrà essere confermata la medesima attività che ha dato vita alle perdite. Inoltre, specifici test di vitalità sono poi presenti nei casi di operazioni straordinarie per il riporto delle perdite e per la deducibilità degli interessi. Il tema dell'elusione fiscale ad un livello sovranazionale risulta particolarmente rilevante, in quanto va a minare gli obiettivi di un'equa tassazione nonché la libera circolazione di capitali. Quindi, le considerazioni sin qui svolte devono essere integrate avendo riferimento alle novità introdotte dal progetto BEPS. Lo scopo principale di tale progetto è quello di introdurre dei meccanismi al fine di ridurre il fenomeno dell'elusione fiscale. Una delle norme attraverso cui si è data attuazione al progetto BEPS è la Direttiva ATAD 1, successivamente integrata dalla Direttiva ATAD 2 in riferimento ai disallineamenti tra ibridi. La citata Direttiva ATAD 1 contiene al suo interno una clausola generale antiabuso, nota come GAAR, con la quale si è provveduto a rinnovare il contenuto minimo che le singole clausole domestiche dovessero avere. La clausola in questione è contenuta all'art.6 comma 1. La clausola generale antiabuso ha l'obiettivo di contrastare tutte quelle fattispecie in cui l'obiettivo perseguito dai contribuenti si sostanzia nell'ottenimento di un vantaggio fiscale. Ciò che consente di discriminare l'abuso del diritto dal legittimo risparmio di imposta è ancora una volta l'assenza di una valida ragione economica sottostante l'operazione. Diversamente dalla clausola generale antiabuso italiana, quella introdotta dalla Direttiva ATAD 1 ha il pregio di *“intercettare operazioni che anche solo in parte*

non si presentano genuine”. Inoltre, lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale può anche non essere esclusivo. Di fatti, viene precisato che l’ottenimento del vantaggio fiscale possa essere anche uno degli scopi principali per cui l’operazione è stata posta in essere. La Direttiva ATAD 1 consente di porre rimedio alle pratiche abusive anche attraverso specifiche norme antiabuso, tra cui una maggiore estensione del regime CFC, una diversa deducibilità degli interessi ed infine anche una disciplina di contrasto ai disallineamenti tra ibridi. Partendo dal regime CFC si rileva come la Direttiva abbia modificato il criterio per l’identificazione dei Paesi a fiscalità privilegiata, introducendo nello specifico l’art.47-bis nel T.U.I.R nel contesto italiano: distinguendo tra partecipazioni di controllo e non, si procederà ad effettuare un confronto rispettivamente tra aliquote effettive e aliquote nominali. Dopo le ulteriori modifiche, il regime CFC avrà il beneficio di estendersi anche alle stabili organizzazioni di controllo che sono equiparate alle società controllate estere. Particolari regole sono poi previste per la stabile organizzazione. In particolare, al fine di evitare fenomeni elusivi, è stato introdotto il paragrafo 4.1 dell’art.5 del modello OCSE, che contiene la “anti-fragmentation rule”. Il fine di tale paragrafo è quello di evitare la frammentazione di un’impresa estera che svolge la sua attività economica in uno Stato diverso da quello della residenza. L’elusione si ravvisa nel frammentare l’attività principale in tante piccole attività minori, così piccole da poter essere classificate come preparatorie o ausiliari, al fine di affermare che non vi sia l’esistenza di una stabile organizzazione. Tale meccanismo consentirebbe, ad esempio, di poter esercitare l’attività prevalente in Italia senza essere soggetto al medesimo regime previsto per i contribuenti residenti. Le condizioni per l’applicazione del paragrafo 4.1 dell’art.5 sono alternativamente, la qualificazione di una stabile organizzazione nel luogo in cui le attività sono poste in essere, oppure l’impossibilità di configurare le attività come preparatorie o ausiliarie nel loro complesso. Ulteriore novità introdotta dalla Direttiva ATAD 1 riguarda la deducibilità degli interessi. La norma si è resa necessaria per contrastare il fenomeno della sottocapitalizzazione delle società. Con le previgente normativa, infatti, risultava più conveniente stipulare un contratto di finanziamento verso la società controllata, che

effettuare un aumento di capitale nei confronti della stessa, grazie alla deducibilità degli oneri finanziari. La Direttiva ATAD, dunque, si pone in contrasto con le pratiche elusive poste in essere attraverso il pagamento di “interessi eccessivi” che consentono di abbattere la base imponibile. All’art.4 della citata Direttiva viene stabilito che: *“gli oneri finanziari eccedenti sono deducibili nel periodo d'imposta in cui sono sostenuti solo fino al 30 per cento degli utili del contribuente al lordo di interessi, imposte, deprezzamento e ammortamento (EBITDA)”*. La stessa Direttiva pone delle eccezioni alla regola appena presentata, come nel caso degli oneri sostenuti per la costruzione di opere pubbliche. In ambito nazionale, il recepimento della direttiva ATAD 1 è avvenuto attraverso il D.lgs.142/2018, che ha profondamente cambiato l’art.96 del T.U.I.R. L’articolo così modificato prevede una definizione di interessi finanziari da considerare ai fini della norma: *“il legislatore, sul punto, pur riproponendo il riferimento generale e residuale ai componenti negativi derivanti da rapporti contrattuali aventi causa finanziaria, introduce un ulteriore criterio di identificazione che porta a ricomprendere anche gli oneri e proventi finanziari scaturenti da un rapporto contrattuale contenente una componente di finanziamento significativa”*. Ulteriori novità presenti nel nuovo testo dell’art.96 riguardano il risultato operativo lordo (ROL). L’eccedenza di interessi passivi può essere dedotta nel limite del 30% del ROL della gestione caratteristica corrente, e solo successivamente per l’ulteriore capienza di ROL non utilizzata in precedenti periodi d’imposta. La novità si sostanzia in una logica FIFO, affermando all’art.96 che sono da utilizzare in via prioritaria le eccedenze di ROL meno recenti, fermo restando il limite quantitativo del 30%. Infine, viene introdotto un limite temporale all’utilizzo del ROL non usufruito: questo è riportabile esclusivamente per i successivi 5 periodi d’imposta. Proseguendo, sono state introdotte delle specifiche norme per contrastare i disallineamenti tra ibridi; si tratta di casi tre specifici casi, in cui il beneficio della deduzione viene utilizzato al fine di garantire un vantaggio fiscale indebito. Il campo di applicazione della Direttiva ATAD 1, come modificata dalla Direttiva ATAD 2, e del progetto BEPS, non riguardano tutti gli strumenti ibridi: devono essere rispettati determinati presupposti

soggettivi, oggettivi ed operativi. Ultimo aspetto da considerare per il buon funzionamento del mercato interno è il contrasto al fenomeno del Treaty shopping. Questo fenomeno consiste nel rendere disponibili i benefici convenzionali ai contribuenti che non ne hanno diritto. Si sostanzia in particolare nella creazione di un'entità in uno Stato non di residenza del contribuente, con il solo obiettivo di usufruire dei vantaggi previsti dal trattato stipulato da quello Stato ed un terzo. I meccanismi di contrasto previsti sono di due tipi: una maggiore chiarezza sul significato di beneficiario effettivo ed infine una clausola di *"limitation on benefits"* contenuta nel nuovo art.29 del Modello OCSE. Al fine di garantire una minor presenza di fenomeni elusivi e garantire allo stesso tempo un maggior coordinamento tra i paesi membri dell'Unione Europea, e non solo, negli ultimi anni è diventato sempre più importante garantire un adeguato scambio di informazioni. Il coordinamento tra Paesi rappresenta la condizione primaria per il corretto funzionamento del mercato interno: in assenza di coordinamento risulterebbe più conveniente effettuare un investimento in uno Stato anziché un altro, facendo venir meno sia il principio di non discriminazione sia un fenomeno di concorrenza sleale. Le direttive che hanno interessato la cooperazione tra gli Stati membri, intesa come una corretta partecipazione allo scambio di informazioni, sono molteplici: dalla Direttiva risparmio alle numerose modifiche che hanno interessato la Direttiva 2011/16/UE. Quest'ultima, approvata in data 15 febbraio 2011, rappresenta l'architettura degli standard internazionali minimi in tema di trasparenza e scambio di informazioni, superando la ormai obsoleta Direttiva 77/799/CEE. Tra le novità introdotte dalla Direttiva 2011/16/UE è previsto un maggiore ambito di applicazione; risulta infatti modificato l'ambito soggettivo degli obbligati allo scambio delle informazioni: vengono prese in considerazione tutte le persone fisiche, le persone giuridiche, i trusts, i fondi d'investimento e qualsiasi altro fondo, dotato o meno di personalità giuridica, che possa compiere atti giuridici in un contesto comunitario. Per quanto riguarda l'ambito oggettivo, ovvero il contenuto delle informazioni, queste possono riguardare *"imposte di qualsiasi tipo riscosse da o per conto di uno Stato membro o delle ripartizioni territoriali o amministrative di uno Stato"*

membro, comprese le autorità locali”. L’aspetto fondamentale della Direttiva 2011/16/UE è quella di prevedere tre diversi meccanismi di scambio di informazioni: su richiesta, automatico o spontaneo. Le informazioni dovranno in ogni caso essere pertinenti alla condizione fiscale del contribuente e specifiche. L’elenco positivo delle informazioni che possono essere richieste sarà poi allargato dalla Direttiva 2014/107/UE. Le informazioni richieste, oltre che delimitate dall’elenco positivo, trovano un limite generico dato dalla possibilità di rifiutare la trasmissione delle informazioni qualora questo comporti la divulgazione di un segreto commerciale, industriale o un’informazione contraria all’ordine pubblico. In Italia la Direttiva 2011/16/UE è stata recepita attraverso il D.lgs.n.29 del 4 marzo 2014 e conformemente a quanto stabilito dalla Direttiva, nel Decreto viene specificato che lo scambio di informazioni avviene con riferimento alle imposte di qualsiasi tipo da o per conto dell’Amministrazione finanziaria di uno Stato membro o attraverso una delle sue ripartizioni. La Direttiva 2011/16/UE presentava al tempo dei limiti nello scambio automatico di informazioni, estendendo l’applicazione esclusivamente a determinate casistiche. Dunque, in data 12 luglio 2013 la Commissione europea ha proposto di ampliare la portata della norma, introducendo a supporto la Direttiva 2014/107/UE. L’obiettivo principale era quello di garantire uno strumento utile per contrastare i fenomeni di elusione ed evasione prevedendo: l’impossibilità di non ricevere informazioni se inferiori ad un dato importo e di richiedere informazioni in relazioni ad ulteriori componenti reddituali quali dividendi e plusvalenze. Con cadenza periodica, nel tempo la Direttiva 2011/16/UE è stata oggetto di ulteriori modifiche che hanno portato numerosi benefici nel contrastare le pratiche elusive: con la Direttiva 2015/2376/UE, meglio conosciuta come DAC 3, si introduceva nello scambio automatico le informazioni riguardanti i tax rulings che i contribuenti stipulavano con le Amministrazioni degli altri Stati membri. Con la Direttiva 2015/2376/UE viene introdotto l’art.8-bis, che stabilisce che gli Stati membri dovranno pubblicare le disposizioni legislative necessarie per adeguare la normativa nazionale alle ulteriori novità sullo scambio automatico di informazioni. La stessa Direttiva, inoltre, fornisce

delle indicazioni per stabilire quali ruling debbano essere oggetto di scambio automatico, facendo riferimento agli accordi preventivi transfrontalieri e gli accordi preventivi sui prezzi di trasferimento. Attraverso la Direttiva 2016/881/UE si è provveduto a dare attuazione all'azione 13 del progetto BEPS, il quale prevedeva maggiori standard informativi in materia di transfer pricing a cui sono tenute le società multinazionali. Contrariamente alle Direttive appena descritte, la Direttiva 2016/2258/UE, meglio conosciuta come DAC 5, non ha ampliato l'ambito di applicazione dello scambio di informazioni. Tuttavia, la sua funzione è estremamente importante: consente alle autorità di avere accesso alle informazioni raccolte dalle autorità di contrasto al riciclaggio, modificando l'art.22 della Direttiva 2011/16/UE. Di recente attuazione è la Direttiva 2018/822/UE, meglio conosciuta come DAC 6, che introduce lo scambio automatico di informazioni in relazione ai meccanismi transfrontalieri. L'obiettivo della Direttiva è quello di prevenire meccanismi di pianificazione fiscale aggressiva, scongiurandone così l'attuazione. La Direttiva sopra citata, introduce l'art.8-bis-ter nella Direttiva 2011/16/UE, prevedendo l'obbligo gravante sugli intermediari di comunicare le informazioni sui meccanismi transfrontalieri che presentano particolari elementi distintivi. Gli elementi distintivi si distinguono in generali e specifici: quelli generali si basano sul criterio del vantaggio principale, dove si verificherà che il principale vantaggio o uno dei principali sia riconducibile ad un meccanismo di natura fiscale. La Direttiva DAC 6 si applica ai meccanismi transfrontalieri, menzionati in un elenco non esaustivo, suscettibili di arrecare danno al corretto funzionamento dello scambio di informazioni e di consentire, quindi, fenomeni evasivi o elusivi. I meccanismi che rientrano nel campo di applicazione della Direttiva possono essere identificati attraverso diversi criteri, tra cui: il criterio della riduzione d'imposta o del vantaggio principale. In ogni caso il meccanismo transfrontaliero oggetto di comunicazione sarà caratterizzato da almeno un elemento distintivo, generico o specifico. In Italia, tale Direttiva è stata recepita attraverso il D.lgs.n.100/2020 e risultano di particolare interesse i chiarimenti forniti dalla Circolare n.2/2021 dell'Agenzia delle Entrate che offrono un prezioso aiuto nel

comprendere quale sia l'ambito soggetto e oggettivo di applicazione del Decreto e quindi della stessa Direttiva DAC 6. Infine, nei prossimi anni è prevista un'ulteriore modifica offerta dalla Direttiva 2021/514/UE, meglio conosciuta come DAC 7. Questa mira a garantire un adeguato scambio di informazioni in relazione ai gestori delle piattaforme digitali, nonché ampliare l'ambito di applicazione dei redditi oggetto di comunicazione. Tale Direttiva si pone come valido meccanismo per contrastare i fenomeni elusivi derivanti dalla "*digital economy*", e quindi dare attuazione ad una delle azioni previste dal progetto BEPS. In particolare si introduce il concetto di "prevedibile pertinenza" nonché un ulteriore elemento reddituale oggetto di comunicazione, ovvero i canoni. Le considerazioni sin qui effettuate consentirebbero di affermare che il fenomeno dell'elusione fiscale sia destinato ad attenuarsi nel tempo. Dapprima, la nuova definizione di abuso del diritto offerta dall'art.10-bis ha consentito di escludere dall'ambito del legittimo risparmio di imposta tutte quelle fattispecie che nonostante perseguissero lo scopo di un vantaggio fiscale non rientravano in una delle casistiche previste dall'abrogato art.37-bis. Successivamente, la previsione di una clausola generale antiabuso (GAAR), introdotta attraverso la Direttiva ATAD 1, ha aumentato il divario tra elusione fiscale e legittimo risparmio d'imposta, garantendo una definizione più puntuale di costruzioni non genuine. Infine, attraverso le azioni previste dal progetto BEPS, si è arrivato ad un allineamento tra i regimi fiscali ed i cambiamenti del mondo del lavoro, prevedendo non solo una tassazione più trasparente ma anche una forma di cooperazione più ampia tra gli Stati membri. Attraverso questi meccanismi, l'elusione viene combattuta sia in riferimento ai grandi gruppi di imprese, soggetti alla Direttiva ATAD 1, e sia in riferimento ai piccoli contribuenti. Tali strumenti porteranno notevoli miglioramenti negli Stati: innanzitutto, si avrà una maggiore equità, prevedendo che non siano solo i contribuenti minori a dover essere debitori d'imposta per il reddito effettivamente prodotto. Successivamente, si avrà un maggiore gettito che garantirà il buon funzionamento dei servizi essenziali. Infine, in relazione all'aumento di gettito si potrà rimodulare il sistema impositivo, garantendo aliquote minori. In ogni caso, per veder realizzate le considerazioni appena effettuate,

non è sufficiente che il fenomeno dell'elusione fiscale si attenui: è necessario contrastare anche le fattispecie che rientrano nell'evasione e nell'interposizione fittizia, fino ad arrivare al reato di riciclaggio. Proprio in tale contesto si intravedono i primi segnali di cooperazione tra Paesi, attraverso le recenti modifiche alla Direttiva 2011/16/UE. Infatti, una maggiore trasparenza in capo agli intermediari potrebbe essere la soluzione al problema non solo dell'elusione ma anche del riciclaggio. Di contro, occorre anche tener conto del momento storico particolare in questi strumenti sono stati adottati. Una delle novità introdotte dalla Direttiva ATAD 1 ha generato non poche preoccupazioni tra i contribuenti. Si parla del limite al riporto delle eccedenze di oneri finanziari. In particolare, come anche rilevato da Assonime con Circolare dell'8 luglio 2020, questo nuovo limite potrebbe generare una crisi di liquidità. Ciò che si intende sottolineare è che tali misure se da un lato si sono rese necessarie per il procrastinarsi del fenomeno elusivo, dall'altro potrebbero comportare la chiusura, e la conseguente riduzione di gettito nonché di posti di lavoro, di numerose aziende, rendendo nulli tutti i possibili scenari positivi. Per constatare quali siano stati gli effetti delle nuove misure di prevenzione alle fattispecie elusive, si dovrà attendere la ripresa economica post pandemia, dove sarà nuovamente intrapresa una libera circolazione dei capitali, nonché delle persone.