

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Tributario dell'Impresa

**CONTROLLED FOREIGN COMPANIES:
L'APPRODO DELLE MISURE ANTIELUSIVE
NELLA FISCALITÀ DELLE IMPRESE
CONTROLLATE ESTERE**

RELATORE

Chiar.mo Prof. Giuseppe Molinaro

CANDIDATA

Alessia Francioni

Matricola n. 143023

CORRELATRICE

Chiar.ma Prof.ssa Livia Salvini

ANNO ACCADEMICO 2020/2021

“Nulla res magna sine labore venit”

INDICE

<i>Introduzione</i>	8
CAPITOLO I	13
INQUADRAMENTO CFC NEL CONTESTO STORICO: LA REAZIONE AI PARADISI FISCALI E LE CONDOTTE ANTIELUSIVE	13
1. Premessa.....	13
2. La cooperazione fiscale internazionale.....	15
2.1 Le convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni	20
2.2 Scambio di informazioni	23
2.3 Presenziare alle indagini condotte in un altro Stato.....	27
2.4 La riscossione di crediti tributari.....	28
3. I Paradisi Fiscali	30
3.1 Il Rapporto “ <i>Harmful tax competition- An Emerging Global Issue</i> ”	33
3.1.1 Criteri di identificazione dei Paradisi fiscali.....	37
3.1.2 Criteri di identificazione dei regimi fiscali preferenziali dannosi	38
3.1.3 Le Raccomandazioni	40
3.2 Dal <i>Progress Report</i> del 2000: “ <i>Towards Global Tax Co-operation</i> ” al <i>Progress Report</i> del 2004.....	43
3.3 <i>Progress Report</i> del 2009	48
4. Gli Interventi dell’Unione Europea.....	52
4.1 Dalle conclusioni del Consiglio UE del 5 dicembre 2017 a quelle del 26 febbraio 2021	55
4.2 Rapporto tra <i>black list UE</i> e <i>black list italiana</i>	60
5. Adozione misure di contrasto e nascita CFC: la <i>ratio</i>	62
6. La normativa interna: articolo 47 bis TUIR.....	67
6.1 Profili di continuità con la l. 190/2014 e l. 208/2015	69
CAPITOLO II	73
LA NORMATIVA SOVRANAZIONALE	73
1. Introduzione	73
2. Dalla Crisi finanziaria del 2007 al progetto BEPS.....	74

2.1	Il Progetto BEPS (<i>Addressing Base Erosion and Profit Shifting</i>)	79
3.	Rapporto finale OCSE 2015 e <i>Action Plan</i>	82
3.1	<i>Action 3</i>	84
4.	Articolo 7 e 8 Direttiva 2016/1164/UE (<i>Anti Tax Avoidance Directive</i>)	86
5.	<i>Jurisdictional approach vs Transnational approach</i>	91
6.	Abuso del diritto e <i>ratio</i> normativa	94
6.1	La giurisprudenza comunitaria.....	97
6.2	La giurisprudenza italiana	101
6.3	La normativa antiabuso europea	105
6.4	La normativa antiabuso italiana	108
7.	Profili di compatibilità con l'articolo 54 TFUE: la libertà di stabilimento	112
7.1	Sentenza <i>Cadbury Schweppes</i>	116
CAPITOLO III		123
LE CFC NELLA NORMATIVA NAZIONALE		123
1.	Introduzione	123
2.	Dalla l. 342/2000 art. 1 al D.lgs. 142/2018	125
3.	Articolo 167 TUIR: la <i>ratio</i>	130
4.	Requisiti soggettivi del soggetto controllante	132
5.	Rapporto di controllo	135
5.1	Il Rapporto di controllo in senso giuridico	135
5.2	Il rapporto di controllo in senso economico	139
6.	I Requisiti del soggetto controllato estero: l'ampliamento dopo la riforma	141
6.1	Il <i>tax rate test</i>	142
6.1.1	Il <i>tax rate test</i> nel sistema previgente	142
6.1.2	Il <i>tax rate test</i> nel sistema attuale	145
6.1.3	Il provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 16 settembre 2016 e le Circolari	149
6.2	<i>Passive income test</i>	153
7.	Determinazione del reddito imponibile	155
7.1	Problema inclusione IRAP: Circolare 35/E/2016	161
8.	La disapplicazione della normativa	163
8.1	Le due esimenti nel modello previgente.....	164

8.2	L'esimente nel modello attuale	167
8.3	L'interpello probatorio	169
8.4	Il contraddittorio preventivo con l'Amministrazione finanziaria.....	172
9.	Le dichiarazioni: il quadro FC.....	173
9.1	segue: il quadro RM.....	176
9.2	segue: il quadro TN.....	177
10.	L'imputazione del reddito al soggetto controllante	177
10.1	Il caso "Valentino"	182
11.	La distribuzione degli utili	186
12.	Profili di compatibilità con la libertà di stabilimento	187
12.1	Sentenza della Corte di Cassazione del 16 dicembre 2015, n. 25281.....	190
13.	Rapporto di connessione con l'esterovestizione societaria.....	194
13.1	La residenza fiscale	195
13.2	La presunzione relativa di residenza fiscale	196
13.3	La CFC legislation e l'esterovestizione societaria: i regimi a confronto.....	199
CAPITOLO IV.....		202
IL RAPPORTO CON LA BRANCH EXEMPTION		202
1.	Premessa.....	202
2.	La stabile organizzazione: art. 162 TUIR	204
2.1	La stabile organizzazione materiale	208
2.2	La stabile organizzazione personale	211
2.3	La <i>positive list</i> e la <i>negative list</i>	213
3.	Le "affiliated companies" e la rilevanza del controllo.....	217
3.1	La stabile organizzazione occulta: gli indici presuntivi dell'Amministrazione finanziaria e i loro risvolti pratici	220
3.2	Il caso <i>Philip Morris</i> : la sentenza madre.....	224
4.	La determinazione del reddito: la <i>ratio</i> delle modifiche	228
4.1	Il calcolo del reddito.....	229
5.	Il regime della <i>branch exemption</i>.....	233
5.1	La stabile organizzazione CFC	236
6.	La <i>cooperative compliance</i>	238
6.1	Effetti premiali della <i>cooperative compliance</i> ed effetti sulla CFC legislation	242

7. Profili di compatibilità con l'art. 7 del Modello OCSE: raccordo tra la disciplina delle stabili organizzazioni e la CFC <i>legislation</i>	244
7.1 Le interpretazioni del Modello OCSE	248
7.2 Conclusioni.....	249
CAPITOLO V.....	252
<i>LA DISCIPLINA CFC NEL MONDO ORIENTALE: IL MODELLO CINESE E GIAPPONESE</i>	252
1. Premessa.....	252
2. Aspetti generali del modello fiscale cinese.....	254
3. I rapporti con l'Italia	260
4. Le <i>Controlled Foreign Companies</i>	262
4.1 La sentenza <i>ParentCo</i>	268
5. Aspetti generali del modello impositivo giapponese	273
6. Convenzioni contro le doppie imposizioni.....	276
7. La normativa CFC.....	277
7.1 Definizione e classificazione delle <i>Controlled Foreign Companies</i>	278
7.2 Ipotesi di disapplicazione.....	283
7.3 Specifiche CFC	285
7.4 La determinazione del reddito	287
8. Conclusioni.....	290
<i>Conclusioni</i>	294
<i>Bibliografia, sitografia e monografia.....</i>	297
<i>Giurisprudenza</i>	309

Introduzione

Con la presente tesi di laurea si intende fornire un apporto monografico compiuto e approfondito, il cui studio si incentra sull'analisi, il confronto e la valutazione degli aspetti fondamentali inerenti all'istituto delle *Controlled foreign companies*. L'elaborato si colloca al termine del percorso di studi accademici della laurea magistrale in "Giurisprudenza", il cui intento risiede nel trasmettere al lettore spunti di riflessione ed elementi di interesse relativi alla disciplina in esame. La scelta di trattare l'argomento deriva dalla volontà dello scrivente di entrare nel cuore di una materia complessa e integrata con le logiche legislative, economiche e politiche delle scelte giuridiche nazionali, nonché più in generale delle organizzazioni sovranazionali cui la Repubblica italiana aderisce.

Lo scrivente, al termine del percorso magistrale di laurea, durante il quale ha convogliato gli studi sulle discipline societarie tributarie, si è confrontato con materie diverse, tra cui Diritto Tributario dell'Impresa. Nel novero degli istituti in quest'ultimo sussumibili si inserisce la normativa impositiva delle *Controlled foreign companies* (CFC). Le ragioni alla base dell'interesse destato risiedono su due prevalenti motivi. In primo luogo, la normativa fiscale delle società controllate estere nasce dall'esigenza di fornire una solerte disciplina tributaria, atta a definire le modalità di imposizione di un fenomeno tipico delle attività d'impresa: la detenzione di una società controllata in un Paese estero che presenti un regime fiscale favorevole. L'incremento del ricorso alle strutture societarie fittizie – coadiuvato dall'innovazione delle tecnologie – idonee a schermare i comportamenti abusivi del contribuente e lo sviluppo della globalizzazione sono stati gli ingredienti essenziali nella genesi delle norme a cui si rimanda. L'apertura del mercato economico internazionale all'accesso di investitori provenienti da ogni nazionalità e i principi basilari concernenti la libera iniziativa economica hanno innalzato notevolmente il tasso di attuazione di pianificazioni fiscali strategiche, ad opera dei contribuenti più abili, cagionando ingenti danni erariali alle finanze degli Stati. La creazione di strutture societarie artificiose in Paesi detenenti un regime fiscale irrisorio ovvero l'imputazione fittizia dei profitti loro prodotti sono gli strumenti principali attraverso il quale gli imprenditori e le imprese sottraggono a imposizione gli utili al prelievo fiscale dello Stato di residenza. L'aggiramento delle disposizioni tributarie, che nelle logiche del contribuente si limita a sollevarlo dell'onere fiscale lui ricadente, al tempo stesso realizza

gravi perdite del gettito fiscale degli ordinamenti nazionali, compromettendo anche la stessa capacità di uno Stato di accumulare risorse pubbliche, impiegate per l'erogazione di servizi destinati ai cittadini e residenti. L'occasione di attuare tali schemi elusivi è stata garantita dalla presenza di discrasie sui livelli di tassazione imposti dagli Stati sovrani, oggi gradualmente appianate per mezzo di un intrapreso percorso di 'omologazione' e coordinamento tra Stati nella pianificazione di strategie fiscali comuni.

L'efficacia della normativa in passato aveva per tali ragioni un ambito di applicazione più limitato. Erano i Paradisi fiscali gli unici ordinamenti giurisdizionali cui le disposizioni nazionali e sovranazionali rivolgevano l'attenzione. Il fascino delle CFC deriva difatti anche dalle sue origini, basti pensare che gli ordinamenti in cui quasi esclusivamente veniva elusa la norma fiscale erano i regimi a fiscalità privilegiata. Rifugio delle ricchezze per il contribuente e benefici economici, il vero paradiso degli interessi del contribuente. Ma i Paradisi fiscali sono associati anche a molteplici scandali finanziari e mondani, nonché nell'immaginario collettivo a benessere e fortuna. Tuttavia, sebbene ogni Stato goda dell'autonomia legislativa, è opportuno evidenziare come le attività di contrasto all'insorgenze di regimi fiscali particolarmente attrattivi abbia indotto molti Stati a riformulare i propri sistemi impositivi. Per tali ragioni l'*exploit* di ordinamenti fiscali irrisori è stato, per mezzo dei provvedimenti legislativi, arginato e contenuto. Di pari passo però il contribuente elusore ha affinato le sue strategie di pianificazione, raffinando tecniche imprenditoriali atte a proteggere dal fisco le proprie redditività. Le nuove strategie d'impresa sono più sottili, ingegnose e brillanti, tali da potersi realizzare anche in territori diversi da quelli notoriamente definiti come Paradisi fiscali. Da qui sorge la necessità di ampliare l'ambito d'applicazione della normativa.

In secondo luogo, si ritiene affascinante il percorso evolutivo e storico su cui la normativa ha mosso i primi passi sino ad oggi. Le origini dell'istituto si riscontrano nel secolo scorso, durante il quale dapprima solo poche giurisdizioni avevano provveduto alla elaborazione di una normativa atta a contrastare la collocazione dei redditi nei cd. Paradisi fiscali. La lungimiranza di alcuni ordinamenti ha poi stimolato l'attività legislativa delle organizzazioni sovranazionali, che nell'ottica dell'attuazione di scelte legislative comuni hanno elaborato raccomandazioni e *report*, il cui intento è quello di combattere collettivamente l'elusione fiscale. Ciò che apparentemente può sembrare solamente un pacchetto normativo, avente ad oggetto la tassazione dei redditi societari, cela dietro ragioni di dimensioni molto più estese.

La partecipazione dell'Italia al contesto comunitario e sovranazionale, l'integrazione delle normative e la creazione di un mercato unico sono elementi fondamentali nel percorso evolutivo delle CFC. Le disposizioni sono in costante sviluppo, attesa la necessità che esse si confrontino con realtà economiche e giuridiche in continuo mutamento, in cui il contribuente esordisce con innovative scelte imprenditoriali. Il ruolo sempre più determinante dell'impresa nelle economie nazionali, nonché il sistema commerciale integrato, sono sintomatici di economie sempre più floride, ma al tempo stesso che devono essere costantemente monitorate dalle Amministrazioni fiscali. Più sofisticate divengono le strategie del contribuente e in maggior misura l'attività propositiva legislativa deve esser intensa e accorta alle nuove criticità. Coadiuvazione e collaborazione sono in questa fattispecie fattori essenziali nel raggiungimento degli obiettivi comuni.

Introducendo ora aspetti nel merito, per ciò che attiene la struttura della disamina, essa si articola nel compendio di cinque capitoli.

Contesto normativo sovranazionale, genesi e *ratio* normativa sono le tematiche principali affrontate nel primo capitolo. Nel capitolo introduttivo si intendono fornire gli strumenti preliminari alla comprensione delle ragioni fondanti le scelte legislative, nonché uno sfondo giuridico del contesto in cui la materia si colloca. Analizzando le finalità individuate e l'evoluzione delle strategie comunitarie e sovranazionali intraprese negli anni a venire, si cerca di illustrare e indirizzare il lettore verso una visione d'insieme che renda più agevole la comprensione del ruolo cruciale detenuto dalla disciplina.

Nel secondo capitolo si approfondiscono alcuni aspetti specifici delle norme sovranazionali, europee e non, cui la disciplina CFC italiana si conforma e aderisce, motivando la ragione di alcune scelte giuridiche e offrendo altresì nozioni giurisprudenziali rilevanti, la cui conoscenza è propedeutica per lo studio dei capitoli successivi.

Nel terzo capitolo si sviluppa il tema centrale della tesi. L'analisi relativa le disposizioni nazionali italiane, concernenti gli aspetti fondamentali della individuazione, determinazione e spiegazione delle disposizioni tributarie relative alla tassazione del reddito prodotto dalle società controllate estere.

Segue nel quarto capitolo il confronto e l'approfondimento di uno dei soggetti cui la disciplina delle *Controlled foreign companies* si destina, esaminando le convergenti ma dissimili *ratio* normative e individuando possibili punti di raccordo nelle fasi divergenti. In tal sede si approfondisce difatti la normativa delle stabili organizzazioni, in ragione sia

dell'importanza dell'istituto nel contesto cooperativo fiscale, ma altresì in virtù della stretta compenetrazione tra le disposizioni. Talvolta critico e forzato il raggiungimento di un punto comune, si offrono strumenti atti a garantirne il conseguimento.

Da ultimo, nel capitolo conclusivo si passano in rassegna gli aspetti principali delle disposizioni CFC introdotte in Cina e in Giappone. La scelta di mettere a confronto la normativa di questi due Paesi risiede nel voler evidenziare come, pur trattandosi di ordinamenti molto difformi a quello italiano, adottino una normativa che si propone di aver caratteri omologhi a quelli predisposti dai provvedimenti sovranazionali. Ciononostante, si tratta di disposizioni peculiari e singolari che consentono al lettore di comprendere ragioni di mercato ulteriori che caratterizzano l'economia odierna. Si individua una delle motivazioni sulla base della quale la Cina e il Giappone ricoprono una posizione di rilievo nel mercato odierno e costituiscono le maggiori potenze economiche e mondiali.

Al termine dell'elaborato si auspica che il lettore sia edotto maggiormente di un fenomeno secolare, ma del tutto attuale. L'augurio è che le informazioni riportate siano idonee a fornire elementi utili di comprensione e introduzione alla materia, sebbene la sua complessità ne osti la completa realizzazione.

CAPITOLO I

INQUADRAMENTO CFC NEL CONTESTO STORICO: LA REAZIONE AI PARADISI FISCALI E LE CONDOTTE ANTIELUSIVE

Sommario: 1. Premessa 2. La cooperazione fiscale internazionale 2.1 Le convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni 2.2 Scambio d'informazioni 2.3 Presenziare alle indagini condotte in un altro Stato 2.4 La riscossione di crediti tributari 3. I Paradisi Fiscali 3.1 Il Rapporto “*Harmful tax competition – An Emerging Global Issue*” 3.1.1 Criteri di identificazione dei Paradisi Fiscali 3.1.2 Criteri di identificazioni dei Regimi Fiscali preferenziali dannosi 3.1.3 Le Raccomandazioni 3.2 Dal Progress Report del 2000: “*Towards Global Tax Co-operation*” al Progress Report del 2004 3.3 Progress Report del 2009 3.4 Progetto BEPS (*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*) 4. Gli interventi dell'Unione Europea 4.1 Dalle conclusioni del Consiglio UE del 5 dicembre 2017 a quelle del 26 febbraio 2021 4.2 Il rapporto tra *black list* UE e *black list* italiana 5. Adozione misure di contrasto e nascita CFC: la *ratio* 6. La normativa interna: articolo 47 bis TUIR 6.1 Profili di continuità con la l. 190/2014 e l. 208/2015

1. Premessa

Siamo agli inizi degli anni '80. Lo scenario mondiale si colora di avvenimenti che cambieranno radicalmente l'avvenire degli anni successivi: nuove scoperte tecnologiche, nuovi assetti politici e le diverse vicende storiche caratterizzanti questa decade.

È in questo contesto che si intravede l'alba di un nuovo giorno: i confini mondiali mutano, la loro rigidità diviene sempre più labile e attraverso le nuove forme di comunicazione sviluppatasi le distanze, che prima segnavano l'intervallo tra poli opposti mondiali, ora sembrano sempre più elastiche.

Il settore più contaminato da questi cambiamenti certamente è quello economico: il graduale sviluppo di nuovi strumenti comunicativi e commerciali conduce senz'altro il mercato globale a flettersi e adeguarsi alle nuove strutture che il mondo contemporaneo è ormai avvezzo ad utilizzare.

È pertanto riferibile a questi anni la genesi della globalizzazione, fenomeno che cambierà radicalmente la cultura delle varie Nazioni, l'economia nazionale e sovranazionale, nonché i modelli previgenti, le finalità istituzionali e politiche, oltre che contribuire allo sviluppo di nuove forme commerciali quali ad esempio l'*e-commerce*.

Le organizzazioni sovranazionali sono istituzioni internazionali, fondate nel secolo scorso. La loro costituzione si individua nel contesto globale già nel secondo dopo guerra, basti ricordare per prima la fondazione delle Nazioni Unite nel 24 ottobre 1945, considerata ad oggi organo precursore dell'Unione Europea. Nel contesto economico e fiscale esse ricoprono un ruolo fondamentale, stabilendo misure di coordinamento e formulando regolamenti indispensabili per l'esercizio consapevole delle funzioni statali, nonché orientati al funzionamento efficiente del mercato.

In questo primo capitolo della trattazione si propone l'analisi del contesto storico che ha condotto, dapprima il legislatore sovranazionale e successivamente quello nazionale, all'introduzione della normativa fiscale antielusiva delle *Controlled Foreign Companies*. L'istituto in esame si colloca nella più ampia sfera delle attività di cooperazione fiscale internazionale, le cui finalità vengono affinate nel tempo, e si ripercorre l'evoluzione elaborativa dell'inquadramento dei Paesi a fiscalità privilegiata (cd. Paradisi Fiscali), traghettando l'attenzione del lettore tra i vari documenti che si sono succeduti e gli interventi giurisprudenziali e dottrinali caratterizzanti.

Nella prima parte dell'elaborato si forniscono spunti nozionistici inerenti alla nascita della cooperazione fiscale internazionale. Il dibattito riguardante i punti di confine della potestà fiscale di ciascun Stato sono ad oggi appianati tramite la previsione di strumenti di integrazione che garantiscono lo svolgimento di un'attività coordinata ed efficiente tra le varie giurisdizioni. Se da un lato, ogni Amministrazione fiscale conserva il diritto di riscuotere le imposte lei dovute dal contribuente, dall'altro ogni contribuente deve esser sottoposto a strumenti cautelari che evitino un'eccessiva onerosità del tributo allorquando egli eroghi l'attività d'impresa in territorio estero. Le modalità in cui gli Stati cooperano in tal senso sono varie, essendo l'esternalizzazione della volontà di cooperare fiscalmente manifestata in: le convenzioni contro le doppie imposizioni, lo scambio di informazioni, il presenziare nei procedimenti di un altro Stato e la cooperazione nella fase di riscossione dei tributi.

L'impegno assunto dagli Stati di collaborare nelle varie fasi dell'imposta, a volte sacrificando la loro autonomia giuridica e la loro sovranità è il giusto compromesso per

l'edificazione di un mercato globale efficiente, in cui venga lasciato un limitato margine di manovra al contribuente evasore nello svolgimento delle pratiche fiscali dannose.

Lo studio approfondisce poi uno degli aspetti su cui la cooperazione fiscale è maggiormente impegnata, il contrasto alla delocalizzazione dei profitti in territori a fiscalità privilegiata. Lo scrivente ritiene che ai fini della comprensione della disciplina delle *Controlled foreign companies* è ineluttabile introdurre la realtà dei cd. Paradisi fiscali, partendo dalle loro origini storiche sino alla trattazione dei maggiori *progress report* che hanno innovato la disciplina, fornendo importanti indicazioni per gli Stati rispetto le modalità di individuazione di quest'ultimi. Per conoscere la struttura odierna è indispensabile volgere prima uno sguardo al passato, vedendo come ogni riforma legislativa introdotta sia il frutto di un contesto economico mutevole e dalle criticità in continua evoluzione.

La disamina delle disposizioni sovranazionali costituisce il presupposto dello studio della normativa nazionale, essendo stata linea guida e fonte di ispirazione del legislatore italiano.

L'esposizione del capitolo introduttivo prosegue poi, dopo i primi cenni relativi alle esortazioni operate dalle organizzazioni sovranazionali, ad un confronto con i primi interventi dell'Unione Europea, esaminando le conclusioni del Consiglio relative alla definizione di Paradisi fiscali.

Individuato il contesto generale in cui le *Controlled foreign companies* sono state introdotte, si offre un'indagine relativa alla *ratio* normativa, per poi concludere con un confronto con la normativa italiana dell'art. 47 TUIR.

2. La cooperazione fiscale internazionale

La cooperazione fiscale internazionale è, tra i fenomeni di associazione collettiva statale dell'ultimo secolo, uno dei più rilevanti sul piano economico e sociale. L'ammissibilità di tale affermazione è giustificata alla luce degli obblighi e delle competenze che investono gli Stati sovrani e ai quali quest'ultimi tendono le loro scelte legislative.

Tra i maggiori propositi che l'attività cooperativa si prefigge di raggiungere, si individua indiscutibilmente l'espletamento di pratiche concordate e coordinate che, seppur dissimili contenutisticamente, sono predisposte dai vari ordinamenti nazionali¹.

¹ Sacchetto C., *La cooperazione fiscale internazionale*, Diritto online, Enciclopedia Treccani, 2016

Premesso che la cooperazione fiscale internazionale comprime inevitabilmente il principio di sovranità e il divieto di ingerenza degli Stati nell'esercizio dei reciproci poteri governativi, al tempo stesso ne preserva competenze e funzioni.

*“Con cooperazione fiscale internazionale ci si riferisce ad una specifica attività concordata e coordinata ma distinta, tra due o più Stati sovrani nel comune obiettivo di rendere effettive le proprie pretese tributarie, fornendo informazioni e mezzi, posto che in base ad un consolidato principio internazionale, è vietato l'esercizio diretto di attività sovrane, di cui quella tributaria è una delle più rilevanti manifestazioni, nel territorio di un altro Stato”.*²

Preliminarmente, è opportuno ricordare come l'assetto politico e istituzionale moderno si fonda sul principio di territorialità³.

La sovranità è un concetto alquanto complesso che, secondo i principi di diritto costituzionale internazionale, circoscrive l'insieme di poteri esercitati da un soggetto di diritto autonomo, in una dimensione spaziale delimitata e nei confronti della popolazione che ravvisa un legame con esso.

Tre sono dunque gli elementi essenziali e imprescindibili idonei a fondare e definire il potere di uno Stato: la sovranità, il territorio e la popolazione.

Concluso questo breve *excursus*, benché ineluttabile, si definisce in primo luogo il significato e la portata del principio di territorialità, con particolare riferimento alla materia tributaria.

Il limite della sovranità di uno Stato dovrebbe coincidere con i confini territoriali dello stesso, ma, se questa condizione fosse rigidamente applicata in materia tributaria, si

² Udina, M., *Il diritto internazionale tributario*, Padova, 1949, 428

³ *“Mentre il principio di supremazia esprime il primato esclusivo degli Stati nello scenario internazionale per la creazione delle norme tributarie internazionali in quanto enti sovrani, invece il principio di territorialità esprime il primato esclusivo di ogni Stato nell'ambito del proprio territorio per l'esercizio della potestà impositiva statale nei confronti di tutti coloro che si trovino o risiedano in detto territorio, indipendentemente dalla loro nazionalità (cittadini o stranieri).*

In quest'ottica il territorio dello Stato (cd. territorio politico) funge sia da limite di estensione spaziale alla sovranità di ogni Stato anche nella materia tributaria, in specie nell'esercizio dei vari poteri strumentali diretti all'attuazione del prelievo fiscale (accertamento e riscossione dei tributi), ed al tempo stesso anche da limite esterno alla sovranità degli altri Stati, nel senso che ogni Stato non può esercitare in linea di massima la sua potestà impositiva all'interno del territorio di un altro Stato senza il suo consenso (cd. principio di esclusività della sovranità degli Stati).” Santamaria M., *I principi e le norme consuetudinarie del diritto internazionale*. In Santamaria M. *Fiscalità Internazionale*, CEDAM

andrebbe incontro all'inevitabile fenomeno di 'fuga' delle ricchezze verso altri ordinamenti, così da sottrarsi al prelievo fiscale da parte dello Stato di residenza. Siffatta conclusione sarebbe inaccettabile, oltre al fatto che darebbe vita a una sequenza infinita di pratiche evasive.

Da qui discende l'esigenza di stabilire convenzionalmente (v. le convenzioni contro le doppie imposizioni⁴) i limiti e la portata della tassabilità delle ricchezze in territori esteri che presentino fattori di connessione, facente sì che in molte ipotesi uno Stato conservi la propria potestà impositiva anche al di fuori della propria dimensione spaziale⁵.

Lo Stato, in ossequio al raggiungimento delle finalità alle quali è preposto, esercita la sua potestà fiscale mediante la produzione di norme giuridiche in prima istanza e, successivamente, in caso di mancato versamento del tributo tramite l'utilizzo del potere coercitivo (riscossione del credito tributario)⁶.

Al realizzarsi della fattispecie impositiva, lo Stato attende il versamento delle imposte gravanti sul contribuente, nei confronti del quale è legittimato a richiederne la riscossione. La legge fiscale di un ordinamento giuridico, in via generale, è esecutiva esclusivamente nella dimensione spaziale in cui essa è vigente, seppur nei confronti di ogni contribuente che produca reddito nel territorio.

In ragione delle predette considerazioni, dovremmo poter affermare dunque che non sussiste alcun margine alla potestà fiscale di un soggetto pubblico di diritto internazionale – quale lo Stato – nei confronti dei soggetti passivi d'imposta che presentino connessioni con il territorio stesso. Ciononostante, a questa affermazione devono aggiungersi ulteriori considerazioni, che rendono l'ultimo assunto più caduco nel momento in cui si rapportano le operazioni fiscalmente rilevanti in uno scenario più ampio, quello internazionale⁷.

⁴ Cap. 1 par. 1.2

⁵ Santamaria M., *I principi e le norme consuetudinarie del diritto internazionale*. In Santamaria M. *Fiscalità Internazionale* (pg. 138- 142), CEDAM

⁶ In ossequio ai principi internazionali, la riscossione del credito tributario in ragione della pretesa di uno Stato può essere effettuata esclusivamente nel proprio territorio di riferimento. Tuttavia, il limite alla potestà impositiva e a quella coercitiva in materia viene mitigato dalle numerose convenzioni che prevedono un'attività cooperativa tra gli Stati anche nella fase di riscossione extraterritoriale, di cui si parlerà in seguito.

⁷ D'altronde, anche in base alle idee Kelseniane, lo Stato costituisce un insieme imprescindibile di norme, necessarie nel disciplinare i rapporti che intercorrono in un ordinamento tra i vari soggetti facenti parte. Lo Stato però si ritiene essere un soggetto dipendente rispetto la legge e, applicando una interpretazione *a fortiori*, deve esser riconosciuto un principio di supremazia del diritto internazionale su quello nazionale,

Inesorabile è il dibattito riguardante il confine tra i poteri “interni” e quelli esterni tra i vari Stati.

Seppur la dottrina era, in passato, propensa a escludere l’esistenza di norme consuetudinarie internazionali idonee a condizionare l’esercizio della potestà impositiva di uno Stato, ad oggi l’opinione più recente è disposta ad accettare una realtà ben diversa e più consapevole⁸.

Artefice e promotrice di questo mutamento, di cui gli Stati fatalmente sono costretti ad accertarne le conseguenze nonché prenderne coscienza, è la **globalizzazione economica**. Difatti è questa, tra le cause annoverabili, quella maggiormente determinante. La globalizzazione economica è il risultato di un processo iniziato agli inizi degli anni Ottanta circa. Favorita dall’introduzione di nuove tecnologie e mezzi di comunicazione, essa ha progressivamente contribuito alla costituzione di un mercato globale privo di barriere o quasi, incrementando esponenzialmente il livello degli scambi commerciali⁹. Società multinazionali, gruppi di imprese ovvero gruppi di società finanziarie e commerciali sono protagonisti nel mercato globale; si tratta di strutture societarie costituite perlopiù in Paesi industrializzati che investono, per mezzo di stabili organizzazioni o società partecipate, in Paesi meno sviluppati. Il trasferimento di porzioni di attività d’impresa, in ordinamenti diversi da quello di residenza, ha generato il fenomeno della “delocalizzazione”¹⁰.

in quanto da esso stesso viene conferito il riconoscimento dei poteri statali interni e, pertanto, non può che sempre da quest’ultimo discenderne eventuali limitazioni nei confronti dei quali lo Stato sarà costretto a piegare la sua volontà. *Il neopositivismo* di Kelsen, di Gabriele Gentilini

⁸ Biaggio R., *La territorialità del tributo*, Enciclopedia Treccani

⁹ Ziatimeg, *La globalizzazione economica, Social journal noi siamo futuro*, 2019

¹⁰ “*Trasferimento del processo produttivo, o di alcune fasi di esso, in aree geografiche o Paesi in cui esistono vantaggi competitivi. Questi consistono generalmente nel minore costo dei fattori produttivi e in particolare della manodopera. Tra i motivi che spingono le imprese alla d. vi sono anche le agevolazioni derivanti dagli incentivi legati a politiche economiche di sviluppo messe in atto da governi locali e nazionali per attirare investimenti diretti esteri, e da un miglioramento dell’efficienza del sistema organizzativo e logistico. La scelta di delocalizzare può anche essere motivata dalla possibilità di sfruttare i benefici che derivano dalla prossimità fisica a mercati più ampi o dinamici, oppure dall’opportunità di migliorare l’accesso a reti di fornitura. La d. implica una frammentazione del processo produttivo, rappresentando di conseguenza un modello di frattura rispetto al sistema di produzione verticalmente integrato di stampo fordista, in cui ogni singola fase di produzione avviene nello stesso luogo.*”

In tale contesto storico si inquadra di fatto l'esigenza di ottemperare ad una nuova alba, predisponendo innovative forme di integrazione sovrastatale – tra cui certamente si localizza l'Unione Europea – e forme di collaborazione, nonché integrazione, sempre più serrate, come quella in materia fiscale.

Innumerevoli sono le convezioni internazionali, sviluppatesi nel corso degli anni, che definiscono gli obblighi a cui sono vincolati gli Stati, in ragione di un obiettivo comune e sempre più attuale: la lotta al fenomeno dell'elusione e dell'evasione fiscale.

Dette condotte sono tipicamente ravvisabili in territori che godono di un regime fiscale più favorevole, in cui molte imprese internazionali delocalizzano la propria attività, beneficiando dei relativi vantaggi economici: i c.d. Paradisi Fiscali.

Con questo obiettivo sorgono invero molti istituti, la maggior parte dei quali di matrice sovranazionale, poi nazionale, che, come fine ultimo, cercano di contrastare tali condotte elusive. Fra questi si colloca l'istituto delle *Controlled Foreign Companies*, oggetto del presente elaborato.

Ancora prima di giungere alle ragioni che hanno condotto all'introduzione della disciplina CFC negli ordinamenti e analizzarne il contenuto, si offre nei paragrafi che seguono una breve elencazione dei maggiori strumenti utilizzati ai fini della cooperazione, quali: le convenzioni contro le doppie imposizioni, lo scambio di informazioni, la partecipazione degli Stati nelle indagini e infine la cooperazione nella riscossione del tributo.

La d. ha un impatto rilevante sia sul mercato dei beni, sia su quello del lavoro. Sul mercato dei beni si assiste generalmente a un aumento della competitività e a una diminuzione del prezzo dei beni prodotti o assemblati negli stabilimenti dislocati. Sul mercato del lavoro, invece, si osservano variazioni rilevanti nei livelli del salario e dell'occupazione, sia nel Paese di origine, sia in quello di destinazione. Nel Paese di origine i processi di d. portano a una riduzione della domanda di lavoro, spesso a svantaggio dei lavoratori non qualificati, data la propensione a dislocare fasi di produzione a basso valore aggiunto, mentre nel Paese di destinazione si osserva generalmente un incremento dell'occupazione. In entrambi i Paesi, tuttavia, si assiste a un crescente divario salariale tra lavoro qualificato e non qualificato” Enciclopedia Treccani

2.1 Le convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni

Le convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni¹¹ si definiscono come trattati internazionali con i quali i Paesi contraenti ripartiscono la propria potestà impositiva, al fine di eliminare le doppie imposizioni sui redditi ovvero sul patrimonio dei rispettivi cittadini o stranieri che ravvisino un fattore di connessione con il territorio¹².

Il fenomeno della doppia imposizione è assai frequente sia nel contesto nazionale e sia in quello internazionale, in quest'ultimo nel momento nel quale le normative fiscali dei diversi Stati si sovrappongono.

Tra le tipologie di doppia imposizione si distingue in primo luogo quella giuridica, verificata ogni qualvolta il presupposto impositivo si manifesta doppiamente nei confronti dello stesso soggetto e della medesima ricchezza. L'ipotesi più frequente è quella del soggetto passivo d'imposta che esercita un'attività d'impresa all'estero. Quest'ultimo è soggetto d'imposta sia nello Stato di residenza, sulla base del criterio della tassazione dell'utile mondiale, e sia nello Stato fonte in cui la ricchezza viene generata, in virtù del criterio della territorialità. Il reddito prodotto in uno Stato B da un soggetto residente in uno Stato A è idoneo, dunque, a conferire il diritto a esigere l'imposta, sul reddito generato, in entrambi i Paesi, in virtù dell'applicazione dei fattori di connessione che attribuiscono tale pretesa sia allo Stato fonte che allo Stato di residenza.

¹¹ La natura di tale negozio giuridico si ritiene essere pubblicistica, in quanto espressione della volontà degli Stati sovrani, seppur i destinatari siano i contribuenti, ma anche privatistica in virtù degli elementi di comunanza alla struttura dei contratti. Tali convenzioni sono infatti espressione della volontà comune delle parti e, come tali, considerati come 'dichiarazioni di volontà', differentemente da quelli di matrice unilaterale che impongono obblighi nei confronti degli Stati, i quali saranno vincolati a porre in essere a seguito dell'avvenuta ratifica. Le convenzioni in esame fanno perlopiù riferimento al fenomeno della doppia imposizione **giuridica** (anziché economica), vale a dire tutte le fattispecie in cui viene colpito duplicemente lo stesso contribuente con riferimento al medesimo reddito. La gran parte delle convenzioni in materia ricalca il modello OECD, modello che si compone della struttura minima di: preambolo, clausole generali e definitorie, clausole di delimitazione, clausole di salvaguardia e clausole antielusive, clausole arbitrali, clausole finali e allegati alla convenzione.

Santamaria M., *Le convenzioni contro le doppie imposizioni*, in Santamaria M., *Fiscalità Internazionale* (pag. 163-170), CEDAM, 2020

¹² Definizione estrapolata nella sezione 'Convenzione contro le doppie imposizioni' del sito Dipartimento delle Finanze

La seconda tipologia di doppia imposizione è quella economica, definita in tutte le ipotesi in cui oggetto del presupposto d'imposta è la medesima ricchezza, pur verificandosi la tassazione in capo a soggetti di diritto differenti. A titolo esemplificativo, l'ipotesi tipo è quella della tassazione dei dividendi. L'utile di una società X è tassato dapprima come reddito d'impresa in capo alla società X (persona giuridica e soggetto di diritto ai fini IRES); successivamente la medesima ricchezza è sottoposta a prelievo fiscale come dividendo, al momento della distribuzione degli utili. I dividendi distribuiti ai soci, proporzionalmente alla loro partecipazione, sono tassati come reddito d'impresa in capo alla persona fisica ricevente, concorrendo assieme agli altri redditi nella determinazione della base imponibile IRPEF.

Quando il presupposto impositivo si manifesta duplicemente in capo allo stesso soggetto di diritto o nei confronti della medesima ricchezza ovvero entrambe, la tassazione diviene eccessivamente onerosa per il contribuente. Per evitare che l'interazione tra le normative interne e internazionali gravino oltre misura sul soggetto passivo d'imposta vengono dunque disposti diversi strumenti di contrasto.

Ogni ordinamento nazionale¹³ adotta a tal fine strumenti diversi, quali ad esempio il criterio della trasparenza, il credito d'imposta o la tassazione cedolare, idonei ad evitare che la doppia imposizione – sia essa giuridica o economica – si verifichi nell'applicazione delle disposizioni nazionali. Diversamente, i fenomeni di doppia imposizione internazionale sono contrastati attraverso l'adozione di accordi mutualistici come le convenzioni contro la doppia imposizione, mediante i quali la potestà impositiva viene ripartita.

Tralasciando gli strumenti nazionali adottati per il contrasto della doppia imposizione fiscale, si analizzano in questa sede le convenzioni concluse tra gli Stati.

Sebbene, come illustrato nel paragrafo precedente, ogni Stato gode, in attuazione del principio di sovranità, dell'esercizio illimitato della propria potestà impositiva nella dimensione spaziale del proprio territorio, il contraltare di tale principio cardine si

¹³ La normativa italiana dispone una pluralità di strumenti con riguardo sia alla doppia imposizione economica che giuridica. Citando l'articolo 163 TUIR: *“La stessa imposta non può essere applicata più volte in dipendenza dello stesso presupposto, neppure nei confronti di soggetti diversi.”*

identifica nell'opposto assioma della non ingerenza tra Stati, nell'esercizio degli altrui poteri sovrani¹⁴.

Vi è, per tali ragioni, un principio che vieta l'esercizio dell'attività amministrativa tributaria all'estero e ne commina la relativa responsabilità internazionale in caso di mancata astensione da tale condotta omissiva in territorio straniero, sia che venga effettuata da un funzionario pubblico o da un incaricato di un pubblico servizio all'estero. Tale principio di astensione viene mitigato nelle ipotesi in cui un cittadino localizza le proprie attività in un Paese terzo. Ipotizzare altrimenti un sistema in cui esclusivamente l'elemento dell'extraterritorialità sottragga il contribuente a tassazione, comporterebbe la legittimazione di pratiche dannose (si faccia riferimento a quanto detto nel paragrafo di cui sopra), ma al tempo stesso autorizzare una doppia imposizione al realizzarsi di ogni fattispecie impositiva sarebbe altrettanto lesivo per il contribuente. Da qui l'esigenza delle suddette convenzioni.

La stessa giurisprudenza italiana, relativamente agli atti rientrati nell'ambito del diritto comune e non *jure gestionis*, in più circostanze ha ribadito il divieto di esercizio della potestà impositiva di uno Stato nei riguardi di altri Stati o soggetti di diritto internazionale, stabilito da norma consuetudinaria¹⁵.

Tuttavia, il rilievo che assumono queste convenzioni, non può essere circoscritto ad una mera funzione di ripartizione: a quest'ultima funzione è doveroso affiancare ulteriormente quella di fornire uno strumento congruo alla previsione di forme di cooperazione fiscale internazionale.

L'*iter* evolutivo che ha accompagnato l'istaurazione e lo sviluppo delle attività cooperative è certamente lungo e ad oggi ancora non esaustivo.

Il primo tentativo¹⁶, ormai iconico, che ha segnato l'inizio delle attività di cooperazione è rappresentato dall'introduzione di una norma pattizia la cui *ratio* si incentrava sulla

¹⁴ Santamaria M., *I principi e le norme consuetudinarie del diritto internazionale*. In Santamaria M. *Fiscalità Internazionale* (pag. 138- 142), CEDAM

¹⁵ Cass., 5.11.1991, n. 11788, in Comm. trib. centr., 15.9.1990, n. 5750

Sono, altresì, previste particolari forme di tassazione *sui generis* per gli agenti diplomatici e consolari, nonché per qualsiasi altra forma addetta alla rappresentanza straniera, che limitano la pretesa fiscale che può esser vantata dallo Stato straniero in cui esercitano la loro attività. Tale peculiare forma di tassazione è prevista da convenzioni *ad hoc* (Convenzione di Vienna 18.04.1961 e Convenzione di Vienna 24.04.1963).

¹⁶ Si fa riferimento al primo elaborato della Commissione della fiscalità internazionale dell'OCSE del 1963

portata dello scambio di informazioni tra Stati, la cd. “*minor information clause*”¹⁷, sostituita qualche tempo dopo dalla cd. “*major information clause*”¹⁸, caratterizzata da uno scambio di informazioni maggiormente incisivo¹⁹.

La nuova portata delle convenzioni contro le doppie imposizioni ha non solo generato un ampliamento dell’ambito soggettivo e oggettivo di applicazione del tributo, ma altresì ha attribuito nuove finalità, le quali non sono più rilegate al mero tentativo di eliminazione di fattispecie di doppia imposizione, ma altresì finalizzate alla prevenzione di condotte evasive nello scenario fiscale internazionale e/o elusive. Il tutto supportato da tecniche sempre più innovative di trasmissione di informazioni che ne garantiscono la diffusione rapida, sicura e attendibile, favorendo inedite modalità di scambio e riscossione del tributo.

*“La cooperazione tributaria in ambito internazionale è stata definita come quella attività posta in essere dagli Stati in guisa da consentire il perseguimento di finalità di natura fiscale da parte di un altro Stato mediante l’utilizzo di strumenti di natura amministrativa o giurisdizionale”*²⁰

Discusse i nuovi obiettivi delle convenzioni, e ripercorso sommariamente il loro processo evolutivo, nei paragrafi che seguono si evidenziano alcune delle forme più salienti di cooperazione previste dalle norme pattizie.

2.2 Scambio di informazioni

Lo scambio di informazione è una delle forme di cooperazione internazionale espletata dagli Stati, prevista all’articolo 26 del Modello OCSE.

La disposizione, oggetto di modifiche in più istanze, impone l’obbligo in capo agli Stati contraenti di scambiare vicendevolmente informazioni rilevanti, ai fini della corretta

¹⁷ Lo scambio di informazioni, la cui portata era piuttosto ridotta, era finalizzata esclusivamente allo scambio di notizie propedeutiche alla corretta applicazione delle norme pattizie.

¹⁸ Gli obiettivi che è volta a realizzare sono molto più ampi. Tenuto conto infatti della persistente esigenza di evitare che si verifichi in capo al contribuente l’ipotesi piuttosto gravosa di doppia imposizione, l’attività cooperativa fiscale internazionale cerca inoltre di contrastare il fenomeno di evasione/elusione sempre più crescente con riferimento a quegli anni.

¹⁹ Sacchetto C., *La cooperazione fiscale internazionale*, Diritto online, Enciclopedia Treccani, 2016

²⁰ S. Capolupo, P. Compagnone, L. Vinciguerra, P. Borrelli, *Le ispezioni tributarie*, Milano, 2014

attuazione o applicazione della normativa domestica in materia di imposte, prescindendo dalla portata della stessa o dalla necessarietà dell'informazione.

Il commentario OCSE Tuttavia pone un divieto sullo scambio di informazioni nelle ipotesi di “*fishing expeditions*” (cd. Spedizioni di pesca)²¹: pur considerando l'assistenza amministrativa fra le autorità fiscali un approdo fondamentale e irrinunciabile nelle politiche di contrasto alle condotte illecite in materia fiscale internazionale, gli Stati devono astenersi dal compiere attività investigativa laddove le richieste di informazioni siano basate non sull'evidenza di una condotta elusiva ma bensì sul mero sospetto di essa ovvero l'investigazione riguardi una pluralità di contribuenti non definiti²².

L'articolo 26 del Modello OCSE non impone le modalità attraverso le quali lo scambio di informazioni debba avvenire; ciononostante alcune indicazioni si ritrovano al paragrafo 9 del Commentario OCSE, nel quale si distinguono tre tipologie di scambio di informazioni:

- Lo scambio su richiesta: la richiesta è inoltrata dall'Amministrazione finanziaria di uno Stato e l'oggetto²³ dell'istanza è determinato nel dettaglio, sia che esso faccia riferimento ad uno specifico contribuente o più direttamente a specifiche informazioni. Si tratta del metodo notoriamente più utilizzato, in quanto, diversamente dagli altri, non prevede l'adozione di accordi previgenti tra Amministrazioni finanziarie. Nondimeno questa forma di cooperazione non presenta effetti dissuasivi con riferimento alle pratiche elusive: le informazioni richieste perlopiù hanno ruolo preminente nella fase istruttoria di un giudizio di accertamento già iniziato, dunque alla stregua di una condotta illecita già posta in essere²⁴.

²¹ Panala M., *La “fishing expedition” prevarica la cooperazione fiscale internazionale*, rivista online Diritto.it, 2010

²² Persiani A., *I rapporti con l'estero*, in Salvini L., *Diritto tributario delle attività economiche* (pag. 208-212), G. Giappichelli Editore, 2020

²³ “Ogni informazione atta a permettere una corretta determinazione delle imposte sul reddito e sul patrimonio” concernente un “caso specifico”.

²⁴ Valente P., *Lo scambio di informazioni su richiesta secondo l'Ocse*, il fisco, fascicolo 1 n. 30/2010

- Lo scambio automatico: si basa sullo scambio reciproco, sistematico e continuativo di informazioni generali, riguardanti una o più categorie di reddito prodotte in uno Stato e percepite nell'altro (i.e. *royalties*, dividendi, interessi)²⁵.
- Lo scambio spontaneo: si realizza quando uno Stato è recettore di una serie di informazioni d'interesse che vengono acquisite nel corso di alcuni controlli da altro Stato contraente, che ne decide la trasmissione in maniera volontaria e in assenza di una previa richiesta. È in questa ipotesi che si ravvisa maggiormente la finalità dissuasiva di tale misura, anche se, la necessaria predisposizione di previ accordi circa le modalità di scambio hanno reso nel corso del tempo questa misura più complessa e sempre meno ricorribile²⁶.

La norma in esame non si limita a stabilire la portata della forma cooperativa ma è incline anche a rappresentarne i limiti quando lo scambio non può avvenire:

- a) laddove lo scambio presupponga l'adozione di provvedimenti contrari alla propria legislazione o a quella dell'altro stato;
- b) ove lo scambio abbia ad oggetto informazioni che non potrebbero essere ottenute in base alla propria legislazione o in base alla propria prassi amministrativa;
- c) se tali informazioni dovessero violare un segreto commerciale, industriale o professionale o contrarie all'ordine pubblico.²⁷

L'istituto in esame è stato ulteriormente oggetto di attività normativa al livello Europeo, che dapprima con la direttiva 2011/16/UE e successivamente con la n. 2014/107/UE ha innovato il sistema. Le sopracitate direttive rappresentano il punto d'arrivo dell'Unione Europea rispetto ai lunghi dibattiti formati nel corso degli anni dalle varie Istituzioni della stessa, e orientate all'obiettivo di conformazione agli *standard* internazionali in materia. Superando i limiti applicativi precedentemente posti, quali soprattutto di natura tecnica rispetto allo scambio effettivo di informazioni, garantiscono un più efficiente sistema idoneo a garantire le modalità di trasmissione delle informazioni, soprattutto promuovendo il modello dello scambio automatico. Anche l'ambito di applicazione

²⁵ Persiani A., I rapporti con l'estero, in Salvini L., Diritto tributario delle attività economiche (pag. 208-212), G. Giappichelli Editore, 2020

²⁶ Willem G. Kuiper, *I trattati fiscali contro le doppie imposizioni*, in Dragonetti A. Piacentini V. Sfondrini, A., *Manuale di fiscalità internazionale*, (pag.145-151), IPSOA, 2019

²⁷ Valente P., *Lo scambio di informazioni su richiesta secondo il modello OCSE, Il fisco*, Fascicolo 1, 2010

soggettivo e oggettivo è stato profondamente rinnovato, introducendo, in riferimento al primo, la possibilità di applicazione nei confronti di tutti i soggetti dotati di personalità giuridica che compiano a loro volta atti giuridici; per ciò che concerne il secondo, l'estensione a tutte le tipologie d'imposte pertinentemente riscosse da uno Stato per conto di un altro. Il termine per poter effettuare lo scambio è di 6 mesi qualora lo Stato incaricato non sia già in possesso della relativa documentazione, e di 2 mesi nel caso in cui lo sia; saranno negate tutte le richieste effettuate in violazione delle disposizioni vigenti nello Stato interpellato²⁸.

Con riferimento allo scambio automatico obbligatorio, la direttiva ne commina l'obbligatorietà qualora esse riguardino i soggetti residenti negli Stati membri con riferimento ai redditi di lavoro dipendente, compensi per dirigenti, prodotti di assicurazione della vita non contemplati in altri strumenti giuridici dell'Unione sullo scambio di informazioni, pensioni e infine proprietà e redditi immobiliari. La periodicità di questa tipologia di scambio è annuale ed entro il termine massimo di 6 mesi dalla chiusura dell'anno fiscale di riferimento²⁹.

Infine, oltre a disporre una serie di condotte esemplificative in cui lo scambio spontaneo può effettivamente trovare luogo, si preoccupa di definire un ulteriore limite rispetto a quelli già internazionalmente disposti: l'impossibilità nel momento in cui lo Stato richiedente non sia in grado di ricambiare lo scambio di informazioni sulla base dei principi di reciprocità.

È inoltre necessario evidenziare come l'assetto normativo si sia ulteriormente infittito con l'introduzione di un accordo multilaterale sullo scambio di informazioni: il *Common Reporting Standards (CRS)*³⁰.

²⁸ D'Isanto Andrea, *La corte di giustizia e le direttive europee*, in Dragonetti A, Piacentini V., Sfondrini A, *Manuale di fiscalità internazionale*, pag. (425-429), IPSOA manuali, 2019

²⁹ Direttiva UE 2016/1148

³⁰ Ambito oggettivo di applicazione: istituzioni di deposito, custodia entità di investimento e imprese di assicurazioni specificate. Tali istituzioni sono tenute al rispetto degli obblighi di *due diligence e reporting* con riferimento alla giurisdizione di residenza, relativamente ai conti finanziari detenuti. Per conti finanziari si intendono: i conti deposito, i conti custodia, le quote del capitale di rischio ed infine i contratti di assicurazione. Rispetto tali conti, costituiscono oggetto di comunicazione solo quelli il cui titolare è ogni persona fisica e ogni entità diversa da: una società di capitali, cui titoli sono regolarmente scambiati su uno o più mercati dei valori mobiliari regolamentati; una società di capitali collegata a una società di capitali, i cui titoli sono regolarmente scambiati su uno o più mercati dei valori mobiliari regolamentati; un'entità statale; un'organizzazione internazionale; una banca centrale; un'istituzione finanziaria.

Tale accordo, sviluppatosi a seguito del G20 e approvato dal Consiglio OSCE il 15 Luglio 2014, obbliga i 102 Stati attualmente firmatari a scambiarsi reciprocamente e in maniera automatica, le varie informazioni provenienti dalle Amministrazioni finanziarie e destinate a quelle degli altri Stati su base annuale. Reso efficace tramite la ratifica di un accordo multilaterale (*Multilateral Competent Authority Agreement*), il modello si compone di una pluralità di norme regolatorie e strumenti comuni di adempimento, verifica e comunicazione, accompagnati da un commentario analiticamente composto da principi chiarificatori e regole tecniche di trasmissione³¹.

La convenzione non si esime dallo specificare: la natura delle informazioni che devono essere inoltrate; le strutture finanziarie competenti; i differenti tipi di tributi e contribuenti che ricadono nell'ambito di applicazione; stabilendo infine le modalità affinché lo scambio avvenga secondo la dovuta diligenza necessaria.

Tra gli innumerevoli Stati firmatari è possibile scorgere la mancanza degli Stati Uniti, i quali sebbene prendano parte al FACTA, un accordo multilaterale in materia di scambio di informazioni ratificato da molti Stati, non sono destinatari di una normativa che sia parimenti vincolante. Il FACTA non può difatti vantare la stessa efficacia normativa del CRS in quanto esso pecca del principio di reciprocità alla base dello scambio di informazioni automatiche³².

2.3 Presenziare alle indagini condotte in un altro Stato

La possibilità garantita al funzionario di uno Stato contraente di presenziare alle indagini condotte in un altro Stato rappresenta una seconda forma di cooperazione fiscale internazionale tra gli Stati.

Certamente questa misura fornisce una più ingerente intrusione nell'attività di uno Stato da parte di un altro, assicurando maggiore trasparenza.

Migliorini F., *Common reporting standard (crs): scambio automatico di informazioni*

Sistema multilaterale di scambio automatico di informazioni: Common Reporting Standard (Crs). È il sistema dell'Ocse che raccoglie adesioni da oltre 100 Paesi del mondo per facilitare i controlli anti-evasione, 2020, *fiscomania.com*

³¹ OECD, *What is the CRS?*, <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/common-reporting-standard/>

³² Migliorini F., *Common reporting standard (crs): scambio automatico di informazioni*, 2020, *fiscomania.com* <https://fiscomania.com/common-reporting-standard-crs/>

Tra le fonti normative varie sono quelle volte a legittimare l'utilizzo di questa previsione. Certamente tra queste si annovera la Convenzione di Strasburgo del 25 Gennaio 1988, Convenzione sulla reciproca assistenza in materia fiscale.

Le parti contraenti sono autorizzate a sviluppare una vasta cooperazione amministrativa che investe le più disparate fattispecie impositive, con esclusione di quelle doganali.

La mutua assistenza ricopre infatti vari settori, tra i quali inchieste fiscali simultanee e partecipazione alle inchieste condotte da altri Paesi. Al momento della firma ogni Stato può opporre le relative riserve, confinando l'assistenza a solo alcune tipologie di attività o relativamente a solo alcuni tipi di imposta³³.

2.4 La riscossione di crediti tributari

Un ulteriore forma di cooperazione è costituita dalla riscossione dei crediti tributari, la cui previsione è tutt'oggi oggetto di numerosi dibattiti dottrinali.

Accantonati i vecchi postulati sulla non ingerenza tra Stati, si è iniziata a configurare una nuova metodologia basata sulla mutua assistenza istruttoria, sulla cooperazione nella fase di notifica degli atti e da ultimo nell'ambito del procedimento cautelare.

L'esigenza normativa sottostante coincide con l'esigenza di far fronte al fenomeno, sempre più comune, che uno Stato si trovi a dover riscuotere un credito di cui è titolare in un altro Stato, nei confronti di un cittadino straniero residente nel proprio territorio o comunque che abbia un patrimonio in tutto o in parte localizzato in esso³⁴.

Le prime disposizioni in materia sono contenute nella Convenzione di Strasburgo del 1988 a livello internazionale e nella direttiva 2010/24/UE nella disciplina comunitaria.

Vari sono gli strumenti predisposti per la riscossione del credito tributario, secondo gli accordi contenuti nelle convenzioni, tra cui procedure comuni di riscossione, basate sull'esibizione del titolo esecutivo ad opera dello Stato richiedente.

Lo Stato titolare della riscossione del credito è perciò onerato di riscuotere il credito vantato dallo Stato richiedente, attuando le medesime modalità previste nei procedimenti

³³ Persiani A., *I rapporti con l'estero*, in Salvini L., *Diritto tributario delle attività economiche* (pag. 208-212), G. Giappichelli Editore, 2020

³⁴ *L'evoluzione della fiscalità internazionale le venti "primavere" di Napoli* in di Buccico C., Ducceschi S., Tramontano S., CEDAM

ordinari nazionali. Come anticipato poc'anzi, la richiesta di riscossione si fonda sull'esistenza e l'esposizione del titolo esecutivo rappresentante il rapporto creditorio. È tuttavia su quest'ultimo aspetto che si fonda una discrasia importante: in base alla disciplina internazionale, l'esposizione del titolo esecutivo per mano dello Stato richiedente non è idoneo di per sé a giustificare l'inizio della procedura coercitiva, ma è necessaria un'ulteriore accettazione e riconoscimento di validità da parte dello Stato responsabile.

Di converso, la Direttiva Comunitaria fonda il presupposto della riscossione sul principio del riconoscimento automatico dei titoli esecutivi: il titolo esecutivo non è oggetto di alcun atto di riconoscimento, completamento o sostituzione ad opera dello Stato responsabile della riscossione e ricevente la richiesta³⁵.

In base alla disciplina prevista dalla Direttiva³⁶, lo Stato responsabile della misura di recupero è destinatario del titolo esecutivo uniforme³⁷, composto degli stessi elementi di validità previsti dallo Stato richiedente per la procedura di recupero e di tutte le informazioni utili relative al motivo fondante della domanda di recupero stessa.

La direttiva stabilisce inoltre le condizioni che disciplinano le domande di recupero ed eventualmente le relative cause di impossibilità nel presentare suddetta domanda, laddove ad esempio sia pervenuta una contestazione del titolo, o del credito, nello Stato richiedente ovvero nel caso in cui preliminarmente siano state espletate tutte le attività di recupero nello Stato richiedente, ma gli esiti siano stati infruttiferi.

Solo a seguito della presentazione della domanda lo Stato richiesto provvede alla riscossione del credito, secondo le procedure analogamente previste per le medesime imposte o dazi nel territorio del suddetto Stato ovvero, in mancanza, secondo le disposizioni previste per dazi o imposte analoghe. Benché la procedura corrisponda a quella ordinariamente applicata nello Stato, quest'ultimo non è tenuto a concedere a tali crediti le preferenze che sarebbero state accordate per questa tipologia di imposte o dazi qualora fossero stati crediti propri.

³⁵ Persiani A., *I rapporti con l'estero*, in Salvini L., *Diritto tributario delle attività economiche* (pag. 208-212), Giappichelli Editore, 2020

³⁶ Direttiva 2010/24/UE del Consiglio del 16 marzo 2010 sull'assistenza reciproca in materia di recupero dei crediti risultanti da dazi, imposte ed altre misure.

³⁷ Il titolo uniforme è il documento che legittima l'esecuzione nello Stato membro destinatario della richiesta, il cui contenuto rispecchia quello del titolo esecutivo originario, tale da consentirne l'esecuzione e la misura di recupero.

L'articolo 27 del Modello OCSE rafforza ancor di più questa forma di cooperazione. Nell'articolo sono ampiamente ricalcate le linee guida stabilite dalla Direttiva Europea sopracitata: gli Stati contraenti si impegnano a fornire assistenza reciproca nella riscossione delle tasse e le autorità competenti sono legittimate a stabilirne le modalità, tramite la conclusione di accordi bilaterali. La richiesta pervenente dallo Stato richiedente si considera riconosciuta ed esecutiva, tale da garantire l'inizio del procedimento di riscossione nelle procedure ordinarie ed eventualmente, laddove ne ricorrano i presupposti, l'adozione di misure cautelari³⁸.

3. I Paradisi Fiscali

Sinora sono stati esposti gli strumenti adottati dagli Stati membri dell'Unione Europea ed extraeuropei, finalizzati alla realizzazione di un assetto comune, cooperativo e coordinato nell'amministrazione dei poteri statali, i cui principali obiettivi risiedono nell'evitare fenomeni di sovrapposizione impositiva (cd. doppia imposizione giuridica).

A questa esigenza nel corso del tempo ne sono sopraggiunte ulteriori da dover soddisfare. In un mercato comune sempre più globalizzato, ove le nuove forme di commercio semplificano e introducono nuove modalità di scambio, viene favorita l'adozione di condotte strategiche percorribili dai contribuenti, finalizzate al conseguimento di vantaggi fiscali. È su queste ultime forme di elusione che le organizzazioni sovranazionali individuano la necessità di orientare le proprie scelte legislative, fornendo una normativa d'avanguardia che ne contrasti il dilagare.

Ai fini della trattazione, da questo momento lo studio approfondisce l'esposizione sulla disamina di una delle tematiche centrali nella cooperazione fiscale internazionale: la lotta alla delocalizzazione dei profitti nei Paradisi fiscali.

Le origini del fenomeno dell'elusione fiscale sono risalenti nel tempo. Seppur i primi tentativi intrapresi dalle organizzazioni sovranazionali, relativi alla tassazione dei redditi localizzati in Paesi a fiscalità privilegiata, sono recenti, al contrario le pratiche fiscali elusive – attuate al sol scopo di sottrarre ad imposizione i redditi d'impresa – si verificavano già negli anni '30.

Secondo la nozione di 'elusione fiscale', la messa in atto di un qualsiasi negozio giuridico o una pluralità di atti giuridici di per sé leciti da parte del contribuente – le cui finalità

³⁸ *Article 27 and commentary of the model tax convention on income and on capital 15 July 2005 OECD*

siano indirizzate alla riduzione dell'obbligazione tributaria – possono dar vita ad una condotta elusiva.

Fin dalle origini, l'elusione del fisco veniva realizzata tramite la delocalizzazione dell'attività d'impresa ovvero tramite l'apertura di conti *off-shore*, in Paesi che presentavano un regime fiscale più favorevole o assente.

Molte leggende si celano dietro il 'fascino' dei Paradisi Fiscali: si narra ad esempio che le isole Cayman abbiano raggiunto lo status di località esente da tassazione a seguito di un naufragio delle navi mercantili britanniche sulle quali era imbarcato re Giorgio III d'Inghilterra³⁹. L'episodio risalirebbe agli inizi del Settecento, in questa disastrosa vicenda la vita del monarca sarebbe stata messa gravemente a rischio dal maltempo, ma i marinai locali sembrerebbe abbiano scongiurato il fatale epilogo mettendo in salvo le truppe inglesi e, in cambio, avrebbero ricevuto il privilegio della esenzione dalle tasse nel loro territorio. Non è semplice stabilire quale sia il confine tra leggenda e realtà, ma ad ogni modo ciò che si può affermare è che l'esistenza di questi ordinamenti è secolare.

Le prime forme di Paradisi fiscali, storicamente accertate, risalgono al periodo precedente la prima guerra mondiale: pioniera nell'attrazione di capitali stranieri in favore del proprio sistema bancario era la Svizzera che, proponendo un sistema fondato sulla riservatezza e sull'offerta di vantaggi fiscali, garantiva alla propria clientela una più profittevole collaborazione, promuovendo contestualmente una legislazione idonea a favorire la creazione di società e *holding* straniere sul proprio territorio.

Fin dagli anni '20 la Svizzera ha rappresentato un'incredibile risorsa per gli imprenditori, presentando garanzia di discrezionalità nei confronti di tutti gli introiti che preferibilmente sarebbero dovuti esser sottratti ad imposizione dei rispettivi governi e sistemi fiscali.

L'approccio ostruzionista della Svizzera era stato rafforzato in maggior misura dal Consiglio Federale Svizzero che nel 1924 aveva respinto qualsiasi misura volta a combattere l'evasione, e ulteriormente nel 1934 aveva imposto il segreto bancario come politica nazionale. Il segreto bancario era stato formulato come forma reazionaria a seguito di un noto scandalo finanziario risalente a quel periodo.

Se infatti nella Svizzera degli anni '30 si rinvenivano le primordiali forme di fiscalità privilegiata, era nel resto dell'Europa di quegli anni che doveva esser fronteggiata

³⁹ *Perché i paradisi fiscali si chiamano così?* 2016, Il Post <https://www.ilpost.it/2016/04/05/paradiso-fiscale-tax-haven/>

un'imponente crisi economica e politica: erano gli anni della Grande Depressione, periodo in cui le politiche espansionistiche economiche stentavano a sussistere, e molti Paesi erano lacerati da crisi finanziarie interne. Tra i Paesi più compromessi certamente si annoverava la Francia che, stentando il pareggio di bilancio, cercava di riacquistare introiti nei settori che generalmente avrebbero dovuto garantire entrate sicure, ma che negli ultimi tempi erano stati messi a rischio. Le entrate statali derivanti dall'imposizione dei tributi nei confronti dei cittadini vacillavano sempre più a seguito del sorgere di pratiche elusive di trasferimento di ricchezze in Svizzera, motivo per il quale il governo francese aveva deciso di avviare indagini per contrastare questo fenomeno e riportare la Francia in una condizione migliore. A seguito di un'incursione nella Banca Commerciale di Basilea furono trafugate compromettenti informazioni riguardanti molti personaggi noti titolari di conti stranieri. Lo scandalo divenne di dominio pubblico (similmente a quello più recente dei *Panama Papers*⁴⁰ che ha nuovamente portato alla luce numerosi dibattiti sull'esistenza di questi Paesi) e molti esponenti pubblici e privati del periodo furono arrestati. Si stimava perfino una perdita di gettito fiscale della Francia il cui ammontare superava oltre i 2 miliardi di franchi, a causa dell'evasione.

Da allora sicuramente i rapporti intercorrenti tra Francia e Svizzera mutarono e, in base ai termini previsti dalla legge bancaria del 1934, quest'ultima si impegnava a garantire un maggiore controllo delle proprie banche, ma al tempo stesso promuoveva il divieto di divulgazione dell'identità dei clienti a governi stranieri, pena la comminazione di reclusione e/o pesanti sanzioni⁴¹.

⁴⁰ La vicenda dei *Panama Papers* si connota per essere uno tra i più grandi scandali economici del nostro secolo, divenuta di dominio pubblico a seguito di una fuga di notizie fatta trapelare da uno dei dipendenti della inquisita società "Mossack Fonseca", con sede a Panama. La società è impegnata nella creazione e gestione di società in Paradisi fiscali per conto della propria clientela. I fascicoli furono resi noti da uno dei dipendenti della Mossack Fonseca che, in via del tutto anonima, trasferì la documentazione ad una nota testata giornalistica tedesca, la *Süddeutsche Zeitung* che a sua volta coinvolse il *Consortium of Investigative Journalists* dando vita ad una ormai celebre inchiesta giornalistica che fu portata avanti anche da altre numerose organizzazioni giornalistiche. Il fascicolo conteneva infatti più di 11 milioni di documenti risalenti all'attività svolta dalla società panamense dal 1977 sino al 2015 e che vedevano protagonisti molti personaggi noti dello scenario politico internazionale, destando perplessità e illazione anche sui vantaggi economici e politici che erano volti a realizzare questi conti *off-shore*. *I panama papers, spiegati*, Il post, 2016 <https://www.ilpost.it/2016/04/04/panama-papers/>

⁴¹ Mihm S., *Come sono nati i "paradisi fiscali"?*, 2016, *Il post* <https://www.ilpost.it/2016/04/17/come-sono-nati-i-paradisi-fiscali/>

Dunque, sulla base del secolare modello svizzero si fondano gli odierni sistemi bancari e governativi più favorevoli. Già dal secondo dopoguerra molti Stati decisero di ricalcare le orme: per primo il Marocco, adottando un sistema di tassazione irrisorio e praticando il liberalismo doganale; a seguire il Libano, ad oggi non più definito tale e ‘sostituito’ da Dubai; per poi continuare con le Bahamas, l’Uruguay e Panama, quest’ultimo al centro di innumerevoli scandali recenti.

Definita storicamente la genesi dei Paradisi fiscali, si procede con l’indagine relativa ai criteri di individuazione utilizzati nella definizione di Paesi a fiscalità privilegiata.

Le prime iniziative legislative riguardanti i regimi fiscali vigenti nei Paesi a fiscalità privilegiata si collocano nei primi anni Novanta. La questione inerente ai criteri di individuazione utilizzabili e le misure di contrasto attuabili è stata oggetto di numerosi dibattiti delle organizzazioni internazionali, che sino ad oggi hanno formulato un cospicuo numero di *report* sul tema.

3.1 Il Rapporto “*Harmful tax competition- An Emerging Global Issue*”

Nell’ultimo decennio dello scorso secolo si iniziavano a intravedere le prime forme reazionarie, nel mondo e nell’Unione Europea, avverso i sistemi impositivi dei Paradisi fiscali. L’adozione, da parte di alcuni Stati, di modelli impositivi eccessivamente favorevoli al contribuente, aveva generato la distorsione degli scambi commerciali, minando l’equità, la crescita economica e la stabilità finanziaria degli ordinamenti con un livello impositivo più alto.

Le scelte commerciali di un’attività d’impresa venivano intraprese, oltre che alla stregua di valutazioni di mercato, sulla base di scelte strategiche fiscali.

La decisione di delocalizzare un’attività d’impresa altrove rispetto che nello Stato di residenza, sulla base di valutazioni meramente fiscali, comportava un beneficio per il contribuente, ma altresì un danno in termini di entrate statali per lo Stato di residenza.

Consapevoli di questo scenario, l’Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico nel 1996 veniva chiamata a redigere un rapporto che sviluppasse forme di reazione adeguate a contrastare l’aumento delle pratiche fiscali dannose.

Crescente era il fenomeno degli Stati che, attraverso politiche fiscali mirate e vantaggiose, cercavano di attirare capitali stranieri, i cui effetti distorsivi minavano progressivamente i bilanci pubblici degli altri Stati.

Durante il *Summit* del G7 dello stesso anno era stata ribadita l'esigenza di una normativa di contrasto, a seguito della quale il Comitato degli Affari fiscali dell'OCSE veniva incaricato, avvalendosi di una sessione speciale per la concorrenza fiscale, di formulare il primo rapporto in materia di concorrenza fiscale dannosa. Nel 1998 veniva pubblicato il primo report: "*Harmful tax competition - an Emerging Global Issue*"⁴².

Si cominciava a delineare la figura delle 'pratiche fiscali dannose'.

Nella nozione si ricomprendevano l'insieme delle pratiche attuate dagli Stati che vantavano un regime fiscale quasi irrisorio, minando la risolutezza del contribuente e generando la distorsione della concorrenza nonché dell'allocazione delle risorse e delle attività finanziarie.

Le scelte del contribuente titolare di attività d'impresa, relative a dove localizzare la propria sede d'affari, erano influenzate da valutazioni che prescindevano dal luogo in cui gli scambi sarebbero stati più vantaggiosi o le attività più redditizie, ma erano circoscritte perlopiù a considerazioni inerenti ai benefici fiscali che avrebbe potuto guadagnare.

Il divieto di concorrenza fiscale dannosa⁴³ iniziava a configurarsi come norma di diritto consuetudinario, anche se molti erano gli Stati – ancora oggi si perpetra questa circostanza – che disconoscevano tale pratica.

Le organizzazioni sovranazionali avevano imposto agli Stati un veto nell'adottare scelte legislative che favorissero considerevolmente la tassazione in capo al contribuente o ne riducessero i controlli amministrativi, tali da conferirgli un risparmio fiscale, inducendolo comprensibilmente a trasferire le sue ricchezze in suddetti ordinamenti.

⁴² *La lotta dell'OCSE alla concorrenza fiscale dannosa dopo il rapporto del 2001: lo stato dell'arte e i possibili sviluppi*, Studio n. 1 Documento n. 4 del 28 gennaio 2002

⁴³ Tale principio è strettamente connesso al divieto consuetudinario di elusione fiscale internazionale, in riferimento al quale si può brevemente riassumere che "*l'elusione fiscale internazionale si concretizza in operazioni destinate a realizzarsi nell'ambito di ordinamenti giuridici diversi da quello al quale appartiene il contribuente interessato, ed in particolar modo nell'ambito dei paradisi fiscali o dei Paesi a fiscalità privilegiata, ma con effetti destinati a prodursi indirettamente anche nell'ordinamento a cui egli appartiene (nel senso che tale sistema fiscale risulterà di fatto inapplicabile), con il preciso intendimento, frutto di un'adeguata e preventiva pianificazione fiscale internazionale, di ridurre sensibilmente, o perfino di neutralizzare, l'onere fiscale posto a carico del contribuente, ovvero di consentirgli di usufruire di semplificazioni degli adempimenti fiscali o contabili, oppure di controlli fiscali assai più morbidi o perfino inesistenti rispetto a quelli cui sarebbe soggetto in seno al proprio ordinamento giuridico*". *Fiscalità internazionale*, Manuela Santamaria, CEDAM.

La *ratio* di tale limitazione era ispirata alla realizzazione di un sistema in cui gli Stati operassero nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza, evitando il danneggiamento degli altrui sistemi fiscali e al tempo stesso non riducendo la portata del principio di territorialità e sovranità nella materia tributaria.

Il Comitato del 1998 nel rapporto *“Harmful Tax Competition – An emerging Global Issue”* chiariva che gli Stati non si dovevano uniformare ad un modello di tassazione unico o provvedere un livello di tassazione omogeneo, fermi restando infatti i corollari dell’indipendenza e dell’autonomia dei singoli Stati (in base ai quali ogni potere sovrano era libero di determinare il gettito fiscale in maniera arbitraria, in funzione delle proprie esigenze, quali ad esempio far fronte all’erogazione di servizi pubblici).

Tuttavia, detta libertà si interrompeva nel frangente in cui venivano intaccati gli standard minimi previsti al livello internazionale, dando vita a ipotesi di ‘concorrenza fiscale dannosa’.

Il rapporto *“Harmful tax competition - an Emerging Global Issue”* del 1998, proponeva per l’appunto l’adozione di misure minime comuni di contrasto, applicabili sia da Paesi facente parte l’OCSE e non. Malgrado numerose altre modalità di prevenzione erano già state adottate dai singoli Stati attraverso la previsione di misure sia unilaterali, di matrice nazionale, che bilaterali, di matrice convenzionale, dette normative erano state ritenute inefficaci. In questa fase primordiale l’attenzione si incentrava soprattutto sulle imposte sul reddito; la tassazione dei redditi di impresa volta a contrastare le misure elusive è stata presa in esame solo qualche tempo dopo.

La politica fiscale internazionale che veniva promossa in questo rapporto cercava infatti di dissuadere il contribuente dall’allocazione di risorse nei Paesi che offrivano una distorsione del mercato globale, a scapito degli Stati che erano progressivamente lesi nel momento in cui il gettito fiscale diminuiva, ma che comunque erano chiamati a offrire servizi nei confronti degli stessi cittadini che si sottraevano alla potestà impositiva, creando un divario sempre maggiore tra entrate erariali e spesa pubblica.

Definita la concorrenza sleale dannosa come quella pratica dolosamente posta in essere da uno Stato con finalità distorsive e lesive rispetto ad altri Stati – genericamente attraverso l’adozione di aliquote d’imposta consistentemente inferiori a quelle abitualmente adottate nel contesto globale – si analizzano ora i criteri di identificazione proposti nel rapporto, relativi ai ‘Paradisi fiscali’ ed ai ‘Regimi fiscali preferenziali dannosi’.

La categorizzazione in queste due tipologie di ordinamenti, offerta dal Comitato, si basava su profili di gravosità profondamente differenti.

I paradisi fiscali (cd. *Tax havens*) erano considerati i più critici nell'assetto concorrenziale globale, in quanto si caratterizzavano per una totale assenza, o quasi irrisoria, imposizione fiscale. Per tali ragioni erano considerati i principali destinatari delle raccomandazioni elaborate dall'OCSE; i secondi (cd. *Harmful preferential tax regimes*) ricomprendevano gli Stati in cui le entrate fiscali erano considerevoli, così come erano innumerevoli le imposte previste nei confronti dei contribuenti persone fisiche e giuridiche, ma tuttavia caratterizzati dalla presenza di diffuse norme che garantivano disparate agevolazioni. Quest'ultimi, diversamente dai Paradisi fiscali, erano destinatari di Linee-guida anziché raccomandazioni, la cui efficacia normativa era decisamente più tenue.

La finalità del *Report*, come specificato dagli stessi esperti, nel constatare che i Paradisi fiscali e i Regimi fiscali preferenziali dannosi “*influenzano l’allocazione delle attività finanziarie e di servizi, erodano le basi imponibili degli altri paesi, distorcano i commerci e i modelli d’investimento e minino l’equità, la neutralità e la generale accettazione sociale dei sistemi fiscali*”⁴⁴.

Il *Report* si articolava in 171 paragrafi e 3 capitoli: il primo (“Competizione fiscale: un fenomeno globale) analizzava gli effetti distorsivi creati da tali condotte e le motivazioni che avevano indotto il Comitato a intraprendere queste misure; il secondo (“Fatto per l’identificazione dei paradisi fiscali e le pratiche fiscali privilegiate dannose”) definiva i fattori distintivi che avevano indotto a ritenere, in base al regime fiscale adottato, se uno Stato appartenesse all’una o l’altra categoria, con conseguente analisi della potenzialità “dannosità” riferibile in entrambi i casi; il terzo, nonché ultimo (“Reazione alla competizione fiscale dannosa”) enunciava le 19 raccomandazioni sviluppate dal Comitato per contrastare quelle pratiche dannose⁴⁵.

Si esaminano dunque i criteri identificativi offerti per entrambe le categorie, alla stregua dei quali venivano inclusi nella *black list* ben 41 giurisdizioni, incaricate di emendare i

⁴⁴ Finalità riportata nel paragrafo introduttivo del Report

⁴⁵ DLP, *Paradisi fiscali*, <https://www.studiotributariodlp.it/index.php/avvocato-tributarista/item/265-paradisi-fiscali>

propri regimi fiscali entro il 31 dicembre 2005⁴⁶ (termine ultimo prorogato rispetto quello inizialmente stabilito).

3.1.1 Criteri di identificazione dei Paradisi fiscali

Pur non essendo affatto semplice definire criteri oggettivi e comuni nell'individuazione dei Paradisi fiscali, il Comitato del 1998 aveva cercato di rintracciare alcuni minimi denominatori comuni.

Si includevano nella nozione tutti gli Stati che presentavano un'imposizione fiscale nulla o al valore nominale. La politica economica dei territori individuati derivava da scelte legislative premeditate e finalizzate ad attrarre capitali e/o attività finanziarie provenienti da investitori stranieri.

Tuttavia, seppur il livello di tassazione imposto rappresentasse elemento caratteristico dei Paradisi fiscali, esso non poteva considerarsi l'unico indice identificativo. Osservando anche il modello fiscale della Svizzera, un ulteriore indice sintomatico risiedeva nella garanzia dell'anonimato predisposta dalla normativa del segreto bancario.

Questi due elementi irrinunciabili (segreto bancario e livello di tassazione nullo o irrisorio) rappresentavano il punto di forza dei Paradisi fiscali. La liberalizzazione economica e dei movimenti finanziari, nonché le facilitazioni garantite dalle nuove tecnologie nello spostamento di capitali o attività avevano incrementato la ricchezza di questi ordinamenti, che erano presto diventati un *locus* allettante per molti contribuenti – persone fisiche e giuridiche – ledendo inesorabilmente il bilancio degli altri Stati le cui entrate fiscali erano sempre più ridotte.

Nel Rapporto venivano definiti i requisiti attraverso i quali era possibile riconoscere un Paradiso fiscale:

⁴⁶ A seguito della ricezione di *advance commitment letter* gli Stati venivano così esortati a impegnarsi agli standard internazionali di tassazione, pena la relativa sanzione in caso di mancato ottemperamento entro il 2006. Gli Stati individuati dalla *black list* sono: Andorra, Guernsey /Sark /Alderney, Isole del Canale, Montserrat, Anguilla, Isola di Man, Nauru, Antigua e Barbuda, Isole Cayman, Niue, Antille Olandesi, Isole Cook, Panama, Aruba, Isole Marshall, Principato di Monaco, Bahamas, Isole Vergini Britanniche, Saint Kitts e Nevis, Barbados, Isole Vergini Statunitensi, Saint Lucia, Belize, Jersey, Isole del Canale, Saint Vincent e Grenadine, Bermuda, Liberia, Samoa, Cipro, Liechtenstein, San Marino, Dominica, Maldive, Seychelles, Gibilterra, Malta, Tonga, Grenada, Mauritius, Turks e Caicos, Vanuatu.

- 1) tassazione nulla o puramente nominale, ma non effettiva (“*no or only nominal taxes*”);
- 2) mancanza di uno scambio effettivo di informazioni con altri paesi (“*Lack of effective exchange of information*”);
- 3) mancanza di trasparenza nelle disposizioni legislative ed amministrative (“*Lack of transparency*”);
- 4) assenza della verifica dell’effettività dell’attività svolta come requisito per la concessione di benefici fiscali (“*no substantial activities*”)⁴⁷.

Le finalità che potevano indurre il contribuente a scegliere questi Paesi, per destinarvi le proprie risorse, erano varie: dalla semplice localizzazione di investimenti passivi, alla localizzazione per la contabilizzazione dei profitti, all’occultamento dei propri capitali all’Amministrazione finanziaria del Paese di residenza.⁴⁸

Il Rapporto precisava infine come non dovevano esser considerate ‘elusive’ e ‘dannose’ le pratiche poste in essere dai contribuenti che avessero scelto di spostare la propria sede di affari e interessi in territori in cui era previsto un regime maggiormente favorevole, laddove le finalità analizzate nel caso concreto si ritenevano essere genuine⁴⁹.

3.1.2 Criteri di identificazione dei regimi fiscali preferenziali dannosi

I regimi fiscali preferenziali dannosi rappresentavano la seconda categoria di Paesi che poteva esser artefice di pratiche di concorrenza fiscale dannosa.

⁴⁷ Valente P., *I paradisi fiscali nell’era BEPS e dello scambio automatico di informazioni*, Fiscalità e commercio internazionale, n. 4/2016

⁴⁸ Il Report individua tre possibili finalità che possono indurre il contribuente a localizzare la propria attività o capitale in Paesi a fiscalità privilegiata, utilizzando quest’ultimi:

- a) come “*money boxes*”, in altre parole luoghi in cui custodire capitali che vengono utilizzati per investimenti passivi, in particolar modo finanziari, che sono in grado di generare interessi, *royalties* e dividendi;
- b) per localizzare contabilmente dei profitti che tuttavia sono stati realizzati altrove (cd. *paper profits*);
- c) per occultare capitali alle autorità fiscali dello Stato di residenza.

⁴⁹ IBIDEM, *I paradisi fiscali nell’era BEPS e dello scambio automatico di informazioni*

Erano sempre più in aumento i Paesi che, ai fini di attrarre maggior afflusso di capitale e attività estere, adottavano regimi fiscali più convenienti per una localizzazione di profitti o interessi vantaggiosi.

Questi sistemi disponevano un modello impositivo basato sull'esistenza di una pluralità di tributi, ma corrispondentemente anche una varietà di agevolazioni, che potevano essere introdotte tramite normative *ad hoc* o per prassi amministrativa. Il Rapporto in esame tendeva ad evidenziare come non tutti gli Stati che offrivano un'agevolazione della normativa dovevano esser considerati come distorsivi dell'economia. Solo quando il regime fiscale di esenzione si incontrava con altri elementi, definiti imprescindibili, si ravvisava la potenzialità del danno.

I fattori chiave definiti erano:

- 1) l'assenza di tassazione o la modesta imposizione effettiva del reddito;
- 2) l'isolamento del regime preferenziale dal mercato nazionale del Paese, attraverso la previsione (esplicita o implicita) della sua applicabilità ai soli soggetti non residenti o il divieto per i soggetti che ne beneficiavano di operare con soggetti ivi residenti (c.d. *ring-fencing*);
- 3) la mancanza di trasparenza;
- 4) la mancanza di un effettivo scambio di informazioni con altri Paesi;

A questi si affiancavano i fattori complementari:

- 5) una artificiale definizione della base imponibile;
- 6) la mancata adesione ai principi internazionali in materia di prezzi di trasferimento;
- 7) l'esenzione dei redditi di fonte estera nel paese di residenza;
- 8) le aliquote fiscali o basi imponibili che potevano formare oggetto di negoziazione con l'autorità fiscale;
- 9) l'esistenza di disposizioni sul segreto (bancario, azionario, ecc.);
- 10) l'accesso ad un ampio spettro di trattati contro la doppia imposizione;
- 11) la promozione del regime fiscale preferenziale come strumento di riduzione delle imposte su base internazionale;
- 12) l'incoraggiamento, da parte del regime fiscale, di operazioni poste in essere esclusivamente per ragioni fiscali.

Il rapporto, tuttavia, suggeriva in aggiunta una serie di domande che dovevano esser poste ai fini di inquadrare l'attività in un dato Paese dannosa o meno⁵⁰, quali:

- “il regime determina lo spostamento di attività economiche da un Paese al Paese che lo ha istituito, o genera in modo significativo nuove attività?”⁵¹
- “la presenza e il livello di attività nel Paese ospitante è commisurato all'entità dell'investimento e del reddito?”⁵²
- “il regime fiscale preferenziale è la principale motivazione per la localizzazione di un'attività?”

3.1.3 Le Raccomandazioni

In conclusione, il Rapporto, alla stregua delle definizioni fornite per distinguere le due categorie, esponeva le varie raccomandazioni che dovevano essere rispettate dagli Stati Membri, attesa l'inefficacia delle misure già internamente previste da quest'ultimi tramite accordi unilaterali o convenzioni bilaterali. Le ragioni di questa inefficacia erano plurime e risiedevano perlopiù nell'esigenza di misure globalmente imposte (dato il largo spettro di Stati coinvolti), nei limiti che derivavano dal diritto internazionale e nel bisogno di un maggiore coordinamento.

Questo pacchetto di raccomandazioni era suddivisibile perlopiù in tre gruppi.

Il primo concerneva la legislazione nazionale, affinché molti Stati dapprima sprovvisti di misure reazionarie, potessero adottare istituti già previsti da altri Paesi, rafforzando così l'efficacia delle misure unilaterali. Tra queste si avevano:

⁵⁰ IBIDEM, *La lotta dell'OCSE alla concorrenza fiscale dannosa dopo il rapporto del 2001: lo stato dell'arte e i possibili sviluppi*

⁵¹ Il comitato OCSE nella formulazione di detta domanda precisa, in merito ad un'eventuale risposta, che in linea generale le pratiche concorrenzialmente scorrette non si debbono ravvisare ogni qualvolta vi sia uno spostamento delle attività economiche in territori che adottano una normativa interna più favorevole. Difatti esistono molte giurisdizioni le cui legislazioni ostano o limitano in grande misura lo sviluppo delle attività economiche, con riferimento non esclusivo alla materia fiscale, pertanto altre ragioni di spostamento se supportate da legittime scelte strategiche possono giustificare la migrazione senza dar vita ad una condotta sleale.

⁵² La sussistenza della proporzionalità che giustifica la presenza nel territorio fiscalmente più favorevole non è tuttavia idonea ad escludere *in toto* la ravvisabilità di una pratica dannosa fiscale, essendo necessario riferirsi con specificità al caso concreto.

- 1) **le norme sulle “Controlled Foreign Corporation”**: i Paesi che non erano dotati di tali norme dovevano considerarne l’adozione, mentre quelli che già disponevano di una legislazione in materia dovevano far sì che essa si applicasse in modo coerente con la strategia di limitare la concorrenza fiscale dannosa;
- 2) l’introduzione o il miglioramento di norme analoghe con riguardo ai fondi d’investimento esteri in situazioni di concorrenza fiscale dannosa;
- 3) l’introduzione di norme limitative del privilegio di affiliazione e degli altri metodi di esenzione per i redditi di fonte estera, come strumenti per evitare la doppia imposizione, ai soli casi in cui il reddito estero non avesse beneficiato di regimi fiscali preferenziali dannosi;
- 4) il miglioramento delle procedure di scambio d’informazioni fra giurisdizioni fiscali;
- 5) la trasparenza dei *tax ruling*, nel senso di prevedere la pubblicità della loro emissione, negazione o revoca;
- 6) l’adesione ai principi dell’OCSE in materia di prezzi di trasferimento;
- 7) l’introduzione di norme volte a consentire indagini bancarie per ragioni fiscali.

Il secondo gruppo concerneva invece le raccomandazioni in riferimento alle convenzioni contro le doppie imposizioni: il proposito era di evitare che i vantaggi garantiti in queste convenzioni, per evitare che si verificasse la doppia imposizione, potessero essere aggirati ai fini di porre in essere condotte di concorrenza fiscale dannosa eludendo i sistemi reazionari e impositivi.

Quest’ultime erano:

- 1) l’introduzione di programmi volti ad intensificare lo scambio d’informazioni fra Paesi, in particolare quelle afferenti operazioni in paradisi fiscali o nell’ambito di regimi fiscali preferenziali dannosi;
- 2) l’introduzione nelle convenzioni di norme finalizzate a negare i benefici pattizi per quei soggetti e redditi che beneficiavano di regimi fiscali dannosi, nonché la più rigorosa applicazione di quelle già esistenti, con previsione di integrare il Modello di Convenzione OCSE a tale scopo;
- 3) l’introduzione nel Commentario al suddetto Modello di chiarimenti sulla compatibilità delle norme antiabuso nazionali con le convenzioni internazionali;
- 4) la preparazione a cura del Comitato di una lista di disposizioni introdotte da alcuni Paesi nei trattati, finalizzate ad escludere dai benefici convenzionali certi soggetti o certi redditi che beneficiavano di regimi fiscali dannosi, con lo scopo di fornire agli Stati

Membri un punto di riferimento per la negoziazione delle convenzioni fiscali e di utilizzarla come base di discussione nel Forum;

5) la denuncia delle convenzioni contro le doppie imposizioni con Paradisi fiscali e il rifiuto di stipularne in futuro;

6) l'adozione di regimi concordati di accertamento e verifica, coordinati internazionalmente, nei confronti di contribuenti che beneficiavano di regimi che costituivano pratiche di concorrenza fiscale dannosa;

7) l'incremento dell'assistenza fiscale internazionale nell'accertamento e nella riscossione.

Il terzo e ultimo gruppo concerneva la cooperazione fiscale internazionale:

8) l'adozione delle seguenti Linee – guida che prevedevano:

i) l'astensione da parte degli Stati membri dall'adozione di nuove misure fiscali o dall'ampliamento dell'oggetto o del rafforzamento di quelle esistenti che potessero configurarsi come pratiche di concorrenza fiscale dannosa (c.d. clausola di “*standstill*”);

ii) la revisione delle misure fiscali esistenti al fine dell'eventuale accertamento della loro dannosità; le misure individuate venivano riportate al Forum sulle Pratiche Fiscali Dannose e incluse in una lista entro due anni dalla data di approvazione delle presenti Linee – guida da parte del Consiglio dell'OCSE;

iii) lo smantellamento di quelle misure fiscali, identificate come dannose e incluse nella predetta lista, entro cinque anni dalla data di approvazione di cui al punto che precede, con previsione per i contribuenti che ne beneficiavano alla data del 31 dicembre 2000 che i relativi vantaggi venissero soppressi, al più tardi, entro il 31 dicembre 2005; la lista delle misure fiscali dannose sarebbe stata rivista annualmente e dalla stessa rimossi quei regimi che avessero perso il loro carattere di dannosità (c.d. clausola di “*rollback*”);

iv) la facoltà per ciascun Stato membro, che ritenesse che una misura esistente non inclusa nella lista di cui sopra, o una misura proposta o nuova, dello stesso o di un altro paese, costituisse una misura che avrebbe potuto dar luogo a una pratica fiscale dannosa, di richiedere che la misura venisse esaminata dagli altri Stati membri attraverso il Forum sulle Pratiche Fiscali Dannose, ai fini dell'applicazione del punto i) o per l'inclusione nella lista di cui al punto ii); il Forum poteva emettere un parere non vincolante al proposito;

v) il coordinamento, attraverso il Forum, delle risposte nazionali e pattizie alle pratiche fiscali dannose adottate da altri Paesi;

- vi) l'utilizzo del Forum per incoraggiare attivamente i Paesi non membri per aderire essi stessi alle presenti Linee – guida; nonché l'istituzione di un Forum per realizzare le Linee – guida e le altre Raccomandazioni del Rapporto;
- 9) la formulazione di un elenco dei Paradisi fiscali a cura del Forum;
- 10) la revisione dei rapporti con Paradisi fiscali di quegli Stati con i quali i primi avevano particolari relazioni politiche o economiche, al fine di non favorirli nelle loro pratiche dannose;
- 11) la promozione di principi di buona amministrazione fiscale;
- 12) la promozione di queste Raccomandazioni anche nei confronti dei Paesi che erano membri dell'OCSE⁵³.

3.2 Dal *Progress Report* del 2000: “*Towards Global Tax Co-operation*” al *Progress Report* del 2004

Il *progress report* del 2000 nasceva dalla necessità di innovare i criteri di classificazione degli ordinamenti giuridici che dovevano essere annoverati nell'alveo dei Paradisi Fiscali. L'esigenza di fornire nuovi criteri di connessione era sviluppata a seguito di aspri dibattiti che avevano caratterizzato lo scenario internazionale di quegli anni: si assumeva che i criteri adoperati nel *Report* del 1998 (v. sopra), tenessero conto in egual misura del livello di tassazione utilizzato e del grado di trasparenza fornito dalle Amministrazioni finanziarie locali, sia nello scambio di informazioni, che nella trasparenza legislativa e della prassi amministrativa.

Era infatti quest'ultimo aspetto a destare maggior clamore, in quanto la maggior parte degli Stati erano inclini a ritenere che, ai fini della determinazione degli ordinamenti che applicavano maggiormente una cooperazione fiscale dannosa, fosse necessario evidenziare esclusivamente il livello di trasparenza assicurato e il grado di cooperazione fornito dalle Amministrazioni finanziarie, essendo di per sé irrisorio l'elemento del livello di imposizione fiscale.

Sulla base di queste preliminari informazioni si fondava dunque il *Report* in esame, che proponeva uno stravolgimento dell'assetto precedente, fornendo una nuova distinzione basata su diversi criteri, e che induceva alla distinzione in due nuove categorie: i Paesi

⁵³ IBIDEM, *La lotta dell'OCSE alla concorrenza fiscale dannosa dopo il rapporto del 2001: lo stato dell'arte e i possibili sviluppi*

cooperativi e Paesi non cooperativi, includendo così nuovi Stati nella *black list* dei Paesi a fiscalità privilegiata.

Procedendo in ordine logico temporale, si analizzano la struttura e le conclusioni del *report*.

Nella sezione sommaria del *Report* il Comitato, in primo luogo, ribadiva quelli che erano i maggiori propositi dell'Organizzazione, gli stessi che avevano mosso le modifiche al precedente *report*. Similmente a quanto affermato nel precedente *Report*, tali misure dovevano essere applicate con lo specifico obiettivo di realizzare una cooperazione tra i vari governi statali, mirata alla creazione di un armonico contesto globale anche nella materia tributaria.

Il risultato maggiormente atteso era quello di assicurare l'integrità dei sistemi impositivi, garantendo che le pratiche adottate, con particolare riferimento alle attività "mobili", non erodessero i sistemi fiscali degli altri Paesi o distorcessero la locazione dei capitali e servizi.

Tuttavia, è bene ricordare che l'Organizzazione lungi dal voler creare sistemi di tassazione omologhi per la pluralità degli Stati, ma solo garantire che i livelli impositivi stabiliti non fossero in funzione di finalità scorrette e ingiuste perlopiù mirate all'attrazione di ricchezze estere, danneggiando intenzionalmente gli altri Stati a fiscalità 'ordinaria'⁵⁴.

Conformemente a quanto appena detto, il Comitato sottolineava come, seppur i primi risultati fossero stati incoraggianti, in quanto molte giurisdizioni avevano ottemperato tempestivamente alle raccomandazioni e molti altri mostravano interesse nel volerne prender parte, il progetto era piuttosto lungo, complesso e soggetto a continue modifiche. Le precedenti Raccomandazioni erano state pubblicate con l'obiettivo di rimuovere i regimi fiscali preferenziali nel termine massimo di cinque anni, fatta eccezione per coloro rientranti nella "*grandfather clause*".⁵⁵

⁵⁴ *Towards Global Tax Co-operation report to the 2000 ministerial council meeting and recommendations by the committee on fiscal affairs*

Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices

⁵⁵ Viene accordata una clausola di favore nei confronti di tutti i contribuenti che godono dei sistemi impositivi favorevoli al 31 dicembre 2000. Questi ultimi dovranno infatti omologarsi alle raccomandazioni elaborate entro il termine massimo del 31 dicembre 2005, anziché entro l'aprile del 2003 come i contribuenti esclusi da questo criterio.

Nell'ambito di questo processo era così introdotto un meccanismo di identificazione per tutti quei regimi fiscali che anche solo 'potenzialmente' adottassero pratiche dannose: il Comitato rimandava infatti solo ad un'analisi postuma la valutazione di dannosità che in concreto era possibile ravvisare nei vari Stati, distinguendo ulteriormente in paesi "potenzialmente dannosi" ed "effettivamente dannosi", per un totale di 61 Stati identificati tra queste categorie.

Benché, la lista non fosse esaustiva, era necessario ricordare che molte giurisdizioni non erano riportate nella lista dei Paradisi fiscali (a quota 35 Stati ammonta l'elencazione) in ragione del precedente impegno da loro assunto a seguito del primo *report*: eliminare le proprie pratiche fiscali dannose.

La distinzione dei paesi cooperativi e non, aveva indotto il Comitato anche all'adozione di nuove forme di cooperazione⁵⁶ con la prima tipologia di paesi, volta a limitare gli effetti distorsivi delle pratiche dannose.

Venivano ulteriormente affinati i rapporti anche con Stati non facenti parte dell'organizzazione OCSE, che tuttavia assumevano una rilevanza centrale nell'applicazione delle misure ostative allo svilupparsi di questi Paesi, anche e soprattutto con riferimento ai cd. Paesi non cooperativi, che essendo i più restii a levigare i propri modelli impositivi necessitavano di forme di contrasto e misure difensive⁵⁷ più resistenti.

La lotta dell'OCSE alla concorrenza fiscale dannosa dopo il rapporto del 2001: lo stato dell'arte e i possibili sviluppi

⁵⁶ 1) sviluppare un veicolo modello per lo scambio di informazioni (ossia un Modello OCSE di Accordo per lo scambio di informazioni fiscali o un accordo multilaterale);

2) creare un quadro multilaterale sotto il Forum per le consultazioni con i Paesi cooperativi sullo scambio di informazioni e altri rilevanti problemi concernenti l'eliminazione delle pratiche fiscali dannose;

3) esaminare il tipo di assistenza di cui avranno necessità le giurisdizioni in transizione, alla luce degli effetti sulle loro economie;

4) incoraggiare le giurisdizioni a iniziare programmi cooperativi per migliorare la loro amministrazione finanziaria.

⁵⁷ Il *Report* del 2000 propone le seguenti misure ai fini di osteggiarne lo sviluppo:

i) il disconoscimento di deduzioni, esenzioni, crediti e altri benefici connessi ad operazioni compiute con Paradisi fiscali non cooperativi o che comunque traggano vantaggio dalle loro pratiche fiscali dannose;

ii) l'approvazione di norme che richiedano, a pena di serie sanzioni, specifica dichiarazione delle operazioni di cui sopra;

iii) **l'approvazione o il miglioramento delle normative CFC;**

iv) l'esclusione di esimenti all'applicazione di sanzioni, allorché si verta nelle operazioni di cui sopra *sub* i);

Misure difensive che peraltro, dovevano essere applicate solo nei confronti di quei Paesi che a partire dal 31 luglio 2001 non avrebbero in maniera cooperativa ottemperato all'emendamento del proprio regime.

Nello stesso anno del *Toward Global Tax co-operation*, l'OCSE aveva inviato in allegato il *Memorandum of Understanding* a tutti i 35 Paesi che in base al *Report* del 2000 erano stati identificati come Paradisi fiscali, e con tale documento si cercava di instaurare un dialogo con i vari Stati che avevano manifestato condotte cooperative, definendo quali dovevano essere gli impegni ultimi da realizzare ai fini di instaurare un regime che si basasse sui principi cardine di trasparenza, non discriminazione ed effettiva cooperazione. Nonostante per molti Stati fossero fruttuose queste sollecitazioni, era altrettanto vero che uno scenario ben diverso aveva preso forma negli *United States of America*. Le prese politiche lobbiste di quegli anni infatti avevano influenzato negativamente la posizione americana, ostando in un primo momento la partecipazione dello Stato federale al progetto OCSE, posizione che però veniva mitigata in seguito dalla presidenza Bush e destinata a cambiare definitivamente rotta dopo il disastroso attentato dell'11 settembre 2001⁵⁸.

v) la negazione di crediti per imposte assolte all'estero e del privilegio di affiliazione con riguardo a dividendi che provengano da società localizzate nei Paradisi fiscali non cooperativi o da società che si siano avvantaggiate delle loro pratiche fiscali dannose;

vi) l'applicazione di ritenute alla fonte su pagamenti verso residenti nei Paradisi fiscali non cooperativi;

vii) l'incremento delle verifiche fiscali sui soggetti che abbiano compiuto operazioni con Paradisi fiscali non cooperativi o che abbiano tratto vantaggi dalle loro pratiche fiscali dannose;

viii) l'assicurazione dell'applicabilità di qualsiasi misura esistente o da approvarsi contro la concorrenza fiscale dannosa ai Paradisi fiscali non cooperativi o alle operazioni che abbiano tratto vantaggi dalle loro pratiche fiscali;

ix) la non stipulazione o la denuncia di trattati contro le doppie imposizioni con i Paradisi fiscali non cooperativi;

x) il disconoscimento di deduzioni fiscali per le spese sostenute per stabilire o acquistare enti costituiti nei Paradisi fiscali non cooperativi;

xi) l'imposizione di tributi sulle operazioni che vedano coinvolti i Paradisi fiscali non cooperativi.

⁵⁸ La data di questo storico avvenimento ha segnato non solo la nascita di nuovi accordi politici ma anche una svolta definitiva negli obiettivi in cui si propone l'OCSE. Il suo mandato si incentrerà maggiormente da questo momento in poi alla ricerca delle possibili fonti di finanziamento del terrorismo internazionale, mostrando maggiore riguardo per i Paradisi fiscali e il rispetto della trasparenza finanziaria e lo scambio di informazioni.

Nel maggio del 2001 gli Stati Uniti, a seguito di una dichiarazione del Segretario al Tesoro, avevano evidenziato il loro impegno nel contrastare le pratiche elusive dei contribuenti e gli assetti distorsivi dei regimi fiscali nei *tax havens*, avvalendosi in primo luogo degli strumenti legislativi interni, e successivamente di quelli internazionali tra cui si annoverava la partecipazione al progetto OCSE. Gli USA inoltre si impegnavano a debellare tali condotte sleali, attuando strumenti di cooperazione tra cui lo scambio di informazioni tra Amministrazioni, che doveva limitarsi ad uno scambio limitato e dall'oggetto specifico, e non imponendo agli altri Stati un livello impositivo fiscale, stando comunque all'assunto primario che ogni Stato nei limiti dei propri confini interni era libero di determinarsi come riteneva più opportuno.

Innovativo era stato anche il rapporto del 2001 nel quale, nonostante si evidenziavano i benefici derivanti dalla presenza di un mercato economico sempre più aperto e competitivo, che promuoveva tra le altre le varie riforme fiscali interne, al tempo stesso si sottolineava ancora una volta l'importanza della cooperazione tra Stati, in particolar modo attraverso lo scambio di informazioni, in un contesto in cui molti sistemi fiscali erano sempre più autori di pratiche concorrenziali pericolose e scorrette, che osteggiavano senza alcun dubbio la crescita economica e lo sviluppo mondiale. L'OSCE in questo *Report* cercava dunque ancora una volta di fornire strumenti di contrasto e misure difensive nella lotta contro la fiscalità dannosa, ricordando il ruolo cruciale che detenevano i fattori chiave nell'identificazione dei Paradisi fiscali⁵⁹.

Nel 2002 la *black list* dei Paesi a fiscalità privilegiata decresceva a quota sette Paesi, per poi diminuire ulteriormente nel 2003 e riportare solo 5 Paesi (Andorra, Isole Marshall, Liberia, Liechtenstein e Monaco).

Per ciò che concerneva i Paesi con regimi fiscali preferenziali dannosi è il *Progress report* del 2004 ad avere una importanza focale. Dei 47 Paesi inizialmente individuati, 18 venivano aboliti⁶⁰, 14 emendati in maniera tale da escluderne la dannosità e su 13 veniva

⁵⁹ Ibidem *La lotta dell'OCSE alla concorrenza fiscale dannosa dopo il rapporto del 2001: lo stato dell'arte e i possibili sviluppi*

⁶⁰ Si debbono considerare aboliti anche quando l'abolizione effettiva non sia ancora intervenuta ma:

- nessuna ulteriore applicazione è consentita;
- la data per la effettiva abolizione è stata fissata;
- il regime fiscale adottato è ora trasparente o consente un effettivo scambio di informazioni.

effettuata una valutazione postuma che induceva gli esperti a escluderli dalla lista. Risultati dunque senza precedenti che auspicavano a un sempre più progressivo miglioramento anche alla luce delle misure di contrasto⁶¹ ribadite in tale *report*⁶².

3.3 *Progress Report del 2009*

Il *Progress Report* del 2009 veniva redatto in occasione del *summit* del medesimo anno tenutosi a Londra.

“La crescente competizione fiscale internazionale stimola le giurisdizioni ad alta fiscalità a rafforzare le regole antielusive, per contrastare l'erosione del gettito erariale nazionale. Diversi paesi hanno focalizzato le proprie regole antielusive sulle transazioni internazionali, considerato che l'arbitraggio fiscale e l'elusione vengono più agevolmente

⁶¹ La lista, di carattere non esaustivo prevede:

- l'introduzione di disposizioni che vietino l'applicazione di deduzioni, esenzioni, crediti d'imposta e altri benefici fiscali ai pagamenti effettuati a soggetti residenti in Paesi con pratiche fiscali dannose in atto;
- l'introduzione di norme sulla *thin capitalization*, con l'effetto di limitare la deducibilità degli interessi corrisposti a soggetti residenti in Paesi con pratiche fiscali dannose in atto;
- l'introduzione di disposizioni legislative o amministrative che obblighino il cittadino residente, che effettua pagamenti nei confronti di un soggetto residente in un Paese con pratiche fiscali dannose in atto, a dichiarare alle autorità fiscali competenti l'avvenuta transazione;
- l'introduzione di norme che assoggettino i cittadini residenti a tassazione sull'ammontare corrispondente a quella parte di reddito derivante da interessi detenuti in entità operanti in Paesi con pratiche fiscali dannose in atto;
- il diniego di applicazione del c.d. *exemption method* ovvero la modifica all'operatività del meccanismo del credito di imposta;
- l'introduzione di norme che prevedano l'applicazione di una ritenuta alla fonte su dividendi, interessi e canoni corrisposti a soggetti che beneficiano dell'applicazione di pratiche fiscali dannose;
- il rifiuto, da parte di uno Stato, di negoziare e concludere convenzioni fiscali internazionali con Paesi con pratiche fiscali dannose in atto.

Valente P., *I paradisi fiscali nell'era BEPS e dello scambio automatico di informazioni*, Fiscalità e commercio internazionale, n. 4/2016

⁶² Valente P., *I paradisi fiscali nell'era BEPS e dello scambio automatico di informazioni*, Fiscalità e commercio internazionale, n. 4/2016

*perseguiti attraverso giurisdizioni che non consentono un adeguato scambio di informazioni a fini fiscali”*⁶³.

La posizione avversa dell’OCSE in riferimento ai Paesi che detenevano ancora un sistema fiscale privilegiato si rafforzava in ragione del sostegno sempre più attivo della gran parte dei poteri politici esistenti sul piano globale, la cui promozione di tali pratiche di contrasto era sempre più consolidata alla luce della crisi economica globale sorta nel 2007, i cui effetti disastrosi si sono prorogati fino al 2010.

Seppur molti Paesi si erano mostrati propositivi alla collaborazione, è altrettanto vero che molti altri facente parte della *black list* si erano dimostrati inadempienti.

Alla luce pertanto di quella realtà che non lasciava altra scelta se non la presa di coscienza, il G20 in occasione del *summit* di Londra il 2 Aprile 2009 provvedeva all’elaborazione di una nuova politica di contrasto: tra i maggior promotori di questa iniziativa certamente vi erano i Paesi più industrializzati che, logorati dalla crisi economica mondiale, non potevano percorrere altra via se non quella di debellare l’assetto fiscale dei Paradisi Fiscali che aveva lesionato ulteriormente i bilanci interni, più di quanto già non avesse fatto la crisi.

Le finalità che si proponeva di perseguire concernevano, oltre alla lotta dei Paradisi Fiscali, l’adozione di nuove misure difensive e la diffusione di sistemi trasparenti e maggiormente disposti allo scambio di informazioni.

L’elaborazione di un nuovo modello di individuazione dei *tax havens*, basato sull’introduzione di nuovi criteri approvati dal G20, preventivamente concordati dai Paesi membri dell’OCSE e non, avevano dato origine a un’innovativa elencazione tripartita in tre categorie:

- *White list*: nella quale venivano enunciati i vari ordinamenti giuridici che avevano mantenuto un piano fiscale uniforme agli standard fiscali internazionali. L’inclusione si fondava anche sulla presenza di un numero minimo di *agreement* conclusi con gli altri Stati in materia di scambio di informazioni (numero minimo che corrispondeva a 12, che aveva permesso a molti Stati di prenderne parte nonostante storicamente fossero considerati come Paradisi Fiscali)
- *Grey list*: che raccoglieva l’insieme dei Paesi che seppur si erano mostrati favorevoli nell’assunzione dei propri obblighi di conformazione agli

⁶³ Pitaro D., N. 65 - *Le disposizioni italiane di contrasto all’elusione fiscale internazionale*

standard internazionali ancora non vi avevano provveduto, essendo totalmente assente la conclusione di convenzioni internazionale in materia di scambio informazioni;

- *Black list*: nella quale si individuavano tutti quegli Stati che non solo non presentavano un’omologazione rispetto agli standard internazionali, ma nemmeno manifestavano la volontà di volerne prendere parte⁶⁴.

Non erano mancati nel corso degli anni modifiche ai criteri sussuntivi così come redatti in prima istanza, oggetto dapprima di revisione nella conferenza del G20 del 2004, e, successivamente, dal comitato ONU degli esperti sulla cooperazione fiscale del 2008.

Le modifiche oltretutto non interessavano esclusivamente i criteri di connessione, ma bensì l’assetto sopra delineato che, seppur rappresentasse le fondamenta dell’attuale modello di ripartizione, era stato progressivamente aggiornato⁶⁵ a seguito di costanti processi di revisione che avevano indotto a un graduale procedimento di snellimento delle *black list* e *grey list*.

Indubbiamente vari erano gli Stati, tra cui la Costa Rica, Filippine, Malesia e Uruguay, che pur facendo parte della *black list*, formalmente si impegnavano ad omologarsi agli standard di trasparenza; in ugual misura molti Stati che avevano preso parte alla *grey list* venivano trasferiti nella *white list* a seguito del raggiungimento degli obiettivi stabiliti.

In aggiunta, poco tempo dopo, il requisito per poter esser inclusi nella *white list* era mutato, subordinando l’iscrizione esclusivamente alla presenza della manifestazione di volontà nel sottoporsi al procedimento di revisione, e non anche al raggiungimento dei risultati effettivamente auspicati in base a tale impegno, consentendo quindi una crescita costante dei Paesi facente parte.

L’impegno dell’OCSE nella lotta ai Paradisi fiscali, come anticipato nel *report* del 2000, era un procedimento complesso e in continua evoluzione: il “*Report to the G20 Leaders: Global Forum update on effectiveness and ongoing monitoring*” del 2013 era la sintesi nelle innumerevoli revisioni operate dall’OCSE, accompagnate dall’introduzione di supplementari raccomandazioni atte a implementare la cooperazione fiscale

⁶⁴ Carbone M., *L’azione della Comunità Internazionale*, in Carbone M. Posco. M. Petese L., *La geografia dei paradisi fiscali*, IPSOA MANUALI, 2017 (pag. 4-10)

⁶⁵ Tra le varie modifiche nel 2012 fu abbandonata la struttura a tabelle precedentemente utilizzata, a favore di una documentazione più laboriosa, basata sugli esiti stabiliti delle periodiche *paper review*.

internazionale, proponendo modalità di omologazione agli standard internazionali, la cui attuazione, ancora oggi, è sottoposta al vaglio del *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*.

A PROGRESS REPORT ON THE JURISDICTIONS SURVEYED BY THE OECD GLOBAL FORUM IN IMPLEMENTING THE INTERNATIONALLY AGREED TAX STANDARD¹

Progress made as at 2nd April 2009

Jurisdictions that have substantially implemented the internationally agreed tax standard			
Argentina	Germany	Korea	Seychelles
Australia	Greece	Malta	Slovak Republic
Barbados	Guernsey	Mauritius	South Africa
Canada	Hungary	Mexico	Spain
China ²	Iceland	Netherlands	Sweden
Cyprus	Ireland	New Zealand	Turkey
Czech Republic	Isle of Man	Norway	United Arab Emirates
Denmark	Italy	Poland	United Kingdom
Finland	Japan	Portugal	United States
France	Jersey	Russian Federation	US Virgin Islands

Jurisdictions that have committed to the internationally agreed tax standard, but have not yet substantially implemented					
Jurisdiction	Year of Commitment	Number of Agreements	Jurisdiction	Year of Commitment	Number of Agreements
Tax Havens³					
Andorra	2009	(0)	Marshall Islands	2007	(1)
Anguilla	2002	(0)	Monaco	2009	(1)
Antigua and Barbuda	2002	(7)	Montserrat	2002	(0)
Aruba	2002	(4)	Nauru	2003	(0)
Bahamas	2002	(1)	Netherlands Antilles	2000	(7)
Bahrain	2001	(6)	Niue	2002	(0)
Belize	2002	(0)	Panama	2002	(0)
Bermuda	2000	(3)	St Kitts and Nevis	2002	(0)
British Virgin Islands	2002	(3)	St Lucia	2002	(0)
Cayman Islands ⁴	2000	(8)	St Vincent & Grenadines	2002	(0)
Cook Islands	2002	(0)	Samoa	2002	(0)
Dominica	2002	(1)	San Marino	2000	(0)
Gibraltar	2002	(1)	Turks and Caicos Islands	2002	(0)
Grenada	2002	(1)	Vanuatu	2003	(0)
Liberia	2007	(0)			
Liechtenstein	2009	(1)			
Other Financial Centres					
Austria ⁵	2009	(0)	Guatemala	2009	(0)
Belgium ⁵	2009	(1)	Luxembourg ⁵	2009	(0)
Brunei	2009	(5)	Singapore	2009	(0)
Chile	2009	(0)	Switzerland ⁵	2009	(0)

Jurisdictions that have not committed to the internationally agreed tax standard			
Jurisdiction	Number of Agreements	Jurisdiction	Number of Agreements
Costa Rica	(0)	Philippines	(0)
Malaysia (Labuan)	(0)	Uruguay	(0)

¹ The internationally agreed tax standard, which was developed by the OECD in co-operation with non-OECD countries and which was endorsed by G20 Finance Ministers at their Berlin Meeting in 2004 and by the UN Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters at its October 2008 Meeting, requires exchange of information on request in all tax matters for the administration and enforcement of domestic tax law without regard to a domestic tax interest requirement or bank secrecy for tax purposes. It also provides for extensive safeguards to protect the confidentiality of the information exchanged.

² Excluding the Special Administrative Regions, which have committed to implement the internationally agreed tax standard.

³ These jurisdictions were identified in 2000 as meeting the tax haven criteria as described in the 1998 OECD report.

⁴ The Cayman Islands has enacted legislation that allows it to exchange information unilaterally and has identified 11 countries with which it is prepared to do so. This legislation is being reviewed by the OECD.

⁵ Austria, Belgium, Luxembourg and Switzerland withdrew their reservations to Article 26 of the OECD Model Tax Convention. Belgium has already written to 48 countries to propose the conclusion of protocols to update Article 26 of their existing treaties. Austria, Luxembourg and Switzerland announced that they have started to write to their treaty partners to indicate that they are now willing to enter into renegotiations of their treaties to include the new Article 26.

66

4. Gli Interventi dell'Unione Europea

La necessità di elaborare criteri di individuazione dei Paesi non cooperativi, e conseguentemente le misure opportune da adottare per contrastare la loro fiscalità, è stata oggetto non solo di dibattiti e di lunghi lavori preparatori nel contesto internazionale, ma altresì nel territorio comunitario.

L'Unione Europea, sin dalle sue forme primigenie, ha orientato la sua attività nel perseguimento di obiettivi comuni, perlopiù destinati alla realizzazione e alla garanzia di pari opportunità per gli Stati facente parte, e alla istituzione di un territorio comune privo di barriere economiche e politiche, il cui lavoro interno dei Paesi membri sia armonioso e destinato ad uno scopo comune.

Anche in questo settore l'attività normativa Europea si è dimostrata piuttosto reattiva, e lo sviluppo di questa ha corso perlopiù assieme a quello mondiale⁶⁷.

⁶⁶ Fonte Carbone M. Posco. M. Petese L., *La geografia dei paradisi fiscali*, IPSOA MANUALI, 2017 (pag. 4-10)

⁶⁷ *Obiettivi e valori dell'UE*, Unione Europea, https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_it

Come introdotto nella parte iniziale di questo capitolo, le prime forme di prevenzione hanno iniziato a muovere i primi passi agli inizi degli anni '90, e così anche nel territorio dell'Unione sono risalibili a questo periodo i primi interventi normativi.

Principalmente l'interesse che l'organizzazione sovranazionale si propone di realizzare non è connesso in via diretta alla elaborazione di forme di contrasto avverso le condotte fiscali dannose attuate da alcuni Stati, ma bensì si ricollega a un cambio di prospettiva in materia di imposte dirette e cooperazione tra Stati nello scambio di informazioni reciproche.

La Commissione europea, per tali ragioni, ha formulato una pluralità di direttive nella quali ha disposto diversi modelli impositivi diretti, applicabili nei vari settori economici (es. nell'ambito della tassazione dei *royalties* e dividendi, oppure delle imprese *parents and subsidiaries*), il cui obiettivo comune coincide con la crescita, occupazione e prevenzione della concorrenza fiscale dannosa, attraverso l'adozione di modelli fiscali integrati, idonei a massimizzare gli interessi dei vari Stati membri. Nonostante l'attività normativa comunitaria sia fisiologicamente frenata dai meccanismi burocratici di approvazione legislativa, è in questa prospettiva che è stato realizzato il codice di condotta relativo a tutte le misure fiscali che possono essere riconnesse alla esclusiva finalità distorsiva e di attrazione dei capitali esteri, in cui 66 vengono definite come dannose.

Relativamente alla disciplina dello scambio di informazioni tra Stati, è innegabile come in questo settore l'Unione Europea abbia svolto un ruolo centrale, con l'introduzione della direttiva in materia, e successivamente con la divulgazione della direttiva⁶⁸ 2011/16/UE del 15 febbraio 2011)⁶⁹.

Ciononostante, il risultato più intraprendente lo si è raggiunto nel 2017 a seguito della composizione accurata di una *black list* europea. Già negli anni antecedenti le istituzioni europee avevano cercato di stilare una lista basandosi su quelle nazionali, individuando trenta Paesi come non cooperativi alla stregua della loro presenza in almeno dieci liste, ma ragionevolmente questo sistema di individuazione ben presto è stato valutato come effimero e bisognoso di innovazione.

⁶⁸ Cap. 1 par. 2.1

⁶⁹ *Paradisi fiscali: la black list dell'Unione europea relativa alle giurisdizioni non cooperative, 2020*, LUISS Open <https://open.luiss.it/2020/10/28/paradisi-fiscali-la-black-list-dellunione-europea-relativa-alle-giurisdizioni-non-cooperative/>

I lavori preparatori della *black list* europea sono iniziati nel 2016, a seguito della risoluzione del 6 luglio dello stesso anno emanata dal Parlamento Europeo, conferente alla commissione il compito di redazione della suddetta, nonché per effetto delle disposizioni contenute nella direttiva 2016/1164 (cd. ATAD, v. Cap II), concernente le misure antiabuso contrastanti le pratiche di elusione fiscale.

Nella fase preliminare di redazione, le istituzioni europee hanno esaminato ciascun sistema impositivo nazionale, utilizzando 163 indici oggettivi e neutrali brevemente riassumibili in: il livello di trasparenza, la partecipazione a convenzioni internazionali in materia di scambio di informazioni, la ratifica della convenzione di Strasburgo del 1988, l'adozione di un sistema equo che non adotti condotte fiscali distorsive e dannose, l'impegno adoperato all'attuazione delle *Action* disposte dal soggetto e l'adozione generale di modelli di cosiddetta *good governance*.

Il procedimento di individuazione degli Stati più 'rischiosi' è stato integrato con la formulazione di misure difensive concrete, atte a dare seguito alle finalità perseguite dalle istituzioni europee⁷⁰.

A seguito di un'attenta analisi espletata tramite l'applicazione dei soprariportati criteri, lo studio si è concluso con l'individuazione di novantadue Paesi, risultati essere poco cooperativi.

In questa fase delicata si è dato inizio ad un continuo e produttivo dialogo tra le istituzioni europee e gli Stati individuati: i Paesi in esame sono stati chiamati a rispondere ad una serie di lettere aventi ad oggetto le criticità della fiscalità internazionale, i sistemi da loro adottati ed eventuali attività da porre in essere per collaborare alla lotta contro l'elusione/evasione fiscale.

Tuttavia, l'approdo finale lo si è avuto il 5 dicembre 2017, a seguito della pubblicazione delle conclusioni del Consiglio Europeo del 2016 nel quale sono stati definiti i tre criteri finali⁷¹ su cui è opportuno fondare l'attività di individuazione. Si ricorda che nel 2016 è

⁷⁰ Carbone M., *L'azione della Comunità Internazionale*, in Carbone M. Posco. M. Petese L., *La geografia dei paradisi fiscali*, IPSOA MANUALI, 2017 (pag. 6-10)

⁷¹ I criteri finali di individuazione dei Paradisi fiscali fissati con le conclusioni del 2016 sono:

- 1) il livello di trasparenza adottato, valutato in relazione alle misure garantite per lo scambio di informazioni tra Stati e la ratifica alla Convenzione di Strasburgo del 1988;
- 2) la presenza di regimi impositivi equi, che non adottino livelli impositivi atti a distorcere la concorrenza fiscale o tassare utili prodotti da attività effettivamente non svolte *in loco*;
- 3) l'impegno impiegato nell'attuazione delle *action* disposte nell'ambito del progetto BEPS.

stata altresì pubblicata la lista definitiva dei *tax havens*, nonché le relative raccomandazioni.

Da ultimo, si evidenzia l'elemento di comunanza tra i criteri utilizzati dall'Unione Europea e l'organizzazione OCSE: in entrambe le *black list* formulate l'attenzione non si sofferma sul livello impositivo stabilito, bensì sui vantaggi accordati nei confronti di specifici contribuenti ovvero sull'esistenza di una tassazione sulle attività economiche che sia priva di un accertamento preventivo rispetto l'effettività di queste sul territorio.

4.1 Dalle conclusioni del Consiglio UE del 5 dicembre 2017 a quelle del 26 febbraio 2021

La lista dei Paesi non cooperativi redatta nel 2017 è stata in seguito oggetto di rivisitazione per mano delle istituzioni dell'Unione Europea. L'esigenza sottesa è invero quella di 'fotografare' un sistema in continua mutazione, che sia il più verisimilmente rappresentativo della fiscalità attualmente imposta dagli Stati sovrani, alla luce delle continue modifiche e interventi normativi intimati dalle organizzazioni sovranazionali.

Nelle Conclusioni del Consiglio del 5 dicembre 2017⁷² si legge come l'individuazione dei Paesi non cooperativi effettuata dal gruppo 'Codice di condotta', in collaborazione con il Gruppo ad alto livello 'Questioni fiscali' ('HLPW'), è stata orientata alla definizione di tutti i Paesi pertinenti e all'analisi delle relative legislazioni e politiche fiscali, per il fine ultimo di promozione della trasparenza ed equità impositiva, nonché l'applicazione delle *Action* disposte nel progetto BEPS.

Nelle conclusioni è stata ribadita nuovamente la preminente esigenza di contrastare, per il tramite dell'adozione di meccanismi protettivi, la dannosità di questi sistemi fiscali che, fautori di pratiche elusive, evasive ovvero erosive delle basi imponibili, sono idonee a determinare ingenti perdite di gettito fiscali degli Stati membri, conseguendone la necessaria pretesa di contrasto.

In tal sede dunque il Consiglio, preso atto anche di tutti quegli Stati che si sono sottratti all'instaurazione di un dialogo produttivo con le istituzioni europee, ha provveduto all'approvazione (nell'allegato I) della lista di tutti i Paesi che sono tenuti ad ottemperare alle raccomandazioni intimate, pena l'inevitabile permanenza nella lista. Le giurisdizioni individuate sono state ulteriormente sottoposte ad un'attività di monitoraggio svolta dal

⁷² Conclusioni consiglio dell'UE del 5 dicembre 2017, doc. 15429/2017

gruppo ‘Codice di condotta’, finalizzata alla supervisione delle misure da adottare e con il quale è doveroso instaurare le relative discussioni in materia. Gli Stati destinatari delle misure certamente sono responsabili nel comunicare al Gruppo di sorveglianza le misure che intendono adottare e le modalità. Sulla stregua dei criteri indidentificativi sopra definiti (trasparenza, equa imposizione a attuazione delle norme sovranazionali) sono stati individuati un totale di 17 Stati⁷³, destinatari delle misure disposte⁷⁴.

Essendo l’inclusione nella lista suscettibile di emendamenti, qualora gli Stati abbiano ottemperato o meno alla cooperazione loro intimata, è stato disposto un meccanismo di revisione annuale ad opera del Consiglio, competente ad escludere, includere (in tal caso verrebbe dato avviso tramite una lettera, contenente delucidazioni in merito al motivo e le misure attese) o far permanere all’interno della lista, anche sulla base delle relazioni dei gruppi competenti.

⁷³ Gli Stati in esame sono: Samoa americane, Bahrein, le isole Barbados, Grenada, Guam, Corea, Macao, Isole Marshall, Mongolia, Namibia, Palau, Panama, Santa Lucia, Trinidad e Tobago, Tunisia, Emirati Arabi Uniti.

⁷⁴ “Per garantire un’azione coordinata, gli Stati membri dovrebbero applicare almeno una delle seguenti misure amministrative nel settore fiscale:

- a) monitoraggio rafforzato di talune operazioni;
- b) maggiori rischi di *audit* per i contribuenti che beneficiano dei regimi in questione;
- c) maggiori rischi di *audit* per i contribuenti che si avvalgono di strutture o meccanismi che coinvolgono queste giurisdizioni.

Fatte salve le competenze rispettive degli Stati membri di applicare misure supplementari, le misure di difesa di natura legislativa nel settore fiscale che potrebbero essere applicate dagli Stati membri sono le seguenti:

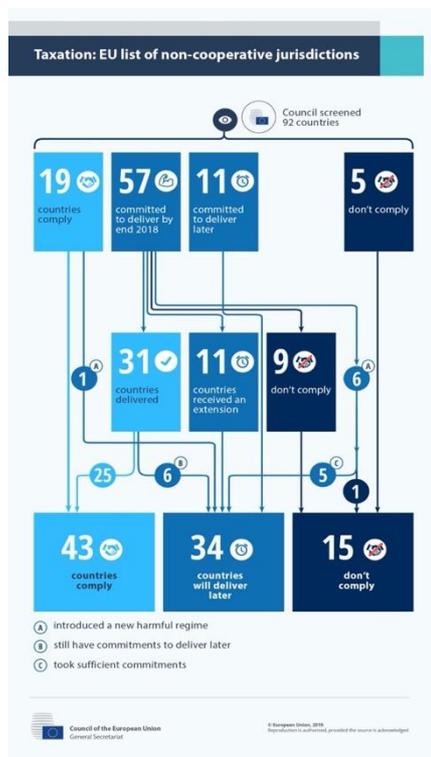
- a) non deducibilità dei costi;
- b) **norme sulle società controllate estere (CFC)**;
- c) misure di ritenuta alla fonte;
- d) limitazione dell’esenzione delle partecipazioni;
- e) regola dello *switch-over*;
- f) inversione dell’onere della prova;
- g) requisiti in materia di documentazione speciale;
- h) comunicazione obbligatoria, da parte di intermediari in materia fiscale, di particolari regimi fiscali in relazione a meccanismi transfrontalieri.” Allegato III Conclusione Consiglio UE del 5 dicembre 2017.

Sulla base degli accertamenti conseguiti, a seguito dell'esercizio di vaglio, è stata riveduta l'elencazione delle giurisdizioni e i risultati resi noti nelle conclusioni del consiglio UE del 12 marzo 2019⁷⁵.

L'attività di monitoraggio erogata dal Gruppo ha portato alla luce infatti diversi risultati: molte giurisdizioni che hanno manifestato la volontà di emendare i propri sistemi sono risultate inadempimenti nei termini prestabili; per altre è stata disposta la proroga dei termini affinché si attuino le riforme necessarie per rispettare i propri impegni; altri ancora hanno riportato invece un risultato favorevole.

“Oggi abbiamo completato il primo riesame complessivo della lista UE delle giurisdizioni non cooperative. Sin dalla prima adozione verso la fine del 2017, la lista ha dimostrato la sua efficacia nel promuovere in maniera cooperativa il programma dell'UE volto a migliorare le pratiche fiscali globali, combattere l'elusione fiscale e migliorare la buona governance e la trasparenza: più di 30 giurisdizioni hanno già mantenuto il loro impegno di varare riforme fiscali”⁷⁶.

La rivisitazione del 2019 ha portato all'inclusione di ulteriori 10 giurisdizioni: Aruba, Barbados, Belize, Bermuda, Dominica, Figi, Isole Marshall, Oman, Emirati arabi uniti, Vanuatu⁷⁷.



⁷⁵ Conclusioni consiglio dell'UE del 12 marzo 2019, doc. 7368/2019

⁷⁶ Eugen Teodorovici, ministro delle finanze della Romania

⁷⁷ Consiglio “economia e finanza”, 12 Marzo 2019, Consiglio dell'UE <https://www.consilium.europa.eu/it/meetings/ecofin/2019/03/12/>

Con la più recente riesamina, avvenuta nel 18 febbraio 2020⁷⁸ sono state introdotte le ulteriori modifiche⁷⁹ alla lista. Il Consiglio Europeo, in virtù dei risultati conseguiti dall’attività di monitoraggio e alla luce delle relazioni redatte dai gruppi competenti, ha provveduto in primo luogo alla rimozione delle Isole Cayman e l’Oman. Tuttavia la loro esclusione è stata supportata in ragione di diverse *motivazioni*. Le Isole Cayman hanno provveduto infatti a disporre nuove riforme in materia di fondi di investimento collettivo, favorendo e implementando la propria politica fiscale. Differentemente, l’Oman, ha provveduto alla ratifica della convenzione OCSE relativa alla reciproca assistenza amministrativa fiscale, autorizzando lo scambio di informazioni automatico e le relative misure necessarie per l’attuazione.

Diversa sorte è spettata invece agli Stati di Anguilla e Barbados, che a seguito della revisione pubblicata dal forum globale sulla trasparenza e lo scambio di informazioni sono state rispettivamente valutate come ‘non conformi’ o ‘parzialmente conformi’ alla convenzione internazionale in materia di trasparenza e scambio di informazioni.

Fatta eccezione per queste ultime modifiche richiamate, le altre giurisdizioni individuate nella lista del 2019 hanno persistito invece nella loro inclusione, benché i termini ultimi di cooperazione siano stati prorogati alla luce degli ultimi fisiologici rallentamenti in particolar modo generati dall’emergenza sanitaria in atto (COVID-19) che ha globalmente interessato gli Stati sovrani e le rispettive popolazioni. Nondimeno è stato disposto un aggiornamento più frequente (due volte l’anno), con l’auspicio della rimozione della Mongolia e Bosnia-Erzegovina, che di recente ha ratificato il progetto dell’OCSE in materia di reciproca assistenza amministrativa fiscale⁸⁰.

⁷⁸ Conclusioni del Consiglio Europeo sulla lista delle giurisdizioni non cooperative a fini fiscali, 18.02.2020, n. 6129.

⁷⁹ Alla stregua delle ultime modifiche gli Stati attualmente presenti nella lista sono: American Samoa, Anguilla, Barbados, Fiji, Guam, Palau, Panama, Samoa, Trinidad e Tobago, US Virgin Island, Vanuatu e Seychelles.

⁸⁰ *Lista UE delle giurisdizioni non cooperative a fini fiscali: aggiunte Anguilla e Barbados, rimossi Isole Cayman e Oman*, Consiglio dell’UE comunicato stampa, 2020 <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/10/06/eu-list-of-non-cooperative-jurisdictions-for-tax-purposes-anguilla-and-barbados-added-cayman-islands-and-oman-removed/>

Tuttavia, gli ultimissimi aggiornamenti pubblicati il 26 febbraio 2021 non hanno realizzato le aspettative di cui sopra. Sulla base delle recenti valutazioni in merito alla conformità delle giurisdizioni con le normative sovranazionali e gli obblighi in materia di scambio di informazioni, Dominica è stata reintrodotta nella lista (eliminata nel 2020) in quanto valutata ‘parzialmente conforme’ agli obblighi lei imposti. Di converso, le Barbados sono state traslate nell’allegato II, concernente gli Stati titolari di una situazione di avanzamento. Nel documento sono difatti inclusi tutti gli Stati che hanno manifestato un interesse all’attuazione degli obblighi di cooperazione, ma la cui attuazione non è ancora volta al termine. Se per le Barbados si è individuata l’inclusione in detta lista, per altri ne è conseguita la rimozione. Marocco, Namibia e Santa Lucia sono stati valutati come idonei ad esser eliminati dal documento sullo Stato di avanzamento, in quanto soddisfattivi degli obblighi assunti. Per altri ancora, quali Australia, Turchia, Giordania e Maldive la situazione è ancora in una fase intermedia. Per esse invero è stata accordata la proroga dei termini di conformazione agli impegni assunti, pensa la reintegrazione nell’allegato I, concernente i cd. Paesi *black list*⁸¹.

Nell’allegato I sono dunque inclusi tra i Paesi considerati non cooperativi: Samoa americane, Anguilla, Dominica, Figi, Guam, Palau, Panama, Samoa, Seychelles, Trinidad e Tobago, Isole Vergini degli Stati Uniti e Vanuatu. Nel documento concernente lo Stato di avanzamento si rinvergono invece: Australia, Barbados, Botswana, Eswatini, Giamaica, Giordania, Maldive, Thailandia e Turchia⁸².

È reso manifesto dunque come il novero degli Stati elencanti nella lista UE sia variabile e in costante aggiornamento, attesa la necessità che l’individuazione sia rispettosa delle contestuali misure cooperative adottate e sistemi fiscali proposti. Si tratta di uno scenario in continua evoluzione, il cui monitoraggio è imprescindibile.

⁸¹ *Tassazione: il Consiglio aggiunge Dominica alla lista UE delle giurisdizioni non cooperative e rimuove Barbados*, Consiglio Unione Europea, <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2021/02/22/taxation-council-adds-dominica-to-the-eu-list-of-non-cooperative-jurisdictions-and-removes-barbados/>

⁸² Conclusioni del Consiglio UE sulla lista delle giurisdizioni non cooperative a fini fiscali, C 66/40 del 26.02.2021

4.2 Rapporto tra *black list UE* e *black list italiana*

Tra le ragioni inerenti alla costituzione di una *black list* comunitaria certamente si individua il bisogno di introdurre una lista comune agli Stati membri dell'Unione Europea, basata su criteri omogenei, che scardini le discrasie emergenti dalle liste adottate dai diversi ordinamenti fiscali. Tuttavia, si anticipa (in quanto sarà ampiamente esaminata la questione nel cap. III) come la rilevanza dell'inclusione nella lista dei Paesi non cooperativi abbia, ai fini fiscali, parzialmente perduto la sua efficacia normativa. Si faccia l'esempio della disciplina delle *Controlled foreign companies*, in cui nella precedente versione l'inclusione dello Stato di insediamento nella lista nera costituiva uno dei presupposti normativi, ad oggi invece non più rilevante.

La lista UE costituisce per tali ragioni uno strumento di conformazione e omologazione delle liste disposte dai singoli ordinamenti, ma seppur quanto detto è evidente, ciò non implica l'eliminazione effettiva delle liste nazionali. Lo Stato italiano tuttora detiene una *black list* nazionale concernente i cd. Paradisi Fiscali. Invero, la lista dell'Agenzia delle Entrate del 2021, è la medesima di quella contenuta nella circolare 39 del 2016, innovata esclusivamente a seguito della formulazione del principio di diritto contenuto nella Circolare del 29 maggio 2019.

In particolar modo, il principio di diritto n. 16 della circolare chiarisce che nell'individuazione dei degli Stati “*i cui i regimi che concedono un trattamento agevolato strutturale, risolvendosi in un'imposizione inferiore alla metà di quella italiana*⁸³”, la valutazione relativa all'effettivo insediamento di una società partecipata all'estero ‘parzialmente’ ivi esercente attività deve esser effettuata sulla base del test di prevalenza. Semplificando, l'accertamento deve attenersi ad una valutazione in cui si accerta che l'attività svolta dalla controllata sia, in termini di ricavi ordinari, prevalentemente svolta nel territorio che presenta un regime fiscale sensibilmente inferiore⁸⁴ – dal 2015 per ‘sensibilmente inferiore’ si intende uno Stato che presenti una tassazione inferiore al 50 per cento, anziché del 30 per cento come precedentemente stabilito –.

⁸³ Circolare 35/E/2016

⁸⁴ Principio di diritto n. 16, Provvedimento del 29 Maggio 2019, oggetto: OGGETTO: Chiarimenti in merito ai criteri di individuazione dei Paesi a fiscalità privilegiata, ai sensi dell'articolo 167, comma 4 del TUIR (versione in vigore fino al 11 gennaio 2019)

Sulla base delle considerazioni sopra effettuate la lista della Agenzia delle Entrate del 2021 ricomprende ad oggi ben 12 giurisdizioni⁸⁵ con riferimento ad attività specifiche. Tuttavia, la mancanza della redazione di una lista più recente e la costituzione di una *black list* sovranazionale, nonché le riforme legislative interne, sono le maggiori ragioni che hanno condotto al ridimensionamento dell'efficacia normativa della lista nera nazionale, a favore invece di una valorizzazione dell'efficacia della *black list* UE. Per tali

⁸⁵1) Angola, con riferimento alle società petrolifere che hanno ottenuto l'esenzione dall'Oil Income Tax, alle società che godono di esenzioni o riduzioni d'imposta in settori fondamentali dell'economia angolana e per gli investimenti previsti dal Foreign Investment Code;

2) Antigua, con riferimento alle international business companies, esercenti le loro attività al di fuori del territorio di Antigua, quali quelle di cui all'International Business Corporation Act, n. 28 del 1982 e successive modifiche e integrazioni, nonché con riferimento alle società che producono prodotti autorizzati, quali quelli di cui alla locale legge n. 18 del 1975 e successive modifiche e integrazioni;

3) Costa Rica, con riferimento alle società i cui proventi affluiscono da fonti estere, nonché con riferimento alle società esercenti attività ad alta tecnologia;

4) Dominica, con riferimento alle international companies esercenti l'attività all'estero;

5) Ecuador, con riferimento alle società operanti nelle Free Trade Zones che beneficiano dell'esenzione dalle imposte sui redditi;

6) Giamaica, con riferimento alle società di produzione per l'esportazione che usufruiscono dei benefici fiscali dell'Export Industry Encourage Act e alle società localizzate nei territori individuati dal Jamaica Export Free Zone Act;

7) Kenia, con riferimento alle società insediate nelle Export Processing Zones;

8) Mauritius, con riferimento alle società "certificate" che si occupano di servizi all'export, espansione industriale, gestione turistica, costruzioni industriali e cliniche e che sono soggette a Corporate Tax in misura ridotta, alle Off-shore Companies e alle International Companies;

9) Panama, con riferimento alle società i cui proventi affluiscono da fonti estere, secondo la legislazione di Panama, alle società situate nella Colon Free Zone e alle società operanti nelle Export Processing Zones;

10) Portorico, con riferimento alle società esercenti attività bancarie ed alle società previste dal Puerto Rico Tax Incentives Act del 1988 o dal Puerto Rico Tourist Development Act del 1993;

11) Svizzera, con riferimento alle società non soggette alle imposte cantonali e municipali, quali le società holding, ausiliarie e "di domicilio";

12) Uruguay, con riferimento alle società esercenti attività bancarie e alle holding che esercitano esclusivamente attività off-shore.

Mauro A., Elenco Paesi Black List 2021 Agenzia delle Entrate, Informazione fiscale, <https://www.informazionefiscale.it/Paesi-blak-list-elenco-completo-agenzia-delle-entrate>

ragioni, la lista 2021 approvata dall'Ecofin si ritiene esser lo strumento normativo prevalente nell'individuazione dei Paesi a fiscalità privilegiata⁸⁶.

5. Adozione misure di contrasto e nascita CFC: la *ratio*

Analizzando più da vicino le misure difensive e di contrasto avverso le condotte concorrenziali fiscalmente dannose, introdotte dalle organizzazioni nazionali, si noti come esse si possano declinare sinteticamente nelle seguenti tipologie.⁸⁷

Sussistono in primo luogo misure operanti nella sfera delle società gruppo transnazionali in cui, affinché si eviti l'imputazione di profitti fittizi a società estere collocate in Paesi a fiscalità privilegiata e in cui l'esercizio dell'attività non è effettivamente riferibile, vengono applicate disposizioni dallo Stato di residenza dell'investitore quali ad esempio la *Controlled foreign Companies (CFC) Legislation* atta a garantire l'imponibilità anche nel suo territorio; specularmente nella disciplina delle società gruppo internazionali ai fini antielusivi possono essere rinvenute anche misure disposte dallo Stato fonte dell'attività produttiva in cui si stabiliscono delle limitazioni rispetto ai benefici ordinariamente accordabili nei confronti di determinati contribuenti (v. *Limitation on Benefits*)⁸⁸;

⁸⁶ Mauro A., Elenco Paesi Black List 2021 Agenzia delle Entrate, Informazione fiscale, <https://www.informazionefiscale.it/Paesi-blak-list-elenco-completo-agenzia-delle-entrate>

⁸⁷ Willem G. Kuiper, *Misure fiscali antielusive*, in Dragonetti A. Piacentini V. Sfondrini A., *Manuale di fiscalità internazionale*, (pag. 180- 190), IPSOA, 2019

⁸⁸ La *Limitation on Benefits clause (LOB)*, è una clausola molto utilizzata nel modello statunitense nella conclusione delle convenzioni contro le doppie imposizioni. Questa clausola si propone di prevenire il cd. *Treaty shopping*, che in altre parole si riferisce alle pratiche poste in essere da Paesi terzi che, per il tramite di società costituite in altri Paesi contraenti, vogliono investire in un altro Stato sempre facente parte dell'accordo, avvantaggiandosi dei benefici fiscali derivanti dalla conclusione della convenzione. La clausola rappresenta pertanto un requisito fondamentale affinché uno Stato possa prender parte alla conclusione del trattato, e per il tramite di quest'ultima si verifica che la società investitrice abbia un effettivo nesso di connessione con lo Stato di localizzazione. Per superare il "test" sarà necessario analizzare in concreto la sussistenza di alcuni requisiti volti a determinare se ci sia un'effettiva ragione economica per investire in quel determinato Stato aderente alla convenzione ovvero l'interesse in un determinato territorio è dovuto esclusivamente all'ottenimento dei benefici fiscali connessi alla convenzione.

Valente P., *Lotta all'evasione fiscale internazionale nel Modello statunitense di Convenzione contro le doppie imposizioni del 2016*

ulteriormente è possibile rinvenire misure che riducano o escludano la deducibilità di alcuni elementi patrimoniali o altre che contrastino il fenomeno di delocalizzazione ovvero la conclusione di operazioni tra imprese che siano idonee ad erodere la base fiscale.

Soffermandoci, per ciò che interessa la trattazione, solo sulla prima di esse, si forniscono cenni storici e giuridici relativi alla genesi delle *CFC rules*. Come riportato nella parte introduttiva di questa trattazione, la legislazione delle *Controlled Foreign Companies* ha un'origine piuttosto risalente nel tempo. La sua genesi si riviene dapprima nelle fonti normative sovranazionali, e successivamente in quelle elaborate dalle istituzioni europee contenute nel quadro delle misure adottabili avverso le pratiche fiscali dannose, designate con l'intento di prevenire (*ex ante*) ovvero arginare (*ex post*) le condotte elusive realizzate dai contribuenti.

La disciplina di origine sovranazionale ha ben presto intrapreso un cammino autonomo nella legislazione di molti Stati, i quali hanno provveduto in un primo momento all'esclusiva ricezione e, più tardi nel tempo, all'introduzione di una normativa *ad hoc*. I requisiti di applicazione e le modalità di tassazione sono formulati arbitrariamente e differentemente in ciascun ordinamento, frutto di autonome scelte legislative, ciononostante la *ratio* legislativa è la medesima in ciascuno Stato. Notoriamente gli elementi minimi comuni alla base delle varie disposizioni sono certamente rappresentati dalla previsione dei medesimi presupposti applicativi quali il requisito di controllo o il requisito di territorialità (con riferimento alla sede delle società nei Paradisi fiscali). Frequente è la presenza elementi di differenziazione nella fase di determinazione del reddito o nella formulazione delle normative, pur perseguendo l'obiettivo comune di contrastare le condotte elusive. Difatti nelle fattispecie ricadenti l'applicabilità della normativa, in cui non si ravvisa questa preoccupazione (in base a valutazioni operate in riferimento al caso concreto laddove non si incontrino i requisiti di applicazione ovvero a seguito delle considerazioni delle varie Amministrazioni finanziarie statali), la disciplina incorre inevitabilmente nella sfera di inoperatività.

Nel contesto storico odierno, caratterizzato dalla presenza di forme commerciali sempre più globalizzate e innovative, il crescente fenomeno della costituzione di grandi società multinazionali ha fatto sorgere contestualmente la grande preoccupazione che esse possano mettere in atto pratiche fiscalmente nocive al Paese di origine. Invero, nelle scelte gestionali dell'attività d'impresa, sicuramente un elemento di valutazione, in merito alla collocazione delle sedi d'affari, risiede negli aspetti tributari. Optare per la stabilizzazione

della sede d'impresa in territori caratterizzati da imponenti vantaggi impositivi sicuramente garantisce all'imprenditore la possibilità di generare ingenti guadagni supportando costi quasi irrilevanti. Molte scelte strategiche possono infatti indurre le imprese a costituire stabili organizzazioni ovvero società partecipate in territori in cui il carico complessivo fiscale è decisamente più favorevole. Seppur questa scelta operativa porta certamente benefici nei confronti dell'imprenditore privato, notevoli sono gli inconvenienti che si verificherebbero ai danni del soggetto erariale, i quali conseguentemente si riverserebbero sul benessere complessivo dei cittadini. Ovviare a queste evenienze è essenziale ai fini di garantire un equilibrio economico pubblico e predisporre una legislazione che limiti i danni cagionabili è doveroso.

Di converso, in passato la costituzione del modello impositivo CFC è stata conseguita al fine di arginare il fenomeno della cd. tassazione differita (*Tax deferral*), anziché dell'imputazione fittizia dei redditi d'impresa.

Si spieghi meglio cosa si intende.

Le norme in materia di fiscalità internazionale impongono fattori di collegamento in base ai quali un soggetto, che pone in essere operazioni *cross border*, è soggetto ad imposizione. Tra i maggiori *connecting factors* utilizzati, si menziona il criterio della residenza⁸⁹ e quello della fonte⁹⁰. In base al primo, un soggetto è tassato nel Paese di residenza con riferimento a tutti i redditi da lui prodotti, indifferentemente se questi siano riferibili al territorio dello Stato o all'estero; in base al secondo criterio di connessione invece, lo Stato fonte è intitolato a tassare il contribuente con riferimento esclusivo ai redditi prodotti nel proprio territorio. Accantonando le relative criticità che possono

⁸⁹ Il principio di tassazione del reddito mondiale “*Esso, avente il suo fondamento giustificativo nella residenza del contribuente, permette allo Stato di residenza del contribuente di assoggettare ad imposizione i suoi redditi ovunque essi siano prodotti ed indipendentemente dal regime impositivo applicato sui medesimi dallo Stato della fonte, nel presupposto che il soggetto residente, in ragione del suo collegamento con il territorio statale, nel quale gode del suo reddito e comunque fruisce dei servizi pubblici dello Stato, “appartenga” o rimanga legato allo Stato nel quale risiede anche quando si trova al di fuori del suo territorio*”. Santamaria M., *Fiscalità Internazionale*, CEDAM

⁹⁰ Il principio di tassazione del reddito alla fonte “*Esso può costituire un criterio alternativo a quello di tassazione del reddito mondiale, ma può anche coesistere con esso, dal momento che uno stesso Stato (ed è quel che concretamente avviene nella generalità degli Stati appartenenti alla comunità internazionale) può applicare il principio di tassazione alla fonte per tutti i redditi prodotti nel territorio dello Stato, e simultaneamente l'altro principio di tassazione del reddito mondiale per tutti i redditi conseguiti dai propri residenti*” Santamaria M., *Fiscalità Internazionale*, CEDAM

derivare dalla conseguente doppia imposizione fiscale, che si ingenera nel momento in cui si verifica la contestuale presenza di entrambi i fattori di connessione, ci si concentra sull'effetto derivante dall'applicazione dei fattori relativamente al reddito d'impresa.

Una società multinazionale, operante anche in ambiti territoriali diversi dallo Stato di residenza, è sottoposta a tassazione in suddetto Stato *in primis*, ma in aggiunta anche nello Stato dove la stabile organizzazione ovvero la società partecipata produce ulteriori utili, anche se nei limiti di quest'ultimi. Con particolare riferimento alle società partecipate, e ancor più nello specifico quelle controllate, occorre ricordare che si tratta di soggetti di diritto autonomi rispetto al soggetto d'imposta della controllante, seppur al tempo stesso non considerabili come soggetti economici autonomi. Questa differenza, pur sottile, è cruciale ai fini della comprensione della *ratio* della normativa. La società controllata operante all'estero è dunque in primo luogo sottoposta alla potestà impositiva (vantaggiosa) dello Stato della fonte, e solo nel momento del trasferimento dei profitti nello Stato di residenza sottoposta anche alla pretesa erariale di quest'ultimo, in quanto la tassazione ha luogo solo nel frangente in cui la società estera distribuisce i redditi conseguiti sotto forma di dividendi nello Stato d'origine, garantendo il beneficio del differimento d'imposta.

Benché questo sistema impositivo sia formalmente rispettoso degli assetti internazionali, frequenti sono stati nell'ultimo decennio le scelte strategiche d'impresa che, avvantaggiandosi di tale scudo legale, delocalizzavano fittiziamente le proprie società controllate, ovvero ne acquistavano il controllo successivamente, in Paesi caratterizzati da un basso gettito fiscale, operando il differimento d'imposta nello Stato 'madre' ad elevata imposizione fiscale, erodendone inevitabilmente la base imponibile.

Il differimento d'imposta non è però stata invenzione dell'ultimo secolo, essendo sorta la sua criticità già nel secondo dopo guerra. Tra i primi reazionari a questo sistema, che si occuparono di introdurre una disciplina *ad hoc*, ci fu il presidente degli Stati Uniti John Fitzgerald Kennedy, che nel 1961 avanzò la proposta di introdurre un istituto tributario che arginasse il differimento d'imposta⁹¹. Il sistema impositivo primordiale statunitense

⁹¹ Il sistema impositivo basato sui principi del differimento d'imposta si era sviluppato a seguito della seconda guerra mondiale, periodo caratterizzante dall'esigenza di nuove pratiche espansionistiche economiche, che a tal fine aveva introdotto un sistema basato sulla possibilità di differire il pagamento dell'imposta ad un momento successivo, garantendo così un trattamento di maggior favore nei confronti del contribuente incentivandolo ad investire all'estero. Tuttavia, questo sistema ben presto si rivelò dannoso per le finanze pubbliche.

prevedeva, secondo la prima versione normativa, l'eliminazione della distinzione tra *passive income* e *base company income*. Il modello americano è stato precursore di molti altri ordinamenti, i quali ben presto ne emularono il sistema, sino a giungere alla metà degli anni Novanta nei quali ben quattordici Paesi – tra cui l'Italia – avevano adottato una *CFC legislation*. Nel panorama mondiale vi erano, tuttavia, molte altre giurisdizioni in cui l'adozione della normativa CFC sarebbe stata inefficace oltre che infruttifera: basti pensare ai Paesi che offrivano un sistema basato sui principi del *capital import neutrality*⁹², secondo il quale i profitti prodotti in altri Stati sono considerati esenti da tassazione nello Stato di residenza. In dette fattispecie il timore del differimento d'imposta veniva completamente neutralizzato da un sistema fiscale così costruito⁹³.

Eppure nel tempo, all'esigenza di arginare il differimento d'imposta, se ne è affiancata in seguito un'altra, che negli ultimi anni è divenuta la più rilevante. In particolar modo in Italia, già dal 2010 ha preso forma la necessità di arginare tutte le condotte atte ad abusare dello strumento societario, nelle operazioni *cross borders*. Ci si riferisce perlopiù alla realizzazione delle società controllate di natura fittizia, in cui dunque non si esplica l'erogazione di alcun tipo di attività o servizio, ma la cui costituzione è orientata esclusivamente all'artificioso trasferimento del soggetto passivo e dell'attività produttiva. Pertanto, se inizialmente lo scopo a cui era preposta la normativa era circoscritto all'osteggiamento della delocalizzazione delle attività d'impresa all'estero, attualmente si previene la costituzione di controllate, localizzate all'estero, che operano solo simulatamente attività d'impresa e alle quali si imputano profitti che invece sono generati dal soggetto controllante nello Stato di residenza.

Le dimensioni del fenomeno, che ha raggiunto sempre più una diffusione su larga scala, hanno mutato anche gli orientamenti della Corte Europea di Giustizia, la quale ha chiarito che in tutte le ipotesi in cui è ravvisabile l'esercizio di un'attività fittizia all'estero, al solo scopo di imputare fittiziamente a lei i profitti realizzati da altri, è ammissibile applicare

⁹² È un sistema di tassazione che è volto a garantire un trattamento paritario tra investitori nazionali e stranieri, ai quali viene applicata la stessa aliquota per i redditi prodotti nel proprio territorio e correlativamente connesso al sistema di esenzione garantito per detti profitti dagli Stati di residenza degli investitori.

⁹³ Garufi S., *Controlled Foreign Companies Legislation: Analisi comparata negli stati comunitari*, Commissione Fiscalità Internazionale 2005/2007 n. 18, https://www.odcec.mi.it/docs/defaultsource/quaderni/N°_18__CONTROLLED_FOREIGN_COMPANIE_S_LEGISLATION.pdf

una disciplina che ostacoli dette condotte, separando i profitti della *holding* rispetto la *subsidiary*, senza che si profili la limitazione alla libertà di stabilimento. Specularmente, in tutte le ipotesi in cui il nesso di strumentalità venga meno, non sussiste l'artificioso dirottamento e pertanto la disciplina non è applicabile⁹⁴.

Rimandando ad una disamina successiva (v. capitolo III) dei presupposti applicativi, disapplicativi ovvero delle differenti tipologie di *legislation* in materia, in sintesi si dica che al ricorrere dei requisiti, i redditi prodotti dalla CFC sono imputati per 'trasparenza' alla società controllante, nel periodo d'imposta in corso. Determinate categorie di reddito (es. i dividendi, gli interessi e le royalties, i redditi derivanti dagli affitti e le plusvalenze) sono imputate direttamente in capo ai soci, in proporzione alle loro partecipazioni, attraverso meccanismi fiscali con il tramite dei quali si tenta di scongiurare le temute condotte elusive, di cui sopra.

Nei capitoli successivi la trattazione passa in rassegna in modalità più approfondita la normativa sovranazionale e nazionale delle CFC *rules*, concentrando particolare attenzione per i diversi requisiti di applicazione ovvero disapplicazione e portando alla luce le differenze più lampanti con le strutture degli altri ordinamenti, operando un confronto con i diversi sistemi impositivi.

6. La normativa interna: articolo 47 bis TUIR

Definita a grandi linee la *ratio* della normativa CFC, si approfondisce ora uno degli aspetti normativi, strettamente connesso alla disciplina in esame, proprio delle disposizioni tributarie italiane.

L'articolo 47 *bis* TUIR, è stato introdotto a seguito dell'emanazione del d.lgs. 142/2018 del 29 novembre 2018. Le modifiche portate alla luce e recanti disposizioni in materia di diritto d'impresa, costituiscono strumento di attuazione della summenzionata direttiva comunitaria 2016/1164 (ATAD), in materia di pratiche elusive fiscali.

La rilevanza dell'art. 47 *bis* TUIR, si rinviene nei contenuti criteri identificativi dei Paesi a fiscalità privilegiata, formulati dal legislatore italiano. La disposizione non solo è focale

⁹⁴ Persiani A., 2020, *I rapporti con l'estero*, in Salvini L., *Diritto tributario delle attività economiche* G. Giappichelli Editore

nella materia dei Paradisi fiscali, ma ha funto da linea guida per l'applicazione di molti istituti (es. *CFC legislation, branch exemption*)⁹⁵.

In primo luogo, il comma 1 pone un criterio negativo di identificazione dei Paesi privilegiati, disponendo che non sono considerati tali tutti gli Stati aderenti all'Unione Europea, o membri dello Spazio Economico Europeo (SEE) che abbiano precedentemente concluso con lo Stato italiano accordi bilaterali in materia di scambio di informazioni. Centrale è ancora una volta il ruolo assunto da quest'ultimo strumento di cooperazione fiscale: l'importanza di garantire modalità di traffico reciproco di informazioni, assurge a manifestazione di volontà fondamentale e indiscutibile nel voler garantire rapporti trasparenti e fiscalmente equi, ben lontani dal concorrere slealmente.

Diversamente, per gli Stati che fuoriescano dalle suddette ipotesi, sono stabiliti diversi criteri di identificazione: in primo luogo, si definiscono tali tutti quegli enti non residenti o semplicemente non localizzati in Italia che sono controllati da altri enti residenti in Italia o localizzati nel territorio che a loro volta sono sottoposti ad una tassazione effettiva inferiore alla metà di quella a cui sarebbero stati soggetti se fossero stati residenti in Italia. La compresenza di questa seconda condizione deve essere valutata in base ai criteri di calcolo dell'aliquota effettiva disposti nel Provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate del 16 settembre 2016 (che sarà oggetto di analisi nei successivi capitoli). Per ciò che concerne il controllo, i requisiti rinviano all'articolo 167 del TUIR comma II, secondo il quale sono soggetti controllati non residenti: le imprese, società ovvero gli enti non residenti che siano controllati in maniera diretta, indiretta ovvero per il tramite di una società fiduciaria o interposta persona da parte delle persone fisiche e i soggetti definiti agli articoli 5 e 73.

Si ravvisa ulteriormente un'attività di controllo laddove i medesimi soggetti sopra indicati controllino società, enti o imprese non residenti, detenendo una partecipazione agli utili superiore al 50 per cento in maniera diretta o indiretta; il controllo può anche essere esercitato mediante una o più società controllate o società fiduciarie o interposta persona⁹⁶.

⁹⁵ IBIDEM, Salvini L., *Diritto tributario delle attività economiche*

⁹⁶ Articolo 167 Testo unico delle imposte sui redditi (TUIR) (D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917) *Disposizioni in materia di imprese estere controllate*, <https://www.brocardi.it/testo-unico-imposte-redditi/titolo-iii/capo-ii/art167.html>

In secondo luogo, laddove sia assente il requisito di controllo esaminato, è possibile identificare il Paese privilegiato ove il livello nominale di tassazione risulti inferiore al 5 per cento di quello applicabile in Italia. Ai fini di tale determinazione si tiene conto anche di tutti quei regimi speciali eventualmente applicabili nei confronti di specifici contribuenti, che seppur svolgano attività d'impresa analoga a quella della generalità dei soggetti, possono essere applicati solo in presenza di specifiche caratteristiche soggettive o temporali. Non è necessario che tali regimi incidano direttamente sull'aliquota, è sufficiente che dispongano infatti esenzioni o altre riduzioni sulla base imponibile idonee a ridurre il prelievo nominale sotto il limite indicato e, altresì, non è necessario che riguardi la tassazione dell'intera attività economica svolta, ma che riguardi almeno l'attività prevalentemente svolta valutata in termini di ricavi ottenuti ordinariamente.

L'articolo in esame offre comunque la possibilità nei confronti del soggetto residente o localizzato nel territorio italiano, che detenga una forma di controllo diretta o indiretta verso un'impresa o altro ente localizzati nei territori con regimi fiscali privilegiati (sopra definiti), di dimostrare che l'impresa controllata non residente svolga effettivamente un'attività economica avvalendosi dell'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali o alternativamente se dalle partecipazioni non consegua l'effetto di localizzare i redditi in detti Stati. A tal fine può esser proposto procedimento di interpello di cui analizzeremo le modalità in seguito⁹⁷.

6.1 Profili di continuità con la l. 190/2014 e l. 208/2015

I criteri di individuazione dei Paradisi fiscali come definiti dall'emendato art. 47 *bis* del TUIR presentano indiscutibilmente profili di continuità con quelli previgenti nella legislazione tributaria nazionale. Nel modello *ante* riforma, ai fini dell'individuazione degli Stati a fiscalità privilegiata, il legislatore si serviva della *black list* nazionale, redatta dal Ministero dell'Economia e delle Finanze con apposito decreto ministeriale. La l. 190/2014 scardinò questo sistema, modificando il comma 4 dell'art. 167 del DPR n. 917/86, nella parte in cui esso stabiliva che:

“Al comma 4 dell'articolo 167 del testo unico delle imposte sui

⁹⁷ Articolo 47 bis Testo unico delle imposte sui redditi (TUIR) (D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917), 2020, <https://www.brocardi.it/testo-unico-imposte-redditi/titolo-i/capo-iii/art47bis.html>

redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, sono aggiunti, in fine, i seguenti periodi: «Si considera livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia un livello di tassazione inferiore al 50 per cento di quello applicato in Italia. Si considerano in ogni caso privilegiati i regimi fiscali speciali che consentono un livello di tassazione inferiore al 50 per cento di quello applicato in Italia, ancorché' previsti da Stati o territori che applicano un regime generale di imposizione non inferiore al 50 per cento di quello applicato in Italia. Con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate viene fornito un elenco non tassativo dei regimi fiscali speciali». Le disposizioni di cui al presente comma si applicano dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2014.»

Sino al 2015, si definivano Paesi a fiscalità privilegiata tutti gli Stati individuati nella *black list* nazionale dal Ministero dell'Economia e delle Finanze. I criteri di individuazione utilizzati risiedevano:

- nella presenza di una tassazione sensibilmente inferiore a quella italiana (almeno il 30 per cento);
- la mancanza di un adeguato scambio di informazioni ovvero criteri equivalenti;
- in aggiunta si definivano Paradisi fiscali tutti gli Stati che imponevano una tassazione effettiva inferiore al 50% di quello applicata in Italia, ovvero gli Stati in cui venivano prodotti redditi per più del 50 per cento derivanti dalle categorie tassativamente disposte.

Ulteriori modifiche sono sopraggiunte, nel periodo d'imposta intercorrente tra il 2015 e il 2016, nel quale si innovava la previgente versione della normativa, nella parte in cui si disponeva che per 'sensibilmente inferiore' si dovesse intendere una tassazione nominale inferiore ad almeno il 50% di quella applicabile in Italia.

Con il D.l. 208/2015 il sistema la disposizione ha subito più evidenti modifiche, in maggior misura per effetto dei Decreti internazionalizzazione e Decreti bilancio del 2015

e 2016, con i quali si è formulata una nuova definizione di Paradisi fiscali. L'innovatività di questa enunciazione risiedeva perlopiù nella nozione negativa di regime a fiscalità privilegiata, nella parte in cui si escludevano dal novero i Paesi membri dell'Unione Europea e dello Spazio Economico Europeo, con cui l'Italia avesse concluso un adeguato meccanismo di scambio di informazioni⁹⁸.

Tuttavia, qualora in uno degli Stati soprariportati si applicasse una tassazione effettiva inferiore al 50 per cento ovvero fossero conseguiti redditi per più del 50 per cento *passive income*, la definizione sarebbe ugualmente integrata.

In conclusione, è dunque reso manifesto come le riforme legislative intraprese presentino profili di continuità tra loro, nonché esse siano direttamente conformi con le disposizioni sovranazionali sopraggiungenti e le insorgenti esigenze normative. Ai fini di completezza discorsiva si evidenzia che il processo legislativo evolutivo, concernente l'individuazione dei Paradisi fiscali, nonché la relativa rilevanza normativa rispetto l'applicazione di altre disposizioni, è stata affinata anche a seguito del D.l. 208/2015, in particolare con il D.lgs. 142/2018. La stretta connessione tra la disciplina CFC ex art. 167 TUIR e l'art. 47 *bis* TUIR è resa maggiormente evidente nei capitoli che seguono, ai quali dunque si rimanda la specifica disamina relativa al rapporto di connessione e nei quali si analizzano le modifiche legislative successivamente apportate.

⁹⁸ Migliorini F., *Dividendi provenienti da paradisi fiscali: tassazione*, 2020, [fiscomania.com](https://fiscomania.com/dividendi-provenienti-da-paradisi-fiscali/)

CAPITOLO II

LA NORMATIVA SOVRANAZIONALE

Sommario: 1. Introduzione 2. Dalla Crisi finanziaria del 2007 al progetto BEPS 2.1 Il Progetto BEPS (*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*) 3. Rapporto finale OCSE 2015 e *Action Plan* 3.1 *Action 3* 4. Articolo 7 e 8 Direttiva 2016/1164/UE (*Anti Tax Avoidance Directive*) 5. *Jurisdictional approach vs Transactional Approach* 6. Abuso del diritto e *ratio* normativa 6.1 La giurisprudenza comunitaria 6.2 La giurisprudenza italiana 6.3 La normativa antiabuso europea 6.4 La normativa antiabuso italiana 7. Profili di compatibilità con l'articolo 54 TFUE: la libertà di stabilimento 7.1 Sentenza *Cadbury Schweppes*

1. Introduzione

In questo secondo capitolo della trattazione, lo scrivente intende fornire un quadro più accurato relativo al contesto normativo cui appartiene la disciplina delle *Controlled foreign companies*.

Nella prima parte viene brevemente descritta la condizione economica e sociale in cui verteva l'Europa, e altresì le maggiori potenze politiche mondiali, negli anni successivi l'imponente crisi finanziaria e bancaria generata nel 2007. Sono brevemente riportate le cause e le conseguenze relative al dissesto economico, utilizzate come strumento di contestualizzazione atto a comprendere la *ratio* della nascita delle misure antielusive.

Di seguito si passano in rassegna i più importanti interventi legislativi in materia, dalla cui attuazione discendono le riforme legislative riguardanti la normativa CFC.

Nello specifico sono esaminati i punti essenziali del Progetto BEPS, incentrando la disamina sullo studio del ruolo ricoperto dall'*Action Plan*, per poi focalizzare l'indagine sull'*Action 3*, relativa alla disciplina impositiva delle società controllate estere.

L'intento dell'elaborato risiede nel fornire al lettore una visuale più ampia sulle disposizioni elaborate dalle organizzazioni sovranazionali e dalle istituzioni dell'Unione Europea. Con riferimento a quest'ultima si osservano più da vicino gli articoli 7 e 8 contenuti nella Direttiva ATAD. La Direttiva costituisce un riferimento legislativo essenziale nell'ambito giuridico della normativa CFC, in quanto essa recepisce e si

conforma alle raccomandazioni dell'OCSE nonché costituisce linea guida delle disposizioni fiscali nazionali italiane.

Si offre un confronto tra due tipologie di approcci adottabili nella costruzione del modello impositivo: il *transnational approach* e il *jurisdictional approach*. Queste informazioni preliminari si rivelano tanto più preziose – nei capitoli successivi – ai fini della comprensione delle scelte giuridiche operate dal legislatore italiano, nonché ai fini della rappresentazione delle disposizioni attuate da altre giurisdizioni fiscali (v. nell'ultimo capitolo il confronto con il regime fiscale CFC cinese e giapponese).

Nella seconda parte del testo si espone l'ampia tematica dell'abuso del diritto, in un'ottica prima comunitaria, poi nazionale. La nozione e gli elementi essenziali delle condotte abusive sono spiegati attraverso una narrazione che ripercorre *in primis* i riferimenti legislativi comunitari nazionali in materia, *in secundis* i rispettivi e più importanti casi giurisprudenziali.

Il concetto di abuso del diritto è il presupposto normativo delle misure antielusive nonché conseguentemente delle disposizioni CFC. Non potrebbe esser affrontato studio alcuno sulle *CFC rules*, senza che prima siano abbondantemente spiegate le posizioni sovranazionali e nazionali relative alle fattispecie generatrici dell'elusione fiscale.

Da ultimo, e prima di procedere all'effettiva analisi delle norme fiscali sulla tassazione delle società controllate estere, si illustra il rapporto che intercorre tra quest'ultime e uno dei principi fondamentali dell'Unione Europea: la libertà di stabilimento ex art. 54 TFUE. I profili di compatibilità sono spiegati, oltre che sul piano logico e teorico, attraverso l'esposizione di un caso giurisprudenziale dai risvolti pratici decisivi: la sentenza *Cadbury Schweppes*.

2. Dalla Crisi finanziaria del 2007 al progetto BEPS

Considerata tra le più imponenti crisi finanziarie che abbia mai afflitto l'economia mondiale, costringendo gli Stati ad un cambio netto dei propri sistemi bancari, la Crisi finanziaria del 2007 ha ricoperto un ruolo cruciale anche nell'ambito che concerne la trattazione in esame. Memori del logorante dissesto provocato da questo fenomeno globale, che aveva coinvolto tutte le più grandi potenze mondiali e non, gli Stati nel panorama internazionale iniziavano a ravvisare l'esigenza di edificare un nuovo regime

normativo atto a ristabilire gli equilibri finanziari perduti. Venivano così adottate riforme ed elaborati interventi legislativi che interessavano in maggior misura il settore bancario e fiscale.

Negli anni precedenti alla crisi, le condizioni macro finanziarie erano molto vantaggiose. L'economia mondiale era fortemente in ascesa, la redditività delle attività produttive era in netto aumento, i premi al rischio erano di gran lunga ridotti e la liquidità nel mercato dei capitali era ai massimi storici; in altre parole uno dei periodi più floridi che l'economia mondiale avesse mai raggiunto storicamente e, in particolare, dall'avvento della globalizzazione. Sebbene l'entusiasmo avesse colpito molti settori economici e spronato l'instaurazione di nuove pratiche commerciali, progressivamente il fragile equilibrio su cui ponevano le proprie fondamenta molte operazioni bancarie si era rilevato come fatale ai destini dell'economia.

La crisi finanziaria del 2007 si pensa possa esser ricondotta nelle sue cause iniziali nell'ordinamento statunitense, per poi diramarsi nel mercato interbancario degli strumenti finanziari innovativi di una pluralità di Stati, a seguito della dilatazione delle operazioni di cartolarizzazione⁹⁹.

La cartolarizzazione è un'operazione finanziaria le cui origini sono rinvenibili già negli anni Settanta dello scorso secolo. Ideata per favorire lo smobilizzo di mutui ipotecari e le procedure di prestito, erogate dagli istituti appositi e finalizzate all'acquisto degli immobili, (cd. *Savings and loan*), tale operazione consiste nel tramutare un'attività finanziaria illiquida e indivisibile in un'altra immediatamente divisibile e cedibile sul mercato, traendo un'ulteriore fonte di liquidità. Per porre in essere questa non tanto elementare operazione è necessario riferirsi all'attività di tre soggetti distinti: un cedente (in questo contesto la banca), un cessionario (una società veicolo che emetta titoli) ed un investitore.

La banca tramite il procedimento di cartolarizzazione cede un blocco di crediti ad una società veicolo (*Special purpose vehicle - Spv*), che acquisisce questi ultimi rifondendo la prima con un capitale liquido del valore corrispondente ai crediti cartolarizzati. La società veicolo a sua volta emette sul mercato dei titoli obbligazionari, con lo specifico intento di rientrare delle spese sostenute nell'acquisto dei crediti cartolarizzati nel

⁹⁹ *Discorso di Lorenzo Bini Smaghi, Membro del Comitato esecutivo della BCE Associazione Pianificatori Bancari Firenze, 16 ottobre 2009, La crisi finanziaria: Sfide e risposte, Banca Centrale Europea, https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2009/html/sp091016_2.it.html*

momento in cui i titoli verranno acquisiti da un investitore. Irrefutabile è il vantaggio che ne trae la banca, la quale per prima è ricettrice di un'immediata disponibilità liquida¹⁰⁰. Questa pratica finanziaria, come anticipato, aveva preso il largo soprattutto nel settore dei mutui, con lo specifico obiettivo che venisse favorito l'acquisto delle abitazioni. In particolar modo negli USA, era nel mercato immobiliare che si cercava di favorire l'erogazione di finanziamenti, facendo uso del procedimento di cartolarizzazione di cui sopra (tra i maggior intermediari bancari si ricordano Fannie Mae e Freddie Mac dediti all'acquisto di mutui immobiliari dalle banche). Benché questo meccanismo avesse stimolato in una certa misura la circolazione della moneta e la crescita di detto mercato, ben presto aveva ingenerato distorsioni finanziarie difficilmente riparabili: la concessione del finanziamento era sprovvista di una previa solerte indagine rispetto la meritevolezza del credito, tale da causare forti preoccupazioni in merito alla futura restituzione. In questo scenario mondiale già si distinguevano profondamente le posizioni adottate dai diversi Stati: ordinamenti quali la Cina e il Giappone erano inclini ad un forte risparmio; agli antipodi altri Paesi tra cui gli Stati Uniti aumentavano il loro debito pubblico per ottenere finanziamenti destinati a consumi e investimenti, costruendo le basi di un quadro economico instabile che di lì a breve sarebbe stato danneggiato dalla cartolarizzazione nel settore dei mutui ipotecari¹⁰¹. I mutui *subprime*¹⁰², definitivi così per il loro forte rischio di recupero, non erano i soli a causare questo forte momento di destabilizzazione economica, che difatti era il risultato anche della poca trasparenza adottata nelle procedure di cartolarizzazione. Uno dei vantaggi connessi alla cartolarizzazione dei titoli risiede nella possibilità che questi vengano ulteriormente cartolarizzati più e più volte, favorendo l'acquisto di un'immediata disponibilità economica; per contraltare il

¹⁰⁰ 2020, *Caratteristiche della cartolarizzazione dei crediti del mutuo*, *QuiFinanza*,

<https://quifinanza.it/soldi/caratteristiche-della-cartolarizzazione-crediti-mutuo/351561/>

¹⁰¹ IBIDEM, *Discorso di Lorenzo Bini Smaghi, Membro del Comitato esecutivo della BCE Associazione Pianificatori Bancari Firenze, 16 ottobre 2009, La crisi finanziaria: Sfide e risposte, Banca Centrale Europea*, https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2009/html/sp091016_2.it.html

¹⁰² “ *subprime sono prestiti o mutui erogati a clienti definiti “ad alto rischio”. Sono chiamati prestiti subprime perché a causa delle loro caratteristiche e del maggiore rischio a cui sottopongono il creditore sono definiti di qualità non primaria, ossia inferiore ai debiti primari (prime) che rappresentano dei prestiti erogati in favore di soggetti con una storia creditizia e delle garanzie sufficientemente affidabili*”, *Cosa sono i subprime?*, Borsa Italiana, 2007, <https://www.borsaitaliana.it/notizie/sotto-lente/mutuisubprime.htm>

meccanismo di favore posto da una pluralità di procedimenti di cartolarizzazione, comporta un maggior rischio di valutazione nelle cartolarizzazioni diverse da quelle di primo livello, dando origine ad una moltitudine di informazioni asimmetriche sul mercato.

Questa situazione di dissesto in breve tempo si era riversata nel settore bancario, ove, prima tra tutte, era stata colpita nel 2007 la banca inglese Northern Rock. Probabilmente a causare l'evento, o comunque a non arginarlo, era stata la Bank of England, che aveva divulgato la notizia che Northern Rock avrebbe ricevuto un'ingente liquidità per riassetare la crisi che già affliggeva la banca. I *mass media* avevano infatti già reso noto che Northern Bank stesse vivendo una crisi di liquidità e, che le risorse della stessa si componevano in parte dei depositi della propria clientela e in parte di mutui immobiliari i cui fondi erano raccolti nel mercato interbancario, che negli ultimi tempi erano di dubbia solvenza. Clamore e panico si erano rapidamente diffusi nelle fila della popolazione inglese, che tempestivamente aveva iniziato ad accorrere nelle varie filiali della banca operando una delle più disastrose attività che si potesse effettuare nei confronti di una banca: la “corsa agli sportelli” che piegava in ginocchio definitivamente l'ente in questione.

La crisi non aveva risparmiato certamente il mercato statunitense, all'interno del quale la prima banca d'investimento colpita era la Bear Stearns. Tale banca aveva ricevuto un intervento di sostegno dalla Federal Reserve la quale, malgrado i buoni propositi, non era riuscita a sconfiggere il dissesto che la affliggeva. Poco tempo dopo la Bear Stearns veniva acquisita dalla JPMorgan Chase.

La Bear Stearns rappresentava solamente una tra le innumerevoli banche che erano state colpite dalla crisi derivante dall'insolvenza dei debitori dei mutui *subprime*. Si ricordano, tra le altre, le imponenti *Government sponsored enterprises* di Fannie Mae e Freddie Mac, o anche la Merrill Lynch e Lehman Brothers (quest'ultima peraltro era stata l'unica non destinataria dell'intervento pubblico della Bank of America, ma sottoposta alla procedura ordinaria di ristrutturazione delle imprese. L'intervento di ristrutturazione anziché aggiustare la situazione di dissesto che l'aveva colpita, attesa la sua inefficacia, l'aveva

invece condotta al crollo in borsa e nel mercato interbancario), che a catena avevano coinvolto molte altre imprese¹⁰³.

Il fallimento di Lehman Brothers, tra i soggetti più di spicco nel mercato dei derivati di credito, aveva avuto una risonanza piuttosto estesa in banche localizzate in tutto il mondo proprio per la vastità geografica dell'area di sviluppo, tale da causare danni corposi in molti Paesi. Per far fronte alla crisi di quegli anni, i cui effetti si ripercuotevano per molti altri ad avvenire, molteplici erano stati gli interventi delle istituzioni, tra cui quelli proposti dall'Unione Europea. Le istituzioni europee si erano occupate, tra i vari progetti, di introdurre una normativa *ad hoc* in materia di vigilanza e sorveglianza delle attività bancarie, con lo specifico intento di scongiurare l'eventualità che in futuro si potesse nuovamente verificare una situazione simile. Seppur il settore bancario era quello direttamente più colpito, gli Stati e le organizzazioni sovranazionali dovevano intervenire su più livelli. Essi, consci delle gravose conseguenze che la crisi aveva causato e con l'obiettivo comune di reintrodurre un equilibrio nei bilanci statali, dovevano evitare il diffondersi di ulteriori fenomeni che avrebbero potuto contribuire al riformarsi del dissesto.

Tra gli interventi normativi riferibili a questo periodo, tra i più in vista in materia fiscale si colloca il progetto BEPS. La Grande Recessione che aveva piegato *in primis* l'economia mondiale e in secondo luogo l'economia nazionale, aveva messo a dura prova la resistenza degli Stati. Per tali ragioni si era cercato di introdurre misure fiscali reazionarie, idonee a imporre un equo e stabile livello impositivo nei confronti di tutti i soggetti che operavano maggiormente l'erosione delle basi imponibili, attuando pratiche commerciali dannose idonee a ridurre le entrate delle Amministrazioni finanziarie. Invero, se prima l'attenzione dei più influenti esponenti politici si incentrava sulla garanzia di disposizioni atte a ristabilire i comparti finanziari, quanto prima si erano resi edotti della necessità di contrastare con più vigore l'attività delle imprese. Imprese che contribuivano a danneggiare i sistemi interni localizzando fittiziamente le proprie strutture nei Paradisi fiscali, e imputando loro profitti realizzati in altri territori con tassazione più elevata.

¹⁰³ Brescia Morra C., *Perché le banche sono soggette a controlli pubblici: crisi, regolamentazione e vigilanza*, in *Il diritto delle banche le regole dell'attività*, Il Mulino Manuali, Bologna, 2020, terza edizione (pag. 96-98)

I governi cercavano di ridurre al minimo le perdite di gettito fiscale causate dalle lacune normative che ‘autorizzavano’ il porre in essere tali pratiche erosive.

*“Le ricerche intraprese dal 2013 confermano il potenziale ordine di grandezza del problema derivante dai BEPS: le stime indicano perdite annue di gettito d’imposta comprese tra il 4% e il 10% del gettito globale delle imposte sul reddito delle società, ovvero comprese tra US\$ 100 e 240 miliardi all’anno. Nei Paesi in via di sviluppo, dove la dipendenza dalle imposte sul reddito delle società come fonte di gettito è generalmente più elevata rispetto ai Paesi sviluppati, il potenziale impatto è ritenuto anche maggiore”.*¹⁰⁴

Il progetto BEPS nasceva dunque con lo specifico intento di adottare normative uniformi e coordinate tra i vari Stati, che fossero in grado di fornire una disciplina comune di contrasto tra essi e che disponessero come principio cardine la tassazione delle ricchezze nei territori in cui effettivamente venivano prodotte. Alla luce degli studi preliminari in materia, si analizzava come le pratiche erosive in questione non erano frutto di lacune normative al livello nazionale, ma semplicemente lacune che sorgevano nel momento in cui la legislazione nazionale di uno Stato si incontrava con quella degli altri Stati. È la disparità di trattamento fiscale nei vari ordinamenti che ha fatto sorgere l’inadeguatezza del conformarsi a una strategia comune e agli standard internazionali. Sulle base di predette considerazioni il progetto, si occupa di fornire strumenti adeguati di contrasto tramite l’elaborazione delle 15 *Action plan*.

2.1 Il Progetto BEPS (*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*)

Era il 2013 quando, in occasione di un nuovo *Progress Report*, si iniziava a far luce sulle conseguenze della fiscalità sleale che più avevano leso il panorama mondiale: non si trattava più della mera tutela dei regimi impositivi o dei principi di equità fiscali ad essere compromessi, ma anche dell’ormai crescente avviso che il trasferimento degli utili all’estero e la conseguente erosione delle basi imponibili, avevano cagionato evidenti alterazioni dei sistemi di fiscalità interna, riducendo consistentemente il gettito fiscale degli Stati e generando crisi economiche interne. In questo contesto gli Stati venivano danneggiati più di quanto già la crisi finanziaria del 2007 avesse fatto, non lasciando altra

¹⁰⁴ Dragonetti A., Piacentini V., Sfondrini A., *Manuale di fiscalità Internazionale*, IPSOA Manuali, Milano, 2019 (pag. 202-203)

scelta se non quella di reagire con l'adozione di un sistema maggiormente previdente. Sulla base di queste nuove consapevolezze prendeva forma il progetto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), con lo specifico intento di fornire piani d'azione comuni volti a contrastare l'emergente fenomeno dell'erosione fiscale¹⁰⁵.

Componendosi di un fitto piano di misure azionabili, il progetto si configura come una delle migliori soluzioni sinora ideate dalla comunità internazionale in materia di fiscalità internazionale, ma, nonostante ciò, ben lontana dall'essere una normativa completa ed esaustiva. Lacunoso in molti aspetti, infatti, il Progetto *defice* nel disporre un piano fiscale di tassazione delle attività digitali. Malgrado i tentativi iniziali volti a cercare una soluzione tempestiva, rapidamente ci si è resi consapevoli dell'ancora inadeguatezza del modello proposto e, dunque, l'esigenza di una nuova elaborazione che ottemperi alle lacune preesistenti. La deliberazione di un nuovo Progetto BEPS 2.0¹⁰⁶ nasce perciò in questo contesto, con l'obiettivo di disporre una normativa anche in materia di tassazione delle attività digitali¹⁰⁷ che colmi i vuoti normativi. Tuttavia i lavori preparatori di quest'ultimo, che sarebbero dovuti esser ultimati entro il 2020, stentano ancora oggi a concludersi in virtù dei rallentamenti causati dalla pandemia in atto.

Rimandando ad analisi successiva la seconda versione del Progetto BEPS, è opportuno ripercorrere brevemente i punti salienti del progetto in esame.

In primo luogo l'ambito di applicazione di queste misure è riferibile al crescente fenomeno della delocalizzazione, che vede protagonisti molti contribuenti, il quale si basa su due punti focali: in prima battuta lo spostamento di profitti realizzati in un territorio a fiscalità ordinaria verso ordinamenti giuridici che hanno una tassazione inesistente o

¹⁰⁵ *Misure UE di contrasto all'elusione: prospettive future e impatto per il regime tributario italiano* di Piergiorgio Valente, il Fisco n. 12/2016

¹⁰⁶ Gli Stati che ad oggi hanno deciso di prenderne parte sono 137.

¹⁰⁷ Lo sviluppo delle attività digitali è un fenomeno sempre più diffuso con l'avvento del nuovo secolo: l'imponente sviluppo tecnologico ha introdotto un più moderno sistema economico commerciale che si basa sullo sfruttamento delle nuove tecnologie (cd. *Digital economy*), favorendo la nascita di nuovi modelli commerciali, quali *business model* il cui sistema tassativo per svariato tempo è stato sprovvisto di tassazione. Roccatagliata F., (pag. 97-100) *Unitary (approach) & (minimum) tax a che punto è la notte?* Buccico C., Ducceschi S., Tramontano S *L'evoluzione della fiscalità internazionale le venti "primavere" di Napoli*, CEDAM

nominale (*profit shifting*), in seconda battuta la finalità di dette pratiche ad abbattere la base imponibile eludendo il sistema fiscale (*base erosion*).

Gli scopi che il progetto propone di realizzare mirano a ristabilire l'equità fiscale e l'integrità delle varie giurisdizioni, cercando di arginare il rischio di misure interne disposte dai singoli Stati, idonee all'instaurazione di politiche fiscali favorevoli e attrattive, in cui valori impositivi sono orientati esclusivamente a finalità sleali. Altresì l'obiettivo consiste nel limitare il fenomeno di delocalizzazione dei profitti, ripristinando la fiducia dei contribuenti nell'operare investimenti o costituire attività nello Stato di residenza. Per la realizzazione di questi propositi viene pertanto elaborato un 'pacchetto' di azioni (cd. *Action plan*), che si compone di 15 misure adottabili. Il sistema offerto si sviluppa sulle fondamenta di tre pilastri principali: la coerenza (a cui si orientano le prime cinque *Action*), la sostanza (su cui si orientano le seconde cinque *Action*) e infine la trasparenza e la certezza del diritto (riferimento per le restanti azioni).

È bene evidenziare ancora una volta come tale Progetto rappresenti la concretizzazione di un impegno solerte manifestato dalla gran parte degli Stati, i cui esponenti si sono incontrati in numerosi *meeting* delle Nazioni e che ardentemente hanno collaborato ai fini della creazione di una risposta comune alle pratiche erosive che, sempre più, minano gli equilibri economici. Solo sulla base di questa spinta comune è stato possibile concordare le conclusioni come le conosciamo oggi.

Le 15 *Action* riportate nei documenti si caratterizzano per una diversa portata normativa: la catalogazione di riferimento le suddivide infatti in "*Common Approach*", "*Minimum Standard*" e "*Best Practice*".

Gli Standard minimi si riferiscono perlopiù alle misure che dovrebbero essere applicate da tutti gli Stati per omologarsi a condotte di contrasto minime che garantiscono la collaborazione e la possibilità di operare in eguali condizioni.

Queste concernono:

- il *tax ruling*: l'adozione di convenzioni bilaterali ovvero multilaterali che autorizzino lo scambio automatico di informazioni in riferimento ad accordi intercorrenti tra multinazionali e Paesi (*Action 5*);
- la riforma di specifici settori normativi con la finalità di arginare l'adozione di pratiche fiscali dannose (*Action 5*);
- fornire strumenti antielusive di prevenzione rispetto l'utilizzo di società veicolo (*Action 5*);
- impedire l'abuso di convenzioni contro le doppie imposizioni (*Action 6*);

- *report country by country (Action 6)*;
- maggiore trasparenza nel *transfer pricing (Action 14)*;
- rimozione di ostacoli relativi alla risoluzione di controversie tra Stati (*Action 14.*)

La previsione normativa viene accompagnata dalla istituzione di una struttura inclusiva (cd. *Inclusive framework*) competente nell'attività di monitoraggio. La sorveglianza si focalizza sulla verifica della corretta applicazione delle *Action* e dei *minimum standard*, garantendo anche strumenti di supporto nell'eventualità del sorgere di controversie o criticità nell'applicazione della convenzione. L'obiettivo di tal strutture di monitoraggio è quindi assicurare che ove necessario i vari Stati provvedano alla revisione dei propri ordinamenti fiscali rimuovendo eventuali situazioni ostative, e garantire condizioni di parità ed equità tra Paesi. La reportistica annuale redatta dalla Struttura inclusiva si occupa di render noti i risultati derivanti dall'attività di monitoraggio¹⁰⁸.

3. Rapporto finale OCSE 2015 e *Action Plan*

Il diritto nasce dalla constatazione di realtà empiriche esistenti, ove l'attività propedeutica alla sua formazione consiste nel proporre un procedimento di astrazione attraverso il quale si dà vita a fattispecie astratte nelle quali siano sussumibili quelle concrete. La legge, come certamente anche la giurisprudenza e la dottrina, è dunque il frutto dello studio di fenomeni che abbiano già trovato attuazione nella realtà di un ordinamento e che necessitano di una disciplina adeguata.

Nell'ambito delle condotte elusive e specialmente per ciò che concerne la *CFC Legislation*, questo intento lo si è cercato di raggiungere attraverso la produzione coordinata di atti da parte di una pluralità di soggetti (prevalentemente le Amministrazioni finanziarie statali), sia attraverso la previsione di normative nazionali originarie, sia mediante l'adozione di normative interne derivate, che in altre parole recepiscano gli obblighi definiti dalle strutture sovranazionali.

In questo settore, il procedimento di implementazione delle misure BEPS, segue un percorso cd. "a binari doppi", sia attraverso l'attuazione delle 15 *Action*, sia tramite

¹⁰⁸ Miola E., *Il progetto OCSE/G20 "Base erosion and profit shifting"*, Dipartimento delle finanze MEF, 2017 <https://www.finanze.it/export/sites/finanze/.galleries/Documenti/Varie/1-Miola.pdf>

l'adozione di strumenti normativi disposti dagli Stati per effetto del recepimento delle raccomandazioni contenute nel progetto BEPS¹⁰⁹.

In questa sede, occupandoci per il momento solo della normativa sovranazionale, occorre sottolineare nuovamente come la disciplina in esame sia diretta discendente delle raccomandazioni contenute nel progetto BEPS e della direttiva ATAD (v. *segue*).

Elaborato in due tempi, il Progetto BEPS viene considerato fondamentale nell'odierna versione della normativa delle *Controlled Foreign Companies*, con riferimento a tutte le disposizioni relative all'efficacia delle norme antielusione per le società controllate estere e in materia di sottocapitalizzazione e abuso dei trattati.

In attesa dell'ultimazione del cd. Progetto BEPS 2.0, i cui lavori preparatori hanno subito rallentamenti congeniti, l'ultima versione a cui possiamo risalire è quella contenuta nella relazione OCSE del 2015.

Nella sua prima elaborazione del 2013, gli Stati membri dell'OCSE assieme al G20, stante le ingenti necessità economiche che insistevano sui vari ordinamenti (v. Capitolo II par. 2.1), avevano già provveduto all'elaborazione di un piano di 15 *Action*, le quali concentravano la loro azione su: *hybrids* e asimmetrie che generano l'opportunità di arbitraggio; equilibrio nella tassazione tra Stato di residenza e Stato fonte; finanziamenti infragruppo ove le imprese con un alto livello di tassazione vengano eccessivamente indebitate; le criticità sorte in relazione al *transfer pricing*; la *CFC Legislation*, e l'esistenza di regimi fiscali deleteri.

Tuttavia, queste aree non si ritenevano essere esaustive rispetto le condotte responsabili dell'erosione delle basi fiscali, ma si lasciava aperto lo spazio per l'introduzione di nuove aree su cui concentrare l'attenzione. Il progetto del 2013 si componeva anche di un *Comprehensive Action Plan*¹¹⁰, con l'obiettivo di allineare vantaggi fiscali.

Il progetto definitivo è stato ultimato nel 2015, quando si è provveduto a una rinnovazione delle varie norme, distinguendo tra “*standard minimi*”, “raccomandazioni” e “*best practices*”¹¹¹ ove tra le altre è stato approvato anche un *framework* volto a implementare le modalità di cooperazione.

¹⁰⁹Castro F., *Meccanismi di implementazione del progetto BEPS negli ordinamenti nazionali e multilateralismo*, Diritto e pratica tributaria internazionale n. 2/2017

¹¹⁰ Si intende un ‘pacchetto’ strategico di azioni, che operi sul piano globale, al fine di garantire un quadro uniforme e comune nell’attuazione degli strumenti normativi.

¹¹¹ Cap. 2 par. 1.1

Nel paragrafo che segue la disamina si concentra su una delle 15 *Action* disposte nel Progetto. Si tratta del contenuto individuato nella *Action 3*, relativo alla disciplina delle *Controlled foreign Companies*¹¹².

3.1 Action 3

L'*Action 3* del progetto BEPS si compone di una serie di disposizioni, stabilite in accordo alle raccomandazioni di cui gli Stati sono destinatari, relative alle *CFC rules*.

Questo istituto, sorto agli inizi degli anni '60, progressivamente ha preso parte alla normativa di una pluralità di Stati, con l'obiettivo iniziale di contrastare il differimento d'imposta e, in seguito, il trasferimento artificioso di redditi prodotti da un'attività d'impresa verso una società controllata dal contribuente e localizzata in un Paese estero. Questa pratica elusiva forniva così l'occasione di delocalizzare 'indebitamente' i profitti d'impresa arrecando un vantaggio in termini di tempo nello Stato di residenza. Il verificarsi del fenomeno di differimento d'imposta era un accadimento sempre più temuto dagli Stati, che ancora provati dalle lacerazioni economiche interne, venivano sottratti della possibilità di sottoporre a tassazione i profitti delle società residenti nel proprio territorio.

Seppur l'introduzione di detta disciplina sia annosa, in molti ordinamenti essa non faceva fronte ai diversi scenari economici mondiali che in continua evoluzione caratterizzavano il sistema, divenendo così inadatta a fronteggiare su ogni aspetto la tassazione delle imprese controllate estere.

A tal proposito, l'azione dell'OCSE ha cercato di definirne i confini minimi per ottemperare alle lacune normative, con il fine ultimo di incentivare gli Stati a coordinarsi anche in questo settore. L'intervento dell'organizzazione si sostanzia in sei passaggi significativi che si propongono quale guida alla stesura delle leggi CFC nazionali, idonee a contrastare efficacemente la delocalizzazione dei redditi ad opera del contribuente.

In primo luogo, la raccomandazione si occupa di definire chi siano i destinatari delle norme in esame. Si devono ritenere tali tutte quelle imprese che, localizzate in un territorio estero, siano sottoposte ad un'attività di controllo da un'altra impresa residente nello Stato di appartenenza della normativa. Tuttavia, la presenza dell'attività di controllo ovvero il presupposto della residenza della controllante nello Stato, non si considerano

¹¹² IBIDEM, *Manuale fiscalità internazionale*

elementi sufficienti all'applicazione della legislazione sulle CFC. Ogni Stato è autonomo e libero nello stabilire i criteri oggettivi di identificazione entro i quali la disciplina deve essere applicata, a seconda delle valutazioni che ritiene più giusto operare ed entro le quali ravvisi le ipotesi di operatività.

Benché i requisiti della localizzazione e della sussistenza dell'attività di controllo siano elementi essenziali ai fini dell'applicazione di detta disciplina, viene introdotto un'ulteriore limite (nella forma di suggerimento): il livello di tassazione effettivamente applicato deve essere significativamente inferiore a che quello che sarebbe stato applicato nel Paese di residenza della controllante, soprattutto in tutti quegli ordinamenti che prevedano a monte previsioni sulle esenzioni d'imposta.

Ciò nondimeno, la tassazione di carattere speciale concernente queste imprese non ha carattere assoluto. Non tutti i redditi prodotti dalla controllata sono considerabili oggetto di tassazione secondo le modalità previste dalle *CFC rules*. La definizione del reddito imponibile deve essere dunque individuata dalla legislazione di ogni Stato, che può provvedere anche avvalendosi delle tecniche esemplificative proposte dalla relazione.

La definizione della base imponibile è rimessa alla discrezionalità di ogni ordinamento, che può optare per modelli di inclusione basati su specifiche categorie di reddito o sul *locus* di localizzazione della controllata (v. par. 5). Per ciò che concerne il calcolo del reddito invece, l'*Action 3* si limita ad operare un rinvio ai modelli predisposti internamente dagli Stati. Si raccomanda in aggiunta che siano stabiliti modelli di tassazione entro i quali le perdite e i profitti vengano conguagliati esclusivamente se prodotti dalla stessa CFC ovvero se generati da altre CFC che siano localizzate nel medesimo ordinamento.

L'attribuzione del reddito deve esser imputata al soggetto controllante secondo un modello per trasparenza, nei limiti però della quota detenuta.

Se da una parte il contrasto all'elusione fiscale rappresenta uno degli obiettivi massimi da dover raggiungere, questo interesse non è certamente l'unico.

Con la consapevolezza della pluralità di interessi che devono esser tutelati, i diversi Stati dovrebbero garantire metodi impositivi che arginino il fenomeno della doppia imposizione. Il rischio di fondo risiede nell'eventualità che la società controllante venga tassata duplicemente al momento della produzione degli utili (per effetto dell'applicazione della *CFC legislation*) e successivamente al momento della distribuzione dei dividendi (per effetto dell'applicazione dell'imposta sugli utili). Le conseguenze di una simile eventualità comporterebbero che il contribuente sia

eccessivamente danneggiato oltre i limiti a cui la norma è preposta. Ogni Stato dunque dovrà fornire strumenti applicativi che garantiscano la non sproporzionalità della norma, tra cui il più utilizzato è certamente il criterio del credito d'imposta. Con quest'ultimo si intende riconoscere un credito tributario al contribuente, il cui ammontare è pari alla somma già corrisposta a titolo di imposta sugli utili prodotti dalla società controllata residente nel Paese a fiscalità privilegiata.

Come è possibile notare, l'*Action 3* si esime, al pari delle altre azioni, dallo stabilire disposizioni vincolanti nei confronti degli Stati aderenti. Le ragioni del carattere estremamente flessibile della relazione risiedono infatti nella necessità di fornire solo linee guida da perseguire. Ogni ordinamento deve esser libero di operare scelte consapevoli e autonome, così da garantire, da un lato, l'adozione di una disciplina antielusiva efficiente e, dall'altro, assicurare che vengano contestualmente preservate le priorità e gli obiettivi differenti di ogni legislazione interna e comunitaria.

4. Articolo 7 e 8 Direttiva 2016/1164/UE (*Anti Tax Avoidance Directive*)

La Direttiva 2016/1164/UE è stata recepita nel nostro ordinamento con il D.lgs. n. 142/2018 ed essa costituisce uno dei primi e maggiori interventi legislativi conseguiti dall'Unione Europea, la quale offre importanti linee guida per le disposizioni CFC nazionali, conformandosi alle previsioni sovranazionali. La trasposizione della normativa europea nelle disposizioni italiane ha apportato significative modifiche alla disciplina previgente sulle *Controlled foreign companies* ex articolo 167 TUIR. La Direttiva reca un insieme di norme che incidono sugli assetti del mercato interno, assicurando che il contribuente sia soggetto d'imposta nel territorio del Paese in cui i redditi sono stati generati. Si cerca di arginare quanto più possibile l'erosione della base imponibile, offrendo modelli impositivi coordinati e mirati al contrasto di una pianificazione fiscale aggressiva, senza però ledere il principio della libera concorrenza.

A seguito dell'introduzione della clausola generale antiabuso (articolo 6 v. par. 6), agli articoli 7 e 8 della stessa vengono circoscritte l'insieme delle ipotesi in cui un'organizzazione si può qualificare come 'società controllata estera' e come deve esser calcolato il reddito della stessa ai fini impositivi.

Le norme ivi collocate sono formulate al fine di predisporre un sistema che argini le pratiche fiscali dannose poste in essere dalle imprese, con lo specifico intento di trasferire gli utili della società controllante, in capo alla società controllata locata in un Paese che disponga di una tassazione più vantaggiosa. L'obiettivo è stabilire un modello che tramite l'attribuzione per trasparenza degli utili prodotti dalla società controllata alla società controllante, anche laddove essi non siano distribuiti, gli utili vengano assoggettati ad imposta nel Paese di residenza di quest'ultima. La Direttiva offre agli Stati membri la possibilità di optare per due tipologie di sistemi di tassazione differenti: il *Transnational approach* e *Jurisdictional approach*, i cui punti di confine sono analizzati di seguito. Il nostro ordinamento ha, ciononostante, adottato un sistema basato su un modello ibrido che consente di imputare alla società controllante italiana tutti i redditi della controllata residente in un Paese a fiscalità privilegiata, ove questi derivino per più di un terzo da *passive income*¹¹³.

Tornando alla Direttiva, si ricorda come in base ai principi dell'Unione Europea essa sia una fonte di diritto secondario, la cui efficacia normativa ha una forza vincolante differente e di minor incisività rispetto a quella del regolamento comunitario.

La Direttiva, seppur detenga una portata generale e si rivolga *erga omnes* agli Stati membri, dal punto vista contenutistico essa espone un contenuto di per sé non vincolante, disponendo esclusivamente i risultati e gli obiettivi che i vari Stati devono raggiungere applicando quest'ultima, lasciandoli liberi di autodeterminare le modalità di attuazione.

La ATAD formula un sistema di tassazione comune e su base consolidata per le società, incarnando il risultato del recepimento delle preesistenti raccomandazioni contenute nel progetto BEPS, traducendo così le disposizioni di *soft law* in precetti *de jure* vincolanti per gli Stati¹¹⁴.

Per tali ragioni, certamente non è possibile ritenere che i presupposti applicativi come definiti dalla Direttiva siano direttamente operanti nelle normative nazionali, benché esse forniscano delle linee guida fondamentali nella formazione della legge nazionale in materia di società estere controllate.

Le giurisdizioni interne già si avvalevano di un sistema normativo che si dedicava alla determinazione delle varie disposizioni normative applicabili alle società estere in

¹¹³ Si rimanda per ulteriori approfondimenti al Cap. III

¹¹⁴ Iaia R., *La "interest limitation rule" della direttiva "Antielusione" ("ATAD")*, Diritto e pratica tributaria 6/2018

materia tributaria, ciononostante si è ritenuto fondamentale che l'Unione Europea intervenisse nella sistematizzazione, sempre più urgente, dei requisiti minimi di applicabilità.

L'articolo 7, rubricato 'norme sulle società estere controllate', al primo comma suggerisce le condizioni necessarie affinché una costruzione societaria o una stabile organizzazione, localizzata in un territorio terzo (rispetto quello di residenza del contribuente), si possa qualificare come società estera controllata.

Difatti, ove gli utili generati, per esercizio dell'attività d'impresa all'estero, siano esenti da imposta nello Stato di residenza, la qualifica di società estera controllata può discendere secondo sulla base di due valutazioni:

- i) per effetto di una valutazione *ex ante*, basata su un accertamento qualitativo e quantitativo della partecipazione detenuta dal contribuente;
- ii) alla stregua di una valutazione relativa al livello di tassazione imposto nello Stato di insediamento.

Si renda più chiaro questo punto. Per ciò che concerne la partecipazione del contribuente, essa si ritiene esser rilevante, ai fini della nozione di società controllata estera, qualora il contribuente sia titolare in maniera diretta o indiretta, di:

- una partecipazione di oltre il 50% dei diritti di voto esercitabili;
- oltre il 50% del capitale;
- ha il diritto di ricevere oltre il 50% degli utili prodotti dalla stabile organizzazione ovvero della società localizzata all'estero.

In alternativa, ove non si individui una partecipazione che soddisfi una delle sopracitate condizioni, si considera rilevante il livello della effettiva tassazione applicata. Nello specifico, deve esser calcolata la differenza tra l'imposta sul reddito della società che sarebbe stata applicata nello Stato di residenza del contribuente (l'imposta deve esser calcolata applicando le regole previste dalle disposizioni nazionali al caso concreto), con l'imposta realmente versata dalla società sugli utili prodotti nello Stato di insediamento. Qualora l'imposta sugli utili versata dalla società controllata sia sensibilmente inferiore alla differenza precedentemente ottenuta, la condizione d'esistenza si ritiene soddisfatta. Questo secondo criterio non può trovare applicazione nelle ipotesi in cui le stabili organizzazioni, benché siano localizzate in uno Stato terzo rispetto quello del contribuente, siano esenti o non soggetti d'imposta in quest'ultimo.

Determinati i soggetti destinatari della normativa, si determinino le fonti cespitate che devono esser incluse nella determinazione della base imponibile. Lo Stato di residenza

del contribuente deve includere, in aggiunta agli utili prodotti dalla controllante, anche tutti i redditi che non siano precedentemente stati distribuiti dalla società o dalla stabile organizzazione controllata. I redditi non distribuiti sono inclusi nella base imponibile se rientranti nelle categorie disposte tassativamente al comma secondo *lett. a)*¹¹⁵. L'articolo 8 sancisce a tal proposito che, ai fini della determinazione della base imponibile, il calcolo dei redditi inclusi deve avvenire in conformità alle disposizioni fiscali nazionali dello Stato di residenza del contribuente, fermo restando che le perdite riportate dalla società estera non possono essere utilizzate per compensare i ricavi ottenuti, ma fatta salva la possibilità di applicare la disciplina del riporto fiscale delle perdite nei periodi d'imposta successivi.

Ciò nondimeno, il calcolo dell'imposta definito tramite l'inclusione dei redditi sanciti alla *lett. a)*, non trova sempre applicazione. Lo Stato membro può autonomamente decidere di non qualificare un'entità o una stabile organizzazione come società estera controllata ove, applicando il metodo di calcolo dell'imposta, secondo il meccanismo di inclusione nella base imponibile soprariportato, non oltre un terzo dei redditi non rientri nelle categorie tassativamente previste. Ne consegue che, venuta meno la qualificazione in società 'estere controllate', la disciplina trattata non è attuabile.

In eguale misura, la non applicazione di dette disposizioni deve verificarsi anche nei confronti delle imprese finanziarie che producano redditi rientranti nelle categorie stabilite per un valore non superiore a un terzo, e derivino da operazioni effettuate con il contribuente o imprese associate ad esso.

Sono sempre escluse dalla definizione di società controllate estere, tutte quelle società che svolgono un'attività economica tramite l'utilizzo del "*personale, attrezzature, attivi e locali, come evidenziato da circostanze e fatti pertinenti*", in ragione del fatto che in

¹¹⁵ a) i redditi non distribuiti dell'entità o i redditi della stabile organizzazione rientranti nelle seguenti categorie:

- i) interessi o qualsiasi altro reddito generato da attività finanziarie;
- ii) canoni o qualsiasi altro reddito generato da proprietà intellettuale;
- iii) dividendi e redditi derivanti dalla cessione di azioni;
- iv) redditi da leasing finanziario;
- v) redditi da attività assicurativa, bancaria e altre attività finanziarie;
- vi) redditi da società di fatturazione che percepiscono redditi da vendite e servizi derivanti da beni e servizi acquistati da e venduti a imprese associate e aggiungono un valore economico scarso o nullo.

queste ipotesi non si presume l'effettivo esercizio dell'attività d'impresa, dunque l'applicazione della misura antielusiva risulterebbe superflua.

Gli Stati hanno la facoltà di non applicare questa normativa laddove la società estera risieda o sia residente in un Paese non facente parte della zona SEE¹¹⁶.

Secondo la *lett. b)* dell'articolo 7, è opportuno includere nella base imponibile della controllante, tutti i redditi non distribuiti dalla controllata “*derivanti da costruzioni non genuine che sono state poste in essere essenzialmente allo scopo di ottenere un vantaggio fiscale*”.

È evidente come la *ratio* di detta previsione sia conforme allo scopo normativo perseguito dalla clausola generale antiabuso, ex art. 6 della Direttiva. La valutazione rispetto la “genuinità” di una struttura societaria, è accertata alla stregua di un'indagine relativa alle attività e i rischi d'impresa assunti dalla controllata nell'ambito delle strategie d'impresa adottate. Difatti, solo nell'ipotesi in cui è presumibile che i rischi assunti nell'esercizio dell'attività d'impresa siano stati corsi per scopi ulteriori dal generare redditi, si ritiene che la società persegua fini non genuini, bensì orientati al solo scopo di ottenere benefici fiscali nello Stato di insediamento.

Ai sensi dell'articolo 8, la base imponibile deve esser computata – come determinata ai sensi della *lett. b)* – includendo esclusivamente i redditi generati dalle attività e dai rischi assunti dalla società controllata nell'esercizio della sua attività principale. L'attribuzione dei redditi è calcolata secondo i principi della libera concorrenza.

Ciononostante, ciascuno Stato è libero di escludere dall'ambito di applicazione della *lett. b)*, le società controllate estere che abbiano:

- gli utili contabili non superiori a 750.000 € e redditi inferiori o pari a 75.000 €;
- gli utili non superiori al 10 per cento dei costi d'esercizio sostenuti nel medesimo periodo d'imposta.

Tra i costi d'esercizio menzionati si escludono i beni venduti o i pagamenti alle imprese associate, che siano stati effettuati al di fuori del Paese ove si localizza la società estera.

L'articolo 8, rubricato “calcolo dei redditi delle società controllate estere”, non esime inoltre dal fornire preziose indicazioni alle Amministrazioni finanziarie nazionali, relativamente al meccanismo di determinazione della base imponibile.

¹¹⁶ Questa disposizione era stata accolta nella precedente versione dell'art. 167 TUIR.

In primo luogo, viene sancito un principio cardine che deve essere osservato nella fase di computo: il principio di proporzionalità. I redditi devono invece essere imputati al contribuente in proporzione alla partecipazione detenuta. Il criterio temporale stabilisce l'inclusione di tutti i redditi generati sino alla chiusura dell'esercizio fiscale. I redditi così determinati, sono imputati al contribuente nel periodo d'imposta corrente all'esercizio di riferimento.

In conclusione, si proceda ad alcune riflessioni su quanto detto. È evidente come l'esigenza di predisporre una normativa *ad hoc*, che contrasti le attività elusive, è sempre controbilanciata dalla necessità di ovviare al verificarsi di fenomeni di doppia imposizione. La cooperazione internazionale in materia fiscale certamente possiede un raggio d'azione a largo spettro, che proprio per tali ragioni deve ponderare la portata delle proprie scelte normative, laddove esse incontrino dei limiti di carattere teologico. Se a seguito della distribuzione degli utili da parte del contribuente essi vengono inclusi già nel reddito conseguito dal contribuente a titolo di dividendi, affinché la sfera del contribuente non venga eccessivamente gravata o comunque sia destinatario di una doppia imposizione, è stabilita la possibilità di dedurre gli importi dei redditi precedentemente inclusi, secondo il procedimento ex articolo 7, in sede di calcolo dell'imposta dovuta sugli utili distribuiti. Allo stesso modo, relativamente al calcolo sull'imposta dovuta sui proventi, deve essere dedotto l'ammontare dei proventi ottenuti alla cessione della partecipazione all'entità o delle attività svolte dalla stabile organizzazione.

Il comma finale dell'articolo non a caso dispone che lo Stato membro deve ammettere sempre la detrazione dell'imposta dovuta nello Stato di residenza, che sia stata precedentemente versata dall'entità o dalla stabile organizzazione. Il metodo di detrazione deve essere elaborato conformemente ai principi di diritto internazionale¹¹⁷.

5. *Jurisdictional approach vs Transactional approach*

La normativa delle *Controlled foreign Companies* è, al di là degli elementi comuni imposti dalle organizzazioni sovranazionali, declinata in maniera differente nei singoli ordinamenti nazionali. Sicuramente l'elemento di comunanza nelle discipline statali è

¹¹⁷ Direttiva 2016/1164/UE

rappresentato dall'imputazione del reddito, prodotto dalla società controllata estera in un Paese a fiscalità privilegiata, direttamente in capo al socio e in proporzione alla quota di partecipazione, ovviando così il problema del differimento d'imposta che si sarebbe potuto manifestare al momento successivo della distribuzione dei dividendi. Definita questa caratteristica comune, è opportuno porre in evidenza come, a seconda della modalità che gli Stati decidano di adottare, sia possibile offrire diversi modelli impositivi. Una classificazione fondamentale può essere effettuata distinguendo il *Jurisdictional approach* e il *Transnational approach*.

In accordo con il primo modello impositivo, è possibile tassare il reddito conseguito dalla società controllata estera, direttamente in capo al socio. Questo sistema si basa sul principio del superamento della personalità giuridica. Il reddito prodotto dalla società locata nel Paese a fiscalità privilegiata si ritiene direttamente prodotto da costui, operando così una *fictio iuris* in base alla quale la tassazione imposta si basa su un modello di trasparenza, indipendentemente se la distribuzione degli utili abbia avuto luogo o meno. Il Paese di residenza del socio sottopone a tassazione il reddito prodotto dalla società estera imputandolo direttamente in capo al socio proporzionalmente alla propria quota di partecipazione. Considerato che la tassazione si verifica indipendentemente dalla distribuzione degli utili, è legittimo interrogarsi su quali siano gli effetti giuridici che si possono verificare laddove, in un momento successivo, la distribuzione sia portata a termine. In queste ipotesi si ritiene che lo Stato di residenza del socio debba esimersi dal sottoporre nuovamente a tassazione il socio nel momento in cui si verifichi la distribuzione dei dividendi. Generalmente tutti quegli Stati che offrono questo sistema garantiscono, al momento della tassazione dei dividendi, il riconoscimento del credito d'imposta, il cui ammontare è determinato in base al valore dell'imposta pagata, dalla società estera, sugli utili prodotti.

Il modello del *Jurisdictional approach* considera, quindi, tutti i redditi dello Stato a regime fiscale privilegiato come imponibili in capo al socio, considerando artificiosamente come se la distribuzione degli utili fosse avvenuta.

Affinché i redditi possano essere imponibili nella loro totalità, è necessario che essi rappresentino il prodotto di costruzioni non genuine, poste in essere al solo fine di ottenere vantaggi fiscali in un Paese a fiscalità privilegiata. (*lett. b, par. 2*).

Diversamente, l'approccio *transnational* prevede che l'imputazione per trasparenza al contribuente si verifichi con riferimento alle categorie di reddito prodotte dalla controllata, indipendentemente dalla distribuzione, che facciano parte dei *passive income*

– elencati alla *lett. a) par. 2* dell’articolo 7 Direttiva ATAD – fatta salva la possibilità di non applicare il sistema ove i redditi sussumibili in questa classificazione non eccedano un terzo.

In sostanza, le differenze principali risiedono nel fatto che secondo il *jurisdictional approach* si prevede un modello impositivo in ragione del quale tutti i redditi generati dalla società estera si considerano imputabili direttamente in capo al socio, salvo alcune specifiche categorie di attività non concorrenti alla base imponibile tassativamente disposte dalla legge di ciascuno Stato.

Agli antipodi si colloca il *transnational approach* che, diversamente, si caratterizza per l’imputazione del reddito in capo al socio controllante dei soli redditi appartenenti alle categorie suscettibili di tassazione per trasparenza. Tali categorie sono frutto dell’elaborazione di ciascuno Stato che precedentemente abbia individuato tutti quei redditi che, più di altri, sono sensibili al fenomeno dell’elusione e pertanto i principali destinatari della normativa antielusiva.

Dalle differenze sopra riportate si evince un’importante considerazione. Mentre per ciò che concerne il primo modello l’elemento di rilievo è rappresentato dal *locus* in cui la società controllata estera sia localizzata, nel secondo il ruolo preminente è detenuto, anziché dal luogo di localizzazione, dalla tipologia di reddito generato¹¹⁸.

Tra i Paesi che adottano il primo sistema si annoverano: Estonia, Finlandia, Francia, Lituania, Portogallo, Regno Unito e Svezia, nei quali c’è una totale imputazione dei redditi prodotti (fatta eccezione per quei pochi esclusi dalle normative nazionali) in proporzione alla quota detenuta.

Il *transnational approach* è invece adottato da Paesi come gli Stati Uniti, la Germania, la Spagna e il Canada, ove si predilige imputare alla controllante esclusivamente determinate categorie di redditi (cd. *tainted income*), focalizzando la disciplina, più che sul livello di tassazione imposto nello Stato della controllata, sui redditi ottenuti per mezzo di operazioni più ‘pericolose’.

Seppur entrambe le forme si collochino nel medesimo ambito d’azione, gli obiettivi di *tax policy*, che peraltro sono quelli in base alla quale si muovono le scelte di ogni ordinamento, sono parzialmente diversi. Il *Jurisdictional approach* mira perlopiù a contrastare la delocalizzazione delle imprese in Paesi con regimi fiscali di particolare favore, indipendentemente dalle categorie reddituali realizzate; il *Transnational*

¹¹⁸ IBIDEM, *Manuale di tassazione internazionale*

approach, mira perlopiù a contrastare il fenomeno dell'erosione delle basi fiscali realizzate per mezzo della specifica sottrazione all'Amministrazione finanziaria di alcune categorie di reddito¹¹⁹.

Da ultimo, si anticipa come lo Stato italiano non trova specifica inclusione in nessuno dei due modelli, prediligendo invece un sistema *ibrido*. La base imponibile nell'ordinamento italiano, infatti, si caratterizza per esser calcolata sulla base di criteri misti e più sofisticati, il cui contenuto è esposto nel prossimo Capitolo.

6. Abuso del diritto e *ratio* normativa

In un contesto economico già dilaniato dalle conseguenze della Crisi finanziaria del 2007, gli Stati avevano iniziato a predisporre delle misure di contrasto avverso le condotte dannose per le entrate fiscali degli ordinamenti, le quali compromettevano le finanze dei singoli Paesi, già consistentemente provati. Si trattava di procedure complesse, elaborate dalle organizzazioni sovranazionali, che certamente non potevano concludersi in termini brevi.

È nel progetto BEPS che l'attività propositiva delle istituzioni internazionali sembra essersi maggiormente concretizzata, anche se a tratti esso risulta esser obsoleto e bisognoso di innovazione, ma comunque lo strumento normativo più efficiente sinora ideato.

Tuttavia quanto detto, ai fini della comprensione della *ratio* e del contesto normativo cui è sussumibile la disciplina delle *Controlled foreign companies*, non è sufficiente nell'inquadramento della fattispecie. È doveroso fornire cenni ulteriori su alcune considerazioni legislative, di carattere nozionistico, che hanno informato la normativa comunitaria e nazionale.

Risulta ormai esser decisamente evidente che le disposizioni CFC altro non so che utile strumento ideato per inibire l'instaurazione delle pratiche fiscali elusive. Per afferrare adeguatamente la portata del concetto di elusione fiscale, senza il quale ogni disquisizione postuma sulla normativa CFC sarebbe vana, è indispensabile trattare preliminarmente il concetto di abuso del diritto, ripercorrendo le fasi evolutive – segnate da interventi legislativi e casistiche giurisprudenziali – che hanno segnato il tema.

¹¹⁹ IBIDEM, *Controlled Foreign Companies Legislation: analisi comparata degli stati comunitari*

“Non si considerano invece abusive 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 o dell’attività professionale del contribuente. Viene esplicitata la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale”. Così esordiva la relazione governativa al provvedimento introduttivo in materia dell’articolo 10 *bis* dello Statuto del contribuente, con la quale si è innovata la normativa contrastante il fenomeno dell’abuso del diritto/elusione.

Il termine ‘abusare’ dovrebbe far riferimento all’attuazione di una condotta illecita e scorretta, lesiva di un’altrui sfera giuridica. L’idea di abusare di un diritto sembrerebbe quasi una fattispecie surreale e immaginaria, difficile concretamente da realizzare. Una condizione quasi impensabile, che impone la formulazione di interrogativi su come sia effettivamente verosimile che far uso dei propri diritti, nel rispetto della legge, possa costituire un abuso. Per “diritto” si deve intendere la libertà garantita ad un soggetto di diritto, per mezzo di una norma giuridica; per “abuso”, invece, quando l’esercizio incongruo di detta libertà, seppur apparentemente lecito, possa dar vita a una responsabilità benché ci sia stato l’esercizio di un diritto spettante. La previsione dell’abuso consiste dunque nel cercare di porre un limite alla libertà garantita agli individui o gruppi di individui, stabilendo i confini tra la liceità e illiceità nell’esercizio di un diritto¹²⁰.

Eppure nell’ampia materia degli studi giuridici tributari, le condotte poste dai contribuenti (sia come privati e sia nell’ambito delle scelte strategiche organizzative d’impresa) sono state oggetto di più indagini, le quali hanno evidenziato come molte delle loro decisioni siano state il prodotto non di scelte relative all’attività esercitata, bensì esclusivamente orientate a trarre vantaggi fiscali.

Le pratiche abusive hanno avuto modo di svilupparsi anche tramite l’aggiramento della *ratio* normativa delle disposizioni contenute nelle convenzioni internazionali e, in particolar modo, quelle contro le doppie imposizioni. Gli Stati che aderiscono a queste stabiliscono un modello comune di pianificazione fiscale affinché vi sia una ripartizione congrua dei diritti impositivi sui redditi prodotti per effetto delle operazioni transnazionali. Qualora il contribuente operi in conformità al modello sancito, ma

¹²⁰ RESCIGNO, L’abuso del diritto (1963) in *Le prolusioni dei civilisti*, Napoli, 2012, III.

perseguiva fini contrastanti quelli per i quali la norma è stata posta in essere, si ha l'esercizio di pratiche elusive e, dunque, abuso del diritto¹²¹.

I concetti di abuso del diritto e di elusione sono considerati ad oggi come equivalenti e interscambiabili dal legislatore italiano che, a riprova di questo, rubrica l'articolo 10 *bis* "Disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale".

Ciononostante, la disciplina italiana rappresenta esclusivamente la punta dell'*iceberg* di questa materia, essendo il concetto di abuso del diritto un approdo nazionale a cui si è giunti solo a seguito di lunghi dibattiti giurisprudenziali comunitari, successivamente recepiti anche dalla giurisdizione e legislazione italiana.

La formulazione di questo nuovo strumento ha suscitato nel tempo contrapposte reazioni da parte della dottrina e degli esperti del settore, tra i quali si sono distinti coloro che ritenevano questa innovazione come originale ed efficiente, da coloro che invece temevano potesse inficiare sulla certezza del diritto.

Prima di entrare strettamente nel merito della disciplina, si analizza di seguito il percorso evolutivo della giurisprudenza comunitaria e nazionale che solo tempo dopo ha dato seguito agli interventi normativi¹²².

Nel settore fiscale, solo dagli anni Ottanta, si è iniziata a delineare la necessità di definizione del rapporto tra elusione della normativa tributaria e autonomia negoziale

¹²¹ "Vi è abuso delle Convenzioni quando, ad esempio, i fatti posti in essere dai contribuenti e volti ad ottenere un risparmio di imposta sulla base dell'applicazione di un dato regime convenzionale non si conciliano a livello di interpretazione o di qualificazione con la ratio delle Convenzioni applicate o delle disposizioni in esse contenute".

De Vita M., *Elusione fiscale e abuso del diritto: la codificazione di una comune clausola antiabuso*, *Diritto e pratica tributaria internazionale* 1/2018

¹²² In sede comunitaria, il primo intervento normativo relativo all'abuso del diritto si è sviluppato a seguito della formulazione dell'articolo 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione Europea, nel quale si legge che «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti e delle libertà riconosciute nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta». Da questa base normativa prendono forma le successive declinazioni del concetto di abuso del diritto nei vari settori legislativi. L'efficacia normativa del suddetto articolo si è ancor più consolidata con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha conferito il rango di fonte primaria alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Difatti l'ambito di applicazione della normativa era limitato in precedenza esclusivamente all'esercizio di libertà fondamentali, per poi espandersi attualmente sino a includere tutte quelle condotte realizzate al fine di eludere gli obblighi tributari imposte da norme interne derivate.

nell'ambito dei giudizi di legittimità, in vista della sempre più consistente rilevanza del fenomeno giuridico¹²³. L'abuso del diritto fiscale è «*individuato dalla giurisprudenza comunitaria come lo strumento essenziale, finalizzato a garantire la piena applicazione del sistema comunitario d'imposta*¹²⁴».

6.1 La giurisprudenza comunitaria

La normativa in materia di abuso del diritto riproduce gli elementi essenziali disposti negli orientamenti giurisprudenziali, formatisi nel corso di varie sentenze risalenti fin dagli anni Settanta, sviluppatasi in seno ai dispositivi redatti dalla Corte Europea di Giustizia.

Si trattava di vicissitudini che progressivamente avevano iniziato a sradicare la possibilità di attuare tali condotte, a favore di un sistema omogeneo di contrasto avverso le condotte elusive.

Già nel 1974 con una celebre sentenza¹²⁵ della CGUE, si cominciavano a delineare le ipotesi mediante le quali era possibile definire una condotta come abusiva del diritto. La sentenza in esame aveva ad oggetto l'interpretazione degli articoli 59¹²⁶ e 69 del Trattato della CEE relativamente alla libera prestazione di servizi nel territorio della Comunità. La Corte in tal sede circoscriveva due elementi necessari affinché si potesse ritenere ravvisabile la condotta di abuso del diritto. Il primo concerneva l'espletamento della prestazione di servizi, totalmente o in via principale, nel territorio di un altro Stato membro della comunità, diverso ovviamente da quello in cui si stabiliva l'attività d'impresa. Lo specifico intento alla base della delocalizzazione doveva consistere nella

¹²³ Mattera R., *L'abuso del diritto: una categoria civilistica in campo tributario*, *Contratto e impresa* 1/2020, 2020

¹²⁴ Cass., 22 febbraio 2013, n. 4535

¹²⁵ Sentenza 3 dicembre 1974, n. 33, Corte di Giustizia della Comunità Europea

¹²⁶ Articolo riformato a seguito del trattato di Maastricht, con il quale si istituisce l'articolo 49 TUE: «*Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione.*

Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, può estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno della Comunità».

volontà di sottrarsi alla normativa nazionale, relativa alla disciplina dell'attività d'impresa, che diversamente sarebbe stata applicata nelle ipotesi in cui l'attività fosse stata erogata nel territorio del proprio Stato. Il secondo elemento atteneva alla specifica volontà di sfruttare la libertà di stabilimento, eludendo la normativa nazionale.

Molteplici erano state le ulteriori sentenze in materia di limitazione della libertà di stabilimento; il corollario della libertà di stabilimento è ancora oggi uno dei principi cardine dell'Unione Europea, la cui portata desta tutt'ora non poche perplessità nel momento in cui si relaziona a una fattispecie ricadente nell'ambito di applicazione della *CFC Legislation*.

L'orientamento giurisprudenziale della Corte è mutato difatti a seguito di varie sentenze a lei sottoposte.

A titolo esemplificativo, si menziona anche la sentenza del 1993 in materia di telecomunicazioni, la cosiddetta causa *Veronica*¹²⁷. Invero nell'ambito di tale procedimento giurisdizionale si ravvisava l'abuso del principio di residenza ad opera di un'impresa. Un'impresa olandese, operante nel settore delle telecomunicazioni, aveva trasferito fittiziamente la sede della sua società nello Stato di Lussemburgo, continuando peraltro a svolgere la sua attività in Olanda; l'obiettivo che tale artificio era destinato a raggiungere consisteva nell'aggirare la normativa olandese in suddetta materia, abusando del principio comunitario della libertà di stabilimento, eludendo così i controlli delle autorità olandesi.

La Corte in quella occasione aveva riconosciuto l'ipotesi di abuso del diritto comunitario, ribadendo un principio già enunciato in un precedente caso giurisprudenziale, in base al quale aveva ritenuto ammissibile l'adozione di una normativa nazionale che limitasse una delle libertà fondamentali europee. La limitazione, affinché fosse legittima, doveva esser giustificata dall'intento di arginare le condotte elusive dei contribuenti che continuavano ad esercitare la propria attività nel territorio eluso, nonostante si avvalessero dei vantaggi impositivi derivanti dall'esercizio dei diritti comunitari.

Si ricorda inoltre la sentenza *Centros*¹²⁸, con la quale per converso si negava l'esistenza di una condotta abusiva. Seppur infatti la Corte aveva ritenuto sussistente l'abusività della

¹²⁷ Sentenza 3 febbraio 1993, causa C-148/1991, in www.italgiure.-giustizia.it, Centro Elettronico di Documentazione.

¹²⁸ Sentenza 9 marzo 1999, causa C-212/97, in www.italgiure.-giustizia.it, Centro Elettronico di Documentazione.

condotta nella fattispecie astratta, ne aveva negato l'esistenza in concreto. Il caso di specie concerneva il diniego della Direzione Generale del Commercio e delle Società della Danimarca rispetto la richiesta di riconoscimento della succursale della società *Centros* nel Regno Unito. Le ragioni del rifiuto risalivano alla base di importanti rilevazioni venute alla luce nella fase istruttoria: gli azionisti di *Centros*, nonostante avessero collocato la sede della società nel Regno Unito, erano residenti in Danimarca e l'attività totale d'impresa si svolgeva ugualmente in territorio danese.

Nelle procedure ordinarie danesi, affinché una società costituitasi all'estero operi nel territorio danese, si ritiene necessaria l'autorizzazione dell'Amministrazione. Approvazione che peraltro non deve essere subordinata al sindacato nel merito. Detto sindacato era però stato effettuato nel caso concreto, alla stregua del quale, sulla base delle indagini istruttorie si era riconosciuta un'ipotesi di condotta elusiva che tuttavia veniva negata dalla giurisprudenza comunitaria.

È però negli anni 2000 con la sentenza *Diamantis*¹²⁹, che è stato enucleato un importante principio in materia: la normativa nazionale di uno Stato Membro, qualora disponga una clausola antiabusiva deve essere, ai fini della sua applicazione, compatibile con la normativa comunitaria. La valutazione della sussistenza di tale requisito spetta in via esclusiva al giudice di rinvio.

Alla luce delle massime giurisprudenziali si delinea il profilo delle condotte definibili come abusive del diritto, laddove:

- siano state aggirate le normative nazionali avvalendosi dei principi comunitari;
- sia stato conseguito un vantaggio economico ricostruendo artificialmente la condizioni necessarie all'applicazione della normativa comunitaria (frode alla norma comunitaria)¹³⁰;

¹²⁹ Sentenza 23 marzo 2000, causa C-373/97, in www.italgiure.it - giustizia.it, Centro Elettronico di Documentazione.

¹³⁰ “Essa richiede, d'altra parte, un elemento soggettivo che consiste nella volontà di ottenere un vantaggio derivante dalla normativa comunitaria mediante la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento” Sentenza 14.12.00 – C-110/99 Emsland-Stärke

- siano stati esercitati diritti in ossequio alla normativa comunitaria¹³¹, benché le finalità per le quali siano rispettivamente preposti la condotta e la normativa siano totalmente differenti (abuso *strictu sensu*)¹³².

La giurisprudenza dell'Unione Europea ha poi integrato la nozione di abuso del diritto, nonché definito le fattispecie astratte in maniera ancora più netta e incisiva, a seguito dell'iconica sentenza *Halifax*¹³³.

Quest'ultima, oltre che nello scenario internazionale, ha determinato incisive e notevoli conseguenze anche nella concezione di "abuso" nell'ordinamento italiano. Nelle conclusioni dell'avvocato generale si scorge come, in materia di IVA e tributi armonizzati "perché possa parlarsi di un comportamento abusivo, le operazioni controverse devono, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della sesta direttiva e della legislazione nazionale che la traspone, procurare un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da queste stesse disposizioni". La valutazione rispetto l'obiettivo delle condotte riscontrate deve essere compiuta alla stregua dell'applicazione di elementi oggettivi, attraverso i quali si deve desumere indiscutibilmente il mero scopo di ottenimento di un vantaggio fiscale. Nonostante la sentenza *Halifax*¹³⁴ rappresenti un punto di svolta nell'abuso del diritto in materia di imposte indirette e armonizzate, essa deve esser considerata solo il punto di

¹³¹ "La constatazione che si tratta di una pratica abusiva richiede, da una parte, un insieme di circostanze oggettive dalle quali risulti che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalla normativa comunitaria, l'obiettivo perseguito dalla detta normativa non è stato raggiunto" Sentenza 14.12.00 – C-110/99 Emsland-Stärke

¹³² Betti R., Sbaraglia G., *L'abuso del diritto in materia tributaria: la giurisprudenza comunitaria*, il fisco, fascicolo 1, 39/2011

¹³³ Halifax è una banca operante nel settore finanziario che ai fini dell'erogazione dei suoi servizi, cerca di aprire quattro *call center* che sul terreno di sua proprietà o quello preso in locazione. Per realizzare quest'opera, decide di finanziare una società da lei controllata affinché essa acquisti dall'istituto di credito i diritti sui *call center*. Successivamente quest'ultima, decide ulteriormente tramite una società controllata ulteriore, di commissionare i lavori a dei costruttori indipendenti. I pagamenti anticipati spettano ad Halifax, che erogherà il pagamento a favore della prima controllata, che successivamente provvederà nei confronti della seconda.

¹³⁴ Secondo la Corte di Giustizia «perché possa parlarsi di un comportamento abusivo, le operazioni controverse devono, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della sesta direttiva e della legislazione nazionale che la traspone, procurare un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da queste stesse disposizioni. Non solo.

partenza di un'altra sentenza molto nota, la *Cadbury Schweppes*, che ha assunto invece un ruolo fondamentale in materia di imposte dirette nazionali. Quest'ultima, ricalcando i risultati fondamentali raggiunti dalla Corte europea degli ultimi anni, si caratterizza per esser la prima ad operare un giudizio di legittimità di una *CFC legislation*, con il principio della libertà di stabilimento. Data l'importanza fondamentale di quest'ultimo caso, è oggetto di specifica trattazione nei paragrafi a seguire.

In conclusione, è possibile assumere che, discostandosi dagli indirizzi precedentemente formulati, ciò che viene meno nel processo di identificazione è il riferimento alle pratiche artificiose. A quest'ultimo subentra l'analisi dello scopo a cui essenzialmente è rivolta una costruzione giuridica, che deve consistere nell'ottenimento di vantaggi fiscali e deve esser valutato alla stregua di **elementi oggettivi**. Tali conclusioni sono state cruciali nel superamento della precedente visione, che valutava differentemente l'ottenimento di un vantaggio impositivo come un elemento "soggettivo"¹³⁵, che doveva rinvenirsi dunque nella valutazione psicologica del contribuente così come definito nella sentenza *Emsland-Stärke*¹³⁶.

6.2 La giurisprudenza italiana

Volgendo ora l'attenzione nell'ordinamento interno, si evidenzia invece come la giurisprudenza italiana in materia di abuso del diritto fiscale è stata artefice, in un lasso temporale piuttosto ampio, di vari orientamenti che hanno nel corso dei decenni improntato e modellato la disciplina in esame.

Negli anni '70, la visione che si aveva delle condotte elusive fiscali era segnata secondo un'ottica ancora primordiale: la frode fiscale¹³⁷, intesa come l'artificio o raggirò posto in

Deve altresì risultare da un insieme di elementi oggettivi che lo scopo delle operazioni controverse è essenzialmente l'ottenimento di un vantaggio fiscale»

¹³⁵ "Essa richiede, d'altra parte, un elemento soggettivo che consiste nella volontà di ottenere un vantaggio derivante dalla normativa comunitaria mediante la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento".

¹³⁶ Aramini F., Partner, Studio CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni, *L'abuso del diritto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia CE. La giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di imposte dirette*, Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili di Roma, 2009

¹³⁷ Le pratiche elusive ed abusive non possono esser ritenute altro se non l'attuazione concreta di condotte che siano contrarie agli scopi perseguiti dalle disposizioni fiscali. Da qui si ricalca la distinzione tra *agere*

essere ai fini di acquisire vantaggi economici e fiscali, era tipizzata dal nostro legislatore. Tuttavia, la illiceità di tale condotta si riteneva avere rilievo esclusivamente nella materia tributaria e la sussistenza di tali requisiti non comportava la nullità degli atti mediante i quali era stata attuata (sentenza 18 aprile 1975, n. 1459, sentenza n. 2464 del 1976). Questo orientamento giurisprudenziale si era consolidato per effetto di numerose sentenze che si erano susseguite negli anni a venire. Si era delineato un sistema all'interno del quale il giudice ordinario si riteneva esser sprovvisto di giurisdizione rispetto i negozi giuridici conclusi dal contribuente con finalità elusive. Si escludeva la nullità del negozio giuridico realizzato in relazione a predette finalità e il giudice tributario si doveva esimere dal dichiarare nulli detti atti, limitandosi invece a stabilirne l'inefficacia esclusivamente dinanzi l'Erario impositore¹³⁸.

Nei primi anni del XXI secolo si rinvenivano anche delle importanti decisioni nazionali italiane in materia di abuso del diritto. La giurisprudenza italiana, recettrice delle massime giurisprudenziali comunitarie, inizialmente era incline a ritenere come inefficaci dinanzi all'Erario esclusivamente quegli atti elusivi che venivano qualificati come tali dalle leggi vigenti al momento in cui venivano adottati¹³⁹. Da qui sorgeva inevitabilmente l'esigenza di una normativa *ad hoc* che si proponesse, con riguardo soprattutto alla materia tributaria, di individuare le fattispecie che potessero costituire abuso del diritto.

A seguito della sentenza Halifax, che aveva introdotto il principio in base al quale si considerava abuso del diritto ogni qualvolta vi fosse, nonostante il formale rispetto della normativa elusa, il raggiungimento di un **vantaggio fiscale** e la **contrarietà rispetto**

contra legem e agere in fraudem legis, ove ci si riferisca alla seconda tipologia, ogni qualvolta vi siano comportamenti che, seppur siano formalmente rispettosi della norma, ne violino la *ratio*. Nelle ipotesi in cui si possa ravvisare la violazione della *ratio* sarà possibile delineare la fattispecie di condotta fiscale elusiva, piuttosto che una lecita pianificazione fiscale.

De Vita M., *Elusione fiscale e abuso del diritto: la codificazione di una comune clausola antiabuso*, *Diritto e pratica tributaria internazionale* 1/2018

¹³⁸ Betti R., Sbaraglia G., *L'abuso del diritto in materia tributaria: la giurisprudenza italiana*, il fisco, fascicolo 1, n. 42/2011.

¹³⁹ Sentenza Cassazione 26 Gennaio 2000, n. 3979; sentenza Cassazione 3 settembre 2001 n. 11351. La prima sentenza avente ad oggetto un caso di *dividend washing*, e la seconda un contratto di *leasing*, ove in entrambe viene operato un disconoscimento della fittizietà dell'operazione e, in aggiunta, la tipizzazione della fattispecie come condotta elusiva, essendo subentrata in un momento postumo alla realizzazione della stessa, deve ritenersi come opponibile dinanzi l'Erario. In entrambi i casi venne meno dunque l'applicazione dell'articolo 37 *bis* del D.P.R. n. 600/1973.

l'obiettivo prefissato dalla norma, la giurisprudenza italiana si era trovata costretta ad operare un'interpretazione evolutiva.

La Corte di Cassazione già si era dimostrata reattiva nel modificare i propri orientamenti formulati in sentenze precedenti, tra cui a titolo esemplificativo si riporta la sentenza n. 20398/2005. Nel dispositivo di quest'ultima la Suprema Corte si era occupata di sottolineare un aspetto fondamentale di quegli anni: seppur sino a quel momento la giurisprudenza comunitaria e le relative legislazioni si erano sottratte dal disporre una definita normativa in materia di abuso del diritto fiscale, esse non si erano detratte dall'affermare l'esigenza di dichiarare talune condotte inopponibili dinnanzi all'Erario, sollecitando i vari Stati a predisporre autonomamente clausole in materia.

Per alcuni definibile come certamente innovativa, era stata la successiva sentenza n. 20816/2005 con quale si autorizzava l'Amministrazione finanziaria a dedurre la simulazione dei contratti stipulati dal contribuente, ovvero la loro nullità in frode alla legge, previa la fornitura della prova attraverso qualsiasi mezzo, ivi compreso quello presuntivo.

In questa occasione il giudice aveva affermato che la condotta abusiva, per esser ritenuta tale, non doveva presupporre necessariamente la violazione di una norma specifica, ma bensì la violazione dei principi generali di diritto tributario; in quest'ottica discendeva anche la possibilità di emettere la declatoria di nullità del negozio giuridico ex articolo 1344 c.c., per violazione della norma imperativa sul principio della capacità contributiva ex articolo 53 della Costituzione¹⁴⁰.

La Corte introduceva, non solo perciò che concerne i tributi armonizzati ma bensì anche per i tributi residuali, il **principio di disconoscimento** o della **riqualificazione fiscale** ove si potessero ravvisare i profili di elusione o abuso del diritto.

La Suprema Corte aveva delineato anche gli elementi oggettivi tramite su cui basare l'individuazione del comportamento elusivo:

- l'uso distorto degli strumenti giuridici da parte del contribuente, benché leciti;
- il raggiungimento di un vantaggio fiscale;
- l'assenza di valide ragioni economiche.

Sino al 2008 tuttavia la Corte di Cassazione relativamente all'individuazione delle condotte in esame, continuava ad operare perlopiù un rimando alla giurisprudenza

¹⁴⁰ IBIDEM, *L'abuso del diritto in materia tributaria: la giurisprudenza italiana*

comunitaria, facendo sorgere inesorabilmente aspri dibattiti dottrinali e accrescendo le perplessità dei giudici in sede giudiziale ove venissero chiamati a stabilire la presenza della condotta elusiva o meno.

È alla luce di queste esigenze che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno successivamente elaborato diversi principi di diritto in materia, riassumibili in tre punti fondamentali:

- 1) l'articolo 53 della Costituzione individua un generale principio antielusivo in materia tributaria. Fissando i principi generici di capacità contributiva e progressività del tributo, è doveroso ritenere che questi ultimi debbano essere applicati sia in riferimento alle norme che stabiliscono l'imposizione del tributo, sia quelle che accordano i relativi vantaggi o benefici fiscali. Laddove infatti vengano conseguiti dei vantaggi fiscali, non corrispondenti agli obiettivi prefissati dalla normativa che li accorda, la condotta deve essere ritenuta come elusiva¹⁴¹;
- 2) l'esistenza di tale clausola generale antiabuso in materia fiscale non si deve ritenere incompatibile con eventuali normative *ad hoc* in materia, o con la riserva di legge definita all'articolo 23 della Costituzione, in quanto tale principio non stabilisce l'adozione di nuovi obblighi impositivi ma semplicemente commina l'inefficacia e inopponibilità dinanzi all'Erario di tutti quei negozi che siano in posti in essere per finalità elusive;
- 3) tali condotte sono rilevabili d'ufficio.

Non è necessario dimostrare la fraudolenza della condotta, purché sussistano i limiti sopra riportati.

Da ultimo, con la sentenza n. 1372 del 21 gennaio 2011 si è stabilito che si deve escludere la sussistenza di ogni condotta antielusiva qualora sia posta in essere un'attività che comporti il raggiungimento di un vantaggio fiscale, ma al tempo stesso sia mossa da ragioni strategiche organizzative di carattere extrafiscale. Anche in queste ipotesi l'onere della prova compete all'Amministrazione finanziaria.

¹⁴¹ Siffatte conclusioni pongono le proprie radici nelle cd. "Sentenze gemelle" n. 30055, 30056 e 30057 del 2008. Tuttavia, rinvenire il presupposto della clausola generale antiabuso nell'articolo 53 della Costituzione, offriva la possibilità di sussumere una moltitudine di fattispecie senza definirne i confini in maniera univoca e non definendo con certezza gli elementi minimi delle fattispecie elusive.

Nel 2012 è stata ulteriormente sancita la responsabilità penale in materia di abuso del diritto fiscale, con la tipizzazione della fattispecie di frode fiscale in materia penale¹⁴².

Con la recentissima sentenza n. 31772/2019, ribadito l'onere in capo all'Amministrazione finanziaria nel provare la sussistenza della condotta antielusiva, è stato stabilito come la prova debba esser fornita dimostrando la presenza di una condotta alternativamente percorribile che sia più lineare con quella posta in essere dal contribuente nel caso concreto.

6.3 La normativa antiabuso europea

La normativa comunitaria in materia di abuso del diritto, e più in generale nell'ottica di contrasto avverso le condotte fiscali concorrenziali dannose, si rinviene nella direttiva ATAD (*Anti Tax Avoidance Directive*) 2016/1164/UE, successivamente modificata dalla direttiva 2017/952/UE.

Come più volte ribadito, la finalità della medesima, è orientata alla creazione di un sistema fiscale globale che si basi, non su piani uniformi di tassazione, ma bensì su regimi fiscali che siano liberamente adottati dagli Stati nel rispetto degli *standard* minimi nazionali. Le libere scelte adottabili sono determinate esclusivamente da ragioni interne ed economiche, fuorché esse non si traducano in una pianificazione impositiva atta a fornire regimi fiscali in favore di alcune categorie di contribuenti, tali da attrarre ricchezze nei propri ordinamenti e a scapito di altri Stati.

Sulla base dei *dicta* della stessa normativa, vengono recepite le raccomandazioni del Progetto BEPS destinate agli Stati membri, le quali mirano a perseguire la medesima finalità. La direttiva è anche il frutto della ricezione delle raccomandazioni precedentemente erogate dall'OCSE, per il tramite delle quali gli Stati sono liberi, nella definizione delle disposizioni normative generali, nello stabilire le modalità di conformazione. Con esse si impone di pianificare un piano strategico che sia idoneo a evitare disallineamenti e distorsioni del mercato.

Di particolare interesse è l'articolo 6 della Direttiva ATAD. Quest'ultimo dispone un obbligo nei confronti degli Stati Membri di adottare una clausola antiabuso, finalizzata al contrasto dei fenomeni antielusivi in materia di imposte sul reddito delle società.

¹⁴² *L'abuso del diritto nell'elaborazione giurisprudenziale*, I temi dell'attività parlamentare, Parlamento Italiano <https://leg16.camera.it/561?appro=561#paragrafo2685>

L'obbligo concerne l'adozione di una *General Anti-Avoidance Rule* che sia idonea a ignorare tutte le 'costruzioni' giuridiche poste in essere dalle società, le quali a loro volta siano orientate non al perseguimento di ragioni commerciali riferibili a realtà economiche esistenti, ma bensì esclusivamente al fine di approvvigionarsi di un vantaggio fiscale.

Il testo dell'articolo cita testualmente come rientrino nella definizione di elusione *“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”*¹⁴³.

La definizione di abuso del diritto si ravvisa qualora vi siano tre elementi essenziali:

- 1) la presenza di una costruzione o una serie di costruzioni non genuina¹⁴⁴;
- 2) l'ottenimento di un vantaggio fiscale non conforme all'oggetto o allo scopo della normativa fiscale applicabile;
- 3) che il perseguimento del vantaggio fiscale sia il principale, o tra questi, obiettivo perseguito dalla condotta del contribuente.

Con particolare riferimento alle costruzioni non genuine, il legislatore europeo ha inteso offrire un elemento di *discrimen* tra operazioni prive di sostanza economica e quelle delle costruzioni simulate. Le prime sono le principali destinatarie delle norme anti abuso, le seconde sono perlopiù definibili come 'evasive', in quanto volte alla realizzazione di finalità fraudolente.

¹⁴³ Il campo di applicazione della clausola deve ritenersi circoscritto ai soggetti definiti all'articolo 1 della Direttiva. *“La presente direttiva si applica a tutti i contribuenti che sono soggetti all'imposta sulle società in uno o più Stati membri, comprese le stabili organizzazioni situate in uno o più Stati membri di entità residenti a fini fiscali in un paese terzo”*.

¹⁴⁴ Per costruzioni non genuine si devono intendere tutte quelle prive di ragioni commerciali che non rispecchiano le realtà economiche. Principalmente operazioni quindi orientate al perseguimento di un vantaggio fiscale, anziché un risultato economico giuridico che si potrebbe diversamente realizzare tramite una diversa operazione più lineare, ma fiscalmente più onerosa. Con la locuzione 'serie' si ricomprendono tutte quelle operazioni che siano caratterizzate da una concatenazione di atti, volti a produrre un effetto finale simile a quello derivante da un'unica e diversa operazione giuridica. Il concetto di 'genuinità' ha superato il precedente concetto di 'artificialità' di matrice giurisprudenziale comunitaria.

L'analisi deve dunque concentrarsi in primo luogo, sulla causa negoziale dell'operazione posta in essere, e deve accertare che essi non nascondano una ragione diversa rispetto a quella fatta emergere, finalizzata all'elusione fiscale. In secondo luogo, la verifica deve incentrarsi sulla congruità degli strumenti giuridici utilizzati, accertandosi che essi non siano difformi alle logiche economiche.

Già con una precedente raccomandazione l'Unione Europea aveva esortato la generalità degli Stati ad adottare una clausola generale antiabusiva, in virtù della previa constatazione che le norme giuridiche specifiche antielusive precedentemente sancite dagli Stati non rappresentassero uno strumento efficace di debellazione. Da qui l'esigenza assoluta di una clausola generale a cui ci si possa riferire in tutte quelle ipotesi che altrimenti non sarebbero sussumibili nelle norme specifiche.

La forza normativa della Direttiva ATAD sicuramente è riscontrabile in due elementi essenziali: l'obbligatorietà della stessa e la previsione di ulteriori istituti fiscali che detengano una funzione complementare nella lotta avverso tali condotte.

Non deve pertanto sfuggire all'attenzione del lettore il ruolo cruciale che ha avuto la previsione di clausola generale antielusiva, sia in termini di lacune normative (proponendosi come strumento di integrazione alle normative nazionali), sia in termini di pianificazione di una strategia comune che non lasci in alcun modo scampo a queste 'astute' pratiche che danneggiano oltremisura le basi imponibili nazionali¹⁴⁵.

Per completezza, si menzionano anche gli interventi normativi adottati sul piano internazionale con la "*Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*" del 24 novembre 2016, in tutte ipotesi in cui si delinea il *treaty abuse* ovvero il *treaty shopping*¹⁴⁶.

In sintesi, operando una valutazione sui fatti e circostanze pertinenti che hanno condotto all'instaurazione di un'operazione transnazionale, si ritengono non accordabili quei

¹⁴⁵ Boria P., 2020, *La clausola anti-abuso prevista dalla direttiva ATAD: l'esperienza italiana*, Studi Tributari Europei. Vol.9 (2019)

¹⁴⁶ "Con l'espressione *treaty shopping* si intende una tecnica che consiste nell'utilizzo delle Convenzioni contro le doppie imposizioni al fine di trarne vantaggi sotto il profilo fiscale (...) Il concetto di *treaty shopping* va distinto da quello di *treaty abuse*. La prima espressione fa riferimento a quelle situazioni in cui un soggetto beneficia delle disposizioni di un trattato senza tuttavia esserne il legittimo beneficiario. Il secondo concetto, invece, fa riferimento a quelle situazioni in cui il risultato di una data operazione è in contrasto con il trattato medesimo" Caraccioli I., Valente P., *Treaty shopping e beneficiario effettivo: profili penal-tributari*, Il Fisco 10/2016

benefici fiscali che siano stati l'unica ragione delle suddette operazioni, salvo che la concessione dei benefici sia conforme all'oggetto e allo scopo delle disposizioni in materia.

6.4 La normativa antiabuso italiana

Il legislatore italiano ben presto si è trovato dinnanzi alla necessità di provvedere a una disciplina nazionale che garantisse l'eliminazione delle pratiche elusive, divenuta sempre più calzante a seguito delle interpretazioni evolutive offerte dalle Corti nazionali e non. La problematica che agli albori interessava il nostro ordinamento risiedeva nel compiere una scelta fondamentale su cui basare i lavori preparatori della legislatura: elaborare una normativa *ad hoc* che individuasse in maniera specifica le possibili condotte elusive praticabili dal contribuente, optando dunque per un'individuazione che *ex post* garantisse la certezza del diritto o, alternativamente, predisporre una clausola generale antielusiva che disciplinasse *ex ante* dette fattispecie, assicurando un sistema di prevenzione ipoteticamente più efficiente.

Inizialmente si era percorsa la prima alternativa, optando dunque per la previsione di specifiche norme antielusive con l'adozione dell'articolo 37- *bis* del D.P.R. n. 600/1973. Il primo comma¹⁴⁷ di detto articolo disponeva l'inopponibilità all'Amministrazione finanziaria di tutti quegli atti, fatti o negozi giuridici diretti ad aggirare le norme tributarie nazionali, orientati dall'ottenimento di riduzioni o vantaggi impositivi che altrimenti non sarebbero stati ottenuti¹⁴⁸.

È bene soffermarsi sul concetto di inopponibilità. Ci si riferisce a questa fattispecie ogni qualvolta ciò che viene inficiato non è la validità del negozio giuridico, bensì esclusivamente la sua rilevanza ai fini tributari. L'atto, il fatto o il negozio in esame non perderebbero i loro effetti giuridici, ma esclusivamente il disconoscimento dei vantaggi fiscali inerenti, parlando perlopiù di un'inefficacia relativa¹⁴⁹.

¹⁴⁷ *L'inopponibilità all'Amministrazione finanziaria di «atti, fatti e negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti».*

¹⁴⁸ *IBIDEM, La clausola anti-abuso prevista dalla direttiva ATAD: l'esperienza italiana*

¹⁴⁹ 2017, *L'inopponibilità al fisco non rende invalido l'atto*, Deotto&Partner, <https://www.deottoandpartner.it/centro-studi/news/linopponibilita-al-fisco-non-rende-invalido-latto/40/>

Il disconoscimento dei relativi vantaggi fiscali, basato sul principio della conservazione degli effetti civilistici della norma, predisponendo un nuovo modello di quantificazione dell'imposta dovuta all'Erario: l'Amministrazione finanziaria avrebbe dovuto calcolare nuovamente l'imposta dovuta, applicando *in primis* le norme eluse e *in secundis* deducendo al valore individuato le imposte dovute per effetto del comportamento inopponibile all'amministrazione stessa. Questa metodologia si basava dunque su un modello riqualificatorio in base al quale veniva operata una *fictio* per cui si considerava compiuta la condotta elusa, anziché quella elusiva.

La norma in esame lungi ancor più dal rappresentare una norma antielusiva generale ai sensi del comma 3¹⁵⁰, che disponeva difatti un elenco tassativo di fattispecie a cui si rivolgeva l'applicabilità dell'istituto¹⁵¹.

La natura semi-generale della normativa comportava, in altre parole, la non applicabilità dell'articolo in riferimento a tutte le altre fattispecie che avessero i connotati dell'elusione fiscale, che però non erano espressamente contemplate nell'elencazione. L'intento del legislatore dei tempi risiedeva nell'evitare che venissero considerate tali tutte le condotte non individuate specificatamente e che non avessero un adeguato calibro di pericolosità, garantendo in quest'ottica la certezza del diritto. Questo sistema al tempo stesso aveva generato ampi vuoti normativi.

La necessità di ottemperare ai limiti applicativi sopra riportati, ben presto aveva indotto il legislatore italiano all'elaborazione di una nuova normativa in questione. A seguito delle numerose esortazioni della Commissione europea, relativamente alla indispensabile esigenza di introdurre una clausola generale antielusiva, rafforzate ancor più dopo la sentenza Halifax, si è giunti all'elaborazione dell'attuale articolo 10-*bis* dello Statuto dei diritti del contribuente.

¹⁵⁰ “3. Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano a condizione che, nell'ambito del comportamento di cui al comma 2, siano utilizzate una o più delle seguenti operazioni:

a) trasformazioni, fusioni, scissioni, liquidazioni volontarie e distribuzioni ai soci di somme prelevate da voci del patrimonio netto diverse da quelle formate con utili;

b) conferimenti in società, nonché negozi aventi ad oggetto il trasferimento o il godimento di aziende;

c) cessioni di crediti;

d) cessioni di eccedenze d'imposta;”

¹⁵¹ 2020, *L'elusione e l'abuso del diritto*, a cura di Loconte S., *Manuale di diritto tributario*, CEDAM, Milano, (pag. 140-143)

Dopo la sentenza *Halifax*, difatti si era delineato con maggior vigore la necessità di predisporre una normativa nazionale *ad hoc* per le imposte non armonizzate. Se per quelle armonizzate infatti, era sufficiente l'applicazione della clausola generale antiabuso dell'Unione Europea, per le altre non rientranti nel campo di applicazione era indispensabile fornire uno strumento che potesse trovare attuazione in materia di operazioni assoggettabili ad imposte non armonizzate.

L'articolo in esame, attualmente rubricato 'Disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale' è stato il risultato dei lavori preparatori del governo, delegato dal parlamento di adottare una previsione omogenea in materia. La riforma è stata introdotta con il D.lgs. del 5 agosto 2015 n. 128, la quale ha fornito una nuova accezione al termine *abuso del diritto*, non più identificato come *genus* della *species* dell'elusione fiscale, ma bensì valutato come concetto equivalente e inscindibile¹⁵².

In base alla nuova versione dell'articolo si ravvisa l'esistenza dell'abuso del diritto in presenza di tre presupposti:

- l'assenza di sostanza economica delle operazioni attuate¹⁵³;
- l'ottenimento di un indebito vantaggio fiscale;
- il nesso di causalità tra l'operazione posta in essere e il beneficio fiscale.

In particolar modo il comma 2 precisa che si devono considerare come operazioni prive di sostanza economica tutti quei fatti, atti o contratti che sarebbero inidonei a produrre effetti di per sé rilevanti se non quelli di vantaggio fiscale. Ai fini della determinazione della 'sostanza economica', intesa come il concreto vantaggio economico, la valutazione deve esser effettuata in relazione a vari indici quali: “*la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato*”¹⁵⁴.

¹⁵² Il legislatore italiano, così come la giurisprudenza e la prassi, era ormai incline a ritenere “abuso del diritto” ed “elusione” come concetti equipollenti. La dottrina, differentemente, era notevolmente divisa rispetto questa qualificazione: autori che li consideravano concetti interscambiabili e chi, come profondamente diversi.

¹⁵³ Con la sentenza delle Cassazione n. 26060 del 30 dicembre 2015, la Suprema Corte ha definito come indici sintomatici dell'assenza della sostanza economica di un'operazione:

- la non coerenza tra la qualificazione giuridica delle singole misure poste in essere, con la costruzione generale;
- non sarebbe ragionevole altrimenti l'attuazione delle operazioni concretamente disposte.

¹⁵⁴ Articolo 10-*bis* dello Statuto del contribuente comma 2 a)

Differentemente, per ‘vantaggi fiscali indebiti’ si devono intendere tutti quei benefici che siano raggiunti, anche non in maniera immediata, in contrasto agli obiettivi perseguiti dalla normativa fiscale nazionale o i principi in materia tributaria. L’ottenimento del vantaggio fiscale deve ritenersi come scopo essenziale¹⁵⁵ o comunque principale della condotta, che seppur legittima sia per tale ragione incompatibile con la *ratio* della normativa.

Il contribuente laddove però attui operazioni modellate su strategie extrafiscali, che presentino quindi carattere organizzativo o gestionale, non è sottoposto all’applicabilità di detto articolo. L’onere della prova in tal caso spetta inevitabilmente al contribuente.

Per tali ragioni, l’Amministrazione finanziaria non può accertare la sussistenza della condotta elusiva prima di aver chiesto chiarimenti al contribuente ovvero siano trascorsi meno di sessanta giorni dalla richiesta o dalla ricezione dei chiarimenti, condizione prevista a pena di nullità. L’accertamento dell’abuso del diritto si esplica tramite apposito atto emesso dall’Amministrazione finanziaria, dopo aver accertato che i vantaggi fiscali non possono esser disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie.

L’Amministrazione ha l’obbligo di motivare l’atto dopo aver fornito la prova della sussistenza della condotta elusiva, differentemente grava sui contribuenti la prova delle valide ragioni economiche. L’aver generato una condotta elusiva, non comporta effetti sanzionatori sul piano penale tributario, ma esclusivamente sanzioni amministrative tributarie¹⁵⁶.

In conclusione è possibile affermare come le normative antiabuso italiane e comunitarie, cui le prime si ispirano, sono state formulate al termine di un lungo processo giurisprudenziale interpretativo che ha informato il sistema. La previsione di una clausola antiabuso è stata essenziale nel procedimento di formazione della normativa CFC, come del resto anche degli altri meccanismi antielusivi, in quanto essa ne costituisce il fondamento logico e giuridico. La comprensione della portata delle condotte abusive, e

¹⁵⁵ Non essenziale sarà l’operazione che celi marginali o quasi irrisorie ragioni extrafiscali che giustificano la condotta. Alla luce delle interpretazioni dell’Unione Europea, contenute in una raccomandazione, si definisce essenziale “*deve essere considerata fondamentale 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*”.

¹⁵⁶ IBIDEM, *Manuale di diritto tributario*, CEDAM, Milano

la definizione in termini nazionali e sovranazionali del concetto di elusione fiscale è ineluttabilmente propedeutico alla comprensione della *ratio* della normativa CFC, in ragione dell'ambito applicativo in cui essa si sviluppa. Comprendere e definire gli elementi costituenti di una condotta elusiva è uno degli strumenti mediante i quali è possibile comprendere le fattispecie in cui la normativa CFC debba trovare applicazione o meno, in ragione dello scopo primario per il quale essa è formulata. Laddove difatti fosse assente il timore dell'attuazione di strategie fiscali elusive ad opera del contribuente, nell'esercizio di attività d'impresa transnazionali, la ragione giustificatrice dell'operatività della disciplina perderebbe completamente la sua portata.

Analizzati dunque i fattori principali costituenti la fattispecie elusiva, nonché lo stretto rapporto di connessione tra legislazione nazionale ed europea, si passa in rassegna uno degli aspetti più critici di compatibilità, che ha sollevato dubbi di legittimità rispetto la normativa CFC in riferimento a una delle libertà fondamentali dell'Unione Europea: la libertà di stabilimento.

La disamina offre in un primo momento le informazioni principali concernenti la portata del principio, per poi soffermarsi in maniera più specifica con il suo rapporto con la CFC *legislation*, attraverso l'esposizione di un caso studio in materia.

7. Profili di compatibilità con l'articolo 54 TFUE: la libertà di stabilimento

In precedenza, si è avuto modo di analizzare come la successione di importanti casi giurisprudenziali abbia innovato consistentemente il sistema normativo dei Paesi europei, ripercorrendo e trattando il fenomeno della reciproca compenetrazione tra la normativa sovranazionale e quella interna.

Diversamente, in questo paragrafo l'analisi si sofferma più specificatamente sui casi giurisprudenziali e i principi stabiliti dalle sentenze di riferimento, con esclusiva attenzione al principio della libertà di stabilimento delle imprese, nella sua portata e nei suoi limiti di applicabilità.

La libertà di stabilimento è uno dei principi fondamentali sanciti dall'Unione Europea, che offre un raggio di azione estendibile nei confronti delle persone fisiche e delle persone giuridiche. Considerata una delle libertà fondamentali, il risultato che intende realizzare assume un ruolo primario e centrale nelle dinamiche europee. L'esigenza di costruire,

all'interno dei 'confini' dell'Unione Europea, un mercato unico privo di barriere economiche e dislivelli normativi, comporta la necessaria previsione che venga garantita una varietà di principi che offrano quantomeno le basi giuridiche affinché detto obiettivo si possa concretizzare. L'articolo 43 del Trattato CE, dispone la possibilità di accedere alle attività, nonché costituire imprese e società in un altro Stato membro, sottoponendosi alle medesime regole normative che lo Stato ospitante avrebbe applicato ai propri cittadini. Indugiando lo studio su queste poche affermazioni e riferendoci in tale contesto solo a ciò che concerne l'attività d'impresa, si noti come la libertà di stabilimento si possa esplicitare mediante l'insediamento dell'attività principale all'estero (cd. Stabilimento primario), ovvero mediante l'insediamento di strutture 'secondarie', che abbiano perlopiù connotazione di filiali o succursali (cd. Stabilimento secondario).

La portata del principio, dunque offre la garanzia di due aspetti fondamentali relativi allo stabilimento dell'attività d'impresa:

- 1) la libertà di agire nel mercato europeo, tramite la possibilità di localizzare l'attività in qualsiasi territorio degli Stati membri;
- 2) l'applicazione della normativa nazionale d'impresa del Paese ospitante.

Questo secondo aspetto potremmo ritenerlo strettamente connesso al principio di non discriminazione¹⁵⁷, in quanto al pari rappresenta una garanzia del trattamento partitario tra imprese/persone fisiche cittadine di uno Stato e imprese/persone fisiche che siano cittadine di un altro Stato membro, eliminando il verificarsi di qualsivoglia restrizione.

Seppur l'articolo 48 del Trattato CE sancisce un pari riconoscimento della libertà di stabilimento primaria e secondaria, numerose sono state le sentenze della Corte Europea di Giustizia che hanno cercato di delimitare l'operatività della libertà ex articolo 43 CE nelle ipotesi di stabilimento secondario.

Benché, inizialmente si era restii a riconoscere una minore operatività di detto principio nei confronti delle imprese succursali o filiali, rapidamente sono stati formulati vari

¹⁵⁷ *“Il principio di non discriminazione in materia fiscale di cui all'art. 6 del Trattato FUE, che, pur riferita testualmente alle sole persone fisiche, deve ritenersi estendibile alla luce della giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia, del 16 aprile 2015, in C. 591/13) anche alle società”*. Pau F., *Il principio UE di non discriminazione in materia fiscale si applica anche alla società. La Corte rigetta il ricorso dell'Agenzia delle Entrate e conferma il diritto al rimborso della società*, <https://www.studiotributariodlp.it/index.php/avvocato-tributarista/item/281-principio-di-non-discriminazione-si-applica-anche-a-societa>

dispositivi, riassumibili in varie massime giurisprudenziali, che hanno rinnovato massicciamente il sistema previgente.

A titolo esemplificativo, si ricorda il caso *Daily Mail*¹⁵⁸ in cui la posizione rigida della Corte sembrava propensa ad escludere l'applicabilità del principio della libertà di stabilimento ove ci si riferisse a quello secondario. Nonostante il dispositivo della Corte in quella occasione conteneva un divieto assoluto di imporre restrizioni di alcun tipo nei confronti delle imprese che volessero stabilirsi in un altro Stato membro, al tempo stesso negava la possibilità di riconoscere la libertà in esame anche nei confronti delle filiali o succursali di un'impresa. L'ostacolo normativo discendeva perlopiù dalla circostanza che uno Stato avrebbe, in tal modo, dovuto riconoscere un'impresa costituita secondo la legge di un altro Stato e permettere il trasferimento di una sede secondaria nel territorio della propria giurisdizione.

I primi cambiamenti di tendenza sono rinvenibili già nel 2000 con il caso *Uberseering*¹⁵⁹. In questa occasione si è affermata la possibilità che l'attività di direzione e controllo di un'impresa si localizzi in un territorio diverso dal Paese di costituzione e, contestualmente, lo Stato in cui l'attività viene erogata non può non riconoscere la capacità giuridica dell'ente in questione. L'inversione di rotta della Corte, rispetto gli orientamenti degli anni precedenti, certo non può esser ritenuta casuale. Le istituzioni europee nei primi anni 2000 sono state recettrici di importanti cambiamenti degli assetti economici e giuridici del tempo, ai quali hanno dovuto prontamente e inesorabilmente far fronte, ancor più a seguito della nascita di un nuovo mercato unico privo di frontiere e libero da restrizioni ovvero discriminazioni.

Il confine tra le libertà fondamentali spesso diviene labile, e stabilire il limite tra le une e le altre in concreto può esser ostico, nonché deve presupporre l'intervento della giurisprudenza. Un principio strettamente connesso alla libertà di stabilimento è quello della libera circolazione dei capitali, che garantisce il libero trasferimento degli stessi dallo Stato di origine a quello di insediamento senza che la delocalizzazione diventi onerosa. Nella sentenza *Baars* un'importante conclusione ha preso forma con riguardo al confine tra detti principi. Invero, laddove il contribuente sia titolare di una notevole partecipazione in un'impresa locata in un altro Stato, tale da garantirgli una significativa influenza e attività di indirizzo, esso deve considerarsi come esercitante del diritto alla

¹⁵⁸ Sentenza 27 settembre 1988, caso C-81/87

¹⁵⁹ Sentenza 5 novembre 2002, Caso C- 208/00

libertà di stabilimento. Diversamente, ove non sia possibile ravvisare l'esistenza di una partecipazione che assuma detto rilievo, si applicano i principi in materia di libera circolazione dei capitali.

In ossequio alla libertà di stabilimento, il trattamento paritario di uno Stato deve esser garantito tanto in "entrata", quanto in "uscita" nei confronti di un'impresa che abbia un diverso Stato d'origine. Per le imprese che facciano ingresso nella giurisdizione di un altro Stato, deve esser garantito:

- il divieto di discriminazione delle stabili organizzazioni rispetto ad altre forme di stabilimento secondario;
- il divieto di subordinare alla concessione di un beneficio fiscale la condizione che la società madre sia stabilita nello stesso Stato;
- il divieto di previsione di un trattamento fiscale più gravoso nei confronti dei soggetti in entrata non residenti.

Per ciò che concerne la libertà di stabilimento in "uscita", la Corte in sede giurisprudenziale ha precisato che lo Stato destinatario della nuova sede non può in alcun modo imporre restrizioni nei confronti delle imprese che, esercitando la loro libertà, spostino la sede della propria attività in un altro Stato membro.

In particolar modo la CGUE ha sancito:

- il divieto alla limitazione del riporto delle perdite ove vi sia una stabile organizzazione localizzata in un altro Stato membro;
- il divieto alla limitazione della deducibilità dei costi ove vi sia una partecipazione in una o più società localizzata/e in un altro Stato membro;
- il divieto di subordinare la possibilità di beneficiare dei vantaggi fiscali alla condizione che l'investimento sia effettuato nello stesso Stato membro;
- il divieto di disporre un trattamento fiscale più gravoso ove la localizzazione dell'investimento si verifichi in un altro Stato membro.

Le sentenze sinora esaminate è evidente che abbiano avuto risvolti decisivi nella formazione degli assetti normativi per come si conoscono oggi. Ma una specifica e più attenta indagine deve esser accordata alla sentenza *Cadbury Schweppes*, promotrice di importanti mutamenti legislativi nelle *CFC legislations*¹⁶⁰.

¹⁶⁰ *Il diritto tributario comunitario*, di Garbarino C., in *Manuale di tassazione internazionale*, IPSOA MANUALI, Milano, 2008, (pag. 719-727)

7.1 Sentenza *Cadbury Schweppes*

Si è detto come le normative antielusione si collochino nel più ampio genere delle disposizioni in materia di abuso del diritto. Nell'ambito fiscale queste normative assumono, in virtù della loro stretta connessione, un'area di applicazione sostanzialmente coincidente, tanto che nell'ordinamento italiano a seguito della rivisitazione dell'articolo 10 *bis* dello Statuto dei diritti del contribuente, i termini 'abuso del diritto' ed 'elusione', sono definiti come interscambiabili. Come si è già avuto modo di analizzare, l'abuso del diritto – che di recente è stato oggetto di previsione normativa dapprima con la clausola generale antiabuso prevista dalla Direttiva 2016/1164/UE e, successivamente, dall'articolo 10 *bis* dello Statuto dei diritti del contribuente – non è che il prodotto di una lunga ed evolutiva casistica giurisprudenziale. Indiscutibile come la sentenza *Halifax* abbia rappresentato un punto di arrivo fondamentale in materia di abuso del diritto nel settore delle imposte indirette, nonché abbia avuto notevoli ripercussioni in quello delle imposte dirette.

Una sentenza dai risvolti fondamentali, che tra le prime ha recepito le evoluzioni della sentenza *Halifax*, è quella emessa nel caso *Cadbury Schweppes*. Essa non solo si caratterizza per essere la prima a recepire i principi enunciati dalla sentenza *Halifax*, ma bensì assume una posizione di rilievo anche per esser stata il primo giudizio di legittimità adito alla Corte, che abbia sottoposto la questione del rapporto tra la libertà di stabilimento ex art 54 TFUE e le varie *CFC legislations* adottate dagli Stati, nel comune obiettivo di contrastare il propagarsi della localizzazione di società controllate in Paesi a fiscalità privilegiata, al fine di guadagnare vantaggi impositivi.

Il giudizio di merito si incentra sulla proposizione della domanda pregiudiziale rivolta alla CGUE, in merito alle interpretazioni degli articoli 43,49 e 56 CE.

Le parti in causa sono la società *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas Ltd*, da una parte, e i Commissioners of Inland Revenue. La controversia insorge a seguito delle contestazioni relative all'applicazione del modello di tassazione inglese, ad opera della *Cadbury Schweppes Treasury International*, e al sistema di tassazione adottato in concreto.

La disputa si incentra sull'analisi della applicabilità della normativa nazionale inglese, per poi, dopo averne tracciato i confini, offrire una riflessione sulla compatibilità della stessa con i principi comunitari.

In omaggio alla disciplina tributaria del Regno Unito e dell'Irlanda del nord, una società fiscalmente residente in questi territori deve essere tassata secondo il principio del fatturato mondiale. In base al criterio della residenza (*world wide income*), la base imponibile nel territorio dello Stato deve essere comprensiva di tutti gli utili prodotti dalla società localizzata nel proprio territorio, così come degli utili conseguiti dalle sue succursali anche allorché esse esercitino la propria attività al di fuori del Regno Unito.

Diversamente, gli utili realizzati dalla società controllata estera, così come i dividendi distribuiti da una controllata stabilita nel Regno Unito, non sono tassabili direttamente in capo alla società residente. La tassazione, in base alla legge del Regno Unito, avviene in queste ultime ipotesi esclusivamente al momento della distribuzione dei dividendi da parte della società controllata localizzata all'estero. Tuttavia, affinché si eviti il fenomeno della doppia imposizione, si garantisce contestualmente l'assicurazione del credito d'imposta, con riferimento a quella versata dalla controllata estera, al momento della realizzazione degli utili.

Dunque, la normativa del Regno Unito prevede in generale che la società residente non debba pagare l'imposta al momento della realizzazione degli utili dalla controllata, ma solo nel momento successivo della distribuzione.

Vi è però un'eccezione a questo principio generale che stabilisce quindi l'immediata imputabilità degli utili realizzati dalla società controllata estera nei confronti della società residente. Viene fatta salva la possibilità di riconoscimento del credito d'imposta su quella dovuta dalla società residente a titolo di dividendi, in relazione a quanto versato dalla stessa sugli utili prodotti.

Affinché la normativa inglese venga applicata è necessaria la coesistenza di due condizioni:

- 1) la partecipazione detenuta dalla società residente sia superiore al 50%;
- 2) la controllata, nello Stato di stabilimento, sia soggetta ad un livello di tassazione inferiore ai $\frac{3}{4}$ dell'imposta che avrebbe pagato nel Regno Unito se gli utili fossero stati imponibili in quest'ultimo Stato.

Tra le condizioni verificabili, affinché si possa escludere l'applicabilità di detta disciplina, si annovera il soddisfacimento del *motive test*.

Tale test si ritiene soddisfatto ogni qualvolta siano soddisfatte due condizioni:

- i) le operazioni poste in essere dalla controllata hanno comportato una riduzione dell'imposta rispetto a quella che sarebbe stata pagata nel

Regno Unito, però la riduzione è superiore ad un importo minimo e si dimostra che non sia l'obiettivo principale delle transazioni poste in essere;

- ii) la società residente dimostri che la ragione principale alla base della detenzione della controllata estera non sia ottenere una riduzione dell'imposta mediante 'distrazione dagli utili'. Per distrazione si intende tutte quelle fattispecie in cui ragionevolmente si suppone che, se non fosse stata presente una società controllata o una succursale locata in altro Stato, gli utili sarebbero stati percepiti da un soggetto residente nel Regno Unito nonché riferibili a lui fiscalmente.

Per ciò che interessa questa sede, si ponga l'attenzione esclusivamente sulla compatibilità della normativa del Regno Unito con la libertà di stabilimento. Si assume certamente l'operatività del principio in questa materia per estensione dell'articolo 48 CE *“Tale questione deve ritenersi far riferimento anche all'art. 48 CE che, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento, assimila ai cittadini comunitari, di cui all'art. 43 CE, le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi sede sociale, amministrazione centrale ovvero stabilimento principale all'interno della Comunità”*. Operatività peraltro ribadita dalle conclusioni effettuate in varie sentenze, tra cui si cita a titolo esemplificativo il *caso Baar*. In questi dispositivi si enuncia l'applicabilità della libertà di stabilimento alle disposizioni relative alle fattispecie in cui un cittadino sia titolare di partecipazioni in una società, tali da consentirgli di esercitare un'influenza significativa nelle decisioni e nell'attività di indirizzo. La questione preliminare sottoposta alla Corte, si incentra perciò sullo stabilire se la costituzione e il finanziamento di una società in uno Stato membro, qualora venisse posta in essere da una società residente in altro Stato e al solo scopo di beneficiare di vantaggi fiscali, costituisca un abuso della predetta libertà. Sulla base della giurisprudenza consolidata certamente si è dovuto ritenere inammissibile che una persona fisica o giuridica, avvalendosi delle norme comunitarie di qualsiasi rango, si sottragga abusivamente all'impero della propria normativa. Ciononostante, e alla stregua di diverse pronunce, si deve ritenere altrettanto inaccettabile che un soggetto sia privato della

possibilità di accedere alle disposizioni del Trattato solo perché le scelte strategiche¹⁶¹ d'impresa siano state orientate al conseguimento di maggiori vantaggi fiscali. La Corte aveva già in altra occasione precisato che *“la circostanza che la società sia stata creata in uno Stato membro per fruire di una legislazione più vantaggiosa non costituisce per sé stessa un abuso di tale libertà”*¹⁶².

Ne consegue che la presenza dell'ottenimento di vantaggi fiscali, sia in generale e sia nel caso in esame, non sia di per sé rilevante nel riscontrare l'abuso del diritto.

Si ribadisca come la libertà di stabilimento si sostanzia nel garantire ai cittadini dell'Unione che, ove essi decidano di accedere o esercitare delle attività non subordinate o costituire e gestire un'impresa in un territorio dell'Unione diverso da quello di origine, le società costituite secondo le leggi di uno Stato membro vedano riconosciuto il proprio diritto a svolgere la propria attività nel territorio di un altro Stato membro (per il tramite di un'agenzia, una succursale o una società controllata), senza subire disparità normative ad opera del Paese di destinazione. Benché il Trattato nel disporre questa normativa si riferisca in maggior misura allo Stato dove avrà sede la controllata, operando un'interpretazione di carattere logico ed estensivo, si ritiene dover esser applicabile detto principio anche nei confronti dello Stato di origine.

Ed è qui che si deve focalizzare l'attenzione del lettore. L'innovatività del dispositivo redatto in occasione della sentenza *Cadbury Schweppes* è rappresentata proprio dalla circostanza che, per la prima volta, si contesta la legittimità di una normativa CFC.

Secondo la legge del Regno Unito, allorquando una società residente abbia una partecipazione di controllo nei confronti di una società localizzata in altro Stato membro, due sono i possibili scenari. Ove lo Stato della controllata presenti un livello impositivo inferiore, gli utili conseguiti da quest'ultima devono essere direttamente imputati alla società madre; all'opposto, qualora lo Stato di appartenenza della società controllata presenti un livello di tassazione uguale o superiore rispetto quello della società madre, tale legislazione non trova applicazione e, dunque, gli utili non devono esser direttamente imputati. Lampante è la valutazione che si effettua alla stregua delle ultime

¹⁶¹ *“Le scelte strategiche attengono allo sfruttamento su scala mondiale del vantaggio dell'impresa, all'integrazione delle attività produttive onde svincolare l'impresa da limitazioni determinate dai mercati e dalle legislazioni nazionali, ed alla diversificazione delle attività stesse”* Garbarino C., *Manuale di tassazione internazionale*, IPSOA Manuali, Milano, 2008

¹⁶²V. sentenza *Centros*

considerazioni, che ci rende edotti di come la disposizione inglese operi inesorabili disparità di trattamento, causando svantaggi fiscali a tutte le società residenti cui è applicabile detta normativa. Si deve dunque ritenere che questo trattamento differenziato, idoneo ad arrecare uno svantaggio fiscale tale da dissuadere le società residenti a costituire controllate in Paesi con una fiscalità più favorevole, costituisca una limitazione¹⁶³ della libertà di stabilimento.

Ciò nondimeno, le repliche del Regno Unito sono considerate come non sufficientemente valide a giustificare questa limitazione, non rientrando questa ipotesi tra gli obiettivi generali delle libertà fondamentali o raffigurandosi un'ipotesi di interesse generale.

La legittimità delle normative CFC, limitative della libertà di stabilimento con finalità antielusive, è ammissibile ove essa contrasti specificatamente le “*costruzioni di puro artificio, finalizzate ad eludere la normativa dello Stato membro interessato*”. Non può esser operata una presunzione generale di frode fiscale, ma la valutazione della scelta strategica del contribuente deve esser supportata da una valutazione postuma e concreta delle ragioni che l'hanno indotta. Essendo l'obiettivo dell'Unione rappresentato dalla garanzia dell'esercizio delle attività economiche, in accordo con la situazione economica e sociale nel territorio, per stabilimento non fittizio si deve intendere l'esercizio di un'attività economica per un tempo indeterminato, tramite l'insediamento stabile in un altro Stato membro.

Ne discende che, affinché la limitazione alla libertà di stabilimento sia supportata da motivi di contrasto alle pratiche abusive, deve esser presente lo scopo specifico di intralciare la costruzione artificiosa di attività non effettive economicamente e indirizzate all'elusione d'imposta.

Nel caso in esame la Corte non può ritenere esistente tale giustificazione alla base della normativa nazionale.

Il ragionamento perseguito si basa infatti sulle condizioni già disposte dalla sentenza *Halifax*, che stabilisce che ai fini della constatazione dell'esistenza della costruzione artificiosa deve ritenersi presente:

- 1) l'elemento soggettivo definito come la volontà relativa all'ottenimento di un vantaggio fiscale;

¹⁶³ La giurisprudenza europea non vieta *in toto* la possibilità di disporre limitazioni alle libertà fondamentali, ove tale esigenza sia dettata da ragioni imperative di interesse generale. Tuttavia, la portata della limitazione deve esser commisurata allo scopo da perseguire e non eccedere rispetto a questo.

- 2) l'elemento oggettivo consistente nel mancato raggiungimento degli obiettivi prefissati dalla libertà di stabilimento, nonostante vi sia un formale rispetto delle normative disposte dal trattato.

È per queste ragioni che la limitazione prevista dalla legislazione inglese non può avere luogo alla stregua di criteri oggettivi (basati esclusivamente sul livello di tassazione adottate dallo Stato destinatario), ma deve attuarsi solo a seguito di una valutazione concreta fondata sull'effettività dell'attività economica. Rimandando al giudice del rinvio l'analisi sulla compatibilità del *motive test* con gli articoli 43 e 48 CE, ove sia idoneo a enucleare solo le fattispecie di costruzioni puramente fittizie, la Corte dispone che *“la questione pregiudiziale dev'essere risolta dichiarando che gli artt. 43 CE e 48 CE vanno interpretati nel senso che ostano all'inclusione, nella base imponibile di una società residente in uno Stato membro, degli utili realizzati da una SEC stabilita in un altro Stato allorché tali utili sono ivi soggetti ad un livello impositivo inferiore a quello applicabile nel primo Stato, a meno che tale inclusione non riguardi costruzioni di puro artificio destinate a eludere l'imposta nazionale normalmente dovuta. L'applicazione di una misura impositiva siffatta deve perciò essere esclusa ove da elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi risulti che, pur in presenza di motivazioni di natura fiscale, la SEC è realmente impiantata nello Stato di stabilimento e ivi esercita attività economiche effettive”*¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Sentenza 12.09.2006 – Causa C-196/04

CAPITOLO III

LE CFC NELLA NORMATIVA NAZIONALE

Sommario: 1. Introduzione 2. Dalla l. 342/2000 art. 1 al D.lgs. 142/2018 3. Articolo 167 TUIR: la *ratio* 4. Requisiti soggettivi del soggetto controllante 5. Rapporto di controllo 5.1 Il Rapporto di controllo in senso giuridico 5.2 Il rapporto di controllo in senso economico 6. I Requisiti del soggetto controllato estero: l'ampliamento dopo la riforma 6.1 Il *Tax rate test* 6.1.1 Il *tax rate test* nel sistema previgente 6.1.2 Il *tax rate test* nel sistema attuale 6.1.3 Il provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 16 settembre 2016 e la Circolare 6.2 *Passive income test* 7. Determinazione del reddito imponibile 7.1 Problema inclusione IRAP: Circolare 35/E/2016 8. La disapplicazione della normativa 8.1 Le due esimenti nel modello previgente 8.2 L'esimente nel modello attuale 8.3 L'interpello probatorio 8.3 Il contraddittorio preventivo con l'Amministrazione finanziaria 9. Le dichiarazioni: il quadro FC 9.1 segue: il quadro RM 9.2 segue: il quadro TN 10. L'imputazione del reddito al soggetto controllante 10.1 Il caso "Valentino" 11. La distribuzione degli utili 12. Profili di compatibilità con la libertà di stabilimento 12.1 Sentenza della Corte di Cassazione del 16 dicembre 2015, n. 25281 13. Rapporto di connessione con l'esterovestizione societaria 13.1 La residenza fiscale 13.2 La presunzione relativa di residenza fiscale 13.3 La *CFC legislation* e l'Esterovestizione societaria: i regimi a confronto

1. Introduzione

Nei capitoli precedenti sono stati introdotti alcuni aspetti preliminari alla trattazione della normativa fiscale delle *Controlled foreign companies*. Sono stati proposti accenni sugli avvenimenti storici caratterizzanti il periodo antecedente alla emendazione della disciplina, nonché illustrati i maggiori provvedimenti legislativi, di matrice sovranazionale e nazionale cui la normativa si ispira e trae origine.

Inoltre sono stati forniti spunti nozionistici relativi ai Paradisi fiscali, che nella disciplina in esame ricoprono un ruolo principale, ripercorrendone le origini storiche e le primordiali misure di contrasto adottate. Si è dunque abbondantemente disquisito sul contesto storico

e normativo di appartenenza del sistema impositivo CFC, ai fini di comprenderne gli aspetti più rilevanti e caratterizzanti la disciplina odierna.

Da ultimo sono esposti i maggiori elementi di criticità, rilevati nelle ipotesi in cui le disposizioni fiscali nazionali in materia si confrontano con i principi generali dell'ordinamento dell'Unione Europea. Frequente è stato il richiamo ad importanti casi giurisprudenziali che hanno maggiormente influenzato le scelte legislative degli ordinamenti nazionali, oltre che aver fornito importanti interpretazioni evolutive.

Forniti gli strumenti propedeutici allo studio della materia e fissati gli elementi minimi stabiliti dalle organizzazioni sovranazionali a cui le normative nazionali devono conformarsi, in questo capitolo si procede ad un'indagine esclusiva sulla normativa CFC applicata nella Repubblica italiana.

Preliminarmente si offre uno scorcio sui maggiori provvedimenti che hanno interessato la disciplina e che sono stati redatti dal legislatore italiano. Si tratta delle maggiori riforme che si sono sviluppate dagli anni 2000 sino al 2018, ove si illustra come ogni scelta riformativa operata sia stata il frutto del raggiungimento di nuove consapevolezze e di un parziale cambiamento della *ratio* fondante la disciplina.

Si denota come le nuove versioni della norma si conformino ai provvedimenti legislativi sovranazionali – precedentemente analizzati – e vadano di pari passo con le evoluzioni interpretative giurisprudenziali, nonché le riforme legislative adottate anche dagli altri ordinamenti. Ribadita la *ratio* attualmente ispiratrice dell'art. 167 TUIR, si passano poi in rassegna gli aspetti fondamentali della normativa: si illustrano i requisiti di applicabilità della disciplina, le regole fondamentali nella determinazione del reddito nonché le relative cause di disapplicazione. In più occasioni l'esposizione offre un confronto con il sistema previgente italiano, mettendo alla luce i principali cambiamenti e le ragioni delle relative modifiche e conseguenze giuridiche discendenti.

Ulteriormente, a seguito di una disamina relativa agli aspetti procedurali della disciplina, si richiama una delle questioni sollevate nel capitolo precedente, ossia la compatibilità con il principio della libertà di stabilimento di matrice europea. In tal sede, tuttavia, il raffronto si realizza attraverso la comparazione immediata con la normativa italiana, illustrando come la giurisprudenza nazionale si sia conformata ai precetti comunitari e abbia essa stessa formulato importanti conclusioni.

Da ultimo, la normativa si compara con un altro istituto interno all'ordinamento italiano, quale l'esterovestizione societaria, analizzandone affinità, linee di confine e comunanza nel raggiungimento degli obiettivi.

L'obiettivo di questo capitolo coincide con il fornire una trattazione, che seppur sommaria, sia quanto più analitica nel descrivere la normativa fiscale delle società controllate estere, allo scopo di confrontarla nei capitoli che seguono con un altro istituto nazionale nonché altrettante discipline CFC, secondo le disposizioni di altri ordinamenti.

2. Dalla l. 342/2000 art. 1 al D.lgs. 142/2018

L'emergente bisogno di introdurre una normativa che disponesse un modello di tassazione capace di scongiurare le potenziali operazioni elusive, realizzate dal contribuente, divenne sempre più incalzante nei primi anni 2000. Tale necessità era esternalizzata in molti *progress report*, primo tra tutti il "*Harmful tax competition: an Emerging Global Issue*".

Prima di allora molte potenze mondiali si erano già dotate di una forma arcaica di *CFC legislations*, anche se la loro costruzione non era disposta in modo tale da poterla ritenere indicata a far fronte le crisi preesistenti e indirizzare i destini dell'economia interna e mondiale.

Per giunta, nei primi anni del nuovo secolo, si iniziò a constatare il crescente ricorso a tecniche elusive, le quali si sostanziavano in operazioni di trasferimento dei redditi prodotti da società residenti verso l'estero, attraverso la creazione artificiosa di strutture societarie. Con maggior precisione, queste strutture fittizie erano costituite in Paesi adottanti una fiscalità più favorevole. Gli Stati, sulla base dunque delle esortazioni interne e non, iniziarono ad introdurre una varietà di strumenti normativi unilaterali, il cui obiettivo era il contenimento della diffusione di tali attività. La *CFC legislation* era difatti solamente uno tra gli strumenti adottati dagli Stati, potendo ricollegare nello stesso quadro normativo – in virtù della comunanza di obiettivi – anche la disciplina del *transfer pricing* o *thin capitalization*.

Anticipando in pochissimi periodi gli elementi minimi delle *CFC rules*, è possibile affermare che esse si concretizzino nell'imposizione di un regime fiscale che opera nei confronti di soggetti determinati, ai quali si imputano i redditi conseguiti da una società loro controllata e locata in un Paese a fiscalità privilegiata, per trasparenza e secondo un modello di tassazione separata, indipendentemente dal fatto che la distribuzione dei dividendi si sia verificata o meno.

Pur consapevoli che le *CFC legislations* siano il risultato delle libere scelte interne operate dai vertici politici statali, guidate dallo scopo collettivo di istituire un sistema rispettoso delle esigenze economiche e sociali personali, la matrice di queste deve esser ritenuta la medesima.

Nell'ordinamento italiano, la codificazione di queste misure prendeva le mosse da due motivi fondamentali: il primo, consisteva nel bisogno di 'omologarsi' alle legislazioni degli altri Stati, che predisponavano già un pacchetto di norme in materia; il secondo, invece derivava dagli impegni assunti dallo Stato, consistenti nell'ottemperare alle raccomandazioni comunitarie e internazionali, nell'ambito delle misure cooperative fiscali internazionali.

Malgrado gli obiettivi finali e le esigenze minime sottostanti siano rimaste le stesse nel corso del tempo, nei diversi ordinamenti, si riscontra come le modifiche normative compiute erano indirizzate al perseguimento di *ratio* parzialmente differenti. Le spinte riformatrici altro non sono che la controreazione alla nascita di nuove pianificazioni fiscali elusive, tali da reclamare la formulazione di nuove discipline, che siano maggiormente conformi alla realtà esistente. Si ripercorra brevemente il processo evolutivo a cui si allude.

Il primo tentativo di codificazione delle *CFC rules* lo si rinviene nell'articolo 1 della l. 342/2000. Con questo venne introdotto l'articolo 127 *bis* TUIR, concernente l'imputazione dei redditi delle imprese controllate estere, residenti o localizzate in territori a fiscalità privilegiata. La ricerca di un modello adeguato di tassazione, nonostante l'attualità del problema, certamente portava alla luce diverse criticità.

L'adozione di un sistema che fosse in grado di sovvertire gli elementi minimi di un regime fiscale, pur ricalcando la struttura già prevista in altri ordinamenti, doveva esser effettuata alla stregua di valutazioni logiche che ne giustificassero la *ratio*.

Se da un lato si aveva la pretesa di elaborare un modello che contrastasse le operazioni elusive, compiute tramite la delocalizzazione dei profitti all'estero e la conseguente erosione delle basi imponibili, dall'altra le valutazioni del legislatore dovevano esser ponderate facendo riferimento a due dei principi base del nostro sistema fiscale. In primo luogo, l'operato verteva sullo stabilire una normativa che non valicasse il principio di connessione nella capacità contributiva tra reddito e soggetto passivo; in secondo luogo,

la costruzione si doveva modellare su un sistema che oltrepassasse la personalità giuridica dell'ente, imputando direttamente la ricchezza al soggetto che si celava dietro esso¹⁶⁵.

Ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. 342/2000 “*Se un soggetto residente in Italia detiene, direttamente o indirettamente, (...), il controllo di una impresa, di una società o di altro ente, residente o localizzato in Stati o territori con regime fiscale privilegiato, i redditi conseguiti dal soggetto estero partecipato sono imputati, (...), ai soggetti residenti in proporzione alle partecipazioni da essi detenute. Tali disposizioni si applicano anche per le partecipazioni in soggetti non residenti relativamente ai redditi derivanti da loro stabili organizzazioni assoggettati ai predetti regimi fiscali privilegiati*”. Il Ministero dell'Economia e delle Finanze, con il decreto legislativo del 2001, introdusse così il regolamento attuativo nel quale disponeva l'ambito e i meccanismi di applicazione della disciplina, oggetto di successive modifiche.

Nella prima versione della normativa, al comma 4, si definivano i Paesi a fiscalità privilegiata. La loro individuazione rimandava al decreto apposito emanato dal Ministero delle economie e delle finanze. I decreti erano pubblicati in Gazzetta Ufficiale ed elencavano tutti gli Stati che presentavano un livello di tassazione considerevolmente inferiore a quello vigente in Italia. Altresì venivano così definiti quelli privi di un adeguato sistema di scambio di informazioni ovvero quelli definiti tali alla stregua di altri elementi considerati rilevanti dal Ministero.

Il sistema previgente si basava essenzialmente sul principio del superamento della personalità giuridica delle CFC, attraverso il quale veniva oltrepassato lo schermo societario. Gli utili conseguiti dalla società controllata erano tassati direttamente in capo al soggetto controllante nel periodo d'imposta in cui questi erano realizzati, in proporzione alla propria quota di partecipazione. Il meccanismo così descritto si accomunava a quello odierno poiché la tassazione era per trasparenza, ma differiva in ragione del fatto che l'imputazione prima non era separata. Nel vecchio modello i redditi CFC concorrevano alla base imponibile con gli altri redditi prodotti dalla società controllata residente.

Un primo intervento riformatorio si ebbe, non molto tempo dopo, con il D.lgs. 344/2003. L'apporto significativo conferito con la prima riforma, si riferiva all'elaborazione dell'articolo 168 TUIR. Con quest'ultimo si limitava l'ambito giuridico di applicazione

¹⁶⁵ Cordeiro Guerra R., *Riflessioni critiche e spunti sistematici sulla introduzione disciplina delle controlled foreign companies (art. 127-bis del Tuir)*, Rassegna tributaria n. 5 del 2000

della normativa, restringendola ai soggetti che detenevano, direttamente o indirettamente, una partecipazione superiore o pari al 20% degli utili generati dall'impresa residente o localizzata nel territorio facente parte della *black list* nazionale. Per contrastare la normativa era estesa nei confronti delle persone fisiche.

Indubbiamente l'utile a cui si faceva riferimento era quello civilistico e non economico, determinato quindi secondo le regole previste dal diritto tributario dell'impresa; la successiva distribuzione degli utili era dunque irrilevante, ai fini impositivi, nella tassazione del soggetto controllante.

Sino alle modifiche apportate dall'articolo 13 del d.lgs. 78/2018, il disegno originario delle CFC era sostanzialmente orientato a osteggiare il fenomeno del differimento d'imposta. A seguito della diffusione delle attività di localizzazione delle società, effettuate al sol scopo di ottenere vantaggi fiscali, si avvertì l'esigenza di operare primi cambiamenti verso una nuova *ratio* normativa. Secondo le norme ordinarie della giurisdizione italiana, la tassazione delle operazioni di natura transnazionale doveva fondarsi sul principio della tassazione dell'utile mondiale (*worldwide income principle*). Detto principio ammetteva che gli utili prodotti, indirettamente, da una società residente nel territorio italiano per mezzo dell'attività esercitata dalla sua controllata al di fuori dei confini territoriali, venissero tassati in Italia. Il limite applicativo, contenuto in tale normativa, era di carattere temporale. Secondo le procedure ordinarie, difatti, il momento della tassazione doveva esser postergato al frangente in cui gli utili venivano rimpatriati nel territorio, a seguito quindi della loro distribuzione. L'assetto previgente, in assenza della previsione della normativa *CFC*, consentiva dunque al contribuente la possibilità di procrastinare il momento della tassazione ad uno successivo, beneficiando così, nel periodo intercorrente tra il momento della produzione degli utili e la distribuzione dei dividendi, di una tassazione decisamente meno incisiva.

Il fenomeno del cd. *tax deferral* indusse il legislatore ad elaborare un sistema che contrastasse il differimento e contestualmente disponesse un'anticipazione d'imposta, così da non garantire al contribuente la possibilità di posticipare la tassazione degli utili a periodi d'imposta successivi. La disciplina, nella sua redazione primordiale, trovava applicazione esclusivamente nei confronti dei soggetti localizzati negli Stati che offrivano un modello di tassazione notevolmente più favorevole se paragonato a quello Italiano, ossia nei Paradisi fiscali.

Successivamente si iniziò a prospettare la necessità di ampliare l'area di competenza della normativa e con le previsioni introdotte dal D.l. 78/2010 si assistette ad un parziale

cambio di rotta. A un'iniziale esigenza di contrasto del differimento d'imposta, ne era sorta una decisamente più incombente. Lo sfruttamento del velo societario ad opera del contribuente, che tramite la creazione artificiosa di società localizzate all'estero imputava utili realizzati dalla società residente in Italia al soggetto controllato, era sempre più diffuso. Si assisteva, in altre parole, ad una artificiosa attribuzione dei redditi nei confronti di soggetti che erano stati costituiti al sol fine di celare la provenienza degli utili realizzati, beneficiando di un vantaggio fiscale.

Come si è ampiamente dibattuto nel capitolo precedente, è alla stregua di tali considerazioni che la Corte di giustizia dell'Unione Europea sanciva l'ammissibilità delle limitazioni imposte da discipline come la *CFC legislations*, anche nelle ipotesi in cui esse fossero ostative delle libertà fondamentali comunitarie. Limitazioni peraltro ammesse esclusivamente qualora la disciplina fosse stata strumentale alla separazione dei profitti generati dalla controllante, rispetto quelli fittiziamente addebitati alla controllata, mediante trasferimenti di capitale.

La sentenza *Cadbury Schweppes* non riteneva valida la disciplina CFC nella parte in cui essa imponeva dei limiti ove, nonostante vi fosse l'ottenimento dei vantaggi fiscali, la delocalizzazione fosse frutto dell'esercizio genuino della libertà di stabilimento e l'esercizio dell'attività fosse effettivo anziché fittizio.

La finalità di prevenzione dell'abuso dello strumento societario è ad oggi perseguita con la disciplina modificata dal D.lgs. 142/2018. Nonostante in precedenza già si erano rinvenuti importanti cambiamenti con le leggi di Stabilità del 2015 e del 2016, che avevano modellato una disciplina più conforme alle esigenze economiche, le riforme più consistenti si sono verificate solo nel 2018. Il D.lgs. 142/2018 prevede una struttura più compatibile a quella contenuta nella direttiva ATAD che impone un modello generale di tassazione delle CFC, ex art. 7, perseguibile dagli Stati. Essi sono liberi però di optare per l'adozione di un regime impositivo o di tipo *transnational* (tassazione per trasparenza dei soli redditi rientranti nei *passive income*) ovvero *jurisdictional* (tassazione per trasparenza di tutti i redditi generati da costruzioni non genuine). Con quest'ultimo decreto viene imposta una normativa la cui applicazione non è subordinata alla stregua del *locus* in cui l'attività delocalizzata ha sede (difatti nella versione attuale viene meno la distinzione prevista per i Paesi facenti parte la *black list* e la *white list*); bensì essa trova attuazione ogni qualvolta si possa temere, in virtù di criteri identificativi valutati su base oggettiva, che la delocalizzazione sia il frutto di pratiche distorsive, finalizzate al dirottamento dei profitti in altro Stato in cui è possibile beneficiare di vantaggi fiscali.

La versione attuale dell'art. 167 TUIR, basata su un modello ibrido, sottopone a tassazione per trasparenza l'universalità dei redditi prodotti dalla CFC. Lo scopo perseguito consiste nel garantire un sistema maggiormente protettivo delle finanze statali, che sia comunque compatibile con i *minimum standard* e la Direttiva ATAD.

3. Articolo 167 TUIR: la *ratio*

La disciplina della tassazione delle società controllate estere è contenuta nel dispositivo dell'art. 167 TUIR. L'ultima modifica è stata apportata dal D.lgs. 142/2018, attraverso il quale sono state recepite le linee guida normative contenute nelle direttive europee ed emanate nel quadro delle misure di contrasto alle condotte elusive fiscali.

Il ruolo cruciale detenuto dal sopracitato decreto risiede nell'aver apportato, tramite le modifiche disposte, una cesura netta con il sistema previgente. In base al regime preesistente, si prevedeva una classificazione dei Paesi stilata sulla base del regime fiscale adottato o in base agli accordi ratificati con lo Stato italiano, relativamente allo scambio d'informazioni. La distinzione consisteva nella ripartizione degli Stati tra la categoria dei Paesi *white list passive income* e quella dei Paesi appartenenti alla cd. categoria paradisiaca. Al ricorrere di determinati requisiti, in entrambi i casi il regime fiscale imposto per le società ivi localizzate, proponeva un modello di tassazione per trasparenza, in virtù del quale tutti i redditi prodotti dalla società controllata, stabilita in una delle due tipologie di Stati, venivano imputati al soggetto controllante residente in proporzione alla quota di partecipazione da lui detenuta¹⁶⁶.

Gli Stati appartenenti alla cd. categoria paradisiaca erano i regimi considerati a fiscalità privilegiata, nei quali veniva imposto un livello di tassazione nominale inferiore al 50 per cento di quello vigente in Italia (la previsione di questo nuovo criterio d'individuazione, basata sul livello di tassazione nominale, era sorta a seguito del D.lgs. 142/2015 con il quale fu eliminato il rinvio alla *black list*, elaborata dal Ministero dell'Economia e delle finanze, che prima del 2015 era utilizzato come criterio identificativo).

Gli ordinamenti inclusi nella categoria della *white list passive income* erano invece gli Stati membri dell'Unione Europea e quelli facente parte lo Spazio Economico europeo,

¹⁶⁶ Il nuovo art. 167 TUIR in materia di redditi delle imprese controllate e collegate

con cui l'Italia avesse concluso un accordo che assicurasse lo scambio effettivo e adeguato di informazioni.

In sostanza l'ambito di applicazione della disciplina ex art. 167 TUIR ricadeva su:

- A) le società, le imprese ovvero gli enti localizzati nei cd. Paradisi fiscali. Nella categoria paradisiaca si escludevano gli Stati membri dell'Unione Europea e quelli dello SEE con cui l'Italia avesse concluso un accordo relativo allo scambio d'informazioni;
- B) le società, le imprese ovvero gli enti non localizzati negli Stati a fiscalità privilegiata, allorquando ricorressero congiuntamente due condizioni:
 - i) che le società controllate fossero soggette a un livello di tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella a cui sarebbero state soggette in Italia, ove fossero state lì residenti;
 - ii) che le società conseguissero proventi derivanti per più del 50% dalla gestione, dalla detenzione o dall'investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie, dalla cessione o dalla concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria o artistica nonché dalla prestazione di servizi nei confronti di soggetti che direttamente o indirettamente controllavano la società non residente, ne erano controllati o erano controllati dalla stessa società che controllava la società o l'ente non residente, ivi compresi i servizi finanziari.

L'appartenenza all'una o all'altra categoria (*white list passive income* ovvero categoria paradisiaca), al ricorrere dei requisiti ex art. 167 TUIR, determinava l'imposizione di un modello di tassazione per trasparenza che, tuttavia, era parzialmente differente a seconda se la società fosse localizzata in un Paese incluso in una categoria piuttosto che in un'altra. A seguito delle modifiche introdotte con la riforma del 2018, la distinzione tra i Paesi rientranti nella *white list* e la categoria paradisiaca è stata eliminata, facendo venir meno anche il diverso trattamento fiscale. È stato invece elaborato un sistema fiscale unico, attraverso il quale si imputano esclusivamente gli utili prodotti, in proporzione alla quota di partecipazione. I soggetti destinatari della disciplina sono identificati al ricorrere dei seguenti presupposti:

- 1) il soggetto controllato sia assoggettato a tassazione effettiva inferiore alla metà di quella a cui sarebbe stato soggetto qualora residente in Italia;

- 2) oltre un terzo dei proventi da esso realizzati rientra in una o più delle categorie dei *passive income*, tassativamente elencate dal legislatore (c.d. ricavi passivi).

Le modifiche apportate non sono casuali nell'ottica perseguita del legislatore. Come anticipato, l'obiettivo che si vuole raggiungere non consiste nel mero contrasto alla localizzazione di società in territori che abbiano un livello impositivo particolarmente favorevole. Bensì, in maniera più specifica, l'obiettivo consiste nel contrastare tutte quelle scelte strategiche aziendali che si sostanziano nella costruzione fittizia di strutture societarie. Tramite la loro costruzione artificiosa, i redditi prodotti in Italia vengono imputati alle società insediate all'estero, sottraendoli così al regime impositivo italiano o comunque con l'intento di differire l'imposta ad un periodo successivo.

Se prima del 2018 occorreva prevalentemente dissuadere il contribuente dal costituire società in Paradisi fiscali, che fossero controllate da soggetti residenti in Italia e che dunque erano beneficiarie dell'imposta differita, l'esigenza sorta successivamente ha caratteri più massicci. Si è rilevato come sia sempre più frequente che le società residenti – quindi tassabili nello Stato italiano – al fine di eludere la tassazione, imputino fittiziamente i redditi loro prodotti al bilancio delle controllate estere, scontando così una tassazione più favorevole e beneficiando di maggior introiti. L'operazione effettuata non danneggia lo Stato italiano solo da un punto di vista 'temporale', riferendo la tassazione degli utili in un periodo d'imposta successivo a quello in cui sono stati effettivamente prodotti, bensì lede anche le casse erariali. L'effetto di queste pratiche distorsive consiste nel sottrarre i redditi societari ad imposizione del fisco, causando così ingenti perdite in termini di entrate statali. Questo poiché le imposte sul reddito costituiscono uno dei maggior flussi economici nell'ordinamento. Si comprende così come le modifiche varate sono il frutto di una nuova realtà di cui si è preso atto, che ha reso inevitabile un parziale mutamento della *ratio* normativa, sino all'elaborazione della disciplina come prevista oggi e di cui di seguito si propone l'analisi.

4. Requisiti soggettivi del soggetto controllante

L'ambito di applicazione della norma si enuclea nei primi 3 commi dell'art. 167 TUIR, all'interno dei quali vengono definiti i presupposti applicativi della disciplina sulla tassazione delle società controllate estere.

In primo luogo, vengono enunciati i requisiti che devono essere posseduti dai soggetti controllanti, ai fini dell'operatività della CFC *legislation*.

In particolare, ai sensi del primo comma, vengono elencati i soggetti di diritto cui è riferibile l'istituto che, titolari delle partecipazioni nella controllata estera, sono soggetti alla tassazione per trasparenza. Si annoverano:

- le persone fisiche, anche non titolari di reddito d'impresa¹⁶⁷;
- le società semplici, in nome collettivo o in accomandita semplice (art. 5 TUIR);
- le società per azioni, in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, nonché le società cooperative o di mutua assicurazione ovvero le società europee o cooperative europee (art. 73 comma 1 lett.a) TUIR);
- gli enti pubblici e privati, diversi dalle società, e i trust, residenti nel territorio dello Stato. L'oggetto esclusivo o principale della loro attività deve risiedere nell'esercizio di attività commerciali (art. 73 comma 1 lett. b) TUIR);
- gli enti pubblici e privati, diversi dalle società, i trust (anche se l'oggetto principale od esclusivo non sia l'esercizio di attività commerciali) e gli organismi di investimento collettivo del risparmio, residenti nel territorio dello Stato.

È possibile notare come il requisito essenziale, che è comune ad ogni soggetto sopraelencato, sia la qualifica di 'residente nel territorio dello Stato', tenuto conto che per "ente" si intendono in via residuale tutti quei soggetti che non sono qualificabili come società o imprese¹⁶⁸. Invero questo è il presupposto imprescindibile che deve essere detenuto dal soggetto controllante. Se esso non fosse residente nel territorio dello Stato, non sarebbe nemmeno sottoposto al criterio della tassazione dell'utile mondiale e, dunque, verrebbe meno lo scopo normativo.

Un soggetto di diritto si considera essere residente nello Stato italiano, ex art. 73 TUIR comma 3, al ricorrere di una delle seguenti condizioni nella maggior parte del periodo d'imposta:

- la società abbia la **sede legale** nel territorio dello Stato: questo requisito ha carattere formale, in quanto si basa sulla constatazione di un elemento oggettivo, risultante dall'atto

¹⁶⁷ La loro inclusione è stata disposta con il D.lgs. 78/2009

¹⁶⁸ Circolare 23/E/2011

costitutivo e dal registro delle imprese. L'affidabilità di questo criterio è piuttosto labile, in quanto è piuttosto semplice che un contribuente fissi apparentemente la sede legale della sua attività in uno Stato, pur operando effettivamente in un altro. Per tali ragioni si ritengono più attendibili gli altri due criteri, fermo restando che di norma ogni società che si sia costituita nel territorio italiano si considera ivi residente, salvo il successivo trasferimento della residenza in altro Paese;

- la **sede dell'amministrazione**, intesa come il luogo in cui si svolge prevalentemente l'attività amministrativa e direzionale di una società, sia ubicata nello Stato. Detto requisito si riferisce ad una verifica sostanziale e concreta sul *locus* in cui effettivamente le decisioni dell'attività d'impresa vengono prese e la gestione realmente svolta;
- sia eseguito l'**oggetto principale**, la cui identificazione generalmente può essere effettuata facendo capo ai parametri indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo Statuto.

La residenza fiscale in Italia è riconosciuta nel momento in cui sia verificata almeno una delle sopracitate condizioni, attesa l'impossibilità di preferire l'una ad un'altra, salvo quanto si dirà più avanti in riferimento all'esterovestizione societaria.

Posto quanto sopra detto, si osservi che con il D.lgs. 142/2018 è stata operata un ulteriore ampliamento dei soggetti che possono detenere il controllo. Discostandoci da quanto sopra affermato, sarà possibile includere nei soggetti controllanti anche tutte le società e gli enti **non residenti** in Italia, che però abbiano nel territorio una stabile organizzazione, anche se nei limiti della partecipazione appartenente ad esse.

La *ratio* di tale estensione, ancora una volta, si identifica nell'impegno sempre più solerte a contrastare l'esercizio delle attività fittiziamente costituite per eludere il sistema fiscale. Attività elusiva che certamente può essere attuata anche per mezzo di società che non siano residenti nel territorio italiano, come le stabili organizzazioni, per cui ne discende la loro imprescindibile inclusione.

Possono essere soggetti controllanti infatti anche *“le società e gli enti di ogni tipo, compresi i trust, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato”* (art. 73 comma 1 lett. d)).

5. Rapporto di controllo

Tra i presupposti applicativi fondamentali della disciplina CFC vi è la presenza di una società controllata, che sia insediata all'estero. Il requisito essenziale nel rapporto intercorrente tra la società residente in Italia – detenente le partecipazioni – e il soggetto locato all'estero, è la sussistenza dell'attività di controllo da parte della prima sulla seconda.

Il legislatore ha voluto circoscrivere l'applicabilità dell'istituto a tutte le ipotesi in cui una società residente in Italia sia effettivamente il *dominus* di quella estera, il cui controllo viene esercitato in via diretta o indiretta come fosse una succursale della stessa. Partendo dalla considerazione che l'attività erogata dalla società controllata è il risultato delle decisioni e operazioni di direzione della società italiana, si ritiene infatti giustificabile l'attribuzione dei redditi per trasparenza direttamente in capo alla società residente.

A tal fine è necessario definire quando la detenzione di partecipazioni sia idonea a instaurare il rapporto di controllo e, conseguentemente, l'operatività della legislazione CFC. Il requisito del controllo è disposto ai sensi del comma 2 dell'art. 167 TUIR, nel quale vengono enunciate due tipologie: il controllo in senso giuridico e il controllo in senso economico.

5.1 Il Rapporto di controllo in senso giuridico

Al comma 2 lett. a) il legislatore definisce, ai fini dell'applicabilità dell'art. 167 TUIR, il soggetto controllato come ogni impresa, società, od ente che non sia residente nel territorio italiano, ma che sia ugualmente sottoposto all'attività di controllo, intesa in senso giuridico ed esercitata dalla società residente in Italia.

Quando si parla di controllo giuridico si opera, per la sua definizione, un rinvio alla nozione contenuta all'art. 2359 c.c.. ai sensi della quale si distinguono tre tipologie di controllo:

- 1) il **controllo di diritto**, sussistente ogni qualvolta una società disponga della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea;
- 2) il **controllo di fatto**, realizzabile ove una società, pur non disponendo della maggioranza dei voti esercitabili, sia titolare di un numero sufficiente di voti in assemblea, tale da poter esercitare un'influenza dominante sulle decisioni della stessa;

3) il **controllo contrattuale**, verificato ogni qualvolta la società eserciti un'influenza dominante sulla controllata, non in ragione dei voti esercitati in sede assembleare, bensì sulla base della conclusione di preesistenti accordi contrattuali. Tali accordi impongono limiti capaci di realizzare un rapporto di dipendenza economica della seconda rispetto la prima.

Nonostante il legislatore nella definizione di controllo rimandi genericamente a quella contenuta nell'art. 2359 c.c., varie perplessità sorgono in sede di tassazione con riguardo all'ipotesi di controllo contrattuale. Quest'ultimo difficilmente può esser ritenuto di per sé sufficiente a legittimare la tassazione per trasparenza, ritenendo invece più adeguato riferirsi esclusivamente al controllo di fatto e di diritto. Nel caso del solo controllo contrattuale difatti non è possibile ravvisare alcuna partecipazione al reddito da parte della società *dominus*, seppur essa eserciti per il tramite di accordi convenzionali un'attività di controllo. La prassi amministrativa ha perciò cercato di circoscrivere l'applicabilità dell'istituto alle circostanze in cui la società controllante detenga delle partecipazioni nella controllata, in quanto solo queste idonee a realizzare il differimento d'imposta o la delocalizzazione fittizia, che altrimenti non sarebbero verificabili¹⁶⁹.

La normativa *CFC* è finalizzata, come scopo prevalente, all'imputazione al soggetto controllante residente di tutti i redditi che siano direttamente collegabili ad esso in ragione della sua partecipazione. Nel caso del controllo contrattuale, in cui sia assente un diritto alla partecipazione agli utili, la disciplina *CFC* non potrà esser applicata. La detenzione di partecipazioni è necessaria, in sede di tassazione, per attribuire la quota di reddito imputabile al titolare di esse, essendo applicabile il meccanismo di tassazione per trasparenza *pro quota*.

Il controllo contrattuale ex art. 2359 c.c., come anche il controllo di fatto, è frutto di un'elaborazione nazionale, del tutto estranea alle disposizioni contenute nella Direttiva ATAD. Nella Direttiva appena richiamata si considera rilevante solamente il controllo di diritto, sia che esso sia detenuto dal contribuente per il tramite delle partecipazioni da lui detenute singolarmente, o anche per mezzo della somma di quelle possedute dalle sue imprese "associate". Per imprese "associate", ai sensi dell'art. 2 della Direttiva ATAD, si considerano tutte le entità nelle quali il contribuente abbia, direttamente o indirettamente, una partecipazione al capitale pari o superiore al 25 per cento, ovvero il diritto di ricevere una percentuale agli utili pari o superiore al 25 per cento; altresì si definiscono tali tutte

¹⁶⁹ Articolo 4 comma 3 del Regolamento di attuazione della disciplina contenuta del D.M. n. 429/2000

le imprese presso le quali il contribuente partecipi, in via diretta o indiretta, al patrimonio di un contribuente con quota superiore o pari al 25 per cento, ovvero sia titolare del diritto a percepire gli utili pari o superiore al 25 per cento¹⁷⁰. Ciononostante, il legislatore italiano ha preferito non accogliere questa definizione nella disciplina interna, elaborando invece la nozione di controllo di fatto e raggiungendo comunque gli obiettivi fissati dalla direttiva comunitaria.

Si è detto come l'attività di controllo, sia essa di diritto o di fatto, oltre che in maniera diretta, possa esser esercitata indirettamente. In tal caso, nel calcolo dei voti esercitabili in assemblea, siano essi rappresentanti la maggioranza (controllo di diritto) o abbiano meramente una funzione di influenza dominante (controllo di fatto), dovranno esser imputati anche quelli spettanti alle società controllate, società fiduciarie o quelli esercitati per interposta persona. In quest'ultima fattispecie l'interposizione, sia qualora essa sia reale ovvero fittizia, dovrà esser valutata secondo le disposizioni contenute nell'art. 37 del D.P.R. n. 600/1973. Al contrario, i voti spettanti per conto di terzi non sono presi in considerazione nel determinare il controllo indiretto.

Un'altra delle novità contenute nel D.lgs. 142/2018 è relativa alle ipotesi di controllo riscontrabili nella "catena partecipativa". È questo il caso del controllo ricadente in via indiretta, in una catena societaria, in capo al soggetto controllante. È sufficiente che la detenzione del controllo ricada su un soggetto intermedio appartenente alla catena, che lo eserciti in tutto o in parte. Il soggetto intermedio non è necessario sia residente fiscalmente in Italia, potendo essere residente sia nel territorio della CFC, sia nel territorio italiano o in uno Stato terzo.

In altre parole, si avrà controllo indiretto quando una società A detiene delle partecipazioni maggioritarie in una società veicolo B, che a sua volta controlla una CFC. Il reddito prodotto da quest'ultima verrà imputato alla società A controllante in proporzione alla quota di partecipazione spettante. Parimenti il controllo indiretto si avrà nelle ipotesi in cui la società A detenga il 100 per cento delle partecipazioni di due società veicolo, le quali a loro volta partecipano al capitale delle CFC; il reddito verrà loro imputato secondo le modalità di calcolo previste dalla CFC *legislation*, fermo restando

¹⁷⁰ Si noti come il legislatore comunitario abbia incluso nella definizione sia chi detenga un diritto al voto che diritto alla partecipazione agli utili, ovviando alle situazioni in cui per evitare la tassazione per trasparenza, il contribuente separi i diritti agli utili e diritti al voto.

l'obbligo in capo alla società A, di dimostrare eventualmente le condizioni per la disapplicazione della disciplina.

Nell'ipotesi in cui il controllo indiretto venga esercitato per mezzo di due società veicolo, non residenti, controllate dal soggetto A, non si dovrà effettuare il calcolo secondo l'effetto demoltiplicativo, ma per ravvisare il controllo sarà sufficiente che la somma delle partecipazioni detenute dalle società veicolo siano tali da garantire il controllo in senso giuridico. Al contrario se le società veicolo siano residenti in Italia, pur esistendo l'attività di controllo, i redditi non verranno imputati direttamente in capo al soggetto controllato A, bensì alla società stessa.

Il controllo indiretto giuridico

Non si applica l'effetto demoltiplicativo

Ipotesi A:

- L'impresa A detiene delle partecipazioni maggioritarie nella società B (es. del 70%);
- La società B controlla la società C (CFC) (es. detiene partecipazioni dell'80%);



L'impresa A controlla indirettamente la società C (CFC). La sua partecipazione agli utili è il 70% dell'80% percepito dall'impresa B.

Ipotesi B:

- La società A detiene il 100% delle partecipazioni della società veicolo B;
- La società A detiene il 100% delle partecipazioni della società veicolo C;
- Le società B e C detengono ciascuna il 30% delle partecipazioni della società D (CFC).



Non applicando l'effetto demoltiplicativo è sufficiente che la somma delle partecipazioni detenute da B e C, nella società D (CFC), sia maggioritaria. In questo caso la somma è del 60%. La società A controlla indirettamente la CFC.

L'ipotesi B: Il controllo indiretto nel caso delle società veicolo

Se le società veicolo B e C sono residenti



Il reddito prodotto dalla CFC deve essere imputato, proporzionalmente alle quote detenute, alla base imponibile delle società veicolo, nonostante sia la società A a controllare indirettamente la CFC

Se le società B e C non sono residenti



Il reddito prodotto dalla CFC è imputato direttamente e per trasparenza alla società A residente, titolare del controllo indiretto. Il calcolo della quota imputata è in proporzione alla somma del diritto di partecipazioni detenuto da B e C

5.2 Il rapporto di controllo in senso economico

La seconda tipologia di controllo è quella in senso economico, definita dal comma 2 lett. b).

La nuova formulazione dell'articolo ha ampliato l'ordinaria definizione civilistica di controllo, introducendo una nuova tipologia di carattere economico, che è riscontrabile allorché il soggetto residente detenga una partecipazione agli utili della società controllata. Affinché la partecipazione agli utili sia rilevante e dunque idonea a integrare la condizione del controllo, è necessario che la società controllante abbia diritto a ricevere oltre il 50 per cento degli utili realizzati dalla controllata.

L'estensione della definizione di controllo è coerente anche con l'ampliamento dell'ambito soggettivo della disciplina, nella parte in cui vengono inclusi tra i soggetti destinatari controllanti le stabili organizzazioni italiane che, pur non residenti, esercitano un'attività di controllo sulla società estera. Nel caso delle stabili organizzazioni è più adeguato parlare di controllo di carattere economico, anziché giuridico, essendo poco probabile che esse possano detenere in maniera diretta ed esclusiva il diritto al voto secondo i limiti quantitativi stabiliti per determinarne il controllo. La partecipazione agli utili potrà essere detenuta in via diretta o in via indiretta. Il controllo indiretto può verificarsi per il tramite di società fiduciarie o per interposta persona, purché sia uno dei soggetti controllanti come definiti al comma 1 art. 167 TUIR.

In caso di controllo economico indiretto, la nozione economica dovrà esser integrata attraverso un conteggio eseguito attuando l'effetto demoltiplicativo. Si faccia l'esempio di una società A, che detenga il controllo del 52 per cento delle società veicolo B e C. Quest'ultime a loro volta detengono una partecipazione nella CFC pari al 33%. Applicando l'effetto demoltiplicativo non si ritiene verificata la nozione di controllo (52% del 33% + 52% del 33%). Il diritto di partecipazione all'utile dunque, rileva esclusivamente solo sull'ultimo anello della catena di controllo, piuttosto che sui soggetti intermedi sui quali si raggiunge la quota minima di partecipazioni per il controllo, dovendo tener conto dell'effetto demoltiplicativo. In altre parole, diversamente dall'ipotesi di controllo in senso giuridico, per determinare se la *holding* eserciti una forma di controllo economico, dovrà esser considerata esclusivamente la quota di partecipazioni agli utili su di lei ricadente, anziché sommandola a quella detenuta dal soggetto intermedio nella catena.

Il controllo indiretto economico

Si applica l'effetto demoltiplicativo

Ipotesi A:

- La società residente A detiene l'85% delle partecipazioni della società veicolo B, che a sua volta detiene il 30% delle partecipazioni della società D (CFC);
- La società A detiene l'85% delle partecipazioni della società veicolo C, che a sua volta detiene il 30% delle partecipazioni della società D (CFC)

Dovendo applicare l'effetto demoltiplicativo (e quindi non potendo semplicemente sommare il 30% + 30%), il calcolo da effettuare è:

Partecipazioni di A = $[(85\% \text{ del } 30\%) + (85\% \text{ del } 30\%)] = [25,5 + 25,5] = 51\%$

La società A controlla indirettamente la società D (CFC), in quanto applicando l'effetto demoltiplicativo si ottiene una partecipazione maggioritaria pari al 51%

Il controllo indiretto economico

Si applica l'effetto demoltiplicativo

Ipotesi B:

- La società residente A detiene l'80% delle partecipazioni della società veicolo B, che a sua volta detiene il 30% delle partecipazioni della società D (CFC);
- La società A detiene l'80% delle partecipazioni della società veicolo C, che a sua volta detiene il 30% delle partecipazioni della società D (CFC)

Dovendo applicare l'effetto demoltiplicativo (e quindi non potendo semplicemente sommare il 30% + 30%, con il quale si ravviserebbe il controllo) il calcolo da effettuare è:

Partecipazioni di A = $[(80\% \text{ del } 30\%) + (80\% \text{ del } 30\%)] = [24 + 24] = 48\%$

Applicando l'effetto demoltiplicativo, **non** si può ritenere che la società A controlli indirettamente la società D (CFC), in quanto la partecipazione ottenuta del 48%

6. I Requisiti del soggetto controllato estero: l'ampliamento dopo la riforma

Il terzo elemento essenziale, ai fini dell'applicazione della *CFC legislation*, è la presenza di una società estera, che sia controllata dal soggetto residente. Con il D.lgs. 142/2018 è stata estesa la portata dei soggetti che possono essere qualificati come società controllate estere, ai fini dell'art. 167 TUIR. Antecedentemente la *ratio* dell'istituto consisteva nel proporre un modello impositivo che fosse idoneo a contrastare la localizzazione delle attività d'impresa in Paesi a fiscalità privilegiata. Ne discendeva, in ragione di questa esigenza primaria, che un requisito essenziale nell'individuazione della società controllata fosse la sua localizzazione in un ordinamento facente parte della *black list*¹⁷¹,

¹⁷¹ Il Ministero dell'Economia e delle Finanze utilizzava come criterio d'inclusione degli Stati nella *black list* la presenza di un 'livello di tassazione imposto sensibilmente inferiore' a quello nazionale italiano. Si definivano tali tutti i regimi fiscali che adottavano un livello di tassazione imposto inferiore del 30 per cento a quello vigente in Italia. Con la legge di stabilità del 2015, la soglia di discostamento del livello di tassazione è stata innalzata al 50 per cento. La legge di stabilità del 2016 ha poi eliminato la rilevanza, ai fini dell'applicabilità del regime, dell'inclusione nella *black list*, prevenendo l'operatività del regime al ricorrere delle condizioni contestuali, riportate nel testo, basate sul confronto della tassazione nominale e dei *passive income*.

“Il Decreto elencava: (i) nell'art. 1, i Paesi considerati *tout court* a fiscalità privilegiata; (ii) nell'art. 2, gli Stati che, pur costituendo Paesi a fiscalità privilegiata, non erano soggetti alla disciplina limitatamente ad alcuni settori ed attività; (iii) nell'art. 3, gli Stati per i quali la disciplina operava limitatamente ai

previsione che invece nel periodo postriforma è profondamente mutata. In base al novellato comma 4 art. 167 TUIR devono considerarsi soggetti controllati le imprese, le società e gli enti non residenti che, sottoposti al controllo in senso giuridico o economico (v. *supra*) dai soggetti di cui al comma 1, ravvisino due condizioni essenziali:

- 1) la tassazione effettiva loro imposta, nello Stato di localizzazione, sia inferiore alla metà di quella che sarebbe stata imposta se la società si fosse trovata in Italia (cd. *Tax rate test*);
- 2) oltre un terzo dei proventi da lei generati siano sussumibili nella categoria dei *passive income*.

Ai sensi del comma 3 si considerano soggetti controllati anche le stabili organizzazioni locate all'estero, dei soggetti controllati esteri e le stabili organizzazioni residenti in Italia che abbiano adottato il regime di *branch exemption*. Anche per questi soggetti dovranno esser operate le verifiche in merito alla sussistenza delle predette condizioni.

Definito l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina, lo studio nel paragrafo che segue si sofferma sulle modalità di verifica delle condizioni fondamentali, partendo dall'analisi della prima condizione – per la quale si prevede il *tax rate test* – confrontando il sistema previgente con quello attuale.

6.1 Il *tax rate test*

6.1.1 Il *tax rate test* nel sistema previgente

Nella versione precedente della norma, il presupposto applicativo si riscontrava effettuando il combinato disposto dei commi 1 e 4 ex art. 167 TUIR. Il soggetto controllato, ossia l'impresa o altro ente insediato fuori dal territorio dello Stato italiano, doveva, ai fini dell'applicabilità della disciplina, esser localizzato o residente:

- in uno Stato a fiscalità privilegiata, secondo la definizione contenuta al comma, ossia ove venisse applicata una tassazione nominale inferiore al 50

regimi speciali, ovvero a regimi applicabili a determinate categorie di soggetti economici o attività”, L'Agenzia delle Entrate interpreta le recenti modifiche apportate alla disciplina CFC (Circolare n. 35/E del 4 agosto 2016), Brunelli F., Di Cesare F., in *Approfondimenti Fiscalità internazionale*, <https://www.dirittobancario.it/approfondimenti/fiscalita-internazionale/agenzia-delle-entrate-interpreta-le-recenti-modifiche-apportate-alla-disciplina-cfc>.

per cento rispetto a quella che sarebbe stata applicata in Italia. Si prevedeva espressamente l'esclusione di tutti gli Stati aderenti all'Unione Europea, o in alternativa allo Spazio Economico Europeo con i quali l'Italia in precedenza avesse concluso una convenzione contro la doppia imposizione;

- in un ordinamento ove venisse imposto un livello nominale¹⁷² di tassazione inferiore alla metà rispetto a quello che sarebbe stato applicato nel territorio italiano, ex comma 4.

Ai sensi del comma 8 *bis*, la disciplina trovava applicazione anche nei confronti delle società controllate localizzate nei paesi cd. della *white list*, ossia gli Stati membri dell'Unione Europea con cui l'Italia avesse concluso un accordo relativo allo scambio delle informazioni, qualora:

- nello Stato fosse imposta una tassazione effettiva inferiore alla metà di quella che sarebbe stata imposta in Italia;
- conseguimento di più del 50 per cento di *passive income*.

Dette condizioni di applicabilità, operanti sino l'emanazione del D.lgs. 142/2018, altro non erano che il frutto della traduzione normativa di interventi già intimati con la l. 244/2007 e la legge di Stabilità del 2016. Nella prima delle due condizioni, ai fini dell'identificazione dei Paesi a fiscalità privilegiata, prima del 2016 si operava un rinvio al provvedimento emanato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, per mezzo del quale si identificavano tali tutti gli Stati che proponevano un regime fiscale consistentemente inferiore a quello imposto in Italia ovvero i Paesi che in precedenza non avevano concluso con l'Italia una convenzione in materia di scambio di informazioni.

¹⁷² “Per confrontare il livello di tassazione nominale, per l'Italia si devono considerare l'IRES (senza addizionali) e l'IRAP; mentre per lo Stato estero bisogna valutare le imposte sui redditi societari da individuare facendo riferimento, qualora esistente, alla Convenzione contro le doppie imposizioni, tenendo conto anche delle eventuali imposte di natura identica o analoga intervenute in sostituzione di quelle menzionate espressamente nella Convenzione (circolare 35/E/2016 dell'agenzia)”, Tassazione Nominale, Il Sole 24Ore delle Entrate).

“Il livello nominale di tassazione italiano, per i soggetti IRES, fino al 2016, è pari al 31,4% (27,5%+3,9%=31,4%), ovvero a 27,9% (24%+3,9%=27,9%) a partire dal 2017. Dunque l'aliquota estera affinché il paese straniero non sia considerato a fiscalità privilegiata è pari al 15,7% fino al 2016 e al 13,95% dal 2017 in poi” Tabella delle aliquote nominali di tassazione dei principali paesi esteri (In sostituzione delle precedenti Black List), Rocco Studio Commerciale tributario, <http://www.giusepperocco.it/tabella-dei-paesi-esteri-inclusi-nelle-diverse-black-list-e-nella-white-list/>

Con l'innovativa formulazione del 2016 il legislatore aveva circoscritto più nettamente l'operatività dell'istituto, avendo introdotto tra le condizioni di applicabilità l'espressa esclusione degli enti insediati negli Stati facente parte l'Unione Europea o aderenti allo SEE che avessero in precedenza concluso accordi in materia di scambio di informazioni. Al contrario, l'ambito di applicazione ricomprendeva le società, imprese o enti che fossero residenti o localizzate nei Paesi di cui al comma 4¹⁷³, attribuendo maggiore rilevanza al sistema di tassazione adottato dagli ordinamenti fiscali, scardinando così il sistema previgente. Le conseguenze pratiche erano notevoli in quanto, da quel momento, non veniva più effettuato rinvio agli appositi decreti del Ministero dell'economia e delle finanze, nei quali venivano identificati gli Stati destinatari della disciplina, avendo invece proposto una normativa completa ed esaustiva.

È opportuno soffermarsi sulla precedente versione del comma 4 del suddetto articolo. A seguito della legge di Stabilità del 2016, si riteneva rilevante per la CFC *legislation* il regime fiscale adottato dagli Stati, si era quindi introdotto un nuovo sistema di valutazione idoneo a giustificare l'operatività dell'istituto nei confronti delle organizzazioni giuridiche residenti in detti Paesi. Il confronto che doveva esser operato tra il sistema di tassazione italiano e quello estero, verteva difatti sulla presenza di un livello di tassazione *nominale* inferiore alla metà di quello che sarebbe stato applicato nel nostro ordinamento, anziché il livello *effettivo* (come nella versione odierna).

Le conseguenze applicative di una comparazione basata sul livello di tassazione nominale erano plurime: se, da un lato, ne discendeva un vantaggio applicativo nella fase di confronto dei sistemi di tassazione, essendo molto più agevole effettuare un paragone, dall'altro, questo sistema non prendeva in considerazione l'eventuale applicazione di regimi fiscali speciali o sistemi di esenzioni rilevanti nei modelli di pianificazione fiscale. Questa visione era oltretutto profondamente contrastante con le regole in passato introdotte nel comma 8 *bis* lett. a) in merito all'individuazione delle *white list*. Per l'elaborazione di quest'ultime il legislatore aveva assunto come criterio distintivo la tassazione effettiva come elemento di comparazione rispetto la tassazione italiana. Pertanto, l'introduzione di un sistema identificativo fondato sul criterio della tassazione

¹⁷³ “I regimi fiscali, anche speciali, di Stati o territori si considerano privilegiati laddove il livello nominale di tassazione risulti inferiore al 50 per cento di quello applicabile in Italia” comma 4 art. 167 TUIR vigente sino l'entrata in vigore del D.lgs. 142/2018.

nominale, non solo comportava destabilizzanti disallineamenti rispetto le direttive precedentemente adottate, ma anche numerose criticità come quelle sopra esposte.

Nonostante ciò, è opportuno precisare come il vecchio sistema fosse apparentemente non in contrasto con l'Action 3 del Progetto BEPS. La misura europea accordava agli Stati la possibilità di condizionare l'operatività delle CFC *rules* alla stregua di un confronto dei sistemi basato sulla comparazione delle tassazioni sia effettive che nominali. Il criterio della tassazione effettiva era certamente quello più raccomandato, seppur si riconoscessero i vantaggi applicativi derivanti dal confronto della tassazione nominali in termini di snellimento delle procedure amministrative e costi di *compliance*.

Anche alla luce dei nuovi obiettivi che si intendono perseguire, la disciplina ex art. 167 TUIR, i requisiti applicativi di essa, nonché le modalità di imputazione del reddito, sono profondamente cambiati nel sistema attualmente vigente.

6.1.2 Il *tax rate test* nel sistema attuale

La prima condizione, secondo la formulazione attuale della norma, prevede una verifica sulla tassazione imposta sui redditi del soggetto controllato estero, nel Paese in cui si localizza, confrontata con il livello di tassazione che sarebbe stato imposto alla stessa qualora fosse stata tassata in Italia. Difatti questa è una condizione imprescindibile, che tiene conto del livello di tassazione effettivo, allo scopo di stabilire se sia possibile imputare per trasparenza i redditi conseguiti dalla società controllata al soggetto residente – in ossequio alla disciplina CFC – o meno.

Il presupposto applicativo, ai sensi del comma 4 lett. a) art. 167 TUIR, stabilisce che, nello Stato ove si localizza il soggetto controllato, deve essere applicato un regime impositivo effettivo che sia inferiore al 50 per cento del livello di tassazione che sarebbe stato imposto alla società controllata qualora fosse stata residente in Italia. La verifica del *tax rate* effettivo, così descritta, non deve esser confusa con il *tax rate virtuale* domestico, necessario però nel processo di verifica.

In sintesi, le disposizioni CFC vengono applicate ove il livello di tassazione effettivo sia inferiore alla metà di quello che sarebbe stato applicato in Italia. Il criterio imposto dal legislatore è infatti una riproduzione delle disposizioni previste all'articolo 7 par. 1 della Direttiva (cd. ATAD) 2016/1164/UE, di cui la norma nazionale ricalca gli elementi fondamentali e nel quale si legge: "*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”.

Stabilito il presupposto, ciò che rimane da definire è come esso possa esser accertato. Dal punto di vista procedurale il verificatore potrà anche avere riguardo alla dichiarazione dei redditi, – redatta dal contribuente al termine dell'esercizio – nella quale vengono riportate le informazioni minime sulle società coinvolte. Per stabilire se la tassazione sia effettivamente inferiore alla metà di quella italiana, è necessaria l'identificazione e la successiva comparazione tra il *tax rate effettivo estero* e il *tax rate virtuale domestico* (cd. *Comparable tax approach*).

Il *tax rate virtuale domestico* è definito come il rapporto tra il valore dell'imposta sul reddito, a cui sarebbe stata assoggettata la società estera se fosse stata residente in Italia – valutata al lordo di eventuali crediti d'imposta per quelle versate all'estero – e l'utile civilistico *ante* imposte risultante dal bilancio d'esercizio della società estera. Il reddito generato dal soggetto controllato, necessario per determinare l'imposta che sarebbe dovuta in Italia, deve esser computato nel *tax rate domestico* tenendo conto delle variazioni in aumento e in diminuzione desumibili applicando le norme italiane di diritto tributario dell'impresa.

Il *tax rate effettivo estero* è invece il rapporto intercorrente tra l'imposta estera calcolata sul reddito imponibile prodotto – applicando le norme estere sulla tassazione dei redditi – e l'utile *ante imposta* risultante dalla società controllata¹⁷⁴.

In quest'ultimo, ciò che rileva è dunque solamente il livello di tassazione effettivo che viene applicato nello Stato in cui si localizza il soggetto controllato. Ai fini del calcolo sarà necessario imputare tutti quei crediti d'imposta, eventualmente accumulati a seguito del versamento di altre imposte, per i redditi prodotti in Stati diversi da quello di insediamento.

Ruolo centrale, ai fini del computo, è ricoperto dalle convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dagli Stati coinvolti. Qualora siano state ratificate tra i Paesi coinvolti queste convenzioni, il livello di tassazione verrà calcolato applicando, in base agli accordi conclusi, le sole imposte ritenute esigibili. In assenza di una previa

¹⁷⁴ Bargagli M., *Cfc: modalità semplificata per il calcolo del tax rate*, Euroconference news, 2019, <https://www.ecnews.it/cfc-modalita-semplificata-per-il-calcolo-del-tax-rate/>

conclusione degli accordi, il computo della base imponibile dovrà esser effettuato avendo esclusivo riguardo delle imposte sui redditi assimilabili all'IRES.

Più complessa è la procedura nel caso in cui siano state cedute delle partecipazioni della controllata estera. Effettuare il *tax rate* virtuale, a seguito della cessione, assume caratteri più problematici e macchinosi, in particolar modo nella fase del recupero delle informazioni necessarie.

Per scongiurare errori, ed effettuare congruamente il *tax rate*, una prima accortezza da avere risiede nel verificare se, al momento della cessione, sia stata applicata la disciplina delle *participation exemption*.

Definita all'art. 87 TUIR, essa sancisce la non concorrenza nella formazione della base imponibile delle plusvalenze derivanti dall'alienazione di quote o partecipazioni in società ed enti, qualora:

- ci sia stato l'ininterrotto possesso delle partecipazioni dal primo giorno del dodicesimo mese precedente a quello in cui è avvenuta la cessione, considerando cedute per prime le azioni o quote acquisite con data più recente;
- siano iscritte a bilancio come immobilizzazioni finanziarie dal primo bilancio per tutto il periodo di possesso;
- residenza fiscale o localizzazione dell'impresa o ente partecipato in Stati o territori diversi da quelli definitivi a regime fiscale privilegiato ex articolo 47 *bis* TUIR;
- la società partecipata eserciti attività d'impresa commerciale ex articolo 55 TUIR.

Ai sensi dell'art. 87 del TUIR, occorre verificare se la partecipazione ceduta si riferisca a un soggetto localizzato in un Paese a fiscalità privilegiata, secondo i criteri dell'articolo 47 *bis* comma 1 del TUIR. In quest'ultimo si rinvia al contenuto dell'art. 167 comma 4 lett. a), ove stabilisce che il criterio della tassazione effettiva deve essere inferiore al 50 per cento rispetto a quello che eventualmente sarebbe stato applicato se il soggetto fosse stato residente in Italia.

La criticità maggiore, nel caso di cessione delle partecipazioni della CFC, si manifesta dunque nel *tax rate* virtuale relativo alla società che ha ceduto le proprie partecipazioni, in quanto preliminarmente esso presuppone l'effettuazione della tassazione virtuale domestica dell'impresa ceduta.

Oltretutto, il requisito della residenza deve sussistere ininterrottamente sin dal primo periodo di possesso ovvero per cinque periodi d'imposta qualora l'acquisto avvenga tra controparti non appartenenti allo stesso gruppo del dante causa.

Qualora invece la cessione sia disposta da una *holding*, relativa alle partecipazioni nel soggetto controllato, il requisito della residenza va calcolato con riferimento agli enti indirettamente partecipati.

La criticità di questo sistema è rappresentata, anche in questa circostanza, dalla difficoltà del reperimento delle notizie non sempre agevole. In particolar modo negli ordinamenti in cui i bilanci non sono pubblici, ma hanno una rilevanza solo interna, la ricostruzione delle informazioni può divenire un'attività molto complessa¹⁷⁵.

In sintesi, per il *tax rate effettivo estero* bisogna far riferimento all'imposta determinata secondo il regime fiscale estero e rapportata al bilancio d'esercizio redatto dal soggetto controllante; per *tax rate domestico virtuale* bisogna invece riferirsi al valore dell'imposta calcolato determinando il reddito risultante dal bilancio d'esercizio della società estera secondo le regole fiscali italiane.

A tal proposito devono ritenersi ancora valide le precisazioni oggetto della circolare n. 23/E del 25.05.2011, che forniscono diversi chiarimenti dal punto di vista procedimentale. Nella circolare si espone che la verifica del *tax rate* debba esser effettuata ogni esercizio e sarà onere del contribuente conservare la documentazione necessaria ai fini della dimostrabilità. Allorquando l'esito derivante dal *tax rate* non sia di per sé sufficiente ad escludere l'applicabilità della disciplina in esame, – perché la tassazione effettiva estera è inferiore alla metà di quella italiana – sarà comunque possibile per il contribuente dare prova dell'esercizio dell'attività economica effettiva ex art. 167 comma 5 TUIR¹⁷⁶.

Qualora invece il contribuente sia sottoposto alla *CFC legislation* e in un secondo momento, per effetto delle modifiche legislative, esso raggiunga livelli tali da giustificare la non inclusione, la non applicabilità della disciplina non opererà in automatico essendo invece necessario un controllo ad opera delle Amministrazioni finanziarie.

¹⁷⁵ Migliorini F., *Controlled foreign companies (CFC): la normativa*, Rivista online Fiscomania.com, 2020, <https://fiscomania.com/normativa-controlled-foreign-companies-cfc/>

¹⁷⁶ Andreani G., Ferranti G., Dodero A., *Testo Unico imposte sui redditi*, Commentari IPSOA, 2020

6.1.3 Il provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle Entrate del 16 settembre 2016 e le Circolari

L’art. 167 al comma 4 TUIR lett. a) afferma che nel procedimento di controllo inerente la sussistenza della prima condizione, è necessario riferirsi ai provvedimenti emanati dal Direttore dell’Agenzia delle Entrate. I criteri ivi stabiliti forniscono difatti modalità semplificate e finalizzate alla individuazione della verifica di detta condizione. In primo luogo, si menzioni tra i provvedimenti rilevanti in materia quello emanato il 16 settembre 2016, il quale si ritiene esser ancora vigente, in mancanza di un più recente provvedimento, nonostante la riforma del 2018 sia intervenuta successivamente. L’Agenzia delle Entrate in quest’ultimo chiarisce che, nel calcolo della tassazione effettiva (*tax rate* effettivo), devono esser prese in considerazione esclusivamente le imposte sui redditi applicabili, in ossequio agli accordi contenuti nelle convenzioni contro le doppie imposizioni. Qualora lo Stato non abbia precedentemente ratificato una convenzione, le imposte applicabili dovranno essere considerate esclusivamente quelle estere che siano assimilabili all’IRES. Ricadrà in capo al contribuente l’onere di dimostrare che l’imposta estera computata non sia invece assimilabile a quella prevista nel modello di tassazione delle società in Italia.

Nel calcolo devono esser conteggiate anche le ritenute a titolo d’imposta, effettuate dal sostituto o da altri soggetti, purché esse non siano rimborsate o rimborsabili.

Parimenti, ove la controllata prenda parte ad un sistema di tassazione di gruppo, nel calcolo dovrà esser imputata solamente la quota dell’imposta sul reddito che sia di sua competenza.

In aggiunta, tra le indicazioni rilevanti disposte dall’Agenzia delle Entrate, si annoverano anche quelle contenute nella Circolare n. 51/E/2010, nella quale si enunciano una serie di principi cardine. Primo tra questi è il principio inerente alla rilevanza dei documenti probatori; il *tax rate effettivo* deve esser effettuato prendendo le mosse, in primo luogo, dai dati risultanti dal bilancio della controllata.

In secondo luogo, nel calcolo del reddito generato, sono rilevanti esclusivamente le perdite della controllata che siano riferibili al periodo d’imposta a partire dal quale la società residente ne abbia acquisito il controllo.

Per ultimo, non devono esser calcolati nel *tax rate effettivo* le eventuali agevolazioni concesse alla generalità dei contribuenti nello Stato estero, qualora esse abbiano carattere temporaneo o non strutturale¹⁷⁷.

Di converso, per ciò che concerne il *tax rate virtuale*, la circolare 51/E/2010 specifica che, in omaggio al principio di derivazione, il calcolo sull'imposta che sarebbe stata imposta in Italia debba basarsi sulle risultanti del bilancio d'esercizio della società estera. La determinazione del reddito imponibile della società estera, su cui si determinerebbe l'imposta dovuta, però deve esser realizzato applicando le disposizioni previste dal Testo Unico delle imposte sui redditi, eccezion fatta per quelle tassativamente escluse. Tra le disposizioni inapplicabili prima si annoverava solo quella relativa alla rateizzazione delle plusvalenze (art. 87 TUIR), ad oggi invece vengono ricomprese più eccezioni (v. par. 10). Allo stesso modo dovranno esser detratte le quote d'imposta sostenute dalla società controllante relative alla tassazione di gruppo.

Da ultimo, nel caso delle stabili organizzazioni, il D.lgs. 142/2018 afferma che la disciplina delle CFC si applica nei loro confronti ove esse siano esenti o comunque non soggette ad imposta, nello Stato della società madre. Allorquando per esse si siano verificati i presupposti di applicabilità della normativa, il *tax rate effettivo* deve esser determinato disgiuntamente tra società estera e stabile organizzazione. Nel caso opposto invece, ossia nel caso in cui la stabile organizzazione sia tassata dallo Stato della società madre, effettuare il *tax rate test* sarebbe superfluo in quanto, applicando le convenzioni contro le doppie imposizioni, i redditi conseguiti dalla società madre e la stabile organizzazione verrebbero calcolati già congiuntamente. Per tale ragione è sufficiente effettuare un unico *tax rate test*.

Per completezza si precisa come di recente, con il provvedimento del 06 aprile 2021, l'Agenzia delle Entrate ha formulato importati principi di diritto inerenti ad alcune interpretazioni del provvedimento n. 143239 del 16 settembre 2016. Seppur tali chiarimenti si riferiscono alla disciplina previgente, si sottolinea come essi forniscono delucidazioni utili anche con riferimento all'attuale sistema di confronto tra *tax rate virtuale* e *tax rate domestico*.

In primo luogo, il principio di diritto n. 5 ivi contenuto si riferisce alla normativa previgente, nella parte in cui essa disponeva che la disciplina ex art 167 TUIR si applicava

¹⁷⁷ Il provvedimento del 16 settembre del 2016 chiarisce che per carattere strutturale si intendono tutte quelle agevolazioni che abbiano un periodo superiore a 5 anni.

altresì alle fattispecie in cui una società controllata si localizzasse negli Stati diversi da quelli definiti come a fiscalità privilegiata, allorché presentassero una tassazione effettiva inferiore al 50 per cento di quella che sarebbe stata applicata in Italia, valutata secondo i criteri identificativi stabiliti con Provvedimento dell’Agenzia dell’Entrate. In particolare, il provvedimento del 16 settembre 2016 stabiliva che *“l’imposizione italiana nei limiti del 5 per cento del dividendo o della plusvalenza, previsto negli articoli 87, comma 1, lettera c) e 89, comma 3, del TUIR, si considera equivalente a un regime di esenzione totale che preveda, nello Stato di localizzazione della controllata, l’integrale indeducibilità dei costi connessi alla partecipazione”*¹⁷⁸.

L’Agenzia delle Entrate, attraverso le delucidazioni offerte il 06 aprile 2021 con il principio n.5, sottopone ad esame la normativa lussemburghese che dispone l’esenzione totale delle plusvalenze e dei dividendi, nonché l’indeducibilità dei relativi costi. *Prima facie* e conformemente alle già disposte conclusioni dell’Agenzia, tale regime dovrebbe considerarsi equivalente a quello dell’esenzione parziale dei dividendi disposto in Italia. Tuttavia, si deve considerare che il regime lussemburghese trova attuazione solo nel caso di cessione delle partecipazioni, a seguito della quale l’indeducibilità dei costi è conseguita nei limiti del reddito esente e la plusvalenza soggetta a tassazione solo in proporzione alla eccedenza dedotta.

*“Il meccanismo (c.d. recapture), quindi, opera solo nel caso in cui la società ceda la partecipazione e a condizione che, da tale cessione, essa realizzi una plusvalenza di ammontare almeno pari a quanto dedotto”*¹⁷⁹.

Il principio di diritto n. 8 concerne invece il confronto tra la tassazione effettiva estera e quella domestica. Secondo le disposizioni della previgente normativa, si definivano altresì Paesi a fiscalità privilegiata gli Stati, che tra le altre, offrivano una tassazione effettiva inferiore alla metà di quella che sarebbe stata applicata se il reddito fosse stato conseguito in Italia. Il confronto con la tassazione effettiva è dunque essenziale ai fini della verifica di uno dei presupposti applicativi. A tal fine l’Agenzia delle Entrate afferma che *“sono irrilevanti le variazioni non permanenti della base imponibile, con riversamento certo e predeterminato in base alle legge o per piani di rientro (ad esempio,*

¹⁷⁸ Principio di diritto n. 5/2021

¹⁷⁹ IBIDEM, Principio di diritto n. 5/2021

*gli ammortamenti)*¹⁸⁰ Nel calcolo della tassazione virtuale domestica deve considerarsi l'indeducibilità degli interessi passivi, solamente se certa nell'*an e nel quantum*.

Da ultimo, il principio di diritto n. 9 stabilisce importanti delucidazioni relativamente al confronto tra la tassazione italiana e quella estera. Nel sistema previgente, sino le modifiche introdotte nel 2018, tra i presupposti applicativi si definiva lo stabilimento della controllata in uno Stato che presentasse una tassazione nominale inferiore alla metà di quella che sarebbe stata applicata in Italia. Il sistema di raffronto si basava sulla comparazione della tassazione nominale imposta nello Stato estero, con quella italiana, quest'ultima determinata sulla base dell'inclusione nella base imponibile delle aliquote ordinarie IRES ed IRAP. In tal sede si precisa dunque che la tassazione che sarebbe stata applicata in Italia deve tener conto esclusivamente delle imposte gravanti sul reddito societario anziché quelle che sarebbero state applicate sul socio stesso relativamente ai dividendi successivamente percepiti.

Nella chiarificazione dell' Agenzia delle Entrate si legge che *“ai fini della verifica delle condizioni previste dall'articolo 167, comma 4, del Tuir, il termine di confronto da utilizzare dal lato estero non può che essere la sola imposta sul reddito cui è soggetta la società estera, mentre non rileva la tassazione che subiranno i soci al momento dell'effettiva distribuzione dei redditi”*.

Si invita poi a far riferimento, qualora esistente, alla Convenzione per evitare le doppie imposizioni vigente con lo Stato di volta in volta interessato.¹⁸¹

Seppur dunque la precisazione sia relativa ad un pacchetto normativo dal 2019 non più vigente, le conclusioni si ritengono, pur con gli opportuni adattamenti, adottabili anche nel sistema attuale di confronto tra *tax rate test* effettivo e domestico. Qualora difatti nella comparazione si prendesse in esame anche l'imposta gravante sul reddito del socio, a titolo di dividendi, si avrebbe una inutile valutazione dell'imposta sui dividendi, atteso che dal confronto sarebbe ovvio che la tassazione italiana superi notevolmente quella estera¹⁸².

¹⁸⁰ Principio di diritto n. 8/2021

¹⁸¹ Principio di diritto n. 9/2021

¹⁸² Vial E., *Nella tassazione nominale della vecchia CFC non rileva il socio*, 2021, EUROCONFERENCE news, <https://www.ecnews.it/nella-tassazione-nominale-della-vecchia-cfc-non-rileva-il-socio/>

6.2 *Passive income test*

La seconda condizione prevista all'art. 167 comma 4 lett. b) TUIR stabilisce l'obbligatorietà dell'appartenenza dei redditi generati nella categoria dei *passive income*. È qua, difatti, che si rinviene uno degli esempi relativi al carattere ibrido (rispetto ai modelli *transnational* e *jurisdictional*) della disciplina italiana CFC, nella parte in cui essa prevede che la tassazione per trasparenza in capo alla controllata si verifichi al ricorrere congiunto di un livello di tassazione effettiva nel Paese d'insediamento inferiore al 50 per cento e l'appartenenza dei redditi generati alle categorie reddituali tassativamente disposte dal legislatore.

La seconda condizione impone inoltre un limite quantitativo poiché stabilisce che **oltre un terzo** dei proventi realizzati dal soggetto controllato non residente devono rientrare nelle seguenti categorie:

- interessi o altri redditi generati da attività finanziarie;
- canoni o altri redditi generati da proprietà intellettuale;
- dividendi e redditi ottenuti dalla cessione di partecipazioni;
- redditi derivanti da *leasing* finanziario;
- proventi ottenuti per il tramite di operazioni di compravendita di beni e/o prestazioni di servizi, effettuati con soggetti che detengono un'attività di controllo sul soggetto non residente, in via diretta o indiretta, e che a loro volta sono controllati dal soggetto residente in Italia.

Il computo secondo le modalità sopra definite deve esser effettuato sull'ammontare dei proventi lordi, al fine di rendere la determinazione più oggettiva e meno discutibile.

TABELLE RIASSUNTIVE RELATIVE AI REQUISITI ANTE E

POST RIFORMA:

Criteri individuazione Paradisi fiscali

Sino al 2015:

- Sono regimi a fiscalità gli Stati individuati dalla *black List* redatta dal Ministero dell'Economia e delle Finanze. I criteri di individuazione sono:
 - livello di tassazione sensibilmente inferiore (divario del 30 per cento con la tassazione imposta in Italia);
 - mancanza adeguato scambio informazioni;
 - criteri equivalenti.
- Sono altresì inclusi gli Stati non annoverati nella lista che:
 - impongono un livello di tassazione effettiva inferiore alla metà di quella che sarebbe stata applicata in Italia;
 - in cui i proventi derivino per più del 50 per cento dalle specifiche categorie reddituali elencate dalla norma.

Dal 2015 al 2016:

- Sono regimi a fiscalità gli Stati individuati dalla *black List* redatta dal Ministero dell'Economia e delle Finanze. I criteri di individuazione sono:
 - livello di tassazione sensibilmente inferiore (inferiore al 50 per cento rispetto la tassazione imposta in Italia);
 - mancanza adeguato scambio informazioni;
 - criteri equivalenti;
- Gli Stati inclusi in un elenco di regimi fiscali speciali (non tassativo);
- Sono altresì inclusi gli Stati non annoverati nella lista che:
 - impongono un livello di tassazione effettiva inferiore alla metà di quella che sarebbe stata applicata in Italia;
 - in cui i proventi derivino per più del 50 per cento da specifiche categorie reddituali elencate dalla norma.

Criteri individuazione Paradisi fiscali

Dal 2016:

Scompare il riferimento alla *Black list*.

Sono regimi a fiscalità privilegiata:

- Gli Stati che applicano un livello di tassazione nominale inferiore al 50 per cento di quello che sarebbe stato applicato in Italia; sono esclusi gli Stati membri dell'Unione Europea e quelli dello SEE con cui l'Italia abbia concluso un accordi relativi lo scambio di informazioni;
- Sono altresì Stati a fiscalità privilegiata quelli diversi dagli Stati sopra richiamati ovvero gli Stati appartenenti all'Unione Europea o allo SEE con cui l'Italia ha concluso accordi relativi lo scambio di informazioni quando:
 - il livello di tassazione effettivo è inferiore al 50 per cento di quello che sarebbe stato applicato in Italia;
 - siano stati conseguiti per più del 50 per cento i proventi espressamente elencati dalla norma.

Con Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate sono riportati ulteriori criteri di determinazione della tassazione effettiva e nominale.

Criteri individuazione Paradisi fiscali

Dal 2018:

La disciplina CFC trova applicazione al ricorrere delle seguenti condizioni:

- il livello di tassazione effettivo applicato nello Stato di insediamento è inferiore al 50 per cento di quello che sarebbe stato applicato in Italia. L'Agenzia delle Entrate stabilisce con provvedimento i criteri di semplificazione adottabili per il confronto delle tassazioni (in mancanza dell'emanazione di altro provvedimento, rimane applicabile la Circolare n° 51/E/2016 già vigente);
- se oltre un terzo dei passive income deriva da categorie tassativamente individuate ex art. 167 TUIR.

7. Determinazione del reddito imponibile

Sinora sono stati analizzati i requisiti di applicabilità che devono esser detenuti dal soggetto controllante e dal soggetto locato all'estero controllato, nonché gli elementi minimi del rapporto intercorrente tra di due. Individuati così i soggetti destinatari della disciplina e le condizioni necessarie ai fini dell'applicabilità di essa, il legislatore (ai sensi del comma 7 art. 167 TUIR) si sofferma ad esporre le modalità attraverso le quali si deve determinare il reddito generato dalla società controllata, che successivamente sarà imputato per trasparenza alla società residente.

La norma, al comma 7, formula un importante principio, innovativo e rivoluzionario rispetto alle ordinarie procedure normalmente eseguite nel regime fiscale italiano: indipendentemente dalla forma giuridica detenuta dal soggetto non residente, sia che esso sia qualificabile come persona fisica o giuridica, le disposizioni sulla determinazione del reddito sono quelle definite dal Testo Unico delle Imposte sui Redditi per i soggetti IRES. Nel diritto tributario tra le imposte sui redditi si distinguono l'IRES e l'IRPEF, in quanto la prima ha carattere proporzionale ed opera con riferimento alle persone giuridiche¹⁸³, la

¹⁸³ Tra i soggetti persone giuridiche destinatari dell'IRES si escludono le società di persone residenti e le società di capitali che abbiano optato per un regime di trasparenza.

Le persone giuridiche soggette a tassazione IRES sono:

- 1) le società di capitali, salvo abbiano adottato il regime per trasparenza;
- 2) le società cooperative;

seconda invece è progressiva e destinata alle persone fisiche. In via eccezionale, nella disciplina CFC ex art. 167 TUIR, a prescindere dalla qualifica del soggetto, anche sia esso un soggetto IRPEF, il reddito imponibile deve essere calcolato conformemente alle norme destinate ai soli soggetti IRES.

Ciononostante, enunciato questo principio generale, sono presenti una pluralità di eccezioni che dispongono l'inapplicabilità di alcune norme. Il legislatore circoscrive al tal proposito un *numerus clausus* di disposizioni inoperanti, che dunque non troveranno applicazione nella tassazione delle CFC, quali:

- la disciplina del riporto delle perdite (art. 84 TUIR);
- la disciplina delle imprese di assicurazione (art. 111 TUIR);
- la disciplina delle operazioni fuori bilancio (art. 111 TUIR);
- la disciplina della rateazione delle plusvalenze patrimoniali (art. 86 comma 4 TUIR).

Pur trattandosi di una tassazione per trasparenza in capo al soggetto controllante, imputabile in ragione della diretta connessione tra il soggetto residente e il controllato estero, si rammenti che tali enti sono soggetti distinti e per i quali dunque deve operare il principio di tassazione su base separata. Questa considerazione assume una rilevanza notevole nelle ipotesi in cui dal bilancio della controllata emergano perdite fiscali. Le perdite generate non possono difatti essere utilizzate in compensazione agli utili generati dalla controllante, ma comportano unicamente una variazione in diminuzione sui redditi

-
- 3) le società di mutua assicurazione residenti nel territorio dello Stato;
 - 4) gli enti pubblici e privati, diversi dalle società;
 - 5) i trust residenti nel territorio dello Stato, che abbiano come oggetto principale o esclusivo l'esercizio di attività commerciale;
 - 6) enti pubblici ed enti privati, diversi dalle società, nonché i trust residenti nel territorio dello Stato, che non hanno come oggetto l'esercizio di attività commerciale;
 - 7) società ed enti di qualsiasi tipo, compresi i trust, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato.

Sono soggetti d'imposta IRPEF invece:

- 1) le persone residenti sul territorio italiano, per i cespiti posseduti e i redditi prodotti in Italia e all'estero;
- 2) le persone non residenti sul territorio italiano, per i redditi prodotti in Italia;
- 3) le società di persone;
- 4) le società di capitali, i cui soci hanno aderito alla tassazione per trasparenza.

prodotti dalla stessa controllata negli esercizi successivi. Certamente tale principio deve considerarsi valevole anche nella situazione speculare, ossia nell'ipotesi in cui le perdite vengano generate dal soggetto controllante e dunque non potranno esser opposte in compensazione sugli utili prodotti dalla società estera.

Una volta determinato il reddito imponibile, esso verrà imputato per trasparenza in capo al soggetto residente in Italia nel periodo d'imposta in corso al momento della chiusura del bilancio d'esercizio della controllata.

Per il criterio d'imputazione temporale, compatibilmente alla *ratio* della disciplina, il legislatore ha preferito optare per l'utilizzo del principio di competenza anziché di cassa. Le voci del bilancio, dunque, sono considerate non al momento della loro manifestazione economica, bensì nel periodo d'imposta in cui si sono realizzate. Le ragioni di tale decisione sono piuttosto evidenti, considerata l'esigenza normativa di tassare in via immediata gli utili prodotti dalla società controllata e indipendentemente dal verificarsi della distribuzione dei dividendi.

Per ciò che attiene al dato temporale, non rileva che il controllo sia stato o meno detenuto per tutto il periodo d'imposta di riferimento. Non opera perciò il principio del *pro rata temporis*, in base al quale dovrebbero esser imputati i soli redditi generati dal momento dell'acquisizione della partecipazione di controllo. Al contrario vengono computati tutti i redditi prodotti del periodo d'imposta nel quale, al momento della chiusura del bilancio d'esercizio, si rileva che il soggetto residente sia titolare dell'attività di controllo, pur eventualmente essendo esso sopraggiunto in corso al periodo d'imposta e non persistendo per tutto l'arco temporale dell'esercizio.

La tassazione per trasparenza non assorbe, in termini quantitativi, tutti i redditi generati dalla società estera. Si faccia l'esempio in cui essa sia partecipata da una società italiana – detenente le partecipazioni maggioritarie – e da altre società minori non esercitanti attività di controllo. Il reddito tassato per trasparenza sarà solamente quello riferibile alla società controllante in proporzione alle partecipazioni detenute e quindi non anche quello residuale di spettanza delle società minori partecipanti. Detta previsione deve applicarsi anche nelle ipotesi di controllo indiretto, sia che esso sia esercitato per mezzo di soggetti residenti o sia tramite stabili organizzazioni locate nel territorio della controllata, operando il principio del *pro quota*. Il controllo indiretto, in queste fattispecie, si sostanzia per mezzo delle organizzazioni giuridiche intermedie che, prendendo parte alla catena partecipativa, attribuiscono al soggetto controllante quote di partecipazioni tali da giustificare la tassazione per trasparenza. L'imputazione per trasparenza si rivolgerà nei

confronti di soggetti diversi a seconda se il controllo indiretto venga esercitato da un ente residente, da una stabile organizzazione ovvero da un soggetto estero. La quota di attribuzione del reddito non deve però eccedere i limiti della partecipazione detenuta e deve differenziarsi a seconda se il soggetto intermedio risieda in Italia o all'estero.

Per semplificare quanto detto, si prenda una società residente in Italia che eserciti l'attività di controllo su una CFC tramite altre due società (cd. Società veicolo), residenti anche esse in Italia. La somma delle partecipazioni detenute dalle società veicolo consente la riferibilità del controllo al soggetto residente. In questa circostanza il reddito verrà imputato per trasparenza in capo alle società veicolo, in quanto residenti loro stesse nello Stato italiano.

All'opposto, nel caso in cui una società residente in Italia eserciti il controllo per il tramite di società veicolo non residenti, l'imputazione per trasparenza riguarderà direttamente la società controllante residente in Italia, in proporzione alla quota di partecipazione. La criticità di questa evenienza risiede nell'attribuzione del reddito *pro quota*, poiché il computo dovrà esser determinato secondo l'effetto demoltiplicativo nella catena partecipativa. Se infatti la società residente detiene il 90 per cento della partecipazione agli utili nelle società veicolo ed esse a loro volta, sommando le proprie quote di partecipazione, detengono il 70 per cento di partecipazione nella CFC, il reddito imputabile alla società residente per trasparenza è il 90 per cento del 70 percepito.

Esempio di imputazione del reddito alla società residente che abbia il controllo indiretto sulle società veicolo non residenti

- La società A detiene il 90% delle partecipazioni della società B, che a sua volta detiene il 35% delle partecipazioni della società D (CFC)
- La società A detiene il 90% delle partecipazioni della società C, che a sua volta detiene il 35% delle partecipazioni della società D (CFC)

La società A esercita controllo diretto giuridico sulla società D. Non trovando applicazione l'effetto demoltiplicativo, la sua partecipazione in D è del 70% (35% + 35%)

Ipotesizzando che la società D abbia prodotto un utile pari a 1,000,000 €, il reddito da imputare alla società A deve esser così calcolato:

Reddito A prodotto dalla CFC = [(90% del 35% di 1,000,000 €) + (90% del 35% di 1,000,000 €)] = [(90% di 350,000 €) + (90% di 350,000 €)] = [315,000 € + 315,000 €] = 630.000 €

Al comma 8 il legislatore definisce le modalità di calcolo dell'aliquota d'imposta. Il valore di essa non può essere inferiore a quello dell'imposta ordinaria applicata secondo le regole di tassazione sul reddito delle società. L'aliquota deve essere dunque determinata in funzione del reddito del soggetto controllante. In altre parole, in prima istanza si determina il reddito imponibile della società residente, senza includere quello che successivamente verrà imputato per trasparenza della CFC e, attuando le norme sulle l'imposta sui redditi (IRPEF o IRES a seconda della qualifica del contribuente), si determina quella dovuta. Successivamente si determina l'imposta dovuta, su base separata, in funzione dell'incidenza dei redditi della CFC, individuando così l'aliquota media. Quest'ultima non può essere inferiore a quella in via ordinaria prevista dalle imposte sulle società (24%), pena l'applicazione di quest'ultima.

Individuata l'aliquota e determinata l'imposta dovuta, sono ammesse successive detrazioni con riferimento alle imposte sui redditi pagate all'estero dal soggetto non residente. La detrazione non ha portata generale, operando essa nei limiti dell'art. 165 TUIR¹⁸⁴, che deve essere letto in combinato disposto con le precisazioni contenute nella risoluzione n. 112/E del 11.08.2018, dalla quale discendono una serie di vincoli.

¹⁸⁴ 1. *Se alla formazione del reddito complessivo concorrono redditi prodotti all'estero, le imposte ivi pagate a titolo definitivo su tali redditi sono ammesse in detrazione dall'imposta netta dovuta fino alla concorrenza della quota d'imposta corrispondente al rapporto tra i redditi prodotti all'estero ed il reddito complessivo al netto delle perdite di precedenti periodi d'imposta ammesse in diminuzione.*

2. *I redditi si considerano prodotti all'estero sulla base di criteri reciproci a quelli previsti dall'articolo 23 per individuare quelli prodotti nel territorio dello Stato.*

3. *se concorrono redditi prodotti in più Stati esteri, la detrazione si applica separatamente per ciascuno Stato.*

4. *La detrazione di cui al comma 1 deve essere calcolata nella dichiarazione relativa al periodo d'imposta cui appartiene il reddito prodotto all'estero al quale si riferisce l'imposta di cui allo stesso comma 1, a condizione che il pagamento a titolo definitivo avvenga prima della sua presentazione. Nel caso in cui il pagamento a titolo definitivo avvenga successivamente si applica quanto previsto dal comma 7.*

5. *[Per i redditi d'impresa prodotti all'estero mediante stabile organizzazione o da società controllate di cui alla sezione III del capo II del Titolo II,] la detrazione di cui al comma 1 può essere calcolata dall'imposta del periodo di competenza anche se il pagamento a titolo definitivo avviene entro il termine di presentazione della dichiarazione relativa al primo periodo d'imposta successivo. L'esercizio della facoltà di cui al periodo precedente è condizionato all'indicazione, nelle dichiarazioni dei redditi, delle imposte estere detratte per le quali ancora non è avvenuto il pagamento a titolo definitivo (1).*

Un primo limite detrattivo risiede nella cd. *Company limitation*, ossia ove vi siano una pluralità di soggetti controllati che abbiano versato imposta all'estero, la detrazione deve operare distintamente per ogni soggetto partecipato, anche qualora essi risiedano nello stesso Stato. Ne consegue l'incompatibilità e dunque l'inapplicabilità con il comma 3 dell'art. 165 TUIR. Al contrario quest'ultimo dispone l'operatività della detrazione, anziché per ciascun soggetto in maniera distinta, sommando le imposte versate anche da più soggetti nel territorio del medesimo Stato in cui ovviamente il reddito è stato prodotto. Nel calcolo del reddito prodotto all'estero si ricomprendono unicamente quelli imputati per trasparenza al soggetto residente e non anche quelli complessivamente individuati. Pertanto l'articolo 165 TUIR non trova attuazione nella parte in cui dispone che il credito opera "fino a concorrenza della quota di imposta corrispondente al rapporto tra i redditi prodotti all'estero ed il reddito complessivo", poiché incompatibile con il regime di tassazione separato previsto dalle CFC.

6. *L'imposta estera pagata a titolo definitivo su redditi prodotti nello stesso Stato estero eccedente la quota di imposta italiana relativa ai medesimi redditi esteri, costituisce un credito d'imposta fino a concorrenza della eccedenza della quota d'imposta italiana rispetto a quella estera pagata a titolo definitivo in relazione allo stesso reddito estero, verificatasi negli esercizi precedenti fino all'ottavo. Nel caso in cui negli esercizi precedenti non si sia verificata tale eccedenza, l'eccedenza dell'imposta estera può essere riportata a nuovo fino all'ottavo esercizio successivo ed essere utilizzata quale credito d'imposta nel caso in cui si produca l'eccedenza della quota di imposta italiana rispetto a quella estera relativa allo stesso reddito di cui al primo periodo del presente comma. Le disposizioni di cui al presente comma relative al riporto in avanti e all'indietro dell'eccedenza si applicano anche ai redditi d'impresa prodotti all'estero dalle singole società partecipanti al consolidato nazionale e mondiale, anche se residenti nello stesso paese, salvo quanto previsto dall'articolo 136, comma 6. (2)*

7. *Se l'imposta dovuta in Italia per il periodo d'imposta nel quale il reddito estero ha concorso a formare l'imponibile è stata già liquidata, si procede a nuova liquidazione tenendo conto anche dell'eventuale maggior reddito estero, e la detrazione si opera dall'imposta dovuta per il periodo d'imposta cui si riferisce la dichiarazione nella quale è stata richiesta. Se è già decorso il termine per l'accertamento, la detrazione è limitata alla quota dell'imposta estera proporzionale all'ammontare del reddito prodotto all'estero acquisito a tassazione in Italia.*

8. *La detrazione non spetta in caso di omessa presentazione della dichiarazione o di omessa indicazione dei redditi prodotti all'estero nella dichiarazione presentata.*

9. *Per le imposte pagate all'estero dalle società, associazioni e imprese di cui all'articolo 5 e dalle società che hanno esercitato l'opzione di cui agli articoli 115 e 116 la detrazione spetta ai singoli soci nella proporzione ivi stabilita.*

10. *Nel caso in cui il reddito prodotto all'estero concorra parzialmente alla formazione del reddito complessivo, anche l'imposta estera va ridotta in misura corrispondente.*

Nella base imponibile della controllante non concorrono gli utili in precedenza distribuiti dalla CFC, purché essi precedentemente siano stati sottoposti a tassazione per trasparenza, al fine di evitare che si verifichi una doppia imposizione.

La detrazione viene ammessa nei limiti dell'imposta pagata in Italia, con riconoscimento della possibilità di beneficiare del credito d'imposta per tutti i dividendi e le imposte non ammesse in detrazione.

Si aggiunge da ultimo come la recente circolare del 10 febbraio 2021 n. 2 abbia stabilito, in merito alla riduzione d'imposta derivante da fenomeni transfrontalieri che *“occorre precisare che nella determinazione degli effetti fiscali derivanti dal meccanismo transfrontaliero non si deve tener conto degli eventuali effetti limitativi derivanti da disposizioni dell'ordinamento tributario, quali ad esempio la disciplina sulle imprese controllate estere (CFC) o le disposizioni anti ibridi, che al momento in cui sorge l'obbligo di comunicazione non sono state ancora applicate. In altri termini, l'obbligo di comunicazione sussiste anche quando in sede di dichiarazione dei redditi, che normalmente viene presentata l'anno successivo e quindi oltre il termine di comunicazione del meccanismo, il contribuente è tenuto a sterilizzare in tutto o in parte gli effetti fiscali del meccanismo stesso in virtù di specifiche disposizioni limitative”*¹⁸⁵.

7.1 Problema inclusione IRAP: Circolare 35/E/2016

Le modifiche contenute nel D.lgs. 142/2018 hanno consistentemente riformato le modalità di determinazione della base imponibile delle CFC, offrendo un sistema che sia quanto più semplificato e agevole nella sua attuazione.

Il regime odierno si basa infatti, per ciò che concerne il calcolo del *tax rate virtuale*, esclusivamente sulla considerazione delle norme contenute nella disciplina IRES. Il sistema previgente non sempre ha avuto però i connotati sopra descritti.

In passato, ai fini del calcolo del reddito, veniva computata anche l'IRAP.

L'esclusione attuale dell'IRAP non è altro che il risultato di lunghi periodi di incertezze sulla prassi applicativa, che hanno contribuito al formarsi del sistema nei termini attuali. Dal contenuto della circolare 51/E/2010 si evinceva che nel calcolo del *tax rate* fosse necessario includere l'IRAP. L'Agenzia delle Entrate affermava che il confronto tra il livello di tassazione nominale (secondo il sistema precedente, attualmente la tassazione

¹⁸⁵ Circolare del 10 febbraio 2021, n. 2

effettiva) e quello virtuale domestico, dovesse avvenire rilevando nel calcolo della base imponibile sia l'aliquota IRES, vigente a partire dal periodo d'imposta in cui si instaurava il controllo, sia l'aliquota IRAP ordinaria. Dopo aver determinato così il *tax rate virtuale domestico*, esso veniva comparato con il *tax rate effettivo estero* e, se il livello di tassazione nominale fosse risultato inferiore al 50 per cento di quello vigente in Italia, la condizione di applicabilità si sarebbe ritenuta soddisfatta.

Di converso, ove si volesse disapplicare la normativa, doveva esser preliminarmente operato un confronto tra il *tax rate effettivo* con l'aliquota nominale italiana. Il livello di tassazione nominale si configurava come la somma dell'aliquota IRES e l'aliquota ordinaria IRAP. Allorquando il risultato avesse determinato un valore superiore al 50 per cento di quella italiana, l'esimente si sarebbe considerata dimostrata¹⁸⁶.

L'Amministrazione finanziaria attualmente ritiene incompatibile nell'assetto odierno normativo che, nel verificare la sussistenza della prima condizione, il computo nel *tax rate domestico* venga effettuato includendo nella base imponibile l'IRAP.

L'inclusione dell'IRAP nel sistema di confronto appesantirebbe eccessivamente il livello di tassazione italiano, che dovrebbe invece esser operato sulla base di termini omogenei a quelli della tassazione imposta negli Stati esteri. Per tali ragioni nella determinazione della base imponibile si ritengono applicabili solo le disposizioni IRES, salvo le eccezioni tassativamente disposte dal legislatore.

¹⁸⁶: “Ai fini del confronto dei livelli di tassazione nominali, dal lato italiano, in linea con i tradizionali criteri di individuazione della black list, seguiti per la redazione del D.M. 21 novembre 2001, rileva l'aliquota IRES, vigente nel periodo d'imposta in cui si riscontra il requisito del controllo, senza considerare eventuali addizionali. Rileva altresì, l'IRAP, di cui si prende in considerazione l'aliquota ordinaria (attualmente pari al 3,9 per cento)” par. 1.2.3 Circolare 35/E/2016;

“Dopo aver calcolato il *tax rate effettivo estero*, occorre operare un giudizio di congruità. Questo si effettua comparando il medesimo *tax rate* con il 50 per cento dell'aliquota nominale vigente in Italia oppure, nel caso di fallimento di questo test, si compara il *tax rate* con il 50 per cento della tassazione virtuale domestica (Cfr. Esempio n. 5). In altri termini, la dimostrazione dell'esimente presuppone che il *tax rate effettivo estero* venga preliminarmente confrontato con l'aliquota nominale italiana, data dalla sommatoria dell'aliquota IRES e dell'aliquota ordinaria IRAP. Se il *tax rate estero* risulta superiore al 50 per cento dell'aliquota nominale italiana, così determinata, l'esimente si considera dimostrata” par. 1.3 Circolare 35/E/2016

8. La disapplicazione della normativa

Allorquando siano realizzate le condizioni di applicabilità ex art. 167 TUIR, la disciplina ivi contenuta sarà operativa, fatta salva la possibilità di dimostrare la sussistenza dell'esimente unica ex comma 5.

In particolar modo, ove si dimostri che il soggetto estero svolga “*un'attività economica effettiva, mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali*”, l'esimente si considera verificata, secondo la nuova versione introdotta con il D.lgs. 142/2018. L'esimente unica è infatti il prodotto delle ultime riforme legislative che hanno superato il sistema previgente nel quale invece si prevedevano due diverse cause di disapplicazione. Le esimenti disposte ex art. 167 TUIR, previste nel modello *ante* riforma, erano contenute alla lett. a) e lett. b). Con esse si disponeva che, ove fosse dimostrata alternativamente una delle due condizioni, la tassazione per trasparenza dei redditi prodotti dalla CFC, in proporzione alla quota detenuta dal soggetto partecipante, non sarebbe stata applicata.

Nei paragrafi che seguono si analizza la struttura del modello previgente, per poi confrontarlo con quella prevista nel modello attuale, ripercorrendo le fasi attraverso le quali il contribuente può darne prova, opponendo all'Amministrazione finanziaria gli elementi probatori idonei a dimostrare la genuinità delle sue operazioni. Più specificatamente, il contribuente dovrà dimostrare che la localizzazione della CFC in Paesi che presentino un livello impositivo sensibilmente inferiore a quello italiano, sia motivata da ragioni economiche e strategiche d'impresa anziché da finalità elusive. Venuta meno l'obbligatorietà della proposizione di interpello preventivo con il D.lgs. 156/2015, il soggetto controllante potrà optare per la facoltativa proposizione di detta istanza ovvero operare la disapplicazione della CFC *legislation* e, solo in un momento successivo, dare prova dell'effettività dell'attività economica. In questa seconda ipotesi la prova viene fornita attraverso l'instaurazione di un contraddittorio probatorio con l'Amministrazione stessa, previa compilazione della dichiarazione relativa alla partecipazione nella società controllata.

8.1 Le due esimenti nel modello previgente

Le esimenti previste nel modello preesistente erano due. La prima causa di disapplicazione della normativa previgente sussisteva ove si dimostrasse che l'attività svolta dalla CFC fosse industriale o commerciale, nonché concretamente svolta nel territorio in cui era locata e fosse lì erogata l'attività principale dell'ente.

L'espletamento effettivo dell'attività industriale o commerciale non era idoneo di per sé considerato a escludere il carattere fittizio dell'ente. Il legislatore aveva inteso stringere più duramente i confini dell'esimente, specificando che l'attività dovesse esser oltretutto svolta nel mercato dello Stato in cui l'ente era localizzato. La *ratio* risiedeva nell'accertarsi che la CFC fosse operativa *in toto* nel mercato estero, integrata economicamente in esso e tale da giustificare il suo insediamento fisico nel territorio dello Stato. In altri termini, si scorgeva l'imprescindibile presenza di un duplice radicamento: economico e giuridico, ove per radicamento si doveva intendere il legame tra l'attività e il Paese di insediamento, nonché la volontà di prender parte in maniera attiva e continua al mercato economico locale¹⁸⁷.

In virtù di quanto precisato anche dalla risoluzione 51/E/2010 dell'Agenzia delle Entrate, il radicamento inteso in questa duplice portata non doveva considerarsi verificato ove la condizione non fosse stata nella sua interezza soddisfatta. È facilmente comprensibile come la sola fattispecie dell'insediamento fisico del soggetto nel territorio estero non era idonea di per sé a giustificare l'esclusione dell'operatività della disciplina. La presenza di una struttura organizzata e adeguata *in loco* era solo il presupposto esistenziale della seconda metà della condizione, ossia l'esercizio dell'attività industriale o commerciale nel contesto economico dello Stato d'insediamento.

La prassi amministrativa, sancita la duplicità della condizione sopra riportata, aveva definito quando la partecipazione della CFC nel mercato locale si poteva considerare rilevante nella misura della disapplicazione. Preliminarmente doveva operarsi un *discrimen* tra mercato di sbocco e mercato di approvvigionamento. Con il primo si intendeva il mercato finale entro il quale l'imprenditore offriva prevalentemente la destinazione dei prodotti finali al consumatore; con il secondo invece ci si riferiva al mercato tramite il quale si recuperavano le materie prime o intermedie, necessarie nel ciclo produttivo del prodotto finale.

¹⁸⁷ Conclusioni già desunte dalla sentenza *Cadbury Schweppes*

Difatti, qualora l'attività commerciale o industriale non si fosse svolta in uno di questi due mercati nel territorio d'insediamento, si considerava improbabile il legame effettivo tra la controllata e il territorio, seppur non si escludeva la possibilità di dimostrare nel caso concreto eventuali ragioni economiche e strategiche di supporto.

Di converso la connessione economica e geografica sarebbe stata riscontrata qualora l'attività fosse stata significativamente svolta nel mercato estero ovvero gli acquisti e le vendite in esso avessero superato il 50 per cento.

Parzialmente diversi erano gli elementi da valutare nel caso dell'attività estera finanziaria o assicurativa. In riferimento a queste il legislatore disponeva come si doveva valutare il legame tra le fonti e gli impieghi con il territorio stesso. Parimenti a quanto detto sopra, la dimostrazione di questo legame comportava certamente il soddisfacimento dell'esimente, ma, all'opposto, dove questo non poteva essere verificato sarebbe stato in altro modo possibile dimostrare il legame tra il locus e l'attività svolta. Il legame tra le fonti e gli impieghi nel territorio rappresentava solo un indizio del rapporto di legame.

Pur ammettendo quanto detto, l'Amministrazione finanziaria era libera ugualmente, ancor quando gli elementi fossero stati ravvisati, di non considerare operativa l'esimente ove più della metà dei proventi della CFC provenissero da:

- gestione, detenzione, investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie;
- cessione o concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria, artistica;
- prestazione di servizi infragruppo¹⁸⁸ e anche servizi di natura finanziaria.

Conformemente ai principi comunitari in materia, ove l'Amministrazione finanziaria avesse deciso di disporre la non operatività dell'esimente, al contribuente doveva contestualmente esser riconosciuta la possibilità di fornire la prova contraria mediante interpellò (v. di seguito), dimostrando dunque l'effettività dell'attività svolta e l'applicabilità dell'esimente, fornendo dimostrazione della mancanza di intenti elusivi.

¹⁸⁸ La Circolare 51/E/2010 ricomprende tra i servizi infragruppo le operazioni effettuate dalle *trading companies*. Tali imprese sono adibite all'esercizio di attività di compravendita di merci in nome e per conto proprio con soggetti appartenenti allo stesso gruppo. Tuttavia la questione è piuttosto controversa in ragione del fatto che molti ritengono l'esercizio di detta attività come un'indipendente attività commerciale e, dunque, discutibilmente si devono ritenere come operazioni infragruppo.

La circolare 51/E/2010 definiva alcuni spunti (ancora oggi validi) su cui basare la difficile incombenza probatoria, tra cui: la descrizione analitica delle attività effettivamente svolte, i rapporti economici finanziari intrattenuti dalla CFC, l'indicazione delle componenti di reddito, una disquisizione sui risultati e gli elementi desumibili dal bilancio d'esercizio, che potevano supportare la concretezza dei risultati generati dalla controllata e il suo rapporto con la controllante.

Laddove più del 50% dei proventi della società fossero provenuti dai *passive income*, non sarebbe stata applicata l'esimente.

Da ultimo, ove il soggetto controllato locato in un Paese non facente parte della *black list* avesse detenuto una stabile organizzazione in un Paese facente parte, allora i redditi ai fini del *passive income test* dovevano essere valutati integralmente – se quelli prodotti dalla stabile organizzazione venivano tassati nei confronti della controllata – altrimenti in maniera separata, rimanendo rilevanti esclusivamente quelli della casa madre.

Il comma 5 art. 167 TUIR disponeva, in alternativa alla prima esimente, una seconda ipotesi idonea giustificare la disapplicazione della disciplina. Conformemente alla *ratio* che ha ispirato la riforma del 2018, il contribuente poteva esimersi dalla tassazione per trasparenza ivi disposta, ove fosse riuscito a dimostrare che la localizzazione della società nel Paese a fiscalità privilegiata non era finalizzata all'allocazione dei redditi in questi Paesi per il tramite delle partecipazioni detenute.

Si ricorda ancora una volta come una delle novità introdotte a seguito della legge di Stabilità del 2016, risiedeva nella definizione dei Paesi a fiscalità privilegiata identificati al comma 4. Non veniva più operato un rinvio ai provvedimenti emanati dal Ministero dell'economia e delle finanze, bensì gli Stati a fiscalità privilegiata erano qualificati tali ove essi adottassero un livello impositivo nominale inferiore alla metà di quello imposto nell'ordinamento italiano.

Malgrado ciò, si riteneva operante l'esimente in una serie di ipotesi in cui, nonostante l'Ente fosse localizzato in un Paese a fiscalità privilegiata, ricorrevano una serie di condizioni. In primo luogo, l'esimente si riteneva verificata se la CFC era insediata in uno Stato che offriva un regime fiscale privilegiato, ma il 75 per cento dei suoi redditi erano prodotti in territori a fiscalità ordinaria e sottoposti dunque alla relativa tassazione. Parimenti nelle ipotesi in cui un soggetto godeva di un regime fiscale privilegiato, ma l'attività principale, la sede legale o la residenza fossero in un Paese a fiscalità ordinaria, l'esimente si considerava soddisfatta.

Infine si considerava ugualmente operante ove un soggetto detenesse una stabile organizzazione in un territorio a fiscalità privilegiata, ma i redditi da essa generati fossero tassati secondo un livello ordinario imposto dallo Stato della società madre.

In sintesi, gli elementi che venivano presi in considerazione, nei tre scenari sopra riportati, in comune prevedevano una valutazione del carico fiscale sull'intero gruppo di società anziché sulla sola locata nel Paradiso fiscale e, ove esso non fosse stato sensibilmente inferiore a quello a cui sarebbe stato assoggettato in Italia, si riteneva disapplicabile la CFC *legislation*. Questo criterio superava il mero dato del *locus* in cui si insediava l'ente controllato, a favore invece di valutazioni concrete sullo sgravio fiscale operato.

Invero queste erano le conclusioni ribadite dalla circolare 51/E/2010, che specificava altresì come la presenza di queste circostanze andava dimostrata mediante documentazione idonea tramite interpello ove, tra le altre, doveva esser data prova dello scopo non elusivo per il quale l'attività era stata ivi localizzata. Si tenga a mente come la matrice di questo istituto si rinveniva nel quadro delle misure cooperative internazionali fiscali in materia di lotta contro l'elusione e dunque l'assenza della volontà antielusiva era essenziale.

8.2 L'esimente nel modello attuale

Con le modifiche introdotte dal D.lgs. 142/2018 il legislatore ha voluto disporre un sistema che semplificasse *l'iter* procedimentale attraverso il quale può esser dimostrata la causa di disapplicazione. Come anticipato, le esimenti precedentemente previste erano due, mentre ad oggi è prevista un'esimente unica. La versione attuale del comma 5 stabilisce che *“Le disposizioni del presente articolo non si applicano se il soggetto di cui al comma 1 dimostra che il soggetto controllato non residente svolge un'attività economica effettiva, mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali”*. La dimostrazione dell'esercizio di un'attività economica effettiva rappresenta dunque requisito essenziale ai fini della disapplicazione della disciplina, la cui prova deve esser supportata dalla detenzione di una struttura organizzativa idonea all'esercizio dell'attività d'impresa dichiarata e dotata di un autonomo centro di gestione. A tal proposito si ritengono tuttora applicabili le precisioni contenute nella circolare 51/E/2010, nella quale l'Agenzia delle entrate chiarisce che la presenza di una struttura organizzativa localizzata all'estero è sì un requisito essenziale, ma non sufficiente ai fini dell'operatività dell'esimente. La struttura, oltre che effettiva e presente sul territorio, deve esser infatti

concretamente operante entro i confini di quest'ultimo, garantendo così l'espletamento dell'attività entro i confini spaziali.

La prova dell'esimente potrà esser fornita attraverso due strumenti: l'interpello preventivo e il contraddittorio con l'Amministrazione finanziaria. Qualora si decidesse di optare per il primo, l'onere probatorio competerà alla società, impresa o ente esercitante il controllo e residente in Italia; nel secondo caso l'accertamento spetterà agli organi competenti in sede di accertamento. A seconda della scelta del contribuente diversi sono i rilievi pratici che si assumeranno. Nel caso dell'interpello probatorio dovranno in ogni caso eseguirsi il *tax rate test* e la valutazione dei *passive income*, eccezion fatta per coloro che in precedenza abbiano optato per il regime dell'adempimento collaborativo, con il quale si persegue un costante dialogo con l'Amministrazione¹⁸⁹. Diversamente, ove il contribuente prediliga disapplicare la disciplina ritenendo sussistente l'esimente e, in un secondo momento, instaurare il contraddittorio con l'Amministrazione finanziaria, dovrà segnalarlo nella dichiarazione dei redditi. In mancanza dell'adempimento di quest'obbligo formale non interverrà la preclusione della dimostrazione dell'esimente, ma esclusivamente l'irrogazione della sanzione amministrativa pecuniaria. La fase di accertamento, ad opera dei verificatori, è preceduta da un obbligatorio contraddittorio preventivo, nelle ipotesi in cui non sia stato proposto interpello preventivo ovvero la risposta sia stata negativa. Il contribuente è invitato a fornire la prova dell'esimente entro 90 giorni e in mancanza del rispetto di detto termine si verifica l'impossibilità di inviare l'avviso di accertamento. Nel caso in cui l'Amministrazione ritenga le prove fornite non idonee a determinare l'esistenza dell'esimente in esame, l'avviso di accertamento deve esser preceduto da congrua motivazione.

¹⁸⁹Il regime dell'adempimento collaborativo, istituito con D.lgs. del 5 agosto 2015 n. 128 "*si pone l'obiettivo di instaurare un rapporto di fiducia tra amministrazione e contribuente che miri ad un aumento del livello di certezza sulle questioni fiscali rilevanti. Tale obiettivo è perseguito tramite l'interlocuzione costante e preventiva con il contribuente su elementi di fatto, ivi inclusa l'anticipazione del controllo, finalizzata ad una comune valutazione delle situazioni suscettibili di generare rischi fiscali. È un istituto che prevede l'adesione volontaria del contribuente qualora sia in possesso di requisiti soggettivi ed oggettivi come di seguito esposti*" Regime di adempimento collaborativo - Che cos'è, dal sito Agenzia delle Entrate.

8.3 L'interpello probatorio

L'attribuzione per trasparenza al soggetto residente dei redditi conseguiti all'estero, non ancora distribuiti, potrà dunque esser disapplicata al ricorrere dell'esimente sopra esaminata e come disposta dal comma 5. Il D.lgs. 142/2018 ha riformato il sistema previgente alla luce delle innovazioni sorte nello scenario comunitario, sia a seguito degli interventi normativi (quali ad esempio la direttiva ATAD), sia a seguito dei mutamenti giurisprudenziali (in particolar modo con la sentenza *Cadbury Schweppes*, con la quale si è introdotto il criterio del radicamento economico e geografico¹⁹⁰).

Se gli aspetti finora trattati sono di carattere sostanziale, si analizzino adesso quelli di carattere procedurale ai fini della disapplicazione della normativa.

¹⁹⁰ Il criterio del radicamento economico e geografico, ripreso anche da più circolari delle Agenzie delle Entrate, costituisce un presupposto essenziale ai fini della valutazione dell'effettività dell'attività d'impresa economica esercitata dal contribuente nel territorio di uno Stato diverso da quello di residenza, nonché ai fini dell'accertamento della genuinità della stessa. Il criterio del radicamento economico e geografico assumeva rilevanza già nella disciplina CFC previgente, ai fini della dimostrazione della prima esimente. Le conclusioni riportate nel dispositivo erano state assorbite anche nella Circolare 51/E/10 (v. infra), ancora oggi determinante ai fini della disapplicabilità della disciplina. Nel sistema attuale difatti il campo soggettivo di applicazione del modello impositivo ex art. 167 TUIR detiene una portata più ampia, non essendo più rilegato alle sole ipotesi delle società esercenti attività d'impresa in Paradisi fiscali. Per tali ragioni, al contribuente viene conferita la possibilità di dare prova dell'effettivo esercizio dell'attività economica allorquando essa si espliciti, per il tramite di una struttura societaria ivi collocata, un'attività economica o industriale nello Stato di insediamento. La prova necessaria deve esser atta a dimostrare la duplice esistenza di fattori: *in primis* che sia effettivamente presente nel territorio dello Stato estero una struttura d'impresa organizzata e dotata di un personale autonomo (radicamento geografico) e *in secundis* che la sede d'affari sia strumentale all'esercizio dell'attività commerciale, in quanto l'organizzazione giuridica si ritiene impegnata in maniera continuativa e stabile alla partecipazione alla vita economica dello Stato di insediamento.

“per radicamento deve intendersi il legame economico e sociale della CFC con il Paese estero e, quindi, «la sua intenzione di partecipare, in maniera stabile e continuativa, alla vita economica di uno Stato (...) diverso dal proprio e di trarne vantaggio (sentenza *Cadbury Schweppes* della Corte di Giustizia Ue, 12 settembre 2006, C-196/04, punto 53)»

Cfc black list nella stretta del «radicamento, Iusletter, <https://iusletter.com/oggi-sulla-stampa/cfc-black-list-nella-stretta-del-radicamento/>.

La novella del 2015 ha statuito due modalità che il contribuente può perseguire per dare prova dell'esimente: l'interpello preventivo e il dialogo con l'Amministrazione finanziaria.

Per ciò che concerne il primo di essi, si noti come la previsione *ante* riforma era profondamente diversa. Con le modifiche introdotte il legislatore ha eliminato il carattere dell'obbligatorietà, caratterizzante sino a quel momento l'interpello preventivo. In precedenza, difatti, l'instaurazione preventiva con l'Amministrazione finanziaria di un dialogo, tramite presentazione d'istanza d'interpello, rappresentava un requisito imprescindibile ai fini della dimostrazione della sussistenza delle cause di disapplicazione. Tuttavia, le obiezioni maggiori sorgevano in ragione del fatto che dare la prova in sede contenziosa delle ragioni del contribuente, poteva rappresentare un rischio per esso, il quale non sempre vedeva soddisfatti i propri interessi. Quest'ultima non era però l'unica perplessità.

Ci si domandava difatti se la mancata preposizione di esso potesse costituire una preclusione all'operatività delle esimenti (costituendo per altro un'inevitabile lesione dei diritti del contribuente nonché più in generale del diritto alla difesa) ovvero se l'onere della prova in capo al contribuente costituisse un elemento eccessivamente gravoso, oltre alla obbligatorietà in sé.

Le caratteristiche di questo strumento ingeneravano non poche perplessità anche rispetto la conformità al diritto sovranazionale. Nessun altro Stato aveva mai definito la proposizione dell'istanza di interpello preventiva come obbligatoria e, pertanto, si riteneva tale previsione non fosse conforme agli elementi minimi così come definiti dal progetto BEPS. Dall'altro fronte, l'Agenzia delle Entrate giustificava la sua portata assumendo che questo strumento fosse garanzia del contrasto all'elusione fiscale ma, che al tempo stesso, per sua natura offriva la possibilità di derogare alla tassazione per trasparenza e conservare il diritto di difesa del contribuente, attesa la non vincolatività della risposta.

Con il D.lgs. 147/2015 il sistema previgente ha subito modificazioni anche dal punto di vista procedurale. Da quel momento è stata sancita la non obbligatorietà della presentazione dell'interpello preventivo. Il contribuente ha così la possibilità di dare prova della sussistenza della condizione di non applicabilità della disciplina optando per l'interpello preventivo o per un accertamento successivo dell'Amministrazione finanziaria. La modalità perseguita sarà dunque frutto di una libera scelta, fondata esclusivamente su ragioni di convenienza personali. Il contribuente potrà scegliere se

accertare la propria situazione in maniera preventiva, tramite interpello facoltativo o alternativamente disapplicare la disciplina e postergare l'accertamento dinanzi all'Amministrazione finanziaria nella fase di controllo. In questa seconda ipotesi gli obblighi formali, quali le dichiarazioni es. i quadri FC o RM soprariportati, assumono un ruolo da protagonista. Il soggetto d'imposta dovrà infatti dichiarare in esse la detenzione delle partecipazioni societarie, sui quali l'Amministrazione fonderà i suoi controlli. Quest'ultimo si ritiene esser un adempimento obbligatorio in ragione del mutamento operato dagli interventi richiamati.

Tornando allo studio dell'interpello, si evidenzia come la facoltatività dello strumento sia rafforzata dalle esigenze preminenti nel contesto tributario. Le spinte riformatrici sono anche il risultato delle consapevolezze della giurisprudenza in materia, conscia di come l'eccessivo ricorso agli interpelli gravasse oltremisura sulle Amministrazioni finanziarie, creando rallentamenti burocratici ed eccessivi oneri sul contribuente.

Nella relazione introduttiva al D.lgs. 147/2015 si legge il nuovo ruolo assunto dall'interpello, definito come strumento ricorribile volontariamente dal contribuente. Al contribuente viene offerta la possibilità di valutare autonomamente la sussistenza delle esimenti (ora esimente unica) – alla stregua di valutazioni oggettive – e decidere autonomamente come procedere nella disapplicazione, offrendo lui l'opportunità di *responsabilizzarsi*.

Nelle ipotesi di interpello probatorio, finalizzato alla dimostrazione del carattere non artificioso delle strutture d'impresa localizzate, il contribuente sarà legittimato a proporlo anche in assenza dell'esimente, evitando *tax rate test* e *passive income test*.

In sintesi, con l'istanza di interpello si vuole verificare la sussistenza in concreto delle cause di disapplicazione, valutando l'efficacia degli strumenti probatori forniti, rimandando altrimenti detti accertamenti ad una fase successiva alla disapplicazione.

Il provvedimento finale, emanato alla stregua della procedura di interpello, potrà consistere in una risposta positiva, ove la sussistenza delle esimenti venga accertata o, al contrario, negativa ove la verifica non sia stata soddisfacente. Il parere negativo non ha carattere vincolante, perciò il contribuente potrà parimenti decidere di non applicare alla situazione personale la *CFC legislation*, non escludendo però l'instaurazione successiva del contraddittorio con l'Amministrazione finanziaria.

8.4 Il contraddittorio preventivo con l'Amministrazione finanziaria

Le modifiche contenute nel D.lgs. 147/2015 se da un lato hanno sancito la non obbligatorietà dell'interpello, dall'altro hanno introdotto ulteriori emendamenti procedurali nella fase disapplicativa della tassazione, come prevista all'art. 167 TUIR. È stato così attribuito un ruolo determinante all'Amministrazione finanziaria nell'esercizio dell'attività di controllo, con particolare riguardo alla fase di contraddittorio con il contribuente.

Il contraddittorio preventivo, a seguito dei richiamati interventi, si instaura in due occasioni: allorché il contribuente abbia optato per la non presentazione dell'istanza di interpello preventivo e abbia arbitrariamente non applicato la tassazione per trasparenza o, alternativamente, dopo che la presentazione dell'interpello non abbia avuto esito positivo.

In questa seconda occasione, pur riconoscendo la non vincolatività della risposta, l'Amministrazione finanziaria sarà obbligata dunque a instaurare un contraddittorio preventivo, che sia improntato alla verifica dei presupposti e costituisca condizione preliminare necessaria per un'eventuale e futura notifica di accertamento.

Il contribuente viene invitato entro 90 giorni, decorrenti dal momento della ricezione della richiesta, a fornire gli strumenti probatori idonei a giustificare la non operatività della tassazione così disposta.

A seguito dell'instaurazione del dialogo tra contribuente e Amministrazione, in cui il primo dovrà provvedere a sottoporre tutte le documentazioni opportune, il procedimento si concluderà con il responso della seconda. In caso di esito negativo, perché le prove fornite vengono valutate non sufficienti, l'Amministrazione sarà legittimata ad emettere l'avviso di accertamento che, per ragioni di completezza e tutela del contribuente, deve esser supportato dalle motivazioni che lo hanno premesso.

Ancor più in questa fase si comprende il ruolo determinante detenuto dalle dichiarazioni, come ad esempio il quadro FC nella fase di accertamento.

Laddove il contribuente abbia deciso di non instaurare interpello preventivo, esso sarà obbligato a dichiarare nel quadro FC le partecipazioni da lui detenute nell'ente estero, così da facilitare il successivo accertamento in capo all'Amministrazione finanziaria.

Parimenti l'obbligatorietà della dichiarazione risiede qualora l'istanza d'interpello sia stata proposta e il suo esito sia stato negativo, ma ciononostante non sia stata applicata la CFC *rules*. Di converso in tutte le fattispecie in cui al ricorrere dei presupposti applicativi

la disciplina sia stata attuata ovvero l'interpello preventivo abbia avuto esito positivo, la dichiarazione sarebbe irrisoria e dunque si ritiene non essere obbligatoria.

La mancata presentazione della dichiarazione comporta una sanzione di carattere amministrativo, ma non procedurale. Chiarendo il punto, la mancata compilazione della dichiarazione obbligatoria comporta l'irrogazione di una sanzione pecuniaria corrispondente al 10 per cento del reddito prodotto dal soggetto controllato estero, per un importo compreso tra 1.000 € e 50.000€.

Dal punto di vista procedurale, tuttavia, la mancata presentazione non si ritiene aver carattere ostativo. Il contribuente potrà, sia nelle ipotesi in cui in precedenza non abbia proposto istanza di interpello e sia qualora l'abbia presentata ma gli esiti siano stati negativi, fornire all'Amministrazione finanziaria gli elementi probatori necessari a supporto dell'esimente che lo ha indotto a non applicare la disciplina ex art. 167 TUIR, pur non avendo ottemperato agli obblighi dichiarativi lui richiesti¹⁹¹.

9. Le dichiarazioni: il quadro FC

La detenzione di partecipazioni rilevanti, in società locate in Paesi che presentano un livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello italiano, in alcune ipotesi comporta l'adempimento di una pluralità di obblighi procedurali, pena l'irrogazione di ingenti sanzioni.

Nell'ambito di queste procedure si collocano le dichiarazioni che devono essere compilate dal contribuente, ai fini della determinazione del reddito imponibile.

Una prima tipologia di dichiarazione è rappresentata dal quadro FC, di cui si è già fatta menzione. La dichiarazione in esame deve essere compilata dal contribuente nelle ipotesi in cui esso ritenga sussistere l'esimente ex comma 5, ma la disapplicazione dell'istituto sia intervenuta a seguito della mancata proposizione dell'istanza d'interpello preventivo ovvero l'esito di esso sia stato negativo (poiché non vincolante). Nelle ipotesi sopraindicate si dispone dunque l'obbligatorietà della dichiarazione, che diversamente non è prevista nel caso in cui la risposta all'interpello sia positiva.

L'adempimento spetta al soggetto residente che esercita l'attività di controllo, anche in via indiretta, sul soggetto estero localizzato nello Stato che presenti le caratteristiche di cui si è parlato. Altresì l'adempimento può ricadere nei confronti dei soggetti non

¹⁹¹ IBIDEM, *Testo Unico delle Imposte sui redditi*

residenti (ex. art. 73 comma 1, lett. d) TUIR), relativamente alle loro stabili organizzazioni italiane.

Si ricorda che, ai sensi del comma 1 e 2 art. 167 TUIR, l'ambito soggettivo dei soggetti controllanti a cui la disciplina si rivolge è piuttosto vasto, potendo ricomprendere tanto le persone fisiche quanto le persone giuridiche (società di persone o capitali) che esercitano attività commerciale o non, nonché gli enti pubblici e privati diversi dalle società. Per ciò che concerne il soggetto controllato sarà sufficiente invece che si tratti di una società o un ente, purché esso sia soggetto al controllo (sia esso di fatto o di diritto), detenuto attraverso la sua partecipazione agli utili. Il controllo dovrà quantomeno esser verificato al momento della data di chiusura dell'esercizio.

Per ciò che concerne la composizione del quadro FC, esso si articola in sei sezioni.

La prima di esse attiene alla raccolta di tutti i dati identificativi del soggetto controllato, necessari per il riconoscimento. Oltre le informazioni basilari, che ricomprendono ad esempio la denominazione sociale, la sede legale, la data di chiusura dell'esercizio, il codice identificativo estero etc., si rintraccia in essa un campo apposito nel quale devono esser riportate le informazioni relative all'attività di controllo. Deve esser specificatamente menzionato se la tipologia di controllo sia diretta o indiretta e, conseguentemente, deve indicarsi il numero di voti esercitabili in assemblea (che possono esser tali da rappresentare la maggioranza o comunque esercitare un'influenza notevole) nelle ipotesi di controllo diretto; in alternativa dovranno esser riportati quelli spettanti alle società fiduciarie o interposta persona, mediante i quali si esercita il controllo indiretto. Non dovranno mai esser riportati i voti spettanti per conto di terzi, in quanto non idonei all'instaurazione del controllo indiretto. Quanto detto si riferisce perlopiù al caso in cui il soggetto controllante sia una persona giuridica, in quanto, diversamente, per le persone fisiche il computo dei voti deve esser effettuato riferendosi anche a quelli detenuti dal coniuge o dai parenti entro il terzo grado e affini entro il secondo. Dovrà inoltre esser specificato, barrando l'apposita casella, che non sussistono le condizioni di disapplicazione, malgrado non sia stata preventivamente proposta istanza di interpello o alternativamente l'istanza sia stata presentata ma l'esito sia stato negativo¹⁹². Nella

¹⁹² Nel precedente quadro FC doveva anche esser appositamente indicato se lo Stato di insediamento della controllata, appartenesse alla *white list* o *black list*. A seguito del D.lgs. 142/2018 tale distinzione ha perso di significato, in quanto il riferimento normativo contenuto nella riforma ha preso di rilevanza nella disciplina in esame.

versione precedente del quadro FC, si riteneva necessario indicare anche quale esimente specifica fosse richiamata, ma, a seguito della formulazione dell'esimente unica, questa previsione è stata ragionevolmente rimossa. Al suo posto è stata introdotta la sezione delle 'perdite virtuali', nella quale vengono indicate le perdite virtuali domestiche realizzate, pur essendo presente un livello di tassazione effettivo non inferiore alla metà di quello italiano.

Nella sezione II vengono trascritti i dati essenziali alla determinazione del reddito. Occorre in questo campo riportare le variazioni in aumento e in diminuzione al risultato, emerse nel bilancio d'esercizio della controllata, ammettendo in detrazione ex art. 165 TUIR le imposte pagate all'estero¹⁹³. In questa sezione occorre inoltre riportare le informazioni relative alle perdite sostenute, fatta salva l'impossibilità di compensare le stesse con gli utili prodotti all'estero, ma essenziali per la determinazione del *tax rate virtuale*.

Nella sezione III precedente si raccoglievano inoltre tutte le informazioni richieste per la verifica della sussistenza dei requisiti richiesti per i soggetti non residenti, qualora esse fossero società "di comodo", in particolar modo relative all'accertamento di un reddito minimo imponibile e il *test* dell'operatività. Attualmente detta sezione è stata sostituita con la vecchia sezione IV, nella quale si raccolgono invece le informazioni necessarie relative alla determinazione del reddito della controllata. Nella sezione IV attuale del quadro FC, si collocano con più precisione i dati relativi alle quote di partecipazioni (il cui valore è essenziale per l'imputazione *pro quota* dei redditi) e il prospetto per la determinazione degli interessi passivi deducibili¹⁹⁴. L'attuale sezione V corrisponde alla precedente VI sezione, nella quale vengono riportate le dichiarazioni dello scrivente di aver fedelmente riportato le informazioni conformemente ai principi contabili in materia.

¹⁹³ Per i crediti d'imposta relativi alle imposte pagate dai soggetti controllati esteri, a sua volta si prevede il quadro CE, che, in ossequio all'art. 165 TUIR si compone di tre sezioni:

- 1) la prima contiene le informazioni necessarie per definire l'ammontare del credito d'imposta;
- 2) la seconda espone i dati relativi alla determinazione delle eccedenze d'imposta nazionale ed estero, con il relativo credito spettante;
- 3) la terza è riepilogativa dei risultanti ottenuti nelle prime due.

¹⁹⁴ *La fiscalità internazionale nel modello redditi SC 2018*, a cura della Commissione "Internazionalizzazione delle Imprese"
https://www.odcec.roma.it/images/file/2018_documenti/fiscalita_internazionale2018.pdf

Non ritenendosi più obbligatorio l'istituto dell'interpello, la dichiarazione relativa al numero di partecipazioni detenute ha assunto carattere di obbligatorietà, qualora il contribuente decida di disapplicare la disciplina CFC e rimandare l'accertamento ad una fase successiva con l'Amministrazione finanziaria senza proporre interpello. Ugualmente si avrà obbligatorietà nelle ipotesi in cui l'esito dell'interpello sia stato negativo. Ne consegue che la mancata compilazione della dichiarazione comporta l'erogazione di una sanzione amministrativa, il cui ammontare è pari al 10 per cento del reddito prodotto dalla controllata e il cui valore deve essere compreso tra 10.000 € e 50.000 €¹⁹⁵.

9.1 segue: il quadro RM

Si è detto che, a seguito della verifica dei presupposti applicativi della CFC *legislation*, si deve procedere all'imputazione per trasparenza dei redditi conseguiti all'estero in capo al soggetto controllante e in proporzione alla quota da lui detenuta. L'operatività del regime delle CFC comporta dunque l'applicazione di un sistema di tassazione trasparente dei redditi, su base separata, che siano stati conseguiti nel periodo d'imposta in corso al momento della chiusura del bilancio d'esercizio. La tassazione si verifica indipendentemente dalla distribuzione dei dividendi e applicando l'aliquota d'imposta media non inferiore all'aliquota IRES (non essendo più considerata l'aliquota ordinaria IRAP). Affinché questo modello possa essere applicato, tra gli obblighi formali, vi è quello di redazione della dichiarazione dei redditi, necessaria nell'identificazione della base imponibile.

È nel quadro RM che si colloca il cuore del sistema, nella misura in cui in essa vengono dichiarati i redditi conseguiti all'estero, che dovranno essere tassati secondo il sistema previsto ex art. 167 TUIR.

Nel quadro RM sono individuabili le informazioni identificative del soggetto dichiarante, la parte di reddito imputata ad esso, l'aliquota media applicata (superiore necessariamente al 24%), l'imposta da pagare e l'imposta già versata all'estero sugli utili prodotti detraibile ex art. 165 TUIR.

Da ultimo, si riporta l'imposta definitiva dovuta, previo computo delle relative detrazioni.

¹⁹⁵ Bettiol S., *Il quadro FC accoglie le novità della disciplina CFC dopo le modifiche del Decreto ATAD*, Mysolution Fisco e società, https://www.mysolution.it/globalassets/_nuovomysolution/pdf-approfondimenti/fisco/2020/05/20_05_19-commento-bettiol.pdf

9.2 segue: il quadro TN

La terza tipologia di dichiarazione è quella del quadro TN. In essa vengono riportati gli utili e le perdite conseguite dal soggetto controllato, così da imputarli al soggetto residente per trasparenza.

Anche il quadro TN contiene una prima sezione relativa ai dati identificativi del soggetto controllato, quali ad esempio: lo Stato di localizzazione, l'anno d'imposta, il reddito prodotto e l'imposta dovuta. Nelle sezioni successive vengono riportate le eventuali eccedenze d'imposta o comunque i redditi da imputare al soggetto controllante per trasparenza, nei limiti della quota del patrimonio netto detenuta.

Tale dichiarazione è resa obbligatoria tanto per coloro che decidano di adottare opzionalmente un regime di trasparenza e, altrettanto, per i soggetti sottoposti alla norma CFC. Tralasciando i primi, per ciò che attiene i secondi viene dedicata una sezione apposita del quadro TN, nella quale si riportano i redditi conseguiti dalla CFC da imputare proporzionalmente ai soci, nonché le imposte già versate negli anni precedenti e nel medesimo anno.

10. L'imputazione del reddito al soggetto controllante

Verificati i requisiti applicativi di cui al comma 1 e in assenza dell'esimente unica, al soggetto residente saranno imputati i redditi prodotti dall'ente controllato estero.

Il regime delle CFC assume un ruolo derogatorio rispetto la disciplina ordinaria. In base a quest'ultima i redditi generati vengono imputati al soggetto controllante residente in Italia in proporzione alle quote da lui detenute, al momento della distribuzione dei dividendi; questo regime non è così applicato nella *CFC legislation*.

Il rapporto di specialità della norma rispetto il regime ordinario risiede nell'imputazione temporale dei redditi. Il regime ordinario di tassazione dei redditi, conseguiti da un soggetto detenente partecipazioni rilevanti, prevede che essi vengano imputati nel momento in cui si proceda alla distribuzione degli utili.

L'elemento caratteristico della disciplina CFC risiede, differentemente, nell'imputazione del reddito prodotto, in capo al soggetto residente, al momento della chiusura dell'esercizio in cui essi siano stati generati. L'attribuzione si verifica dunque

indipendentemente dalla distribuzione degli utili, – fermo restando la possibilità di beneficiare del credito d'imposta – in virtù della mera maturazione di essi, anziché della loro effettiva manifestazione economica. Si riscontra così una deroga al principio di territorialità, secondo il quale i redditi sono tassabili nel territorio solo se ivi trasferiti. Viene invece consentita l'attrazione dei redditi nella sfera giuridica del soggetto italiano residente, anche qualora essi siano prodotti all'estero e non effettivamente ancora 'rimpatriati' nel territorio italiano.

La *ratio* del sistema di tassazione ex art. 167 TUIR risiede nel costruire un modello che disincentivi le pratiche del contribuente, fraudolentemente attuate al fine di eludere il sistema fiscale, che tramite esse cerchi di beneficiare di un sistema di tassazione più favorevole ovvero avvantaggiarsi del differimento d'imposta.

Il comma 7 art. 167 TUIR, novellato dal d.lgs. 142/2018, afferma che, ai fini del comma 6, la determinazione del reddito debba esser effettuata applicando le disposizioni nazionali in materia d'imposta sul reddito delle imprese. Il nuovo assetto normativo si pone in contrapposizione con il precedente – già innovato con D.lgs. 148/2015 – nel quale si prevedeva che il reddito prodotto all'estero fosse imputato al soggetto residente per trasparenza e concorresse nella base imponibile con gli altri redditi, anziché separatamente. Il sistema odierno sancisce invece l'applicazione delle norme previste per i redditi d'impresa di cui sono titolari i soggetti indicati al comma 1, prescindendo dalla loro inclusione nel TUIR, dovendo applicarsi anche i provvedimenti speciali. Nella tassazione previgente dei redditi CFC si prevedeva inizialmente una sola eccezione a questo principio generale, ove si disponeva la non applicabilità dell'art. 86 TUIR relativo alla tassazione delle plusvalenze, ora invece estesa a più disposizioni. Il reddito determinato dunque, a seguito dell'entrata in vigore delle disposizioni nazionali oggi vigenti, viene imputato al soggetto controllante in proporzione alle quote da lui detenute secondo il principio di competenza. In base a quest'ultimo il reddito deve esser computato nel periodo d'imposta in cui viene generato, indipendentemente dalla distribuzione dei dividendi e in virtù della sussistenza dell'attività di controllo. Nel verificare la presenza del controllo ciò che rileva è la mera esistenza di esso al momento della chiusura dell'esercizio, indipendentemente dal fatto se esso sia stato detenuto per tutto il periodo d'imposta o meno. L'elemento di rilievo attiene pertanto all'esistenza del controllo al momento della chiusura del bilancio d'esercizio cui i redditi sono riferibili, ricordando che non si ritiene operante il principio *pro rata temporis*. In base a quest'ultimo si dovrebbe computare nella base imponibile esclusivamente il reddito prodotto dal

momento successivo dell'acquisizione della partecipazione; nella disciplina CFC, tuttavia, nell'esercizio in cui si riscontri il controllo, il reddito prodotto durante l'esercizio verrà imputato nella sua totalità, a prescindere dal momento in cui il controllo venga effettivamente acquisito e dal fatto che sia stato perdurante per tutto o parte di esso.

Essendo dunque sufficiente stabilire che il controllo sia detenuto al momento della chiusura dell'esercizio, fondamentale è determinare la data di chiusura del periodo di gestione.

La circolare n. 18 del 12 febbraio del 2002 precisa che ove la data non sia desumibile dallo statuto ovvero determinabile dalle disposizioni generali del Paese estero, essa si considera coincidente con la data di chiusura dell'esercizio fiscale del soggetto controllante.

I redditi generati dalla CFC concorreranno con i redditi prodotti dalla controllante nel periodo d'imposta in corso al momento della chiusura dell'esercizio, ferma restando la tassazione separata.

Stante il tenore letterale della norma, con la quale si assume la chiusura dell'esercizio come criterio temporale, si deve ritenere che anche laddove l'esercizio della controllata si suddivida in più periodi d'imposta, questi debbano esser sommati ai fini della determinazione del reddito imputabile se generati nello stesso esercizio.

Nella determinazione del reddito si prendono a riferimento le scritture contabili detenute e redatte dalla CFC, necessarie per la successiva attribuzione di esso al soggetto residente in proporzione al suo diritto di partecipazione agli utili. È per tali ragioni che dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere non rilevante, nella nozione di controllo della CFC *legislation*, il controllo ottenuto esclusivamente sulla base di accordi contrattuali, che quindi non sia affiancato dal diritto alla partecipazione agli utili, necessario per la quantificazione dei redditi attribuibili.

La tassazione separata implica anche che le perdite realizzate dalla CFC non potranno esser dedotte dalla società partecipante, ma esclusivamente dalla società controllata secondo i limiti previsti dalla normativa e con possibilità di riporto negli esercizi successivi.

La tassazione così prevista comporta un anticipo temporale rispetto l'esigibilità dell'imposta, prescindendo dal momento in cui si verifica la distribuzione dei dividendi, assoggettando immediatamente a tassazione l'utile determinato secondo le norme nazionali, mediante tassazione separata e applicando l'aliquota media. Quest'ultima si

ricorda come non debba esser inferiore a quella ordinaria relativa al reddito delle società, che a seguito della legge di Stabilità del 2016 è fissata al 24%.

Le modifiche del 2015 hanno sostituito il modello di tassazione per trasparenza semplice con quello della tassazione separata, affinché si evitasse il verificarsi di fenomeni sconvenienti. Se la tassazione così non fosse, si correrebbe il rischio che qualora il risultato di bilancio della società residente sia negativo e quindi non abbia prodotto un utile ma bensì una perdita, essa possa abbattere l'utile prodotto dalla CFC.

Per ciò che concerne gli obblighi formali, il legislatore italiano non ha fissato alcun obbligo relativo alla tenuta delle scritture contabili in capo alla società residente, relativamente al bilancio della CFC. Si ritiene sia sufficiente riferirsi al bilancio o alle scritture contabili redatte da quest'ultima secondo la normativa estera, le quali andranno allegate alla dichiarazione dei redditi. Nelle ipotesi in cui lo Stato d'insediamento non preveda l'obbligatorietà della tenuta delle scritture e dunque in mancanza di esse, sarà però onere della società residente redigere la documentazione conformemente alla disciplina vigente in Italia. Si richiamano anche le modifiche introdotte dal D.lgs. 142/2018, che hanno statuito l'obbligo di compilazione del quadro FC esclusivamente qualora il soggetto residente non abbia preventivamente proposto interpello probatorio ovvero l'esito sia stato negativo.

Alla società controllante sono inoltre riconosciute due tipologie di crediti d'imposta:

- quelli per le imposte pagate all'estero dalla CFC sul reddito da lei stessa prodotto;
- i crediti relativi alle imposte pagate all'estero dalle imprese controllanti sui dividendi da lei percepiti.

Per ciò che concerne la prima tipologia, il credito d'imposta dovrà esser quantificato in sede di tassazione separata prendendo in considerazione l'utile lordo e successivamente applicando le modalità previste ex art. 165 TUIR, fino a concorrenza della quota d'imposta italiana relativa al reddito estero. Tale credito è utilizzabile solo in riferimento alle imposte dovute per il reddito prodotto dalle CFC, il cui importo deve esser riportato specificatamente in allegato alla dichiarazione dei redditi in cui vengono riportate le imposte assolte all'estero (quadro RM).

Con la risoluzione 112/E dell'11 agosto del 2017, l'Agenzia delle Entrate ha in primo luogo ribadito la possibilità di ammettere in detrazione le imposte pagate a titolo definitivo dalla controllata estera sui medesimi redditi. Tale principio, già ammesso con la circolare del 18 giugno 2008 n. 47/E, stabilisce l'operatività del credito d'imposta ex

art. 165 TUIR, le cui modalità ivi esposte affermano che esso non deve tener conto del rapporto tra i redditi prodotti all'estero e quelli prodotti dal soggetto partecipante, in quanto oggetto di tassazione separata. Nella circolare, a tal proposito, viene ulteriormente disposto che tra le imposte pagate all'estero sono detraibili in Italia, non solo quelle assolte nel Paese in cui si insedia la controllata, ma altresì "*le imposte estere accreditabili in Italia, in caso di imputazione per trasparenza dei redditi conseguiti dalla società controllata non residente ai sensi dell'articolo 167, comma 1, del TUIR, consistano non solo nelle imposte pagate dalla medesima nel proprio Stato di residenza, ma anche in quelle assolte in altri Paesi esteri, nella misura in cui le stesse siano rimaste effettivamente a carico della CFC.*"¹⁹⁶

In merito alla seconda tipologia di credito detraibile, si fa riferimento esclusivo alle imposte pagate all'estero dal soggetto residente, relative alla distribuzione degli utili (dunque i dividendi), in quanto essi sono già stati al momento della loro maturazione (anche se non distribuzione). L'ammontare del credito deve concorrere nei limiti dell'imposta sostenuta a titolo di tassazione separata.

Tuttavia, affinché il soggetto residente non benefici di un duplice credito d'imposta, il computo del credito relativo alle imposte assolte all'estero dal soggetto partecipante, deve esser calcolato al netto del credito d'imposta già detratto su quelle pagate all'estero dalla CFC sul reddito tassato per trasparenza¹⁹⁷.

Per completezza si dica anche che con D.lgs. 147/2015 è stato riconosciuto alle società residenti in Italia, e alle sue controllanti percettrici degli utili, un credito commisurato all'imposta assolta al momento della maturazione degli utili nell'esercizio di riferimento, nel caso in cui i dividendi concorrano alla formazione della base imponibile (anche al di fuori dell'applicazione della CFC *legislation*). La peculiarità di questo principio generale risiede nel fatto che il credito si considera "indiretto", in quanto si riferisce all'imposta assolta nel Paese estero non direttamente dalla società partecipante, bensì dalla controllata in riferimento agli utili maturati durante il periodo di possesso della partecipazione e in proporzione alla quota detenuta. L'introduzione di questo credito, previsto con D.lgs.

¹⁹⁶ Berardino A., *Credito imposta CFC: ok anche per le imposte pagate in diversi Paesi*, rivista online Directio, <http://www.directio.it/multimedia/news/2017/09/05-credito-imposta-cfc-ok-imposte-pagate-diversi-paesi.aspx>

¹⁹⁷ Ceppellini Lugano e Associati, *LA DISCIPLINA DELLE CONTROLLED FOREIGN COMPANIES*, <https://claconsulting.it/wp-content/uploads/2019/05/Strumento-CLA-CFC.pdf>

147/2015, era sorta in base alle disparità di trattamento tra la tassazione dei soggetti sottoposti alla disciplina CFC e quelli verso i quali operava la prima esimente disposta al comma 5 lett. a). La disparità consisteva nel fatto che mentre gli enti soggetti alla CFC *legislation* venivano tassati per trasparenza solo nel momento in cui gli utili venivano generati, beneficiando così di un credito d'imposta sui dividendi successivamente distribuiti, per le società nei confronti delle quali operava la prima esimente, i dividendi venivano integralmente tassati, senza beneficiare del credito d'imposta su quelle pagate all'estero.

Condizione *sine qua non* per il riconoscimento del credito d'imposta della prima tipologia consisteva infatti nella previa dimostrazione della sussistenza dell'esimente prevista al comma 5 lett. a) art. 167 TUIR, ora sostituita con l'esimente unica del comma 5.

10.1 Il caso “Valentino”

Il primissimo caso che ha coinvolto uno dei più noti *brand* nel panorama nazionale, nonché sul mercato mondiale, è trattato nella recentissima sentenza della Corte di Cassazione n. 2220 del 2021, di cui parte in causa è l'imponente *maison* di moda “Valentino”.

Nella fattispecie si giunge ad importanti chiarimenti relativamente a uno degli aspetti concernenti l'imputazione del reddito prodotto dalla società controllata estera alla società controllante residente in Italia, ossia nella fattispecie la ‘Valentino Fashion Group S.p.a.’. Si parla in particolar modo della questione relativa alla determinazione dell'aliquota d'imposta applicata sulla base imponibile della società controllante, rispetto gli utili imputati separatamente e per trasparenza prodotti dalla CFC nell'anno d'imposta del 2005.

La difficoltà nella determinazione dell'ammontare dell'aliquota risiedeva, ai tempi della vigenza della normativa corrente nell'anno di riferimento, nel complesso meccanismo di individuazione della percentuale di essa, basato sul criterio del computo dell'aliquota media. Questo meccanismo in realtà è tutt'oggi vigente al comma 8 dell'art. 167 TUIR, ove dispone “*I redditi imputati e determinati ai sensi dei commi 6 e 7 sono assoggettati a tassazione separata con l'aliquota media applicata sul reddito del soggetto cui sono imputati e, comunque, non inferiore all'aliquota ordinaria dell'imposta sul reddito delle società*”, tuttavia ciò che lo differenzia dal regime previgente è l'aliquota ordinaria, attualmente più bassa rispetto il passato, pari al 24 per cento.

Nel meccanismo precedente difatti, l'aliquota applicabile sui redditi CFC imputati per trasparenza doveva esser calcolata in riferimento all'aliquota media applicabile sulla base imponibile della società controllante, atteso che l'aliquota ordinaria aveva valore del 33 per cento.

Le conclusioni contenute nella sentenza sopracitata realizzano importanti svolte applicative in ragione ai criteri di individuazione del reddito imputabile alla controllante, pur effettivamente riferendosi ad un sistema normativo ormai superato, che però conserva gli elementi minimi di quello attuale, dunque i principi ivi contenuti si considerano traslabili.

Si analizzano brevemente i fatti alla base della contestazione.

L'antecedente storico sottoposto ad esame risale al periodo d'imposta del 2005, nel quale i redditi prodotti dalla CFC (controllata della Valentino Fashion Group S.p.a. e localizzata in un Paese a fiscalità privilegiata) erano stati imputati per trasparenza, secondo i meccanismi all'epoca previsti per la determinazione del reddito, applicando un'aliquota d'imposta pari al 27 per cento.

La contestazione risiedeva proprio nell'ammontare di quest'ultima. In base alle disposizioni CFC previgenti, l'aliquota applicabile doveva esser computata definendo l'aliquota media sul reddito complessivo della controllante. Nel periodo d'imposta del 2005, si ribadisce come l'aliquota IRES vigente era del 33 per cento e il limite minimo al di sotto del quale l'aliquota media non poteva esistere era del 27 per cento, ossia il valore applicato nel caso concreto.

Si aggiunga un ulteriore dato: nel periodo d'imposta corrente al momento dei fatti, la società controllante residente aveva conseguito ingenti perdite e, per effetto di esse, non aveva conseguito alcun reddito imponibile in Italia. Questa constatazione generava una consistente incompatibilità giuridica con l'applicazione dell'aliquota d'imposta pari al 27 per cento. Secondo le precisazioni dell'Agenzia delle Entrate contenute nella circolare 47/E/2008, *“il reddito della CFC imputato per trasparenza al soggetto residente va assoggettato a tassazione separata con aliquota del 33 per cento anche nel caso in cui la società residente non beneficia di alcun reddito da assoggettare ad aliquota agevolata o*

*consegue una perdita di esercizio*¹⁹⁸”, avviso tra l’altro confermato anche in numerosi casi giurisprudenziali¹⁹⁹.

Ne conseguiva che l’aliquota d’imposta applicabile dovesse esser quella ordinaria IRES del 33 per cento (allora vigente) anziché quella minima del 27 per cento, alla luce di un assente reddito imponibile. Sulla base di questi assunti l’Amministrazione finanziaria, notificando l’avviso di liquidazione, aveva proceduto al recupero della maggiore imposta non versata dalla società controllante, iscrivendo a ruolo la cartella di pagamento avverso la Valentino Fashion Group S.p.a..

Quest’ultima, oggetto della contestazione per effetto di un’errata applicazione dell’aliquota d’imposta, tuttavia non concordava nelle conclusioni e per tali ragioni impugnava la cartella di pagamento dinnanzi la Commissione Tributaria di Milano. La motivazione alla base del disaccordo risiedeva nella difesa della casa di moda, che affermava che l’aliquota media doveva esser desunta sulla base del reddito annuale conseguito al netto delle perdite pregresse apposte in deduzione. La mancanza di un reddito imponibile nell’esercizio d’impresa corrente del 2005 non risultava in base alla mancanza di un reddito attivo, ma in virtù del riporto in avanti delle perdite conseguite negli esercizi pregressi. Da qui, si sosteneva la possibilità di applicare l’aliquota minima del 27 per cento, individuata sul reddito prodotto al netto delle imposte pregresse.

Alla stregua di predette considerazioni, il ricorso della Valentino Fashion Group S.p.a. veniva inizialmente rigettato. Benché dunque la Commissione fosse concorde agli accertamenti realizzati dall’Agenzia delle Entrate, la casa di moda decideva ugualmente di proporre appello al CTR Lombardia, questa volta con risultati efficaci. Il CTR riteneva difatti il calcolo operato dalla controllante ‘Valentino’ corretto, in quanto, operando il combinato disposto dell’art. 167 TUIR e il D.M. n. 429 del 2001 si leggeva che *“l’aliquota media facendo riferimento al reddito netto delle perdite pregresse della società ed all’IRES applicabile su tale reddito netto”*. Benché dunque vi fosse un evidente contrasto giurisprudenziale relativo alla controversia, la causa multinazionale si conclude definitivamente con il responso della Suprema Corte, adita con ricorso in Cassazione proposto dall’Agenzia delle Entrate.

¹⁹⁸ Circolare 47/E/2008

¹⁹⁹ Cass. civ., sent. 19 novembre 2019, n. 29978; Cass. civ., ord. 27 luglio 2018, n. 19991; Cass. civ., sent. 28 febbraio 2017, n. 5154

Nel dispositivo recentemente pubblicato dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 2220 del 2021, la Suprema Corte non rileva alcun motivo di spessore accettabile tale da giustificare un distacco dai precedenti giurisprudenziali sopracitati. Le ragioni della Corte risiedono perlopiù su un ragionamento logico giuridico inerente alla *ratio* normativa ex art 167 TUIR, idoneo a ritenere che in appello si sia verificata ‘la violazione e falsa applicazione’ delle disposizioni citate. Lo scopo della norma, desunto attraverso un’interpretazione teleologica, risiede nell’evitare che i profitti conseguiti dalla CFC all’estero in un Paese che presenti caratteristiche fiscali sensibilmente più favorevoli, accordino al contribuente un’imposizione fiscale minore rispetto a quella che sarebbe stata applicata in Italia. La Corte deduce quindi come motivo prevalente alla base del dispositivo il carattere “*spiccatamente antielusivo*” della normativa²⁰⁰.

Citando le massime giurisprudenziali già emesse, la Corte afferma “*che è stato stabilito che nel caso di soggetto residente controllante privo d'imponibile proprio, i redditi della controllata estera, in applicazione della “CFC rule”, vengono trattati come redditi della controllante ed assoggettati alla aliquota del 33 per cento, non potendo essere applicata la diversa aliquota del 27 per cento, prevista dal D.P.R. citato, art. 167 ove l'ente controllante privo di redditi sia di fatto sprovvisto di una sua aliquota media, della quale tale misura rappresenta la soglia minima*”. L’applicazione dunque dell’aliquota media del 27 per cento, anziché quella ordinaria del 33 per cento applicabile quando la società non presenti reddito imponibile ovvero sia in perdita fiscale, avvantaggerebbe ingiustificatamente la tassazione del contribuente.

Difatti la Corte ribadisce che la soglia minima del 27 per cento “*è concepita dal legislatore come la soglia minima dell’aliquota media e pertanto non viene in rilievo laddove non vi sia un’aliquota media: unica aliquota applicabile, in tal caso, è l’aliquota ordinaria*²⁰¹” (Cass. N. 5154/2017).

Con il dispositivo in esame la Corte cassa la sentenza impugnata e dispone il pagamento dell’imposta dovuta nel relativo anno di conseguimento (2005) alla Valentino Fashion Group S.p.a..

Le conseguenze pratiche riscontrabili con gli approdi della Corte sono però tuttavia limitate. La fattispecie si riferisce difatti ad un sistema normativo previgente e ormai superato. Nel sistema attuale l’aliquota applicabile al reddito imputato per trasparenza

²⁰⁰ Cass. civ., sez. V, sent. 02-02-2021, n. 2220

²⁰¹ Cass. N. 5154/2017

corrisponde all'aliquota ordinaria IRES pari al 24 per cento. Ciononostante vi sono delle ipotesi, seppur residuali, in cui la rilevanza delle conclusioni ivi contenute è evidente. Si pensi ad esempio alle banche. Nei casi in cui una banca sia in perdita fiscale, è possibile applicare l'aliquota maggioritaria IRES, anziché quella ordinaria del 24 per cento, comprensiva delle addizionali. L'applicabilità della predetta addizionale è confermata con la circolare 35/E/2016²⁰².

11. La distribuzione degli utili

Al comma 10 viene disciplinata la tassazione degli utili, una volta che essi vengano distribuiti dalla CFC alla società controllante residente in Italia. La disciplina ivi contenuta sancisce una serie di strumenti volti ad evitare che gli utili, già tassati per trasparenza antecedentemente alla distribuzione, vengano nuovamente assoggettati ad imposta in Italia una volta distribuiti. Questi, a seguito della loro distribuzione, non concorreranno alla formazione del reddito, nella misura in cui siano già stati imputati per trasparenza e dunque già tassati. Solamente gli utili eccedenti l'importo già tassato potranno dunque esser assoggettati ad imposta al momento della distribuzione. Come chiarito in sede di risoluzione 10/E/2005, solo nell'ipotesi in cui l'ammontare degli utili distribuiti dalla CFC siano superiori a quelli precedentemente imputati per trasparenza, la quota eccedente concorrerà alla formazione del reddito come dividendo percepito dal soggetto residente. Detta previsione deve esser integrata alla luce dei provvedimenti riformatori in materia. In passato la tassazione per trasparenza delle società controllate estere trovava applicazione nei soli Paesi detentori un regime a fiscalità privilegiata, individuati come tali da provvedimento emesso dal Ministero delle economie e delle finanze. Nel sistema attuale, differentemente, non si considera più requisito di applicabilità la localizzazione in un Paese appartenente alla *black list*, essendo sufficiente la presenza di un livello di tassazione effettivo inferiore alla metà di quello che sarebbe stato applicato se la società fosse situata in Italia. Questa inversione di rotta, giustificata dal sopraggiungimento di nuove esigenze perlopiù riconnesse all'abuso dello schermo

²⁰² Petracca A., Aliquota applicabile alla CFC in caso di perdita fiscale della controllante: commento alla Cass. civ., sez. V, sent. 02-02-2021, n. 2220, https://morrirossetti.it/aliquota-applicabile-alla-cfc-in-caso-di-perdita-fiscale-della-controllante-commento-alla-cass-civ-sez-v-sent-02-02-2021-n-2220_sb_1497.html

societario, comporta che la disciplina CFC venga applicata non solo nei confronti di società localizzate in Paradisi fiscali, ma anche in territori diversi. Nel modello previgente questa differenziazione comportava una parziale distinzione rispetto il regime impositivo applicabile. In particolar modo, nella disciplina introdotta con D.lgs. 147/2015, nelle ipotesi in cui vi fosse un'eccedenza tra il valore degli utili distribuiti e quelli precedentemente imputati per trasparenza, nel caso in cui la società estera non si localizzasse in un Paese della *black list*, gli utili eccedenti avrebbero concorso alla formazione del reddito della società residente nei limiti del 5 per cento. Con il D.lgs. 142/2018 è stata definitivamente sostituita ogni differenza applicativa tra la tassazione delle CFC localizzate in Paradisi fiscali e non, a favore invece di una disciplina unica che prevede la concorrenza del credito d'imposta sulle quelle pagate all'estero, sugli utili distribuiti, nei limiti della quota di essa.

Allo stesso modo, qualora una società residente controlli una società estera localizzata in Paesi a fiscalità privilegiata, ma sia incorsa alla disapplicazione della disciplina CFC dopo aver dato prova della sussistenza dell'esimente unica, ad essa verrà garantita la possibilità di avvalersi del credito d'imposta relativo all'imposta già versata all'estero sugli utili realizzati, dal momento del controllo e in proporzione alla quota detenuta. Il credito decorrerà nei limiti dell'imposta italiana relativa a detti utili²⁰³. La *ratio*, come si è già detto, consiste nell'evitare che si verifichino disparità normative rispetto la tassazione delle società controllate, sia che esse vengano sottoposte alla *CFC legislation*, oppure no.

12. Profili di compatibilità con la libertà di stabilimento

Riepilogando quanto già esaminato, la libertà di stabilimento ex art. 54 TFUE costituisce uno dei principi fondamentali nell'assetto dell'Unione Europea, fungendo da garanzia minima, assieme ad altre, nella formazione di un mercato unico privo di barriere e confini normativi. Il principio in esame si declina in due aspetti fondamentali che risiedono: da un lato, nella garanzia di poter svolgere un'attività commerciale in un territorio diverso da quello dello Stato di residenza, localizzando l'attività altrove; dall'altro, assicurando l'applicazione della normativa nazionale del Paese di stabilimento, scongiurando qualunque tipologia eventuale di discriminazione.

²⁰³ IBIDEM, *Testo Unico delle Imposte sui redditi*

La libertà di stabilimento, in ragione del suo ruolo centrale e della sua irrinunciabilità nell'assetto internazionale, è stata oggetto più volte del vaglio della Corte di giustizia dell'Unione Europea. In varie sentenze, concernenti la compatibilità delle normative europee e nazionali, la Corte ha stabilito linee di confine nette relative alla portata di questo principio fondamentale.

Le valutazioni sulla compatibilità con gli istituti prendono in considerazione anche l'esistenza degli ulteriori interessi da dover soddisfare, nel contesto nazionale di ogni Stato. In linea di principio sono ammesse normative che contrastino, o più di frequente limitino, l'operatività del principio, al fine di dissuadere il contribuente a localizzare la propria attività all'estero per soli ragioni di convenienza. Queste precauzioni altro non sono che la necessaria contromisura adottata dagli Stati, anche su sollecitazione sovranazionale, per contrastare fenomeni lesivi delle finanze interne e, conseguentemente, anche quelle esterne (essendo inevitabili ripercussioni su scala mondiale). In questa sistematizzazione normativa si colloca la *CFC legislation* che, statuendo un sistema di tassazione basato sull'imputazione per trasparenza al socio controllante di tutti i redditi generati dalla CFC in territorio estero, cerca di ostacolare il propagarsi di fenomeni elusivi, offrendo un modello di tassazione più stringente e limitativo e che si presti meno a strategie fiscali dannose.

La sentenza *Cadbury Schweppes* costituisce non solo una delle più innovative sentenze europee che abbiano esaminato il rapporto di compatibilità tra il principio della libertà di stabilimento e la normativa nazionale, ma anche la prima che abbia posto in discussione una normativa nazionale CFC con i principi comunitari.

Le conclusioni contenute nel dispositivo statuiscono dei principi fondamentali e vincolanti nel sistema europeo, fornendo gli elementi essenziali per gli Stati nella elaborazione della disciplina relativa alla tassazione delle società controllate estere. In esso si afferma che la semplice circostanza che un soggetto crei uno stabilimento secondario, quale per l'appunto una società controllata in uno Stato estero, non deve considerarsi come manifestazione di una volontà elusiva fiscale e presumere dunque un intento illecito. Pertanto, qualsivoglia limitazione basata su criteri generali deduttivi sarebbe idonea a limitare la libertà di stabilimento in maniera ingiustificata.

*“Una misura nazionale che restringe la libertà di stabilimento è giustificata da motivi di lotta a pratiche abusive quando concerne specificamente le **costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica, finalizzate ad eludere la normativa dello Stato***

membro interessato e, in particolare, ad eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale”.

Si comprendono così le ragioni che hanno orientato il legislatore italiano a novellare la disciplina previgente CFC, da ultimo con il d.lgs. 142/2018. Con l'introduzione delle ultime modifiche si elabora un modello impositivo basato sulla presenza di presupposti applicativi che siano idonei a giustificare la sottoposizione ad una tassazione trasparente e separata, che sia indipendente rispetto al momento in cui gli utili siano direttamente riferibili al territorio di residenza, cioè nel momento della distribuzione dei dividendi. La ricorrenza dei requisiti applicativi non ha carattere assoluto, invero la possibilità di dare prova dell'esistenza dell'esimente è propedeutica alla inoperatività della disciplina. La *ratio* è evidente. Osservando anche le conclusioni della sentenza *Cadbury Schweppes*, essa consiste nel contrastare le organizzazioni di puro artificio costituite con il solo scopo di delocalizzare l'attività d'impresa, beneficiando di un sistema fiscale più favorevole. Di tal che, ove l'effettività dell'attività commerciale svolta sia verificabile e generata da esclusive ragioni strategiche aziendali, si deve ritenere che il proposito di contrasto all'elusione non sia effettivo e la disciplina antielusiva debba piegarsi a favore della disciplina ordinaria.

Le ripercussioni sviluppatasi nel contesto normativo, a ragion del vero, si sono propagate anche in quello giurisprudenziale nazionale. Per la prima volta, nel 2015, la Suprema Corte di Cassazione si è pronunciata su una controversia relativa all'applicabilità della disciplina contenuta all'art. 167 TUIR nei confronti di una società controllata di una residente italiana, compatibilmente al principio della libertà di stabilimento.

La Suprema Corte si è espressa in tal sede ricalcando i principi già sanciti dalla sentenza *Cadbury Schweppes*, ritenendo le questioni sostanzialmente sovrapponibili e analizzando l'ammissibilità della CFC *legislation*, con riguardo anche alle convenzioni contro le doppie imposizioni²⁰⁴.

²⁰⁴ Maisto G., *LA CORTE DI CASSAZIONE SI PRONUNCIA SULLA COMPATIBILITÀ DELLA DISCIPLINA ITALIANA SULLE CFC CON IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E LE CONVENZIONI PER EVITARE LE DOPPIE IMPOSIZIONI*, Rivista di diritto tributario online, <https://www.rivistadirittotributario.it/2016/02/23/la-corte-di-cassazione-si-pronuncia-sulla-compatibilita-della-disciplina-italiana-sulle-cfc-con-il-diritto-dellunione-europea-e-le-convenzioni-per-evitare-le-doppie-imposizioni/>

12.1 Sentenza della Corte di Cassazione del 16 dicembre 2015, n. 25281

La Suprema Corte nella nota sentenza n. 25281/2015 si pronuncia riguardo la compatibilità tra la normativa nazionale CFC con la libertà di stabilimento e le convenzioni contro le doppie imposizioni precedentemente ratificate.

Parti in causa della controversia sono la società italiana “*Italcementi S.p.a.*”, detenente partecipazioni rilevanti tali da ravvisare l’esercizio di un’attività di controllo sulla società “*Italmed Cement Company Ltd.*”, localizzata a Cipro, e lo Stato italiano.

Nei limiti della pregiudizialità delle questioni opposte, quelle di diritto maggiormente di rilievo sono tre:

- 1) si deduce l’illegittimità della risposta negativa dell’Amministrazione finanziaria a seguito della proposizione dell’istanza d’interpello, per mancato rispetto dei termini stabiliti;
- 2) si solleva l’incompatibilità della disciplina contenuta all’art. 167 TUIR con la libertà di stabilimento ex art. 54 TFUE;
- 3) si oppone l’incompatibilità della disciplina ex art. 167 TUIR con le convenzioni contro le doppie imposizioni ratificate dagli accordi Italia – Cipro.

Sia in primo grado che in appello, i giudici competenti hanno rigettato le domande del ricorrente, operando ragionamenti basati su diverse motivazioni, quali ad esempio l’inammissibilità del ricorso o l’infondatezza nel merito, ma fornendo articolati ragionamenti basati su diverse considerazioni.

Sorvolando la questione relative al mancato rispetto dell’Amministrazione finanziaria, nel fornire risposta all’interpello – genericamente posto entro 120 giorni – si analizzi in primo luogo la compatibilità tra l’articolo 167 TUIR con la libertà di stabilimento.

Il ricorrente fonda le sue pretese sull’assunto che, in base a quanto ribadito anche dalla sentenza *Cadbury Schweppes*, le restrizioni alle norme del Trattato disposte da normative nazionali, devono esser giustificate dalla presenza di un rapporto di proporzionalità tra scopo perseguito e strumento normativo applicato.

In particolar modo, assodato il principio che la normativa CFC sia ammessa ove il soggetto controllato estero sia una costruzione di ‘puro artificio’ e finalizzata ad eludere la normativa tributaria internazionale, deve esser garantita al contribuente la possibilità di dimostrare che l’attività in un Paese terzo con tassazione nominale (ora effettiva)

inferiore alla metà di quella italiana non abbia carattere fittizio, ma bensì effettivo e realmente supportata da ragioni economiche e d'impresa.

La ricorrente ritiene così che l'incompatibilità con la normativa sovranazionale risieda nella disciplina dell'art. 167 TUIR comma 5, ove dispone che la prova debba determinare:

- 1) l'effettività dell'attività svolta dalla controllata come attività principale nel territorio estero;
- 2) la dimostrazione che la delocalizzazione non abbia finalità elusive.

L'onere probatorio in capo al contribuente rispetto la sua genuinità e buona fede è gravato, secondo le sue assunzioni, da eccessivi oneri e non facilmente accessibile nel caso di specie. La controllata è difatti stata costituita in ottemperanza alle istruzioni fornite dall'autorità locale di Cipro per l'acquisizione di un'altra società, locata nel territorio di Cipro.

Si ritiene dunque che la normativa ex art. 167 TUIR sia solo in astratto compatibile con le disposizioni in materia di libertà di stabilimento, ma in concreto inadatta a fornire la possibilità al contribuente di dimostrare la genuinità della costruzione giuridica da lui detenuta.

Nonostante le considerazioni sinora riportate del ricorrente, la Suprema Corte ritiene compatibile, per la prima volta sindacando la legittimità della normativa CFC con i principi sovranazionali, la tassazione prevista ex art. 167 TUIR con la libertà di stabilimento ex art. 54 TFUE. Argomentando *a contrario* le conclusioni definite alla stregua della sentenza *Cadbury Schweppes*, due si devono ritenere le circostanze entro le quali la tassazione per trasparenza dei soggetti controllati esteri in Paesi a fiscalità privilegiata non sia legittima:

- la presenza di una costruzione di puro artificio, finalizzata all'elusione della normativa tributaria nazionale;
- la società controllata estera non sia realmente locata nel Paese estero e l'attività svolta non sia effettiva.

Operando un confronto con le esimenti previste al comma 5 art. 167 TUIR, è evidente come l'ordinamento italiano abbia pedissequamente ricalcato e recepito dette conclusioni, prevedendo analoghe condizioni nella disapplicazione della disciplina²⁰⁵.

²⁰⁵ Cfr. comma 5 art. 167 TUIR “a) la società o altro ente non residente svolga un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività, nel mercato dello Stato o territorio di insediamento...;

La Suprema Corte si esprime ribadendo non solo che le esimenti siano in astratto compatibili con le direttive comunitarie già disposte, ma asserendo altresì che nessuna incompatibilità della normativa ex art 167 TUIR può verificarsi in concreto.

Il legislatore, nell'elaborare la disciplina ivi contenuta, si è limitato a definire come strumenti per la disapplicazione l'interpello preventivo (ora facoltativo) e il contraddittorio con l'Amministrazione finanziaria, sottraendosi dall'imporre alcun limite relativamente agli strumenti probatori utilizzabili. Ne consegue che la normativa interna sia *in toto* rispettosa dei canoni comunitari, sancendo la disapplicazione nelle medesime fattispecie, come già definite dalla precedente sentenza *Cadbury Schweppes* e fornendo tutti gli strumenti necessari al contribuente per dare prova dell'esistenza di dette esimenti, garantendo in ogni misura possibile la proporzionalità tra lo scopo perseguito dalla norma e la disciplina disposta in tal senso.

In merito all'ultimo motivo di doglianza, il ricorrente ritiene incompatibile la disciplina dell'articolo 167 TUIR con la convenzione contro le doppie imposizioni ratificata dall'Italia e Cipro. Difatti in quest'ultima si prevede un divieto di previsione di una normativa che assoggetti a tassazione in Italia di redditi che non abbiano legami rilevanti con il territorio dello Stato.

Il legame intercorrente tra i due territori risiederebbe nell'attività di controllo detenuta da Italcementi su Italmed (Cipro) per le partecipazioni da lui detenute. Detto legame non può tuttavia ritenersi rilevante al punto di giustificare la tassazione in Italia, non configurandosi l'ipotesi di stabile organizzazione.

La Suprema Corte, malgrado le argomentazioni, ritiene infondato il motivo di doglianza e dunque compatibile la disciplina nazionale con la convenzione contro le doppie imposizioni.

Le argomentazioni della stessa si basano sull'assunto fondamentale del ruolo che le convenzioni sono destinate a ricoprire. Si tratta di strumenti pattizi che perseguono, tramite gli strumenti pattuiti, il fine ultimo di evitare che il contribuente sia eccessivamente gravato dalla doppia imposizione, nelle ipotesi in cui i redditi da lui prodotti siano tassabili sia nello Stato di residenza sia in quello della fonte, stando ai principi di diritto tributario internazionale. A tale obiettivo si affianca quello del contrasto dell'elusione fiscale.

b) dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori a regime fiscale privilegiato di cui al comma 4”.

In quest'ottica il contribuente, quando beneficia dei vantaggi fiscali lui destinati, è considerato soggetto imponibile sia nello Stato della residenza sia nello Stato della fonte, nel quale gode di una piena disponibilità economica e giuridica del reddito. Se così non fosse ci si troverebbe dinnanzi all'ipotesi di "traslazione impropria dei benefici convenzionali".

Per tali ragioni gli ordinamenti nazionali e sovranazionali *in primis*, hanno concepito una clausola generale del beneficiario effettivo (cd. *Beneficial owner*), con la quale si intende impedire che, tramite l'utilizzo degli strumenti convenzionali, si verificino le pratiche di *treaty shopping*, mediante le quali il contribuente riesce a beneficiare dei benefici convenzionali attraverso un formale rispetto delle norme del trattato.

La ratifica di una convenzione contro le doppie imposizioni, dunque, se da una parte genera una limitazione su base consensuale della propria potestà impositiva, dall'altra non può costituire una limitazione tale da acconsentire eventuali pratiche abusive e non conformi alle politiche internazionali fiscali.

In altre parole e rapportando quanto detto al caso concreto, la Convenzione in esame non può ritenersi prevalente alle normative che si occupino di fornire un assetto comune e integrativo fiscale.

Pur riconoscendo che la convenzione vieta in tal senso allo Stato italiano di sottoporre a tassazione i redditi prodotti in altro Stato, privi di legame, al tempo stesso la Suprema Corte ammette la prevalenza della disciplina ex art. 167 TUIR, ove dispone la tassazione per trasparenza alla società residente in Italia, dei redditi prodotti dalla CFC.

Nel dispositivo si legge "*Se ne deve desumere pertanto la possibilità, per lo Stato della fonte (nel caso di interesse, l'Italia), di tassare i proventi diretti ad un residente cipriota nella misura in cui, se ciò non facesse, oltre a vedersi distorte le norme distributive convenzionali, relative all'esercizio del potere impositivo degli Stati, si consentirebbe una forma di pianificazione fiscale, non soltanto aggressiva per le ragioni erariali ma, al contempo, anche pregiudizievole per un corretto confronto concorrenziale tra operatori economici.*

Pertanto, l'assenza di una menzione esplicita della clausola del beneficiario effettivo non pare affatto idonea a porre nel nulla il fondamentale rilievo antiabuso che tale clausola possiede nell'ordinamento fiscale internazionale, rectius la sua idoneità a limitare il potere impositivo dello Stato della fonte in pregiudizio delle sue legittime ragioni erariali".

Per concludere e sintetizzando quanto detto, il ruolo cruciale della sentenza esaminata risiede nell'esser la prima in Italia, sottoposta all'attenzione della Corte di Cassazione, che verte sulla compatibilità della normativa CFC nazionale con la libertà di stabilimento ex art. 54 TFUE e le convenzioni contro le doppie imposizioni.

Oltretutto in essa è possibile notare come vengano ricalcate le conclusioni della sentenza *Cadbury Schweppes*, che hanno visibilmente orientato la giurisprudenza e la legislazione successiva. In essa le condizioni disposte, affinché si giustifichi l'adozione di misure limitative alla libertà di stabilimento, sono le stesse che hanno orientato i successivi interventi normativi riformati della disciplina ex art. 167 TUIR nella versione odierna. I considerando dei dispositivi sopra esposti hanno difatti rivoluzionato e inquadrato le crescenti esigenze da soddisfare nell'assetto fiscale mondiale, formulando una nuova *ratio* normativa che garantisca da un lato, l'argomento di fenomeni come l'elusione fiscale idonei a giustificare la limitazione a principi fondamentali, dall'altro un sistema che garantisca al contribuente di giovare di una tassazione più favorevole ove sia in grado di dare prova della sua genuinità e buona fede nelle costruzioni giuridiche da lui detenute²⁰⁶.

13. Rapporto di connessione con l'esterovestizione societaria

La disciplina delle *Controlled foreign companies* presenta indubbi profili di connessione con la normativa relativa al fenomeno dell'esterovestizione societaria.

Si è detto come la CFC *legislation* sia stata introdotta a seguito delle esortazioni ad opera delle istituzioni europee e delle organizzazioni mondiali. In un contesto storico caratterizzato da ingenti crisi economiche e finanziarie, in cui le pratiche distorsive fiscali erano in evidentemente aumento, le istituzioni sovranazionali erano impegnate ad elaborare un sistema unico e omogeneo, a cui gli Stati si potessero rifare cooperando nel contrasto ad un obiettivo comune. Le normative, poste a confronto, si caratterizzano dunque per la comunanza nello scopo da perseguire. Le CFC *rules* impongono un modello impositivo in cui gli utili realizzati dalla società estera vengono imputati per trasparenza, secondo tassazione separata, al soggetto partecipante residente in Italia. La finalità risiede nell'evitare che il soggetto passivo IRES residente delocalizzi fittiziamente le proprie

²⁰⁶ Sentenza n. 25281 del 16 dicembre 2015, disponibile nella Rivista di diritto tributario.

attività in Paesi a fiscalità privilegiata, abusando dello schermo societario e imputando artificialmente i redditi da lui prodotti alla CFC, eludendo il sistema fiscale e beneficiando di un sistema più favorevole.

L'esterovestizione societaria è, diversamente, un istituto più ampio, i cui obiettivi tuttavia sono strettamente interconnessi con quelli della CFC *rules*. Rientrano, nell'ambito delle condotte di esterovestizione societaria, tutte le attività poste dal contribuente che siano indirizzate alla delocalizzazione delle proprie attività in Paradisi fiscali, caratterizzati per un livello di tassazione sensibilmente inferiore e l'assenza di scambio di informazioni. Le tecniche attraverso le quali si ritiene attuabile sono disparate, ricadendo nell'alveo una varietà di pratiche di pianificazione fiscale, quali ad esempio la costituzione di una stabile organizzazione ovvero una società controllata, che siano dolosamente programmate per eludere il sistema fiscale italiano e imputare gli utili in regimi più convenienti.

Seppur simili, le discipline devono esser distinte e analizzate nei loro punti di connessione e differenziazione.

Dopo aver esaminato nei paragrafi che precedono gli aspetti fondamentali della CFC *legislation*, si analizzi di seguito il fenomeno dell'esterovestizione societaria.

La disciplina è contenuta all'art. 73 comma 5 *bis* TUIR, nel quale si prevede una presunzione legale di residenza nelle ipotesi in cui si ritiene che l'attività svolta all'estero dal contribuente sia fittizia.

Prima di definire le fattispecie per cui l'istituto è applicabile, è opportuno definire preliminarmente il concetto di residenza fiscale, già più volte richiamato nel testo²⁰⁷.

13.1 La residenza fiscale

La residenza fiscale è definita al comma 3 dell'art. 73 TUIR, nel quale vengono enunciati i tre elementi essenziali affinché si possa instaurare un collegamento con il territorio dello Stato, che siano tali da giustificare l'assoggettamento ad imposizione fiscale.

Stabilire che un soggetto di diritto sia fiscalmente residente in uno Stato comporta che esso sarà destinatario del *world wide taxation* e quindi assoggettabile ad imposizione per tutti i redditi da lui prodotti, sia che essi siano stati generati nel territorio dello Stato –

²⁰⁷ Migliorini F., *Esterovestizione delle società: come evitarla*, 2019, <https://fiscomania.com/esterovestizione-societaria/>

salvo le limitazioni stabilite dalle convenzioni contro le doppie imposizioni – ovvero formati altrove, in base al principio della tassazione dell'utile mondiale.

In particolar modo i criteri di connessioni sono tre e si considera sufficiente la presenza di almeno uno di questi per definire un soggetto residente. Essi sono:

- **la sede legale**, inteso come requisito strettamente formale, desumibile dallo statuto della società ovvero l'atto costitutivo.
- **la sede amministrativa**, come criterio sostanziale maggiormente riferibile alla situazione di fatto relativa al caso concreto. L'analisi dell'Amministrazione finanziaria, nel determinare la sussistenza o meno di questo criterio di connessione, si riferisce al luogo in cui si sostanzia l'attività di gestione e amministrazione di ente societario. Determinare in concreto il *locus* in cui si svolge effettivamente l'attività di direzione è una questione piuttosto complessa, dovendo infatti superare gli elementi formali di imputazione e dovendo accertare invece il luogo in cui le decisioni di indirizzo di un'attività d'impresa vengono prese.
- **l'oggetto dell'attività principale**, altrettanto concepito come criterio sostanziale nel quale viene presa in considerazione lo svolgimento delle attività essenziali ovvero quelle strumentali all'allocazione dei prodotti finiti generati dall'attività d'impresa (quali ad esempio lo stoccaggio, la produzione, o l'attività di logistica)²⁰⁸.

Ove almeno uno dei requisiti sopraelencati sia presente, il soggetto si considera residente nel territorio italiano, purché esso sia ravvisabile in termini di tempo, per più della metà del periodo d'imposta, valutato in giorni e anche in maniera discontinua²⁰⁹.

13.2 La presunzione relativa di residenza fiscale

Definito il concetto di residenza fiscale, è possibile ora concentrare lo studio sull'esterovestizione societaria. Definita ai commi 5 *bis e ter*, essa nasce dall'introduzione di misure reazionarie a fenomeni elusivi.

La disciplina sorge per effetto dell'applicazione del principio della *substance over form*, in ossequio al quale si valicano i predetti criteri di connessione e si definisce residente un

²⁰⁸ Si rimanda alla distinzione tra mercato di sbocco e mercato di approvvigionamento

²⁰⁹ IBIDEM, *Testo Unico delle Imposte sui redditi*

ente la cui attività presenti legami diretti con il territorio italiano, al di là della residenza formalmente dichiarata.

Viene elaborata una presunzione legale attraverso la quale si assume che la società estera abbia la sua effettiva sede di direzione e controllo nel territorio italiano, rendendo così applicabile il principio della tassazione dell'utile mondiale e invertendo l'onere probatorio in capo al contribuente. In via ordinaria l'onere della prova relativo alla dimostrazione che il contribuente, formalmente risiedente all'estero, svolga effettivamente la sua attività in Italia, spetta all'Amministrazione finanziaria che dovrà fornire tutti gli elementi necessari per dare prova dell'artificialità della costruzione giuridica. In questa ipotesi tuttavia, operando la presunzione legale di residenza, l'onere della prova sull'effettività residenza all'estero spetterà al contribuente, che dovrà far uso dei criteri sanciti ex art. 73 TUIR per dimostrarne la sussistenza.

La presunzione opera nei confronti dei soggetti che detengano i seguenti requisiti:

- 1) si tratti di società, enti o *trust* non residenti nel territorio italiano, compresi quelli sprovvisti di personalità giuridica;
- 2) essi detengano partecipazioni di controllo²¹⁰ in società di capitali, società cooperative, società di mutua assicurazione e società europee; nonché in enti pubblici e privati – diversi dalle società – o *trust* residenti che svolgano come attività principale attività commerciali; o in alternativa
- 3) siano controllati in via diretta o indiretta²¹¹ da soggetti residenti;

²¹⁰ Si tratta dell'ipotesi di controllo attivo, declinabile in una delle tre forme previste ex art. 2359 c.c. v.

²¹¹ L'ipotesi di controllo indiretto si riferisce a quello esercitabile da società fiduciarie, titolari di un mandato senza rappresentanza. In virtù del principio civilistico che prevede la prevalenza dell'intestazione effettiva su quella apparente si ritiene che il soggetto passivo sia il fiduciante anziché il fiduciario.

Con risoluzione 28/E/2006 è previsto che la presunzione operi anche nei confronti della capogruppo holding qualora il controllo sia esercitato da una società che nella catena societaria si collochi su un piano inferiore. Detta ipotesi è difatti una delle possibili attraverso le quali si può verificare il controllo diretto, atteso che l'attività di gestione effettuata da una società che nel gruppo abbia un ruolo intermedio, possa esser riconnessa in maniera diretta alla capogruppo.

Parimenti qualora l'attività di controllo venga esercitata da persone fisiche, sarà possibile computare anche l'attività esercitata da parenti e affini entro il terzo grado, anche se non residenti.

- 4) siano amministrati da un organo composto per la maggioranza da soggetti residenti²¹².

Ai sensi del comma 5 *ter* si stabilisce come la presunzione operi anche nei confronti dei soggetti che:

- i) abbiano investito in misura prevalente in quote o azioni degli organismi di investimento collettivo del risparmio;
- ii) siano controllati, direttamente o indirettamente, per mezzo di società fiduciarie o interposta persona che siano residenti in Italia. Per ciò che concerne il controllo indiretto, in queste ipotesi non vengono conteggiate le partecipazioni detenute da parenti e affini, per determinare la soglia del controllo.

La presunzione relativa opera dunque in conformità ai principi della prevalenza della sostanza sulla forma, superando la situazione apparente, in favore della prevalenza della situazione effettiva. Anche qualora una società sia residente all'estero, in base a quanto risultante dallo statuto o dall'atto costitutivo, laddove ricorrano le condizioni predette sarà possibile applicare la presunzione²¹³.

Il contribuente dovrà così dare prova della genuinità della sede legale, dimostrando che la localizzazione all'estero della società sia effettiva e non finalizzata a scopi elusivi. L'esterovestizione societaria opera quindi nei confronti dei soggetti IRES che, pur formalmente residenti all'estero, siano controllati direttamente o indirettamente da soggetti residenti nel territorio. È possibile che la disciplina in esame si sovrapponga a quella prevista ex art. 167 TUIR, laddove un soggetto residente controlli un ente che ricada nell'ambito di applicazione della normativa CFC, il quale a sua volta controlli una società residente in Italia. Nell'eventualità in cui si riscontrassero queste ipotesi, è stato ritenuto necessario stabilire un punto di raccordo tra le due previsioni normative, attesa l'incompatibilità nell'applicare la presunzione relativa di residenza fiscale e la CFC *legislation*²¹⁴.

²¹² Nel computo dei consiglieri amministratori dovranno esser presi in esame anche gli amministratori di fatto, fermo restando che la residenza dovrà esser mantenuta per un periodo superiore alla metà del periodo d'imposta.

²¹³ IBIDEM, *Testo Unico delle Imposte sui redditi*

²¹⁴ Bargagli M., *Il rapporto tra Cfc legislation ed esterovestizione societaria*, <https://www.ecnews.it/il-rapporto-tra-cfc-legislation-ed-esterovestizione-societaria/>

L'operatività della presunzione relativa comporta l'impossibilità di imputare i redditi prodotti dal soggetto estero in capo alla società controllante in Italia e perciò l'applicabilità ex art. 167 TUIR. Come chiarito anche dalla Circolare n. 1/2018 della Guardia di finanza, allorquando il contribuente riesca a superare detta presunzione, dando prova dell'effettiva residenza della società controllata all'estero, e solo allora, si potrà al contrario applicare la tassazione della CFC *legislation* anziché quella dell'esterovestizione societaria²¹⁵.

13.3 La CFC *legislation* e l'esterovestizione societaria: i regimi a confronto

Le disposizioni contenute agli art. 167 TUIR e 73 comma 5 *bis*, pur collocandosi entrambe nell'ambito delle misure contrastanti il fenomeno dell'elusione fiscale, superando le costruzioni giuridiche fittizie costituite a tal fine e disponendo un modello di tassazione volto a imputare direttamente gli utili prodotti dai soggetti esteri ad imposizione nello Stato italiano, differiscono per molti aspetti.

Primo tra tutti, il presupposto applicativo. La presunzione relativa ex art 73 TUIR detiene un'area di applicazione molto più estesa di quella delle norme CFC.

Il presupposto applicativo della prima risiede essenzialmente nell'esercizio di un'attività di controllo esercitata dai soggetti definiti alla lett. d) del medesimo articolo, verso società od enti residenti in Italia. Tale evenienza è di per sé idonea a giustificare l'operatività della presunzione, che potrà esser superata esclusivamente tramite la fornitura in capo al contribuente della prova dell'effettivo esercizio dell'attività commerciale all'estero.

Di converso la disciplina ex art. 167 TUIR sancisce requisiti di applicabilità più stringenti, disponendo due condizioni imprescindibili e necessarie ai fini dell'operatività dell'istituto. Esse risiedono nella localizzazione in Paesi che presentino un livello di tassazione effettivo inferiore alla metà di quello che sarebbe stato applicato in Italia e che oltre di 1/3 dei redditi siano sussumibili nei *passive income*.

Ne consegue che l'applicabilità dell'istituto è fortemente limitata in quanto non applicabile in tutte le circostanze in cui il contribuente stabilisca fittiziamente la propria attività all'estero, ma limitatamente alle ipotesi in cui la delocalizzazione avvenga in ordinamenti che presentino un regime fiscale particolarmente favorevole e ne consegua la produzione, secondo alcuni limiti quantitativi, di particolari categorie reddituali.

²¹⁵ Circolare n. 1/2018 della Guardia di finanza

Un secondo elemento distintivo si raffigura con riferimento alla disapplicazione delle discipline. Con riguardo alla presunzione di residenza, il contribuente sarà gravato dell'onere impositivo, dovendo dimostrare che la sede legale fissata in altro ordinamento non abbia carattere fittizio, ma sia giustificata da ragioni effettive e che quindi lo svolgimento dell'attività all'estero non sia una costruzione artificiosa.

Di converso la disciplina delle CFC, al ricorrere dei presupposti di applicabilità, sarà disapplicata esclusivamente quando il soggetto controllante dia prova dell'esimente unica ex comma 5 art. 167 TUIR. Si rammenta che la disapplicazione potrà avvenire tramite l'instaurazione di un contraddittorio con l'Amministrazione finanziaria oppure con interpellato probatorio, quest'ultimo non previsto nelle ipotesi di esteroinvestizione.

Anche sotto il profilo della tassazione devono distinguersi profondamente le discipline. Nel caso della CFC i redditi prodotti dalla controllata vengono tassati per trasparenza e separatamente, in capo al soggetto residente, in proporzione alla quota di partecipazione e indipendentemente dalla distribuzione dei dividendi. Diversamente, ove sia verificata l'esteroinvestizione, la società locata all'estero si considererà *in toto* soggetto passivo d'imposta in Italia²¹⁶.

²¹⁶ *Interposizione, esteroinvestizione e CFC: tre presupposti e regimi differenti*, Il sole 24 ore, https://www.quotidianofisco.ilsole24ore.com/binary.php?filename=/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/Q UOTIDIANO_FISCO/Online/_Oggetti_Correlati/Documenti/2019/08/17/Cfc.pdf&uuid=ACBZlye

CAPITOLO IV

IL RAPPORTO CON LA *BRANCH EXEMPTION*

Sommario: 1. Premessa 2. La stabile organizzazione: art. 162 TUIR 2.1 La stabile organizzazione materiale 2.2 La stabile organizzazione personale 2.3 La *Positive list* 3. Le “*affiliated companies*” e la rilevanza del controllo 3.1 La stabile organizzazione occulta 3.2 Il caso *Philip Morris* 4. La determinazione del reddito: la *ratio* delle modifiche 4.1 Il calcolo del reddito 5. Il regime della *branch exemption* 5.1 La stabile organizzazione CFC 6. La *Cooperative compliance* 6.1 Effetti premiali della *cooperative compliance* ed effetti sulla *CFC legislation* 7. Profili di compatibilità con l’art. 7 del Modello OCSE: raccordo tra la disciplina delle stabili organizzazioni e la *CFC legislation* 7.1 Le interpretazioni del Modello OCSE 7.2 Conclusioni

1. Premessa

In questo capitolo si passa in rassegna la normativa pertinente uno dei soggetti ricadenti nel campo d’applicazione della disciplina delle *Controlled foreign companies*, il cui presupposto d’imposta si realizza in presenza dei requisiti applicativi già esaminati nel capitolo precedente. La disciplina della stabile organizzazione – di cui si dispongono le linee di confine, i requisiti soggettivi e la modalità di determinazione del reddito – è contenuta nell’articolo 162 TUIR. Quest’ultimo, modificato in più istanze e da ultimo con la L. 205/2017, recepisce e si conforma alle disposizioni comunitarie, contenute nell’art. 5 Modello OCSE e nella *Action 7* del Progetto BEPS. Similarmente alla *Controlled foreign company*, la stabile organizzazione si configura come un distacco della società madre in un Paese estero, diverso da quello di residenza. L’elemento differenziale risiede nell’enunciazione dei soggetti d’imposta, richiamati dalle nozioni, essendo ricompresi nella definizione di stabile organizzazione anche gli enti localizzati all’estero che non siano sottoposti all’attività di controllo di cui all’art. 2359 c.c., riferendosi la norma dunque ad una platea di contribuenti più ampia. Ciononostante, la *ratio* ispiratrice dei due istituti è la medesima, collocandosi e discendendo entrambi dal complesso delle disposizioni sovranazionali e nazionali, dedicate alla tassazione dei redditi d’impresa delle società internazionali. Il traguardo ambito dalle misure consiste nella creazione di

modelli impositivi atti a contrastare le pratiche fiscali dannose, attraverso lo sviluppo di regimi fiscali, elaborati dagli Stati, che assicurino il rispetto degli obblighi reciproci di cooperazione fiscale internazionale.

Seppur la *ratio* sia coincidente, le modalità, mediante le quali il comune scopo è raggiunto, sono tra di loro quasi ai margini. Se per le società controllate estere (CFC) si dispone un regime di tassazione mediante il quale sono attratti alla base imponibile, della società controllante, i redditi prodotti all'estero dalla sua controllata – per trasparenza e indipendentemente dalla distribuzione degli utili ovvero dal trasferimento di essi nel Paese di residenza della controllata – speculare è la disciplina della stabile organizzazione. Ai sensi dell'art. 162 TUIR, sono tassati in Italia tutti i redditi generati dalla stabile organizzazione di un ente non residente, purché essa eserciti la sua attività d'impresa nel territorio italiano e solo con riferimento a quelli da lei prodotti in esso, previo l'accertamento dei presupposti di applicabilità. Al contrario di ciò che accade per le CFC, l'esercizio della potestà impositiva è esercitato sulla base del criterio della fonte anziché di quello della residenza.

Il legislatore, preso atto della frequente coincidenza tra l'operatività della CFC e della stabile organizzazione, con il D.lgs. 142/2018 ha previsto che, ai sensi dell'art. 167 TUIR, le disposizioni ivi contenute si applicano anche nei confronti delle “*società e gli enti di ogni tipo, compresi i trust, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato*” relativamente alle loro stabili organizzazioni italiane. Coerentemente a questa previsione, al comma 3, tra i soggetti controllati sono ricomprese le stabili organizzazioni all'estero che presentino i requisiti di controllo, nonché le stabili organizzazioni all'estero che abbiano optato per il regime della *branch exemption*.

È evidente quindi come la stretta interconnessione giuridica degli istituti, oltre che sul piano logico, si risente su quello pratico, nelle fattispecie di fatto in cui le nozioni si sovrappongono e coincidono.

Alla luce di queste consapevolezze, nei paragrafi che seguono si circoscrive dapprima il concetto di stabile organizzazione, ripercorrendo sommariamente alcune casistiche giurisprudenziali che hanno coadiuvato l'attività dell'interprete nella individuazione del novero dei soggetti cui la disciplina è rivolta. Successivamente, si propone l'analisi della modalità di determinazione del reddito, risaltando le analogie e le differenze presenti in rapporto con la normativa prevista per le società controllate estere.

Ulteriormente, si illustrano i profili di compatibilità con le normative sovranazionali, effettuando un confronto tra le previsioni elaborate dal legislatore nazionale e quelle comunitarie.

Da ultimo, si descrive il regime della *branch exemption* e quello della *cooperative compliance*, mettendo a fuoco come la loro operatività si rifletta praticamente nella *CFC legislation*, esigendo un sistema di coordinamento.

2. La stabile organizzazione: art. 162 TUIR

L'istituto della stabile organizzazione si colloca nell'insieme delle norme nazionali relative alla tassazione del reddito d'impresa generato al di fuori dello Stato di residenza. La stabile organizzazione è, al pari della *CFC legislation*, una disciplina che ricalca le disposizioni sovranazionali, la cui struttura si conforma agli accordi contenuti nelle convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate tra gli Stati sovrani. Nelle suddette, le valutazioni comuni sono improntate alla creazione di un modello fiscale che ripartisca la potestà impositiva tra diversi ordinamenti, capace di contenere l'incremento di fenomeni di doppia imposizione e che si rivolga al contribuente titolare di legami d'impresa sia con lo Stato di residenza sia con lo Stato di insediamento. Nel corso dell'evoluzione normativa, le previsioni sovranazionali hanno influenzato l'operato dei legislatori nazionali, i quali, ben presto, recependo le esortazioni delle istituzioni sovranazionali, ne hanno dato attuazione con la formulazione di un'autonoma disciplina. Il primo intervento si è avuto con il D.lgs. 344/2003, introduttivo dell'articolo 162 TUIR, rubricato "stabile organizzazione".

Nella sua struttura basica, la stabile organizzazione è concepita come una costruzione giuridica per mezzo della quale la società madre esercita l'attività d'impresa all'estero. La creazione di una simile nozione attribuisce valore al collegamento esistente tra i redditi – prodotti dall'ente, dalla società ovvero dall'impresa – con il territorio in cui l'attività produttiva generatrice è sostanzialmente erogata²¹⁷. I redditi d'impresa, cui la disciplina fiscale si rivolge, sono quelli generati da imprese transnazionali, come ad esempio le multinazionali o le società che mediante stabilimenti esteri svolgono l'attività principale, o quelle ad essa connesse, al di fuori dei confini nazionali.

²¹⁷ Fantozzi, A., *La stabile organizzazione*, in Riv. dir. trib., 2013, I, 97

La realizzazione dei redditi al di fuori del territorio di residenza, conseguita per mezzo di tali strutture, assume rilevanza pratica nel contesto tributario, essendo il loro regime fiscale frutto di ponderazioni e scelte giuridiche che tengono in considerazione i vari interessi sottostanti. Da un lato, la preoccupazione del legislatore risiede nel costruire un sistema in grado di tutelare la posizione del contribuente e le scelte imprenditoriali; dall'altro, far sì che la costituzione di una stabile organizzazione non possa mai aprire le porte a pratiche distorsive della concorrenza fiscale, oltretutto dannose per il fisco²¹⁸.

Delimitare i confini, nonché la portata della nozione di stabile organizzazione, comporta che i redditi d'impresa generati da soggetti esteri non residenti, ma prodotti nel territorio dello Stato, siano attratti alla potestà impositiva dell'Amministrazione finanziaria nazionale. In altre parole, la presenza di una stabile organizzazione in Italia di una società madre residente all'estero, implica che i redditi da essa generati nel territorio della Repubblica siano esigibili in Italia. Nonostante si tratta formalmente di un soggetto estraneo alla giurisdizione tributaria nazionale, in sostanza il legame che si instaura tra l'ente giuridico e il territorio in cui l'attività d'impresa viene svolta, è sufficiente a legittimarne l'imponibilità.

Disegnare un simile regime fiscale potrebbe facilmente indurre a ritenere che la stabile organizzazione sia un centro autonomo di imputazione giuridica. Benché le argomentazioni sostenibili a sostegno di tale tesi²¹⁹ siano varie, e anche ragionevoli, dottrina prevalente²²⁰ è incline a ritenere che non si tratti di un centro autonomo di imputazione. La stabile organizzazione rimane in ogni caso un centro dipendente e connesso a quello della società madre non residente. Non è possibile riconoscere ad esso la titolarità di situazioni giuridiche sostanziali in quanto, pur localizzandosi in uno Stato diverso da quello della società madre e pur riconoscendo un legame fattuale tra territorio e attività commerciali ivi svolta, la stabile organizzazione è comunque un distaccamento del soggetto non residente, unico soggetto di diritto autonomo. Il mancato riconoscimento di un centro autonomo di imputazione giuridica però non collide con la sua autonomia in materia fiscale. Per ciò che concerne il sistema di tassazione, gli Stati riconoscono alle

²¹⁸ Gallo, F., *Contributo all'elaborazione del concetto di "stabile organizzazione" secondo il diritto interno*, in Riv. dir. fin., 1985, I, 387

²¹⁹ Per la giurisprudenza Cass., 22.7.2011, n. 16106, in Boll. trib., 2011, 1558; la dottrina Boria, P., *L'individuazione della stabile organizzazione*, in Riv. dir. trib., 2014, I, 6

²²⁰ IBIDEM, *La stabile organizzazione*

stabili organizzazioni la possibilità di esser assimilati a centri “autonomi” di imputazione, nei limiti in cui il reddito loro prodotto venga determinato e computato alla stabile organizzazione separatamente rispetto la società madre. Il trattamento giuridico loro riservato sembra esser molto simile a quello di un soggetto di diritto autonomo. L’autonomia fiscale si evince alla luce della considerazione che il reddito prodotto nel territorio di stabilimento dell’organizzazione è tassato nello Stato della fonte separatamente dai redditi della società madre, come fosse un soggetto indipendente e separato dalla società controllante. La sua autonomia è limitata tuttavia alle fattispecie relative alle questioni inerenti la determinazione della base imponibile e dei presupposti obblighi fiscali e procedurali connessi²²¹.

Il concetto di stabile organizzazione è fiscalmente rilevante non solo ai fini della tassazione delle imposte dirette, ma altresì con riferimento all’IRAP e all’IVA. Trattandosi perciò di un istituto ricorrente per più imposte, la Corte Suprema si è da ultimo espressa definendo le stabili organizzazioni come “*autonomi centri di imputazione di rapporti tributari riferibili a soggetti non residenti*”²²².

La nozione e il relativo sistema di tassazione della stabile organizzazione si sviluppano nell’ordinamento italiano dapprima per effetto della prassi applicativa e, solo in un secondo momento, per espressa previsione normativa.

L’Amministrazione finanziaria e la dottrina, prima dell’introduzione dell’istituto nel 2005, già consideravano inevitabile che l’esercizio di un’attività produttiva nel territorio dello Stato, per mezzo di una stabile organizzazione, fosse attratta ad imposizione dal soggetto erariale italiano, essendo altrimenti spregiudicato e distorsivo non dare alcuna consistenza al collegamento sostanziale tra l’ente e il territorio²²³. Certamente le

²²¹ Frasoni, G., *La determinazione del reddito delle stabili organizzazioni*, in Rass. trib., 2005, 73

²²² Cass. N. 3889/2008

²²³ Già nella primordiale redazione del Testo Unico delle imposte sui redditi, si ammetteva agli art. 82 e 145 t.u., che la tassazione dello Stato italiano dovesse estendersi ai redditi prodotti dalle succursali, sede centrali o stabili organizzazioni, nei limiti della riferibilità di essi con l’attività esercitata nel territorio dello Stato.

Il presupposto impositivo era individuabile non solo nelle ipotesi in cui vi fosse il possesso di reddito da parte di soggetti tassabili in base al bilancio, ma ancorché nei confronti di soggetti esteri operanti nel territorio per mezzo di stabili organizzazioni. Questa primordiale previsione della disciplina, certamente oggetto di modificazioni, è la riprova di come già vi fosse l’esigenza di introdurre una normativa che definisse i confini della stabile organizzazione, in un’ottica conforme alle previsioni internazionali già esistenti.

valutazioni operate in sede applicativa, in mancanza di una definizione legislativa unitaria, ricalcavano le preesistenti normative sovranazionali. Tra quest'ultime, il fulcro della materia si ritrovava all'articolo 5 del modello OCSE, ma anche nelle convenzioni contro le doppie imposizioni, che per prime hanno riconosciuto l'autonomia fiscale delle stabili organizzazioni.

È bene precisare che, ad oggi, la normativa nazionale di cui all'art. 162 TUIR è applicabile solo nelle fattispecie che coinvolgono Stati con cui l'Italia non abbia precedentemente concluso convenzioni internazionali; in tutte le altre circostanze deve invece esser applicata la disciplina delle stabili organizzazioni come prevista dai modelli internazionali. La ragione di tale limitazione applicativa risiede nella portata estremamente ampia della definizione contenuta nella disciplina nazionale ex art. 162 TUIR. In ossequio all'art. 117 Cost., le norme internazionali che impongono una normativa meno lesiva delle ragioni del contribuente, rispetto a quelle interne, prevalgono sulle seconde. È questo il caso dell'art. 162 TUIR rispetto l'art. 5 Modello OCSE²²⁴.

Tornando al processo storico evolutivo della disciplina, si noti che il *deficit* normativo iniziale sia stato superato con il D.lgs. 344/2003, nel quale per la prima volta è comparsa la definizione di stabile organizzazione.

La struttura dell'art. 162 TUIR, da ultimo novellato con la l. 205/2017, pur ricalcando gli elementi minimi contenuti nelle normative sovranazionali, ha assunto con il tempo una propria autonomia e indipendenza nell'ordinamento italiano.

Tra le ragioni della rigidità del modello imposto in Italia si ritrova anche l'adesione del legislatore interno ad orientamenti giurisprudenziali formatisi nel passato, oggi difatti superati nel contesto internazionale. Basti pensare, come esempio di rigidità interpretativa, che all'elencazione fornita al par. 2 art. 5 del Modello OCSE²²⁵, in ossequio

²²⁴ Salvini L., *Diritto tributario delle attività economiche*, G. Giappichelli Editore, 2020

²²⁵ "Il termine "stabile organizzazione" comprende in particolare:

a) una sede di direzione;

b) una succursale;

c) un ufficio;

d) una fabbrica;

e) un seminario, e

f) una miniera, un pozzo di petrolio o gas, una cava o qualsiasi altro luogo di estrazione di risorse naturali.

Un cantiere o un progetto di costruzione o installazione costituisce una stabile organizzazione solo se dura più di dodici mesi" Art. 5 par. 2 Modello OCSE

alle interpretazioni dottrinali e amministrative italiane, viene attribuito un ruolo esemplificativo ma al tempo stesso presuntivo.

L'Amministrazione finanziaria, al cospetto di una delle situazioni ivi elencate, si avvale di una presunzione relativa di stabile organizzazione, previa allegazione delle circostanze presuntive.

Il contribuente, per effetto della presunzione, è gravato dall'onere probatorio di dimostrare che l'installazione all'estero non sia una stabile organizzazione²²⁶.

La funzione presuntiva, attribuita all'elenco ed elaborata dalla dottrina italiana, è nettamente in contrasto con quella fornita dalla dottrina OCSE, che al contrario ne riconosce una funzione meramente esemplificativa.

Definita la *ratio* normativa e illustrato brevemente il processo storico evolutivo, si analizzano ora i presupposti applicativi ex art 162 TUIR, distinguendo due tipologie di stabile organizzazione: la stabile organizzazione materiale e la stabile organizzazione personale.

2.1 La stabile organizzazione materiale

L'art. 162 TUIR opera una distinzione tra due categorie di stabile organizzazione. L'elemento di *discrimen*, rilevato nella comparazione tra stabile organizzazione materiale e personale, risiede nella presenza di una 'sede fissa d'affari'. La costituzione di una sede fissa d'affari è cruciale nella stabile organizzazione materiale, mentre è totalmente assente in quella personale. La stabile organizzazione materiale circoscrive le fattispecie in cui l'attività d'impresa sia svolta per mezzo di strutture organizzate e insediate all'estero. La stabile organizzazione personale è, al contrario, comprensiva delle ipotesi in cui l'attività principale d'impresa sia erogata non avvalendosi di installazioni fisiche, ma altresì per mezzo di agenti qualificati che agiscono nell'interesse della società madre.

Entrando nel merito della normativa, al comma 1 art. 162 TUIR, la stabile organizzazione materiale è definita come “*una sede fissa di affari per mezzo della quale l'impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività sul territorio dello Stato*”.

La stabile organizzazione materiale, secondo la nozione giuridica, è un'installazione effettiva nel territorio dello Stato, organizzata in maniera durevole e autonoma, tale da rendere possibile l'esercizio dell'attività imprenditoriale per mezzo di essa. Non si può

²²⁶ Andreani G., Ferranti G., Dodero A., *Testo Unico imposte sui redditi*, Commentari IPSOA, 2020

prescindere dal rapporto di strumentalità intercorrente tra sede fisica della struttura e l'attività svolta.

Gli elementi minimi della stabile organizzazione materiale sono riassumibili in:

- 1) la **sede d'affari**. La presenza di una sede d'affari è elemento di differenziazione tra la stabile organizzazione materiale e personale. Questo presupposto applicativo è un dato oggettivo e fisico, riferendosi alla struttura fisica, intesa in termini spaziali, per mezzo della quale si esercita, in tutto o in parte, l'attività nel territorio;
- 2) il carattere **fisso** della sede. Il requisito della fissità è rilevante sia dal punto di vista spaziale che temporale. In base al primo, la sede d'affari deve essere fissa nel territorio spaziale in cui l'attività viene esercitata. Per ciò che attiene al dato temporale, invece, la sede deve essere costituita per un arco temporale che sia stabile e non temporaneo;
- 3) la **strumentalità** tra l'attività esercitata dalla società madre e la stabile organizzazione. L'attività erogata nel territorio dello Stato deve essere riconducibile a quella svolta dall'impresa estera, nonché funzionalmente erogata nella sede fissa d'affari ivi locata;
- 4) l'**esercizio** dell'attività d'impresa nel territorio dello Stato, per mezzo della stabile organizzazione.

Riconoscere che una struttura giuridica sia una stabile organizzazione autorizza lo Stato, in cui essa produce gli utili ed esercita la sua attività, a sottoporla a tassazione, benché non residente nel territorio dello stesso. Il presupposto d'imposta si fonda sulla presenza di una connessione fattuale con il territorio, che esprime la sua forma di radicamento con la sede fissa d'affari. L'installazione fisica è il mezzo attraverso il quale viene garantito l'esercizio dell'attività nel Paese, ed essa ricomprende tutti i beni d'impresa a lei strumentali. Per beni d'impresa devono intendersi solo quelli materialmente situati nello Stato estero e non anche quelli di natura finanziaria, ossia solamente le strutture installate e i macchinari utilizzati.

La presenza materiale della sede d'affari nel territorio estero, pur costituendo regola generale, non è essenziale in alcuni casi eccezionali.

La giurisprudenza, sia italiana che estera, ha individuato la presenza di una stabile organizzazione materiale anche in alcuni casi in cui l'attività d'impresa non veniva direttamente esercitata all'estero per mezzo di macchinari, ma tramite attività di

manutenzione del personale. Con il caso “*Pipeline*²²⁷”, ad esempio, la Corte tedesca ha riconosciuto la stabile organizzazione, nonostante la mancanza di un vero e proprio insediamento materiale. Nello specifico, vi era un’azienda olandese che deteneva un oleodotto nel territorio tedesco. Il personale competente in Germania, a scadenze fisse, offriva attività di manutenzione per il funzionamento dell’oleodotto. Pur non trattandosi di strutture fisse, la Corte ha ritenuto esistente la stabile organizzazione in quanto l’attività di manutenzione non aveva carattere ausiliario e, pur essendo svolta da un personale, configurava stabile organizzazione.

Tornando agli elementi della sede fissa d’affari, è irrisorio il titolo giuridico per mezzo del quale si detiene la disponibilità dell’installazione, prescindendo anche dalla valutazione se l’utilizzo di essa sia esclusivo oppure condiviso.

Per ciò che concerne l’elemento temporale, la sede d’affari deve essere duratura nel tempo, priva di carattere temporaneo e meramente occasionale²²⁸. La valutazione sulla durata può basarsi quanto su elementi fattuali quanto su quelli intenzionali. La prevalenza dell’uno o dell’altro deve essere valutata nel caso concreto. Se in concreto la durata dell’attività sia esigua, ma le intenzioni iniziali dell’imprenditore erano altre, comunque la sede d’affari si considera durevole. Al contrario, prevalgono le circostanze di fatto su quelle intenzionali, nelle ipotesi in cui l’intenzione iniziale dell’imprenditore fosse quella di erogare un’attività temporanea, che poi si è trasformata in durevole.

Il legislatore non fissa una durata minima²²⁹, essendo la prassi orientata a ritenere che essa debba essere valutata nel caso concreto (si pensi ad esempio alle attività stagionali, che per loro natura hanno una portata temporale limitata, ma non per questo si considera non soddisfatto il requisito della permanenza).

L’unica eccezione è contenuta al comma 3, nella parte in cui per i cantieri di costruzione, montaggio e installazione, la durata minima prevista è di 3 mesi. La disposizione nazionale è più restrittiva di quella internazionale che per i cantieri, ai fini quella qualificazione di stabile organizzazione, fissa una durata minima di 12 mesi, anziché 3.

²²⁷ Sentenza II R 12/92, *Betriebesberater*, 1997 in *Tax New Services* n. 11 del 1997

²²⁸ Cass. N. 8815 e 8820/ 1987

²²⁹ L’art. 5 del Modello OCSE impone la generica durata minima di 6 mesi, che comunque può non assurgere da prova assoluta nel caso in cui, valutata relativamente al caso concreto, la stabile organizzazione possa ritenersi tale anche se la sua durata temporale sia stata inferiore.

Il carattere fisso della sede d'affari, oltre che temporale, è anche spaziale. La fissità intesa in tal senso attiene al collegamento fisico tra la struttura e il territorio. Il requisito non deve esser interpretato in via letterale, in ragione del fatto che esso è soddisfatto anche quando l'installazione non è radicata al suolo, ma galleggiante o sospesa.

Riassumendo, l'attività commerciale erogata deve possedere le seguenti caratteristiche:

- essere economica;
- essere connessa con l'attività principale della società madre;
- avere una connessione strumentale ed essenziale. Non è necessario che l'attività sia la medesima, ma bensì che si riconnetta nell'ambito dello stesso ciclo produttivo²³⁰.

2.2 La stabile organizzazione personale

Un'altra tipologia di stabile organizzazione è quella personale. L'elemento caratterizzante si rintraccia, anziché nella presenza di una sede fissa d'affari, nell'apporto personale fornito da un agente dipendente all'estero, che svolge gli interessi della società madre nell'esecuzione delle attività lui richieste. La *ratio* fondante la nozione integrativa coincide con la necessità di attribuire rilevanza alle ipotesi in cui l'attività d'impresa, pur non concretizzandosi con l'insediamento fisico di un'installazione, sia abitualmente svolta da un agente operante all'estero, entro i limiti lui impartiti dalla società per il conto della quale agisce. La stabile organizzazione personale può aver luogo in due ipotesi:

- i) qualora un soggetto concluda contratti di vendita dei prodotti d'impresa per conto della stessa, o comunque la sua attività sia finalizzata alla conclusione di essi (privo di rappresentanza);
- ii) il soggetto concluda contratti in nome e per conto dell'impresa, che abbiano ad oggetto la vendita di prodotti, trasferiscano la proprietà di essi ovvero concedano diritti di godimento sui beni dell'impresa (con rappresentanza).

Nel primo caso, l'agente agisce in nome proprio, ma per conto dell'impresa, nella conclusione dei contratti. Al fine di delimitare le ipotesi ricomprendibili, la prassi applicativa e successivamente il legislatore, hanno circoscritto le fattispecie in cui un agente privo di rappresentanza possa considerarsi stabile organizzazione personale. È

²³⁰ IBIDEM, *Testo unico imposte sui redditi*

necessario che l'agente che agisce senza spendita del nome, ma nell'interesse dell'impresa, concluda contratti sufficientemente esaustivi, tali da non esigere successive modifiche sostanziali dalla società madre. Il ruolo che *a posteriori* spetta all'impresa madre è marginale ed essenzialmente di mera approvazione, essendo la fase decisionale più corposa di spettanza dell'agente dipendente. Nella stabile organizzazione personale, corrispondentemente a quello della fissità nella stabile organizzazione materiale, vi è il requisito dell'abitudine²³¹.

La previsione dell'agente indipendente senza rappresentanza è stata recentemente elaborata, a seguito degli interventi riformatori del legislatore. In precedenza si disconosceva la possibilità di poter attribuire rilevanza ad un soggetto che agisse negli interessi dell'impresa, in assenza della spendita del nome. L'inclusione della fattispecie è frutto delle conclusioni contenute nell'*Action 7* del Progetto BEPS, nel quale si legge chiaramente che l'obiettivo dell'integrazione è finalizzato a evitare che la norma venga sottoposta a eventuali raggiri. L'evenienza che il contribuente possa eludere la tassazione, agendo nel Paese estero tramite un soggetto dipendente che opera col proprio nome anziché quello dell'impresa, è un rischio non tanto remoto a cui gli Stati devono far fronte²³².

Per ciò che attiene alla seconda ipotesi, essa include gli agenti indipendenti che concludono abitualmente contratti, spendendo il nome dell'impresa (i cd. agenti con rappresentanza ovvero mandatarî con rappresentanza). I contratti che possono esser loro conclusi sono innumerevoli, potendo ricomprendere quasi la totalità dei negozi giuridici per mezzo dei quali siano ceduti diritti assoluti o relativi sui i beni dell'impresa.

Si deduce, quindi, che l'elemento comune tra le due figure sia il rapporto di dipendenza tra agente e impresa, pur esso declinandosi in maniera differente nelle fattispecie. Nel primo caso, l'agente dipendente agisce dotato di un più ampio margine di discrezionalità, ma comunque fermo restando che la sua attività deve rispettare la volontà e gli interessi della società madre. Nel caso dell'agente con rappresentanza, ovvero di mandante con rappresentanza, il rapporto di dipendenza è più lampante, essendo l'attività decisionale dell'agente strettamente vincolata alle disposizioni previamente impartite dall'impresa.

La presenza di un agente indipendente non è in nessun caso idonea a configurare la stabile organizzazione personale. Invero, se vi fosse un agente indipendente che agisse secondo

²³¹ IBIDEM, *Diritto tributario delle attività economiche*

²³² IBIDEM, *Testo Unico delle imposte sui redditi*

gli interessi dell'impresa, ma in via autonoma sia dal punto di vista economico (avvalendosi di un proprio rischio d'impresa) sia giuridico (non essendo sottoposto a linee guida d'azione) la nozione di stabile organizzazione personale non sarebbe integrata. L'indipendenza dell'agente viene meno quando la sua attività è strettamente correlata a quella d'impresa, ove per strettamente correlato si deve intendere quando tra il soggetto e l'impresa vi sia un legame di controllo ovvero entrambi siano controllati da uno stesso soggetto (per la definizione di controllo si rimanda all'art. 2359 c.c.). A tal proposito nessun dubbio sorge in merito alla compatibilità della nozione di controllo di diritto (inteso come la maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ovvero più del 50 per cento dei diritti alla percezione degli utili). Più dubbia è se in tal sede sia rilevante anche il controllo di fatto o contrattuale, ma per il momento la dottrina prevalente esclude tale possibilità.

Da ultimo, ai sensi del comma 8, vengono espressamente esclusi dal novero dei soggetti della stabile organizzazione personale i mediatori marittimi e i raccomandatari, nella parte in cui *“Nonostante quanto previsto dal comma 7, non costituisce stabile organizzazione dell'impresa il solo fatto che la stessa eserciti nel territorio dello Stato la propria attività per mezzo di un **raccomandatario marittimo** (...), o di un **mediatore marittimo** (..), che abbia i poteri per la gestione commerciale o operativa delle navi dell'impresa, anche in via continuativa”*²³³.

2.3 La positive list e la negative list

Al comma 2 dell'art. 162 TUIR il legislatore elenca, pur non esaustivamente, le installazioni insediate all'estero che presumibilmente possono considerarsi stabili organizzazioni. L'elencazione, introdotta con le modifiche della l. 205/2017, ricalca sostanzialmente la struttura prevista al comma 2 dell'art. 5 Modello OCSE, pur presentando qualche elemento di differenziazione.

Un primo elemento distintivo risiede nel valore presuntivo della lista nazionale. Secondo la normativa sovranazionale, la presenza di una delle strutture di cui al comma 2 non costituisce *a priori* presunzione di stabile organizzazione. È onere dell'Amministrazione finanziaria dare prova, tramite la presentazione di elementi fattuali e concreti, che siano verificati i presupposti applicativi nel caso concreto. Secondo le disposizioni nazionali,

²³³ IBIDEM, *Diritto tributario delle attività economiche*

differentemente, la presenza di una delle strutture elencate costituisce di per sé una presunzione. L'onere probatorio è soggetto a un'inversione, facendo ricadere in capo al contribuente l'onere di dimostrare che non si tratti di stabile organizzazione, adducendo prove congrue. Solo nelle ipotesi fuoriuscenti dalla lista l'onere probatorio torna in capo all'Amministrazione finanziaria, la quale in tal caso deve fornire gli elementi probatori necessari.

Ai sensi del comma 2 art. 162 TUIR, si presumono stabili organizzazioni:

- 1) la **sede di direzione**: con essa si intende il luogo, inteso in termini spaziali, in cui vengono intraprese, coordinate e promosse le attività economiche e commerciali dell'impresa. Devono ricorrere i requisiti della fissità, non occasionalità e la connessione tra l'attività d'impresa ivi svolta e quella della società madre. La sede di direzione non deve essere confusa con la sede effettiva di direzione (rivelante nella nozione di residenza fiscale), con la quale viene invece indicato il luogo dove sono intraprese le decisioni più importanti della società nel suo complesso. Non solo dunque le decisioni d'indirizzo relative all'attività svolta nel territorio della stabile organizzazione;
- 2) la **succursale**: definita come la sede distaccata della società madre, nella quale viene data continuazione all'attività svolta nel Paese di residenza. La succursale è una struttura dipendente che tuttavia deve essere parzialmente autonoma dal punto di vista economico e commerciale. L'attività decisionale è comunque limitata, in quanto 'prolungamento' della società madre, con la quale rappresenta un *unicum*;
- 3) l'**ufficio**: inteso come luogo fisico, fisso, adibito allo svolgimento di una specifica attività. Si tratta di un'articolazione interna in cui l'attività esercitata non deve essere meramente ausiliaria e strumentale, ma deve essere quantomeno finalizzata alla vendita di prodotti;
- 4) l'**officina**: è il luogo spaziale in cui si svolgono le attività tecniche sul prodotto, quali ad esempio il montaggio, manutenzione, lavorazione e riparazioni;
- 5) il **laboratorio**: edificio nel quale vengono erogati servizi tecnici e sperimentali che si rivolgono direttamente alla clientela;
- 6) le **miniere** e le **cave**, definite come strutture predisposte alla lavorazione dei minerali e giacimenti. Questa previsione è stata introdotta dalla normativa

nazionale, che per prima ha incluso tra le ipotesi di stabili organizzazioni lo sfruttamento delle risorse, al di fuori delle acque territoriali. Questa rappresenta un'estensione al principio di territorialità del diritto internazionale, attribuendo allo Stato la possibilità di vantare diritti sul suolo, sottosuolo e il fondale marino;

- 7) “una **significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio stesso**”. Il comma f bis) così conclude l'elencazione delle possibili stabili organizzazioni. Quest'ultimo punto è innovativo rispetto l'elenco di cui all'art. 5 del Modello OCSE. La *ratio* ispiratrice di una simile inclusione è stata quella di adeguarsi al nuovo contesto economico, facendo fronte alle nuove pratiche commerciali esistenti. Il fenomeno della *digital economy*, caratterizzato dalla sua intangibilità e assenza di una struttura fisica, ha indotto il legislatore a predisporre nuove misure che tengano conto della particolare struttura di queste nuove forme economiche. In mancanza della presenza fisica sul territorio, l'attività deve esser valutata nel caso concreto e alla stregua di elementi fattuali, nonché criteri oggettivi, quali ad esempio: il volume di ricavi, l'utilizzo di un nome a dominio locale, le analisi relative alla clientela/utenza e gli elementi tipici locali individuabili sulle piattaforme digitali dell'attività.

Al comma 4 il legislatore elenca tassativamente una serie di ipotesi che in nessun caso possono esser ricomprese nella definizione di stabile organizzazione, nella cd. *Negative list*²³⁴. La formulazione del comma, già previsto nella prima stesura dell'articolo 162

²³⁴ 4. Fermi restando i commi da 1 a 3, la dizione "stabile organizzazione" non comprende:

- a) l'uso di una installazione ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna di beni o merci appartenenti all'impresa;
- b) la disponibilità di beni o merci appartenenti all'impresa immagazzinati ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna;
- c) la disponibilità di beni o merci appartenenti all'impresa immagazzinati ai soli fini della trasformazione da parte di un'altra impresa;
- d) la disponibilità di una sede fissa di affari utilizzata ai soli fini di acquistare beni o merci o di raccogliere informazioni per l'impresa;

TUIR, è stata nel tempo modificata e aggiornata alla luce delle indicazioni dell'OCSE, che lo hanno reso più conforme alle opzioni²³⁵ rivolte agli Stati, elaborate nell'*Action 7* del Progetto BEPS.

La sussistenza di una delle fattispecie elencate è idonea ad escludere l'operatività della disciplina solo al ricorrere della contestuale condizione prevista al comma 4-*bis*. È necessario che le condizioni di esclusione, riportate nella *negative list*, abbiano natura ausiliaria o preparatoria, e non rivestano dunque la funzione di attività principale.

Lo studio inerente all'efficacia della *negative list* deve essere integrato con la previsione di cui al comma 5. Il novellato comma, recependo le riflessioni maturate in sede OCSE, introduce nell'ordinamento le cd. *antifragmentation rule*.

Queste dispongono l'inoperatività delle cause di esclusione, qualora la sede d'affari:

- 1) svolga attività complementari con quelle di altre imprese ritenute correlate.
Le imprese correlate possono svolgere l'attività sia nello stesso luogo che in luoghi differenti;
- 2) svolga attività complementari con quella principale della società madre, avvalendosi anche di più sede d'affari localizzate nel territorio²³⁶.

Nelle predette due ipotesi, l'attività esercitata nella sede d'affari, oltre che soddisfare i requisiti minimi previsti al comma 1 e 3, non deve rivestire carattere ausiliario o preparatorio.

La *ratio* delle *antifragmentation rule* risiede nel voler evitare che un'impresa suddivida, al fine di eludere la disciplina ex art. 162 TUIR, la sua attività in più segmenti, ma

e) la disponibilità di una sede fissa di affari utilizzata ai soli fini dello svolgimento, per l'impresa, di ogni altra attività;

f) la disponibilità di una sede fissa di affari utilizzata ai soli fini dell'esercizio combinato delle attività menzionate nelle lettere da a) ad e).

²³⁵ Le opzioni lasciate agli Stati sovrani, alla luce dell'esigenza normativa di imporre una disciplina più conforme alle nuove realtà economiche (come ad esempio le attività digitali), erano sostanzialmente due:

- 1) riformulare l'elencazione proposta dagli Stati, valutando caso per caso l'entità ausiliaria o preparatoria delle attività elencate;
- 2) mantenere la struttura tassativa della *negative list*, ma al tempo stesso subordinarne l'efficacia alla condizione che le attività ivi riportate non costituiscono stabili organizzazioni solo se aventi carattere ausiliario o preparatorio.

È a questa seconda opzione che il legislatore italiano ha preferito fare ricorso, introducendo il comma 4-*bis*.

²³⁶ IBIDEM, *Testo unico imposte sui redditi*

essenzialmente continuando a ravvisare gli elementi minimi di una stabile organizzazione, manovrando dunque la nozione integrativa della stabile organizzazione. Sino alla sua introduzione normativa, già vi erano state delle sentenze della Cassazione²³⁷ che avevano constatato la presenza di una stabile organizzazione anche nelle ipotesi di frammentazione societaria. Sicuramente però la previsione normativa rende il sistema di sussunzione meno vulnerabile, ovviando maggiormente alla nascita di forme elusive fiscali. Questo sistema supera, in definitiva, il principio dell'indipendenza della persona giuridica, in base al quale le situazioni fiscali e le situazioni giuridiche di un soggetto devono esser analizzate prendendo in considerazione l'entità giuridica come singola, e non nel ruolo che essa ricopre nell'esercizio dell'attività d'impresa.

3. Le “*affiliated companies*” e la rilevanza del controllo

L'ultimo comma dell'art. 162 TUIR tratta della rilevanza delle *affiliated companies*, nella nozione di stabile organizzazione. Prendendo spunto dalla previsione di cui all'art. 5 del Modello OCSE, in esso si statuisce che la mera presenza di un'attività di controllo non identifica di per sé una stabile organizzazione.

Nel rapporto di controllo tra la società controllante e quella controllata, esse permangono soggetti distinti e autonomi sotto il profilo giuridico. Nondimeno, non si deve escludere che ove la società madre controlli una società estera, quest'ultima sia una stabile organizzazione. Ciò che però si esclude è che la presunzione operi esclusivamente alla stregua dell'accertamento del legame di controllo, essendo invece necessaria una verifica approfondita sulla sussistenza dei requisiti previsti ex art. 162 TUIR, sia che si tratti di stabile organizzazione materiale o personale.

Ancor prima della riforma del comma, la giurisprudenza si era espressa negando, nonostante alcune perplessità, che la mera sussistenza di un rapporto di controllo su una società estera fosse di per sé idonea a configurare la stabile organizzazione. Persino nella convenzione contro le doppie imposizioni tra Italia e Stati Uniti, nonché nel commentario dell'OCSE, si perveniva alle stesse conclusioni. La ragione di questa posizione rigida risaliva alle preesistenti previsioni normative formulate dalle organizzazioni internazionali. Basti pensare ad esempio alla Commissione fiscale della Società delle

²³⁷ Cass. N. 8815/1987; Cass. N. 8820/1997; Cass. 3367/2002; Cass. N. 3368/2002; Cass. 7682/2002; Cass. 10925/2002; Cass. N 20597/2011

Nazioni Unite, che già nel 1927 affrontava la questione delle *affiliated companies*, nel contesto delle stabili organizzazioni. Per qualche tempo, vista la precarietà della tematica, molte convenzioni ne avevano però tralasciato la trattazione, attesa la difficoltà di raccordarsi con le discipline allora vigenti. Con le convenzioni della società delle nazioni del Messico e di Londra, rispettivamente nel 1943 e 1946, nuovamente si è reintrodotta la rilevanza delle *affiliated companies* nella nozione di stabile organizzazione. Ad oggi la questione è disciplinata sia dall'ONU che nell'art. 5 del Modello OCSE, nonché nella quasi totalità delle convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dagli Stati²³⁸.

Tornando all'art. 162 TUIR, la norma statuisce che *“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”*. Fermo restando che il principio generale è conforme alle disposizioni OCSE, si evidenzia che la norma italiana si discosta in alcuni punti essenziali da quella sovranazionale.

Rispetto l'art. 5 del Modello OCSE, la disciplina delle *affiliated companies* differisce in quattro punti fondamentali:

- i) la nozione contenuta all'art 5 del Modello OCSE ha una portata meno ampia di quella interna. L'irrilevanza 'di per sé' valutata del rapporto di controllo secondo l'art. 5, è riferita esclusivamente ai rapporti societari. L'art. 162 TUIR invece estende il campo applicativo del comma anche al rapporto tra imprese, oltre che tra società;
- ii) nel modello OCSE i soggetti del controllo sono solo le società residenti in ordinamenti giuridici differenti, e non anche quelli per cui, al di là della residenza, l'attività sia materialmente svolta in Paesi diversi;
- iii) la portata del controllo. L'art. 5 del Modello OCSE si riferisce alle ipotesi in cui una società sia controllata o controllante dell'altra. L'art. 162 TUIR include invece anche le ipotesi in cui le società siano entrambe soggette al controllo di un terzo soggetto;

²³⁸ Cerrato M., *Considerazioni in tema di stabile organizzazione ai fini dell'IVA e delle imposte sui redditi*, in "Giurisprudenza Italiana" n. 4 del 1998

- iv) l'impostazione italiana si riferisce, nella nozione di *affiliated companies*, non solo ai soggetti collettivi (es. le società), ma anche a quelli individuali.

La *ratio* che ha spinto il legislatore ad attribuire rilevanza ai fenomeni societari del gruppo è evidente, peraltro ribadita con maggiore chiarezza nelle precisazioni contenute al paragrafo 41 dell'art. 5 Modello OCSE.

Nel contesto di gruppo è frequente che una società controllata sia una stabile organizzazione di un'altra appartenente al medesimo gruppo societario. Posta l'ammissibilità di questa evenienza, la qualifica di stabile organizzazione deve discendere solo dopo l'accertamento sulla verifica dei requisiti applicativi, ossia la presenza di una sede d'affari fissa per mezzo della quale è svolta l'attività d'impresa (cd. stabile organizzazione materiale) o di un agente dipendente (cd. stabile organizzazione personale). Certamente l'accertamento è più agevole qualora una società sia stata costituita e organizzata al fine di esercitare un'attività strettamente connessa a quella di un'altra appartenente al medesimo gruppo.

La stabile organizzazione, di una società appartenente al gruppo, lo è però solo in riferimento ad essa, e non è anche qualificabile come stabile organizzazione del gruppo inteso nel suo complesso. La motivazione di tale esclusione risiede in disquisizioni essenzialmente giuridiche. Nel rapporto tra stabile organizzazione e società madre, quest'ultima è titolare di una soggettività giuridica autonoma. Il gruppo societario, o d'impresе, è un soggetto autonomo dal punto di vista economico, ma esso non è titolare di un'autonoma soggettività giuridica, perciò non idoneo a qualificarsi come società madre.

Di converso, una stabile organizzazione può esserlo contemporaneamente di più società appartenenti allo stesso gruppo.

Questo orientamento è condiviso anche dalla giurisprudenza italiana. La Corte di cassazione²³⁹ si è espressa dichiarando ammissibile che una società di capitali italiana sia una stabile organizzazione di più imprese appartenenti al gruppo societario. In casi simili però è doveroso valutare le circostanze del caso concreto, avendo riguardo degli obiettivi e degli scopi che la società, che si presume essere stabile organizzazione, persegue in relazione alle attività svolte dalla società madre. "*Ritenere sempre sussistente una stabile*

²³⁹ Cass., Sez. trib., 25 maggio 2001, n. 7682 citata e Cass., Sez. trib., 7 marzo 2002, n. 3367

*organizzazione tutte le volte in cui una società del gruppo presta la sua collaborazione per raggiungere il fine comune è conclusione eccessiva. In realtà, per la dottrina in questione, **occorrerebbe distinguere il caso in cui il programma comune perseguito dal gruppo si ponga come un fine più generale, ulteriore e diverso dallo scopo essenziale e immediato al cui conseguimento è diretta l'attività di uno degli enti non residenti da quello in cui il perseguimento della strategia comune, in ragione dell'appartenenza al gruppo, permei concretamente e riconoscibilmente l'attività dell'operatore straniero e sia parte integrante del suo oggetto***".

La dottrina prevalente è concorde nell'ammettere le medesime conclusioni, pur consapevole che l'analisi delle circostanze di fatto a volte può risultare molto complessa, ma al tempo stesso irrinunciabile.

In altre parole, quando le attività esercitate dalle società siano solo in linea generale volte a perseguire un interesse comune generale, e non tra di loro propedeutiche, il rapporto di controllo non determina sufficientemente la stabile organizzazione. Specularmente, allorché le attività delle società siano strumentali e connesse tra loro, il controllo identifica la stabile organizzazione²⁴⁰.

3.1 La stabile organizzazione occulta: gli indici presuntivi dell'Amministrazione finanziaria e i loro risvolti pratici

Al fine di fornire un quadro completo sulla nozione di stabile organizzazione, è doveroso soffermarsi sul concetto di stabile organizzazione 'occulta', la cui teorizzazione è frutto degli sviluppi giurisprudenziali formati nelle sentenze in materia.

La tematica dell'istituto, propriamente di creazione giurisprudenziale, ruota intorno allo schema delle organizzazioni societarie partecipate, all'interno del quale si celano non di rado le stabili organizzazioni. Il fenomeno è diventato sempre più d'interesse della giurisprudenza, in quanto di frequente è stato oggetto di controversie tra l'Amministrazione finanziaria e le società multinazionali. L'Amministrazione finanziaria ha, in più occasioni e in sede di accertamento, contestato e rilevato la presenza di stabili organizzazioni occulte, materiali o personali, celate da società controllate estere.

²⁴⁰ Della Valle E., *La nozione di stabile organizzazione nel nuovo Tuir*, in "Rassegna Tributaria" n. 5 del 2004, pag. 1597

Per stabile organizzazione occulta si intende una costruzione giuridica che ravvisi i presupposti applicativi definiti all'art. 162 TUIR, ma ciononostante non sia formalmente costituita o dichiarata.

Rifacendoci alle considerazioni già effettuate, si premetta e ribadisca che l'esistenza di un rapporto di controllo tra la società residente all'estero e la sua partecipata in Italia, non è di per sé idonea a far discendere la qualifica di stabile organizzazione. L'attività di controllo deve esser sempre accompagnata dalla verifica degli elementi minimi dell'organizzazione materiale o personale.

La prassi amministrativa ha integrato il sistema, fornendo utili indici identificativi della stabile organizzazione occulta, tra i quali:

- 1) identità tra gli organi decisionali della società estera e quella localizzata in Italia;
- 2) la partecipazione della società italiana alla conclusione o stipulazione di contratti per conto della società estera, negli interessi di quest'ultima, indipendentemente dalla spendita del nome;
- 3) legame di dipendenza tra la società italiana e quella estera. La dipendenza deve riferirsi alle attività decisionali e alle scelte strategiche, soggette a continua supervisione e approvazione da parte della società madre;
- 4) mancanza di indipendenza economica. La società italiana non si assume un proprio rischio d'impresa, oltre che esser soggetta alla previa approvazione della società madre nelle scelte relative all'investimento e impiego di risorse economiche;
- 5) la società controllata svolge le sue attività in funzione degli interessi della società madre, erogando servizi in favore di essa.

Sulla base di questi indici, la stessa Corte di Cassazione²⁴¹ si è pronunciata in una controversia relativa a società presunte stabili organizzazioni occulte. La Suprema Corte ha accolto il riconoscimento della stabile organizzazione occulta, sul presupposto che l'attività gestionale fosse svolta dai medesimi soggetti sia nella società controllante che in quella controllata, nonché riscontrando che le attività svolte da entrambe fossero connesse e conformi al *core business* della controllata.

²⁴¹ Cass., sentenza n. 38027 del 2014 e n. 40327 del 2014

Si cita anche la sentenza della Cassazione n. 16106, ove la Suprema Corte, facendo leva sulle conclusioni raggiunte nel caso *Philip Morris*²⁴², ha concluso che i redditi di una stabile organizzazione occulta sono accertabili in capo alla società controllata italiana, nei confronti della quale si ravvisa il rapporto di dipendenza economica dalla società madre estera. Questa delibera ha suscitato tuttavia non poche criticità, in quanto le sue conclusioni sono a tratti irragionevoli oltre che discutibili.

Se si ammettesse che l'accertamento del reddito di una stabile organizzazione occulta possa avvenire sulla posizione fiscale della società controllata, l'Amministrazione finanziaria sarebbe autorizzata ad agire nei confronti della società italiana non solo per redditi da lei prodotti, bensì anche per quelli generati dalla controllante. Le evidenti e ingerenti conseguenze applicative sarebbero eccessive, ma potrebbero essere ammissibili solo alla stregua di un'analitica e attenta verifica fattuale sul rapporto tra le società²⁴³.

Non mancano ipotesi in cui la giurisprudenza, avvalendosi degli indici presuntivi di cui sopra, si sia espressa in maniera contraddittoria, risolvendo controversie simili con esiti differenti. A titolo esemplificativo si menziona la sentenza n. 4597 del 12 settembre 2016. In tal sede, la CTR Lombardia ha ritenuto la società controllata italiana, responsabile delle attività promozionali e assistenza tecnica relativamente all'attività di sviluppo e vendita dei *software*, una stabile organizzazione della società controllante statunitense. La Corte è giunta a questa conclusione dopo aver constatato l'assenza di indipendenza economica e giuridica della controllata, pur essendo gli organi della controllata titolare di un margine di autonomia nella conclusione dei contratti. La CTR ha dunque ritenuto come fattore prevalente l'assenza di indipendenza economica, piuttosto che il marginale e non sufficiente spazio di autonomia nella conclusione dei contratti.

La contraddittorietà risiede con un'altra sentenza della stessa CTR Lombardia, la n. 3394 dell'8 giugno 2016. La Corte, nel caso in esame, ha negato la presenza di una stabile organizzazione occulta nella fattispecie di una società italiana controllata dalla società madre svizzera, operante nel settore della moda.

La Corte nel caso concreto ha accertato in primo luogo che non vi fosse un rapporto di dipendenza tra le società, quantomeno giuridica. La società svizzera pur essendo titolare della totalità delle partecipazioni della società italiana, esercitava la sua attività gestionale nei limiti del margine di autonomia lasciato alla società controllata. Lo scambio di

²⁴² Cass., 22.7.2011, n. 16106, in Boll. trib., 2011, 1558

²⁴³ IBIDEM, Diritto tributario delle attività economiche

informazioni e il controllo della società svizzera, secondo le valutazioni della Corte, era esclusivamente propedeutico all'implemento dell'attività di cooperazione tra le due società. Non era difatti dimostrabile che la società italiana fosse stata mera esecutrice delle decisioni della società madre, nonché più in generale sottoposta al suo potere gestionale. Le attività della società italiana erano sì collegate a quella della società madre, ma comunque retribuite e rientranti nello scopo sociale.

Inoltre, la Corte ha ritenuto non accertabile la presenza di una dipendenza economica, assumendo invece che la società figlia si avvallesse di un proprio rischio d'impresa e fosse autonoma nella selezione delle attività in cui era decisa ad investire.

Infine, si aggiunge che, parte della Dottrina e delle imprese ad oggi muovono alcune critiche alle considerazioni sinora raggiunte dall'Amministrazione finanziaria²⁴⁴, nell'accertamento della stabile organizzazione occulta.

I punti fondamentali delle loro contestazioni possono esser così brevemente riassunti:

- i) la presenza di una dipendenza economica e giuridica non deve esser valutata come indice rilevante ai fini della qualifica di stabile organizzazione 'occulta'. Questo elemento è di frequente, se non nella totalità dei casi, insito nella struttura dei gruppi societari, al di là se la costruzione si possa considerare stabile organizzazione;
- ii) la qualifica di stabile organizzazione occulta deve esser letta alla luce delle interpretazioni del Commentario OCSE relative all'art 5 e al novellato art. 162 TUIR;
- iii) l'Amministrazione finanziaria, solo nel caso in cui non individui l'espletamento della società figlia di funzioni ulteriori a quelle da lei principalmente svolte dalla società controllante, deve valutare la congruità della remunerazione lei corrisposta, alla luce dei dati risultanti dal bilancio²⁴⁵.

²⁴⁴ Note e studi n. 17 "Imprese multinazionali: aspetti societari e fiscali", in Assonime

²⁴⁵ Sella P., Le osservazioni di Assonime sulla stabile organizzazione occulta, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*", n. 3 del 2017, pag. 20

3.2 Il caso *Philip Morris*: la sentenza madre

Riassumendo quanto sinora detto, la portata della definizione di stabile organizzazione è definita *in primis* dalle disposizioni normative del TUIR e del Modello OCSE; in secondo luogo, essa è ulteriormente integrata dagli orientamenti sviluppatasi nella giurisprudenza tributaria, con i quali ad esempio si è giunti alla teorizzazione della nozione di stabile organizzazione occulta e di stabile organizzazione plurima.

Nel paragrafo precedente si è sommariamente ripercorso come gli apporti della giurisprudenza, della prassi applicativa e della dottrina abbiano contribuito alla formazione del concetto di stabile organizzazione occulta. A mio avviso, è opportuno però dedicare una specifica trattazione al caso *Philip Morris*²⁴⁶. La controversia, che ha visto protagoniste l'Amministrazione finanziaria e la società estera localizzata in Italia, merita trattazione a parte in ragione degli importanti principi in essa formulati, che hanno costituito non solo le fondamenta dei successivi orientamenti giurisprudenziali, ma per la prima volta in Italia hanno esteso l'operatività dell'art. 162 TUIR, anche ad ipotesi limite. Destinataria dell'accertamento era la S.p.a. insediata in Italia che sino al 1996 aveva come oggetto esclusivo la produzione, la distribuzione, la vendita e commercializzazione di filtri per prodotti di tabacco. Nel 1996 le erano stati notificati due distinti avvisi di accertamento, relativi a periodi d'imposta differenti, per il mancato adempimento degli obblighi tributari. In essi si contestava il non pervenuto pagamento delle imposte dirette ed indirette, che dovevano esser assolte dalla S.p.a., in virtù della normativa vigente per le stabili organizzazioni nel territorio italiano. La qualifica di stabile organizzazione le era stata attribuita dalla Amministrazione finanziaria che, assieme alle verifiche operate dalla Guardia di Finanza e gli uffici IVA e delle imposte dirette, aveva riscontrato che l'attività svolta dalla società era paragonabile a quella di una stabile organizzazione, operante per società europee ed americane appartenenti al medesimo gruppo societario. L'Amministrazione finanziaria riteneva che la società fosse occultamente organizzata per sottrarre al fisco la tassazione degli utili da lei prodotti. La convenzione contro le doppie imposizioni vigente prevedeva infatti per i soggetti esteri, privi di una stabile organizzazione in Italia, una tassazione decisamente meno incisiva rispetto a chi invece ne detenesse una.

²⁴⁶ La sentenza 7682 del 25 maggio del 2002

Se la stabile organizzazione fosse stata dichiarata formalmente, sarebbe stata applicata la convenzione tra Italia e Germania, con la quale si prevedeva:

- 1) la tassazione delle *royalties* nello Stato di residenza;
- 2) la possibilità che in Italia venisse corrisposta una ritenuta d'imposta non eccedente il 5 per cento dell'ammontare lordo dei canoni corrisposti al titolare delle *royalties* nello Stato di residenza. I canoni corrisposti al soggetto non residente, connessi al bene materiale o al suo diritto di sfruttamento e realizzati per mezzo dell'attività svolta dalla sua stabile organizzazione in Italia, avrebbero concorso nella formazione della base imponibile della stabile organizzazione.

La conclusione della Corte, ossia che si trattasse di una stabile organizzazione occulta, era stata raggiunta sulla base di alcune presunzioni 'gravi, precise e concordanti'. Ex art. 37 delle disposizioni in materia di accertamento dei redditi, la presunzione operava quando la società estera era titolare di alcune tipologie di reddito, tra cui le *royalties*. Si presumeva quindi, in base a questa, che la società estera le possedesse per interposta persona.

L'Amministrazione finanziaria aveva proposto, a sostegno delle sue convinzioni, le seguenti prove:

- i) la partecipazione degli organi amministrativi della società italiana nella conclusione di contratti di licenza esclusiva per la commercializzazione di tabacco, a nome delle società estere;
- ii) continua attività di controllo, relativamente agli accordi commerciali, esercitata dalle società estere;
- iii) assunzione di spese e costi negli interessi di società del gruppo;
- iv) realizzazione di attività di promozione nel territorio italiano, aventi ad oggetto la sponsorizzazione delle società appartenenti al gruppo;
- v) dipendenza giuridica nei confronti degli organi decisionali del gruppo;
- vi) gli organi amministrativi e dirigenziali della società italiana precedentemente erano stipendiati e impiegati di altre società del gruppo.

La prova della sussistenza della stabile organizzazione era fondamentale ai fini dell'applicabilità della convenzione contro le doppie imposizioni.

Pur non essendoci una sede fissa d'affari, la Corte riteneva che si trattasse di una stabile organizzazione occulta, in quanto la società Italiana era struttura e organizzata al fine di erogare un'attività conforme agli interessi e al *business* delle altre facenti parte il gruppo.

Questo assunto era confermato dal fatto che l'attività di controllo era costantemente esercitata dalla società estera, che difatti si avvaleva di organi competenti per la gestione e coordinamento. Si escludeva così l'indipendenza della società italiana, essendo essa più assimilabile ad un ufficio (che secondo l'elencazione ex comma 2 art. 5 del Modello OCSE ed ex art. 162 TUIR, configura un'ipotesi di stabile organizzazione). L'attività di controllo non era l'unico elemento fondante della conclusione, essendo sorte numerose perplessità anche in riferimento all'oggetto sociale. Invero l'oggetto sociale della S.p.a. era cambiato dal 1996, divenendo più conforme agli interessi del gruppo. Il controllo non era di per sé indicativo della presenza della stabile organizzazione, ma a questo elemento si affiancava la presenza dei poteri tipici dell'agente dipendente, che nell'insieme erano idonei a far presumere l'esistenza della stabile organizzazione occulta. La Corte in tal sede assurgeva inoltre che la spendita del nome, nella conclusione di contratti di licenza a favore di società del gruppo, operata dagli organi della società italiana, doveva considerarsi come uno dei principali indicatori della presenza di una stabile organizzazione. Rifacendosi ai requisiti minimi della stabile organizzazione personale, nel caso concreto la presenza di un agente dipendente, che operava munito di rappresentanza, era innegabile e accertata anche formalmente.

La dipendenza strutturale e la partecipazione nella stipulazione dei contratti costituiscono infatti elementi essenziali nella identificazione della stabile organizzazione occulta.

Come si è detto ad inizio capitolo, nel contesto del gruppo societario, una società del gruppo può essere stabile organizzazione anche di più società appartenenti allo stesso, ma non del gruppo unicamente considerato (in mancanza di autonomia sul piano giuridico). Questa conclusione ci fa comprendere l'importanza del caso *Philip Morris*, in cui per la prima volta si elaborava e definiva la stabile organizzazione **plurima**. La nozione, sino a quel momento sconosciuta all'ordinamento italiano, era però invece già prevista dal Commentario OCSE, a cui non a caso la giurisprudenza italiana si rifaceva.

La Corte affermava, nel dispositivo, che *“Una società di capitali con sede in Italia può assumere il ruolo di stabile organizzazione plurima di società estere appartenenti allo stesso gruppo e perseguiti una strategia unitaria. In tal caso la ricostruzione dell'attività posta in essere dalla società nazionale, al fine di accertare se si tratti o meno di attività ausiliaria o preparatoria, deve essere unitaria e riferita al programma del gruppo unitariamente considerato”*.

La Corte aveva infatti analizzato le attività svolte dalla S.p.a. italiana, operando una valutazione d'insieme con quelle realizzate dal gruppo societario²⁴⁷.

Il fenomeno delle stabili organizzazioni occulte e/o plurime è stato oggetto nel tempo di molti dibattiti giurisprudenziali e dottrinali, essendo molto comune nelle organizzazioni infragrupo. Le conclusioni contenute nel dispositivo della sentenza *Philip Morris*, poi certamente affinate e limate, hanno assunto perciò un ruolo fondamentale, ampliando la nozione di stabile organizzazione e limitando le ipotesi di occultamento dei redditi delle organizzazioni, così realizzato.

In conclusione, gli elementi che definiscono una stabile organizzazione occulta sono:

- 1) la presenza in Italia di una struttura giuridica strumentale all'attività principale di una società estera;
- 2) il carattere durevole dell'organizzazione;
- 3) l'irrilevanza delle dimensioni e dell'organizzazione della società italiana;
- 4) l'attività italiana deve esser secondaria rispetto quella estera e il suo scopo può anche non esser economico.

In sintesi, l'importanza fondamentale della sentenza trattata risiede nell'aver:

- i) introdotto una presunzione di stabile organizzazione occulta;
- ii) elaborato una nuova nozione di stabile organizzazione plurima;
- iii) ammesso che le valutazioni di cui sopra devono esser effettuate concretamente, e finalizzate ad individuare che l'attività posta dal soggetto italiano non sia ausiliaria o preparatoria;
- iv) stabilito che l'attività di controllo, in concreto, non avesse carattere ausiliari, ma funzionale all'espletamento dell'attività;
- v) chiarito che, pur non essendo presente dipendenza economica giuridica o elementi minimi della stabile organizzazione materiale e personale, è possibile sulla base di ulteriori elementi di fatto riconoscere la stabile organizzazione occulta e plurima²⁴⁸.

²⁴⁷ Sozza G., *Note a margine della pronuncia della Cassazione sul caso Philip Morris*, n "il fisco" n. 38 del 2002, pag. 1-6036

²⁴⁸ Valente P., *La stabile organizzazione «occulta» nella giurisprudenza italiana*, in "Fiscalità e commercio internazionale" n. 5 del 2012

4. La determinazione del reddito: la *ratio* delle modifiche

La modalità di determinazione del reddito della stabile organizzazione è disposta all'art. 152 TUIR. Con il D.lgs. 147/2015 si è assistito ad una rivoluzione normativa del sistema, nella parte in cui il legislatore ha introdotto il cd. principio della tassazione separata dei redditi, scardinando il precedente della cd. forza attrattiva della stabile organizzazione.

Il previgente modello imponeva che tutti i redditi prodotti all'estero fossero ricondotti alla base imponibile della *branch*, anche se non direttamente da lei prodotti²⁴⁹. Questo sistema, oltre che irragionevole, era poco compatibile con le disposizioni contenute nel Modello OCSE e solo in parte funzionale al perseguimento dei fini proposti in esso. Per tali ragioni, nel 2015 il legislatore ha riformato il regime sulla teoria del *separate entity approach*. Il sistema dell'approccio dell'entità separata concepisce la stabile organizzazione come un soggetto individuale e indipendente dalla casa madre, in materia fiscale. Dato il riconoscimento di soggetto passivo d'imposta, la stabile organizzazione è tenuta a versare l'imposta sui redditi prodotti nell'esercizio della sua attività, determinandoli separatamente da quelli della società madre.

Il sistema in vigore fino al 2015 era inadatto a tutelare gli interessi del contribuente, prevedendo un sistema eccessivamente oneroso per chi esercitasse attività d'impresa all'estero per mezzo di una stabile organizzazione. Il sistema previgente disponeva che nella base imponibile della stabile organizzazione dovessero essere incluse più categorie reddituali. Il modello di determinazione del reddito attraeva sproporzionatamente, sia dal punto di vista qualitativo che quantitativo, tutti redditi esteri formalmente imputabili alla società, indipendentemente dalla constatazione che essi fossero stati generati da attività direttamente a lei riferibili.

Il sistema attuale, conscio perciò delle lacune e delle difformità logiche che interessavano la disciplina preesistente, fissa un nuovo regime più adatto e rispettoso degli interessi in gioco.

In base alla disciplina odierna delle stabili organizzazioni, sono soggetti passivi d'imposta in Italia solo gli enti non residenti, limitatamente ai redditi loro prodotti per mezzo della

²⁴⁹ Ci si riferisce perlopiù al precedente art. 151 TUIR, nel quale si prevedeva che le plusvalenze e le minusvalenze destinate o relative al territorio dello Stato venissero attratte alla base imponibile della stabile organizzazione, anche se effettivamente non conseguite attraverso le stabili organizzazioni.

stabile organizzazione nel territorio italiano, che presentino i requisiti di cui all'art. 162 TUIR.

La stabile organizzazione, anche se solo per ciò che concerne il diritto tributario, è perciò un'entità separata e indipendente dalla società madre. La costruzione di un regime che abbia questi connotati garantisce una ripartizione impositiva equa tra lo Stato di residenza e lo Stato della Fonte²⁵⁰.

Secondo un consolidato orientamento, la stabile organizzazione è un fenomeno di organizzazione che attribuisce ad essa i caratteri dell'entità autonoma, sia nel versante economico e sia in quello decisionale. Per questo motivo, la sua situazione fiscale è accertata separatamente dall'Amministrazione finanziaria, che nella fase di verifica si avvale delle scritture contabili redatte e detenute dalla stabile organizzazione²⁵¹.

4.1 Il calcolo del reddito

Il sistema di computo del reddito, previsto per le stabili organizzazioni, presenta delle analogie con la disciplina CFC.

In primo luogo, in base al principio del *separate entity approach*, sono attratti alla base imponibile della stabile organizzazione solo i redditi prodotti per esercizio dell'attività d'impresa nel territorio italiano. Sono quindi computati, nel risultato d'esercizio, esclusivamente gli utili e le perdite generati dall'attività d'impresa, al quale poi si applicano le relative variazioni in aumento o diminuzione. Questo sistema di calcolo si differenzia da quello *ante* riforma, nel quale invece i redditi imputati alla stabile organizzazione erano tutti quelli prodotti all'estero, senza distinzione basata su fattori di connessione e in omaggio al principio della cd. forza attrattiva della stabile organizzazione²⁵².

²⁵⁰ IBIDEM, *Diritto tributario delle attività economiche*

²⁵¹ Sentenza 9.7.1975, n. 2672

²⁵² “il reddito della stabile organizzazione va determinato come se si trattasse, a tutti gli effetti, di un'entità giuridicamente autonoma, operante in circostanze comparabili, con esclusione perciò delle deroghe previste nella vigenza delle precedenti versioni del Modello” l'indipendenza della *branch* deve esser valutata accertando l'entità delle transazioni attuate, i rischi assunti e le attività perseguite. *L'attribuzione del reddito alla stabile organizzazione nell'era post BEPS*, in Assonime, reperibile online in http://www.assonime.it/sezioni/GDI/Documents/13943-Pedaccini_AttribuzioneProfittiAllaSO.pdf

Analogamente a ciò che si prevede per le CFC, nel procedimento di determinazione del reddito imponibile, trovano applicazione tutte le disposizioni rivolte ai soggetti IRES.

L'autonomia e l'indipendenza fiscale è valorizzata anche nel contesto degli obblighi procedurali, a cui la stabile organizzazione è tenuta ad ottemperare. Sulla stabile organizzazione, ugualmente alle CFC, incombe l'obbligo di redazione e tenuta delle scritture contabili. Il risultato d'esercizio viene calcolato tenendo conto delle risultanze avute dal rendiconto economico e finanziario, redatto conformemente ai principi contabili nazionali o i principi internazionali IAS/IFRS. Su quest'ultimo aspetto varie contestazioni devono esser formulate, poiché il legislatore non specifica da nessuna parte se i principi contabili adottati dalla stabile organizzazione siano liberamente scelti dalla stessa, oppure debbano essere gli stessi di quelli utilizzati dalla società madre. Le conseguenze applicative che si avrebbero dall'accoglimento dell'una o dell'altra interpretazione sono notevoli. Il D.lgs. 147/2015, a ragion del vero, non ha introdotto una vera e propria disposizione innovativa rispetto la precedente, relativamente al computo del reddito. L'applicazione delle disposizioni IRES e l'obbligatorietà della tenuta e redazione del conto economico, ai fini dell'identificazione del risultato d'esercizio, era già contemplato dalla normativa previgente. La rivoluzione delle ultime modifiche risiede però nell'aver circoscritto, con più precisione, la portata del risultato d'esercizio rilevato dalle scritture contabili, comprensivo attualmente dei soli utili e delle perdite prodotte dalla stabile organizzazione. L'obbligo di redigere e tenere un'autonoma documentazione del bilancio fa comprendere maggiormente come la stabile organizzazione sia indipendente rispetto la società madre, giustificando ancor più la separazione fiscale dei risultati d'esercizio conseguiti.

L'imposizione dei nuovi obblighi formali è ideata al fine di fornire una rappresentazione della struttura patrimoniale più esatta, trasparente e compiuta degli atti di gestione.

Nel comma 2 sono sintetizzati gli elementi essenziali della riforma, nella parte in cui si legge che *“la stabile organizzazione si considera **entità separata e indipendente**, svolgente le medesime o analoghe attività, in condizioni identiche o similari, tenendo conto delle funzioni svolte, dei rischi assunti e dei beni utilizzati”*.

La sussistenza della stabile organizzazione, individuata come soggetto autonomo e indipendente, deve esser accertata avendo riguardo delle attività erogate e dei rischi assunti, applicando nel procedimento di attribuzione dei profitti infragruppo il sistema *transfer pricing*.

Altresì la valutazione deve tener conto dell'entità del fondo di dotazione, di cui la stabile organizzazione è dotata per lo svolgimento della sua attività.

Definire l'ammontare dei fondi di dotazione, intesi come l'insieme delle risorse attraverso le quali l'esercizio dell'attività è resa possibile, assume un ruolo essenziale. Compiere un'inesatta quantificazione degli stessi condurrebbe al riporto di un risultato d'esercizio fiscale errato, scatenando effetti distorsivi a catena, come ad esempio un eccessivo indebitamento nei confronti della società madre, realizzando il cd. *profit sharing*.

L'Agenzia dell'Entrate, con provvedimento apposito, dispone alcune tecniche di calcolo a cui il contribuente può fare ricorso per ovviare ad eventuali inesattezze. L'impiego delle tecniche ivi proposte presuppone però una previa ed adeguata distinzione tra fondi di dotazione e finanziamenti.

In merito all'ammontare dei fondi di dotazione, non è disposto alcun limite quantitativo minimo, pur tenendo conto che nella prassi applicativa sono state elaborate varie contestazioni relative alla compatibilità dei fondi con le disposizioni del codice civile. Dottrina prevalente è incline a considerare che, osservando i livelli minimi imposti per il capitale sociale delle società per azioni e delle società a responsabilità limitata, sarebbe irragionevole prevedere un limite inferiore. Attesa però la speciale previsione normativa prevista per questi istituti, l'assetto normativo necessiterebbe delucidazioni a riguardo.

L'art. 7 del decreto 'internalizzazione' garantisce, alla luce delle incertezze applicative nella fase di determinazione dei fondi, una *penalty protection*. La norma vieta all'Amministrazione finanziaria di irrogare sanzioni amministrative qualora, nei periodi d'imposta antecedenti le riforme normative richiamate, la determinazione dei fondi di dotazione sia errata e difforme ai nuovi criteri disposti.

Nel computo del reddito imputabile alla stabile organizzazione, devono esser inoltre addebitati i redditi generati dalle operazioni effettuate tra la stabile organizzazione e la società madre. Il reddito generato dalle dette transazioni deve esser determinato secondo il sistema del *transfer pricing*.

L'istituto del *transfer pricing* è in realtà un sistema di determinazione delle operazioni infragruppo, che impone un modello di calcolo atto ad evitare che le operazioni nel gruppo vengano realizzate per abbattere gli utili e minimizzare l'onere impositivo.

All'origine dell'istituto, l'ambito di applicazione della disciplina del *transfer pricing* era limitato alle operazioni compiute nei gruppi societari. La *ratio* dell'estensione del sistema alle stabili organizzazioni, non potendosi parlare difatti di gruppi societari, risiede nel particolare legame che intercorre tra la società madre e la stabile organizzazione. Pur

trattandosi di un soggetto indipendente e autonomo fiscalmente, la stabile organizzazione è strettamente connessa e dipendente alla società madre, entro un certo grado, nel compimento delle scelte strategiche d'impresa. L'obiettivo del *transfer pricing*, ex art. 110 TUIR, è evitare che nelle operazioni infragruppo venga pattuito un prezzo, per il corrispettivo di beni o servizi, che sia distante dal valore effettivo di essi, ma bensì accordato sulla base dell'aggiramento delle norme, determinando così un'errata valutazione dei profitti. Questa esigenza è comprensibilmente esistente anche tra le operazioni tra stabili organizzazioni e società madre.

Le componenti negative e positive, ottenute al compimento di queste operazioni, devono esser quindi valutate non tenendo conto del prezzo corrisposto, ma altresì ipotizzando il prezzo di libera concorrenza (o *arm's length price*).

In particolar modo, il calcolo deve avvenire avendo riguardo delle “*condizioni e prezzi che sarebbero stati pattuiti tra soggetti indipendenti operanti in condizioni di libera concorrenza e in circostanze comparabili*”.

Attesa la mancanza di un obbligo per i gruppi societari di disporre una documentazione, in cui si espliciti come la valutazione delle operazioni infragruppo sia stata effettuata, per facilitare l'operato dell'Amministrazione finanziaria e incentivare la redazione dell'apposita documentazione, viene disposto al gruppo un beneficio in caso di errata valutazione. Qualora il contribuente abbia redatto i documenti, in caso di un'inesatta valutazione dei profitti discendenti dalle operazioni, il gruppo non è sottoponibile ad alcuna sanzione amministrativa.

Alla luce di questa breve disamina sulle modalità di determinazione del reddito imponibile, è sempre più evidente come la *ratio* delle disposizioni di cui sopra, sia strettamente connessa a quella della CFC *legislation*. L'intento del legislatore è evitare che i profitti, realizzati da una società in uno Stato, vengano imputati fittiziamente ad un'altra diramazione della società residente, ottenendo così il trasferimento in altro territorio e beneficiando di un altro regime fiscale, quasi sempre più favorevole. La natura delle norme analizzate è essenzialmente corrispondente a quella delle CFC, essendo entrambe riconducibili nel novero delle misure adottate dagli Stati al fine di evitare l'erosione delle basi imponibile e la sottrazione dei redditi al fisco.

Le attività contrastate non si concretizzano difatti nell'occultamento dei redditi d'impresa, ma bensì in una astuta pianificazione finalizzata ad alterare la qualificazione del reddito, aggirando le norme fiscali ordinarie. La natura antielusiva degli istituti orienta le norme nella previsione: da un lato, di criteri di individuazione degli schermi

strategici; dall'altro, nella elaborazione di un sistema che renda più agevole e trasparente la fase di accertamento dell'Amministrazione finanziaria, avvalendosi di un sistema di presunzioni avverso le quali il contribuente potrà sempre fornire la prova contraria.

5. Il regime della *branch exemption*

La *branch exemption* è un regime adottabile dalle imprese residenti, al fine di evitare che si verifichi la doppia imposizione fiscale. La sua introduzione si è avuta con il D.lgs. 147/2015, con il quale è stata accordata al contribuente la possibilità di farvi ricorso, alternativamente all'esercizio del credito per le imposte pagate all'estero. La disciplina della *branch exemption*, contenuta all'art. 168 *ter* del TUIR, concede alle imprese residenti, che esercitino l'opzione, di rendere esenti gli utili e le perdite riferibili alla propria stabile organizzazione all'estero.

Qualora una società residente decidesse di optare per questo sistema, le conseguenze pratiche si avrebbero anche con riferimento alla *CFC legislation*. Ricordando quanto detto nel capitolo precedente, il comma 3 lett. b) dell'art. 167 TUIR enuncia che “*Ai fini del presente articolo, si considerano altresì soggetti controllati non residenti: (...) b) le stabili organizzazioni all'estero di soggetti residenti che abbiano optato per il regime di cui all'articolo 168-ter*”.

Se la società madre decidesse di ricorrere al regime della *branch exemption*, la sua stabile organizzazione, al realizzarsi del presupposto d'imposta ex art. 167 TUIR, sarebbe assimilabile a un soggetto controllato non residente.

Prima di addentrarsi nelle conseguenze applicative di questa ipotesi, si delineino preliminarmente gli elementi caratteristici della *branch exemption*.

La *ratio* legislativa del regime, innanzitutto, risiede nel voler promuovere la proliferazione delle società italiane nel contesto economico internazionale. Concedere l'esenzione degli utili e delle perdite, ferma restando l'alternativa del credito d'imposta, assicura al contribuente maggiori garanzie nel momento in cui esso decida di localizzare stabilimenti al di fuori del territorio di residenza ed esercitare la sua attività all'estero, senza che esso sia eccessivamente gravato da un sistema fiscale oltremisura rigido. La preoccupazione del legislatore, nel costruire un sistema che agevoli lo sviluppo economico delle imprese italiane all'estero, ha condotto l'ordinamento italiano a effettuare un sacrificio in termini di principi generali, ma solo a seguito di un'attenta

ponderazione degli interessi in gioco. La disciplina ex art. 168 *ter* TUIR costituisce non a caso una deroga al principio della tassazione dell'utile mondiale, nella parte in cui consente alle imprese residenti di escludere dalla base imponibile le perdite e gli utili realizzati dalle proprie stabili organizzazioni.

I soggetti ammessi all'esercizio dell'opzione sono le entità residenti in Italia che esercitano attività d'impresa all'estero tramite le proprie stabili organizzazioni. Ugualmente a quanto previsto al comma 1 art. 167 TUIR, essi sono: le società di capitali, le società di persone e i soggetti definiti alla lettera c) art. 73 TUIR. Si escludono però – differentemente da quanto previsto per le CFC – i soggetti non residenti che esercitano in Italia la loro attività tramite una stabile organizzazione. L'effetto dell'esercizio dell'opzione, da parte del soggetto residente, comporta che il regime della *branch exemption* diviene vincolante per la totalità delle stabili organizzazioni della società madre. Questa estensione è conforme allo scopo antielusivo che si cela al di là di queste previsioni. Il legislatore sottrae al soggetto residente la possibilità che la decisione di optare per l'esenzione delle perdite o degli utili della stabile organizzazioni sia supportata da sole ragioni di convenienza. Al contrario, se così non fosse, il rischio sarebbe quello di fare ricorso al regime solo qualora l'attività sia particolarmente produttiva di utili. Specularmente, la decisione di non optare per essa vi sarebbe quando la stabile organizzazione generi un grande numero di perdite, tale da poter abbattere la base imponibile della società madre.

Vien da sé che requisito fondamentale per esercitare l'opzione è la presenza di un'organizzazione giuridica stabilita all'estero e ivi operante, ossia una stabile organizzazione. Ne consegue che il soddisfacimento dei requisiti essenziali ex art. 162 TUIR è imprescindibile per l'ottenimento della qualifica. È fatta salva la possibilità di sottoporre all'accertamento dell'Amministrazione finanziaria le ipotesi dubbie in cui ricorrano obiettive situazioni d'incertezza, tramite proposizione di interpello. L'accertamento può anche esser effettuato dall'Amministrazione finanziaria estera, considerata competente a qualificare un ente come stabile organizzazione. Solo dopo l'esito positivo dell'accertamento, l'opzione può esser esercitata.

Qualora si sia fatta richiesta del regime d'esenzione, il soggetto residente è tenuto a fare menzione della relativa scelta nella dichiarazione dei redditi, relativa al periodo d'imposta nella quale la scelta è avvenuta, o dal secondo periodo dopo la scelta per le stabili organizzazioni costituite dopo il 2015. Nella dichiarazione deve esser specificato il

numero di stabili organizzazioni detenute, che ovviamente devono esser riconosciute come tali anche dallo Stato estero²⁵³.

La disciplina ex art. 168 *ter* TUIR garantisce quindi l'esenzione degli utili e delle perdite generate dalla stabile organizzazione, nel computo della base imponibile della società madre.

Si è detto che, al suo esercizio, la *branch exemption*, diviene vincolante per la totalità delle stabili organizzazioni, e quindi non solo per parte di esse. Per ciò che attiene gli aspetti procedurali però, in particolare in merito al *quod* dell'esercizio, l'opzione deve esser immediata. In altre parole, la società residente può optare per il regime dell'esenzione solo nel momento in cui, e non oltre, vengano a sussistere le condizioni d'esistenza richieste per la qualifica di stabile organizzazione estera. Tuttavia, vi è un leggero contemperamento del sistema nella parte si ammette l'esercizio dell'opzione in un momento postumo, ossia quando venga costituita una nuova stabile organizzazione. In questo caso, in applicazione del principio della generalità dell'istituto, per effetto dell'esercizio dell'opzione, l'esenzione sarebbe estesa anche alle stabili organizzazioni costituite antecedentemente. Al contrario però dell'ipotesi del mancato esercizio immediato della richiesta, una volta che la scelta di farvi ricorso sia compiuta, essa diviene irrevocabile.

L'Agenzia delle Entrate ha chiarito che l'esercizio dell'opzione deve esser assimilato alla conclusione di un accordo negoziale con l'Amministrazione finanziaria. Applicando dunque i principi generali per esso vevoli, la manifestazione di volontà nell'esercizio dell'opzione può esser annullata solo se si fornisca la prova del dolo, dell'errore o della violenza al momento della conclusione.

La perdita dell'efficacia della *branch exemption* si verifica in caso di cessione o liquidazione delle stabili organizzazioni, fatta salva chiaramente l'ipotesi in cui il cessionario decida di optare nuovamente per il regime. Un'eccezione a questo principio

²⁵³ Nel caso dell'esercizio dell'opzione relativa a stabili organizzazioni preesistenti, nella dichiarazione, oltre al numero di stabili organizzazioni detenute, devono essere riportate gli utili e le perdite, riferibili ad ogni stabile organizzazione, conseguiti nei cinque periodi d'imposta antecedenti a quello in cui l'opzione è stata esercitata. Nel caso in cui, negli esercizi precedenti le perdite siano superiori agli utili realizzati, è possibile riportarle negli esercizi successivi. Il riporto delle perdite è ammesso anche in caso di trasferimento della stabile organizzazione ad un'impresa appartenente allo stesso gruppo. In quest'ultimo caso sarà onere del cedente riportare, nell'atto di trasferimento, l'ammontare delle perdite conseguite negli ultimi cinque esercizi.

si ha nel caso in cui la stessa società madre, nei tre esercizi d'imposta successivi, dovesse ricostituire una o più stabili organizzazioni nello stesso Stato, essendo chiaramente frutto di pratiche distorsive.

L'esenzione degli utili e delle perdite è limitata all'ammontare relativo alla stabile organizzazione, calcolato secondo le disposizioni previste nel TUIR relative alla determinazione dei redditi, nonché in base agli accordi previsti dalle Convenzioni contro le doppie imposizioni, o in alternativa secondo le indicazioni contenute nel Modello OCSE²⁵⁴.

5.1 La stabile organizzazione CFC

Merita una trattazione a sé la fattispecie della stabile organizzazione che, per effetto dell'opzione esercitata dalla società madre, sia sottoposta al regime della *branch exemption*, ma per la quale siano verificati i requisiti di applicabilità della CFC *legislation*. In questa ipotesi, del tutto peculiare, è doveroso operare un raccordo tra le due discipline.

In linea di principio, l'operatività contestuale dei presupposti applicativi dei due istituti dà vita a situazioni di incompatibilità tra le discipline. Da una parte, vi è il regime della *branch exemption* con il quale si prevede l'applicazione di un modello impositivo generale, vincolante per tutte le stabili organizzazioni di una società residente, caratterizzato dall'esenzione dei risultati d'esercizio dalla base imponibile della società madre, che sono attratti solo a quella della stabile organizzazione. Agli antipodi, si colloca invece la normativa ex art. 167 TUIR. In essa viene stabilito che i risultati dell'esercizio devono esser imputati per trasparenza e in via separata alla società residente, quando la società estera controllata:

- 1) sia localizzata in una giurisdizione che presenti un livello effettivo di tassazione inferiore alla metà di quello italiano;
- 2) produca redditi per più di un terzo *passive income*.

Le disposizioni prevedono, alla luce di quanto esaminato, un sistema di imputazione sostanzialmente opposto. Pur essendo formulate con gli stessi obiettivi antielusivi generali, con la loro struttura perseguono scopi parzialmente differenti. La disciplina della stabile organizzazione, in via generale, consente al fisco del Paese di stabilimento di

²⁵⁴ IBIDEM, *Testo unico delle imposte sui redditi*

tassare i redditi prodotti nel suo territorio, derogando al principio generale di tassazione dell'utile mondiale e risaltando invece il collegamento che esiste tra l'organizzazione e lo Stato della fonte. Il regime applicabile ex art. 168 *ter* TUIR è ideato quindi con lo scopo di evitare che il contribuente sia vittima di una doppia imposizione, o sia eccessivamente gravato dalle imposte dello Stato fonte e della residenza, garantendo il beneficio dell'esenzione.

La composizione del regime CFC è invece orientata al fine di evitare che un contribuente residente delocalizzi fittiziamente i suoi redditi all'estero, sfruttando lo schermo societario. Per queste ragioni lo Stato di residenza imputa – per trasparenza e separatamente dalla base imponibile degli altri redditi – gli utili prodotti dalla società controllata direttamente in capo al soggetto controllante residente, indipendentemente dall'avvenuta distribuzione degli utili. Un meccanismo insomma opposto a quello previsto per le stabili organizzazioni.

Essendo dunque, in ragione della loro struttura, logicamente impossibile che le discipline si applichino contestualmente, il legislatore ha stabilito un meccanismo di raccordo basato sulla prevalenza di una delle due.

Qualora le stabili organizzazioni di una società residente siano beneficiarie della *branch exemption* e una o più di esse presentino i requisiti ex art. 167 TUIR, solo per quest'ultime prevarrà il regime CFC, quindi la tassazione per trasparenza anziché l'esenzione.

A riprova di questo, l'art. 167 comma 4 lett. b) annovera esplicitamente, tra i soggetti controllati non residenti, le stabili organizzazioni che abbiano optato per il regime dell'esenzione. Per tutte le altre stabili organizzazioni, che invece non soddisfino i requisiti di cui all'art. 167 TUIR, ovvero li presentino ma abbiano dato prova dell'esimente ex comma 5, il regime dell'esenzione continuerà a trovare applicazione. La prova dell'esimente deve esser fornita avendo riguardo di ogni stabile organizzazione singolarmente, pur trovandosi eventualmente nello stesso territorio. Deve esser dimostrato che nel territorio sia svolta un'attività economica effettiva, anche nel caso delle stabili organizzazioni che non abbiano optato per il regime, ma che presentino i requisiti CFC. Dimostrata l'esimente, esse avranno la facoltà di optare successivamente per l'esenzione dei redditi, ovvero fare uso esclusivo del credito d'imposta.

Nelle ipotesi in cui una stabile organizzazione esente sia titolare di partecipazioni in una CFC, i redditi vengono imputati per trasparenza direttamente in capo alla società madre. Al cessare dell'operatività del regime di esenzione, viene disapplicata anche la CFC *legislation* così disposta.

Il comma 5 dispone inoltre che, nel caso in cui le stabili organizzazioni siano locate in un Paese a fiscalità privilegiata e per le quali sia stata disapplicata la disciplina CFC, devono esser applicate le disposizioni contenute all'art. 47 comma 4 TUIR e art. 89 comma 3. Quest'ultime impongono alle stabili organizzazioni, nei confronti delle quali operi il regime di esenzione, che la tassazione è posticipata al momento della distribuzione dei dividendi. Nella base imponibile della società madre italiana, che ha optato per l'esenzione, al momento della distribuzione degli utili ai soci, i dividendi concorrono integralmente, fatta salva la dimostrazione dell'esimente unica.

6. La *cooperative compliance*

Il regime della *cooperative compliance* è stato istituito con D.lgs. 128/2015, con l'intento di elaborare una modalità innovativa di cooperazione e comunicazione preventiva tra il contribuente e l'Agenzia delle Entrate. La sua introduzione è stata promossa per effetto del recepimento delle disposizioni comunitarie, nonché in attuazione dei principi generali dell'ordinamento tributario, con il proposito di instaurare rapporti di fiducia tra il contribuente e l'Amministrazione finanziaria, che ottimizzino e garantiscano controlli più efficienti sui rischi derivanti dall'attività d'impresa. Il controllo preventivo, sulle operazioni fiscalmente rilevanti, viene conseguito tramite un continuo e volontario scambio di informazioni con l'impresa interessata, che abbia aderito volontariamente al regime. In questo paragrafo si procede all'analisi dei punti essenziali dell'istituto, ripercorrendo la *ratio* e gli aspetti rilevanti nella tassazione delle stabili organizzazioni e delle CFC.

Il carattere innovativo del regime risiede nell'aver formulato un modello nel quale vi è una costante e reciproca interlocuzione con l'Agenzia delle Entrate. Nella fase interlocutoria si perviene a una valutazione comune sulle operazioni fiscalmente più rischiose, basata su un accertamento *ex ante* e relativo alle circostanze di fatto, prevenendo il sorgere di successive controversie fiscali. Aderire al sistema collaborativo non solo garantisce al contribuente un sistema di controllo anticipato e più trasparente, ma inoltre lo beneficia di diversi effetti premiali sul piano sanzionatorio e procedurale²⁵⁵.

²⁵⁵ *Regime di adempimento collaborativo - Che cos'è*, Agenzia delle Entrate, <https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/web/guest/schede/agevolazioni/regime-di-adempimento-collaborativo/infogen-reg-adempimento-collaborativo-enti-e-pa>

Non tutti i soggetti esercenti un'attività d'impresa possono aderire al sistema sopracitato, essendo invece circoscritta l'applicabilità a chi presenti determinati requisiti soggettivi. Il novero dei soggetti titolari ammessi è stato ampliato con il D.M. del 30 marzo 2020, con il quale si è difatti inaugurata la cd. "fase 2" del regime collaborativo. Il legislatore, nel decreto, ha riepilogato e innovato le strade di accesso all'adempimento collaborativo. Un primo intervento è stato quello di abbassare il limite di ricavi o volume d'affari stabilito per l'ammissione dei contribuenti al regime. Sino al 2019 si consentiva l'accesso alle sole imprese, residenti e non residenti, che detenevano una stabile organizzazione in Italia con volume d'affari o ricavi superiori o uguali a 10 miliardi di euro. Con le modifiche sopracitate del 2020 invece è stato esteso l'ingresso alle imprese con ricavi o volume d'affari non inferiore a 5 miliardi di euro. La *ratio* dell'intervento è quella di consentire a un numero maggiore di soggetti di aderire al regime di adempimento collaborativo.

Permane la possibilità di farne ricorso alle imprese i cui ricavi o volume d'affari siano inferiori ai predetti limiti, purché non al di sotto di 1 miliardo di euro, qualora abbiano presentato istanza di richiesta al Progetto Pilota.

Una seconda via d'accesso è garantita alle imprese, residenti o non, detentrici una stabile organizzazione in Italia, che abbiano presentato istanza di interpello per l'esecuzione di nuovi investimenti. Con la circolare 38/E/2016, l'Agenzia delle entrate precisa che, ai fini dell'ammissione al regime, non è indispensabile che l'investimento sia stato concluso, ma è sufficiente che il contribuente abbia dato esecuzione alla risposta dell'istanza d'interpello, o comunque abbia dimostrato la sua intenzione nel volerlo fare, secondo le modalità ivi contenute. Quest'ultima strada non richiede dunque alcun limite sui ricavi o dal volume d'affari, fermo restando che la proposizione dell'interpello per nuovi investimenti è ammessa solo per quelli il cui ammontare non sia inferiore a 20 milioni di euro e le cui ricadute occupazionali siano evidenti nonché durature.

Sono altresì ammessi alla presentazione dell'istanza tutti gli enti non residenti che abbiano richiesto all'Agenzia delle entrate di verificare la sussistenza dei requisiti per la configurazione di stabile organizzazione.

L'ultimo canale di accesso è quello del cd. sistema per "trascinamento". Questa fattispecie interessa perlopiù i gruppi di società o i soggetti aderenti al gruppo IVA, pur con parziali distinzioni nei due casi.

Per gruppi societari si rende possibile l'estensione del regime di adempimento collaborativo a tutte le società aderenti al gruppo. Al ricorrere delle condizioni minime,

il dialogo con l'Amministrazione finanziaria, così come l'attività di controllo sulle operazioni, verrebbe estesa anche alle attività svolte dagli altri soggetti del gruppo, realizzando così una valutazione più compiuta ed esaustiva sul rischio fiscale delle operazioni del gruppo.

Di converso, mentre per i gruppi societari questa è una possibilità, per i soggetti appartenenti al gruppo IVA l'adesione al regime è obbligatoria, anche se richiesta da un solo dei soggetti del gruppo. Premesso che la verifica sulla sussistenza dei requisiti d'accesso all'istituto deve rivolgersi comunque ad ogni soggetto del gruppo, in caso di esito positivo dell'accertamento, il regime è obbligatoriamente esteso a tutte le società del gruppo IVA²⁵⁶.

Le novellate disposizioni sulla *cooperative compliance* devono esser lette in combinato disposto con le disposizioni attuative e con la circolare 38/E/2016, nelle quali l'Agenzia delle Entrate richiama espressamente i principi contenuti nel Modello OCSE, relativi al *Tax control framework*, integrati dalle regole di condotta dei Codici etici d'impresa.

Innanzitutto, l'attività di controllo anticipata è circoscritta ai rischi emergenti dall'attività d'impresa, in particolar modo quelli fiscali.

La nozione di 'rischio fiscale', ai fini della *cooperative compliance*, si ricava dall'interpretazione sistematica nel quadro normativo dell'istituto. Indubbio che il rischio fiscale si ravvisa in caso di violazione delle norme tributarie. Non di meno però il rischio sussiste quando l'attività d'impresa contrasti i principi generali dell'ordinamento o le sue finalità. In altre parole, si richiama il concetto di "abuso del diritto fiscale", con il quale si circoscrivono le condotte fiscali poste in essere al fine di conseguire vantaggi fiscali, che non siano propriamente in linea con le ragioni di mercato o che sarebbero state normalmente intraprese in un'ottica di *business*. Costituiscono abuso le azioni strategiche formalmente lecite, ma alle quali il contribuente non avrebbe fatto ricorso qualora il legislatore non avesse corrisposto ad esse benefici fiscali, perseguite dunque per finalità illecite. Oggetto dell'adempimento collaborativo sono perciò le attività di pianificazione fiscale aggressiva, sottoposte a controllo per mezzo di un preventivo scambio di informazioni tra contribuente e Agenzia delle Entrate, con il quale si consente di identificare quantitativamente e qualitativamente i rischi fiscali rilevanti.

²⁵⁶ *Cooperative compliance: le vie di accesso al regime nella c.d. "fase 2"*, Pubblicazioni news legislative a cura di Fiscalità, 2020, <http://www.assonime.it/attivita-editoriale/news/Pagine/News23092020.aspx>

L'attività interlocutoria è alimentata dallo scambio di *report* e comunicazioni tempestive ed esaurienti, contenenti informazioni sui nuovi rischi sostenuti e/o sopraggiunte informazioni su rischi fiscali già individuati, di cui si sia avuta conoscenza anche dopo la presentazione della dichiarazione dei redditi.

La collaborazione comune è informata da obblighi comportamentali reciproci, che prevedono, da un lato, che l'Amministrazione finanziaria eserciti l'attività di controllo in maniera collaborativa, corretta e trasparente; dall'altra, che il contribuente si impegni a collaborare secondo trasparenza, nonché adottare decisioni aziendali adeguate. Il rispetto degli obblighi reciproci contribuisce a realizzare un'azione complementare ed efficiente delle parti.

Il contribuente è onerato dal dare tempestiva comunicazione delle operazioni fiscalmente rischiose, le quali successivamente saranno valutate dall'Amministrazione finanziaria, in un'ottica comprensiva delle ragioni d'impresa ma comunque non in contrasto con i principi generali dell'ordinamento e sempre imparziale.

Per garantire la certezza del sistema, l'Agenzia delle Entrate deve tempestivamente fornire una risposta, vincolante per l'Amministrazione finanziaria. Il contenuto della risposta deve tener conto delle risultanze desunte dai pareri degli organismi di vigilanza, nonché delle attività disposte nei confronti del collegio sindacale e dei revisori contabili. L'impresa, nella fase interlocutoria, incarica due funzionari, responsabili di trasmettere all'Agenzia le informazioni necessarie. Il margine di autonomia detenuto da quest'ultimi è invero strettamente definito e non molto ampio.

L'impresa, fin da subito, fissa delle soglie quantitative e qualitative delle informazioni trasmissibili. La fissazione dei predetti limiti è stabilita con l'intenzione di evitare che le comunicazioni oltrepassino la trasparenza e la collaborazione previste dall'istituto, sfociando invece nella lesione degli interessi dell'impresa.

La trasmissione, inoltre, deve avvenire attraverso la predisposizione di documentazione apposita e tracciabile, mediante posta elettronica certificata. Il contraddittorio con l'Agenzia avviene attraverso l'istituzione di un processo verbale, che impone un interlocutorio preventivo, formalizzato dall'emanazione di pareri preventivi.

La fase interlocutoria può concludersi con la redazione di un accordo comune (cd. accordo di adempimento collaborativo), redatto alla stregua del raggiungimento di una posizione condivisa e vincolante per le parti, dal periodo d'imposta corrente a quelli successivi, salvo la sopravvenienza di mutamenti delle circostanze di fatto. La centralità dell'accordo risiede nell'esternalizzazione di una comune volontà, nonché l'incontro di

interessi, avvenuto al termine del procedimento comunicativo e di scambio di informazioni, avente ad oggetto il trattamento fiscale da imporre su determinate operazioni.

Nella nota di chiusura dell'accordo vengono riportate le varie posizioni assunte nel corso della procedura dalle parti, specificando quelle in cui si è raggiunto un accordo e quelle che invece devono essere sottoposte ancora ad accertamenti tecnici. Alcune posizioni, se relative a circostanze preesistenti, potranno essere fatte valere anche con efficacia retroattiva.

Da ultimo, il regime di adempimento collaborativo, nonché le relative attività di controllo delle dichiarazioni, gli obblighi tributari e le istanze di interpello per i nuovi investimenti sono di competenza esclusiva dell'Agenzia dell'Entrate, in particolare dell'Ufficio *Cooperative compliance* della Direzione Centrale d'Accertamento.

Riassumendo quanto sinora detto, il regime di adempimento collaborativo si estrinseca attraverso l'anticipazione dell'attività di controllo, concentrando i poteri di accertamento sull'Agenzia delle Entrate, normalmente invece spettanti agli Uffici Finanziari. Il regime massimizza gli interessi del contribuente e dell'Erario, nonché riduce le probabilità di interpretazioni difformi successive da parte dell'Amministrazione. Nell'espletamento delle sue funzioni l'Agenzia effettua attività di tutoraggio e monitoraggio, coordinatamente all'attività delle Direzioni Provinciali e Regionali svolte sulle dichiarazioni d'imposta, precedenti alla presentazione dell'istanza di adesione.

Il regime di adempimento collaborativo è revocato ove i soggetti d'imposta non siano più titolari dei requisiti soggettivi, ovvero siano mutate le circostanze di fatto alla base dell'accordo. Altresì quando vi sia stata sentenza passata in giudicato di amministratori o dirigenti che abbiano firmato le dichiarazioni dei redditi dei soggetti aderenti al regime, al compimento di reati fiscali contestualmente alla vigenza del regime²⁵⁷.

6.1 Effetti premiali della *cooperative compliance* ed effetti sulla CFC legislation

L'articolo 6 del D.lgs. 128/2015 accorda una serie di effetti premiali destinati ai soggetti che optino per il regime di adempimento collaborativo. L'adesione al regime di *cooperative compliance* comporta un'anticipazione temporale dell'attività di controllo,

²⁵⁷ Ferroni B., *Cooperative compliance: un regime sempre più attrattivo per le grandi Imprese*, in "il fisco" n. 25 del 2017, pag. 1-2407

normalmente di competenza dell'Amministrazione, – verificandosi prima della dichiarazione dei redditi –, relativa ai rischi fiscali provocati nell'esercizio dell'attività d'impresa. Il regime differisce da quello ordinario, nel quale invece l'attività di controllo e quella di accertamento si verificano *ex post* rispetto la presentazione della dichiarazione. Si fa strada verso un nuovo sistema collaborativo tra contribuente e Amministrazione finanziaria, idoneo a sviluppare una nuova modalità interlocutoria tra le parti. L'attività collaborativa e di scambio informazioni, sulle circostanze di fatto, conduce ad una valutazione comune delle parti riducendo al minimo futuri dissapori con l'Amministrazione.

In ragione dei benefici che l'Erario acquisisce quando il contribuente esercita l'opzione, per incentivarne il ricorso, il legislatore corrisponde una serie di effetti premiali.

Un primo effetto è riscontrabile nella fase di interpello preventivo. Per i soggetti che aderiscono al regime è prevista una procedura abbreviata d'interpello. L'Agenzia, dopo aver valutato la proponibilità della domanda presentata e l'adeguatezza della documentazione proposta a sostegno, entro 15 giorni deve dare conferma della idoneità. Anche la risposta all'interpello assume delle tempistiche più brevi, dovendo l'Agenzia dare comunicazione dell'esito entro 45 giorni dalla ricezione dell'istanza ovvero dall'ultimo momento in cui sia avvenuta l'integrazione dei documenti richiesta. Detta previsione certamente non è casuale. La riduzione dei termini di risposta, rispetto a quelli ordinariamente previsti, è basata sul fatto che l'Agenzia delle Entrate, essendo già in possesso della documentazione necessaria ricevuta nella fase interlocutoria, è maggiormente edotta della situazione fiscale del contribuente, nonché dei rischi che lo interessano. Corrispondentemente, nel caso dell'interpello preventivo proposto per dare prova dell'esimente di cui al comma 5 art. 167 TUIR, qualora il contribuente abbia optato per il regime di adempimento collaborativo, l'onere probatorio in capo ad esso risulta essere meno gravoso. Ai fini della prova della sussistenza dell'esimente, il contribuente non deve preventivamente dare prova degli esiti conseguiti con il *tax rate test*.

Un secondo effetto premiale è invece di natura amministrativa. In caso di comunicazione tempestiva da parte del contribuente dei rischi fiscali (anteriore alla presentazione della dichiarazione dei redditi), l'Agenzia delle Entrate, in caso di disaccordo con la posizione del contribuente, è vincolata al rispetto di limiti quantitativi diversi da quelli ordinariamente previsti per le sanzioni applicabili. Le sanzioni sono ridotte della metà e, in ogni caso, non possono essere superiori al minimo edittale. La riscossione è sospesa fin quando l'accertamento non assume caratteri definitivi.

Dal punto vista amministrativo inoltre i contribuenti sono esonerati dal presentare garanzie di rimborsi delle imposte dirette e indirette, per il periodo di permanenza del regime.

Da ultimo, sono concessi benefici anche in materia penale. Qualora il contribuente sia sottoposto a procedimento penale, a seguito di denuncia per reati fiscali, l’Agenzia delle Entrate potrà, dopo aver dato comunicazione alla Procura della Repubblica della sua precedente adesione al regime di adempimento collaborativo e, se richiesto, fornire tutte le informazioni utili recepite in precedenza nella fase interlocutoria. Le informazioni detenute dall’Agenzia possono infatti rappresentare un’utile risorsa nel procedimento penale per l’individuazione della sussistenza o meno della responsabilità del contribuente imputato/indagato, garantendo un maggiore e più compiuto controllo sui rischi fiscali oggetto del procedimento.

7. Profili di compatibilità con l’art. 7 del Modello OCSE: raccordo tra la disciplina delle stabili organizzazioni e la CFC *legislation*

Analizzate le modalità di raccordo tra le normative interne, previste per la stabile organizzazione e per le CFC, è necessario definire ora i profili di compatibilità con la normativa sovranazionale.

L’art. 7 del modello OCSE, rubricato “i redditi d’impresa”, contiene un principio generale relativo alla tassazione dei redditi d’impresa prodotti dalle società estere. Il principio ivi contenuto – che poi è stato ripreso nella maggioranza delle convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dagli Stati – statuisce che i redditi generati nel territorio dello Stato contraente debbono esser tassati nello Stato di residenza, eccezion fatta nelle ipotesi in cui in esso sia situata una stabile organizzazione per mezzo della quale l’attività d’impresa sia svolta²⁵⁸.

Secondo questo modello, i redditi devono esser tassati sempre dallo Stato di residenza, al di là del *locus* in cui essi vengano prodotti, salvo l’ipotesi in cui l’attività sia esercitata per mezzo delle stabili organizzazioni, poiché in tal caso la potestà impositiva

²⁵⁸“*gli utili di un’impresa di uno Stato contraente sono imponibili soltanto in detto Stato, a meno che l’impresa non svolga la sua attività nell’altro Stato contraente per mezzo di una stabile organizzazione ivi situata. Se l’impresa svolge in tale modo la sua attività, gli utili dell’impresa sono imponibili nell’altro Stato ma soltanto nella misura in cui detti utili sono attribuibili alla stabile organizzazione*”

apparterrebbe allo Stato della fonte. Ne discende che è la sola presenza di una stabile organizzazione all'estero ad attribuire la potestà impositiva allo Stato estero, nei limiti dei redditi ivi realizzati.

In altre parole, ove sia riscontrabile l'esistenza di una stabile organizzazione, il criterio della residenza cede il passo a quello della fonte.

Se dunque solo la presenza di una stabile organizzazione è idonea a costituire eccezione al principio generale, è comprensibile che in dottrina siano sorte varie perplessità rispetto alla compatibilità tra la CFC *legislation* e l'art. 7 del Modello OCSE.

I primi dubbi interpretativi riguardavano soprattutto le convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dagli Stati, nella quali si ricalcava la dicitura dell'art. 7 del Modello OCSE. Si obiettava che nei rapporti tra gli Stati contraenti, che avevano incluso nelle convenzioni bilaterali il principio di cui all'art. 7 Modello OCSE, la sua operatività fosse logicamente discordante con quella della CFC *rules*, nelle quali invece i redditi venivano imputati per trasparenza e proporzionalmente alla quota detenuta dalla controllata, nel Paese di residenza.

Queste difformità erano venute alla luce non solo in molte convenzioni stipulate dall'Italia, ma altresì nelle convenzioni stipulate dagli Stati che adottavano una disciplina della tassazione delle società controllate estere molto affine a quella italiana.

La premessa di cui sopra non è solo riportata per completezza di trattazione, ma è voluta in ragione dei rilievi pratici che le conclusioni formulate dagli altri Stati, sulla compatibilità tra le norme, hanno avuto nel nostro sistema.

Più nello specifico, in passato, il sistema di tassazione previsto dall'ordinamento francese era assai simile a quello previsto nello Stato italiano.

Questa considerazione assumeva consistenza a seguito della sentenza della Corte d'Appello di Parigi, sulla compatibilità tra l'art. 7 del Modello OCSE e la disciplina CFC francese. Fermo restando che la giurisprudenza di uno Stato non può vincolare le interpretazioni giuridiche di un altro Stato, i risvolti fondamentali che ha avuto la sentenza del 30 gennaio 2001 della Corte d'Appello francese si sono ripercossi negli orientamenti giurisprudenziali nazionali (in ragione della affinità intercorrente tra le discipline nazionale francese e quella italiana).

La dottrina francese, come anche quella italiana, era divisa tra coloro che ritenevano compatibili le normative e chi le riteneva contrastanti e non conciliabili. Le argomentazioni, di chi si schierava a favore della compatibilità, si basavano sulla

considerazione che il soggetto tassato nella *CFC legislation*, dallo Stato della residenza, non è il soggetto estero ma la società madre.

Si spieghi meglio. Secondo il postulato dell'art. 7 del Modello OCSE, il reddito generato da un'impresa X, residente nello Stato R, è imponibile solamente nel territorio di quest'ultimo, eccezion fatta allorquando l'impresa X generi reddito nello Stato F per mezzo di una stabile organizzazione ivi situata; in tal ultimo caso è imponibile nello Stato F solamente il reddito prodotto dalla stabile organizzazione. Se quanto detto è vero, chi aderiva a questa teoria²⁵⁹ non ravvisava alcuna incompatibilità con la normativa CFC. Secondo quest'ultima infatti, il reddito prodotto all'estero dalla società controllata, è tassato nello Stato di residenza non in capo al soggetto estero (come dispone l'art. 7 modello OCSE), ma bensì, per effetto dell'estensione della base imponibile della società madre, solo in capo a quest'ultima. La disciplina CFC dunque, non assoggettando a tassazione il soggetto estero, ma esclusivamente la società madre residente, non poteva essere incompatibile.

Di converso, altra giurisprudenza²⁶⁰ riteneva che l'ipotesi di cui sopra è confutabile sul piano sostanziale. Pur formalmente non essendo il medesimo soggetto ad essere tassato nello Stato di residenza, nella sostanza il soggetto estero partecipato era come se lo fosse, pertanto l'incompatibilità sussisteva.

È a questa seconda teoria che si rifaceva la giurisprudenza francese nel caso in esame. Nella controversia si contestava l'incompatibilità tra la convenzione stipulata tra Francia e Svizzera con la normativa CFC. L'antefatto storico consisteva nella presenza di una società svizzera, residente a Ginevra, partecipata totalitariamente da una società francese. La convenzione stipulata tra gli Stati ricalcava il sistema previsto ex art. 7 del Modello OCSE e in funzione di esso si riteneva che, non essendovi una stabile organizzazione in Francia, la tassazione dei redditi non poteva avvenire nel territorio francese. Pur potendo in linea di principio considerare che l'applicazione della normativa CFC fosse conforme a finalità antielusive, nessuna disposizione convenzionale disponeva che, in ossequio al raggiungimento di tali scopi, le disposizioni previste dovessero venir meno in assenza di

²⁵⁹ Sentenza tribunale di Parigi, Sez. I, Camera I, con la sentenza 21 novembre 1995, n. 92-7093

²⁶⁰ Corte Amministrativa d'appello di Parigi 30 gennaio 2001, n. 96PA01408, Tribunale amministrativo di Strasburgo, sentenza 12 dicembre 1996, n. 91-58, Tribunale amministrativo di Poitiers sentenza 25 febbraio 1999, n. 96-684.

un'apposita clausola. Nonostante la presenza di orientamenti giurisprudenziali contrastanti, la giurisprudenza si esprimeva a favore dell'incompatibilità²⁶¹.

Nonostante le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza francese, le prime considerazioni effettuate dall'Amministrazione finanziaria italiana ritenevano che, anche laddove non fossero disposte esplicite clausole relative alla prevalenza della normativa CFC sulle disposizioni delle convenzioni, essa poteva operare²⁶².

Il Ministero delle Finanze affermava che le normative CFC “*non appaiono in contrasto con quelle convenzionali e pertanto si dovranno ritenere operanti anche in presenza di convenzioni che non contengano apposite clausole dirette a salvaguardare l'applicabilità della normativa cfc*”²⁶³.

Queste conclusioni, pur non inizialmente espressamente contrastate, avevano generato numerose perplessità nella dottrina. La non necessarietà della previsione di una clausola antiabuso nelle convenzioni italiane, sancita dall'Amministrazione italiana, aveva portato l'OCSE a ritenere valida l'inclusione di molti Stati nella *black list* italiana (si ricorda come sino al D.lgs. 156/2015 l'inclusione nella lista redatta dal Ministero delle Finanze fosse condizione essenziale per l'applicazione della disciplina CFC), pur in alcuni casi piuttosto dubbia. Questa sistematizzazione precaria tuttavia, comportava un'estensione irragionevole e piuttosto discutibile della normativa CFC. Si aggiunge inoltre che il sistema, così costruito, non era idoneo in mancanza di una clausola antiabuso nei trattati, a risolvere i contrasti interpretativi che sorgevano nelle convenzioni stipulate con i Paesi non presenti nella *black list* italiana.

Questa situazione dava vita a problemi di riparto della potestà impositiva tra Stati, nei casi in cui vi fosse una stabile organizzazione in un Paradiso fiscale, di una società madre che a sua volta era una controllata estera, localizzata in un Paese non incluso nella lista. Secondo Morri, un problema di compatibilità logica risiede nella costruzione della disciplina CFC con riguardo ai principi generali dell'ordinamento tributario internazionale. In base ai principi internazionali, uno Stato può sottoporre a tassazione tutti i redditi prodotti da un soggetto residente, sia che siano stati prodotti nei propri

²⁶¹ Attualmente gran parte delle convenzioni stipulate dalla Francia, al fine di ovviare ad eventuali situazioni di incompatibilità o incertezza applicativa, prevedono espressamente che le disposizioni contenute nelle convenzioni contro le doppie imposizioni non debbano ostacolare l'operativa delle discipline CFC.

²⁶² Vasapoli G., Vasapoli A., *La compatibilità delle «CFC» con il modello OCSE*, in "Corriere tributario" n. 17 del 2001, pag. 1238)

²⁶³ C.M. 207/E/2000 in Corriere tributario online

confini territoriali sia al di fuori (cd. Tassazione dell'utile mondiale basata sul criterio della residenza); altresì quando un ente non residente generi reddito nel territorio dello Stato (criterio della fonte). La disciplina CFC prevede invece che un soggetto non residente sia tassato per i redditi da lui prodotti all'estero, nel territorio dello Stato di residenza, sulla base esclusiva di un nesso intercorrente tra società controllante e controllata. Questa visione comporterebbe delle discrasie con i principi generali del diritto tributario internazionali e per questo da molti non è condivisa²⁶⁴.

In contrapposizione, molti²⁶⁵ altri ritengono invece che il nesso intercorrente tra la società madre e quella estera sia sufficiente a giustificare la tassazione dello Stato e perciò non incompatibile con i principi generali, oltre alla considerazione che nello Stato della società controllante il soggetto imposto è la società residente e non quella estera.

7.1 Le interpretazioni del Modello OCSE

Tornando al punto focale della questione, il contrasto tra la normativa CFC e l'art. 7 del Modello OCSE vi è nella parte in cui, nel secondo, si prevede che uno Stato sottoponga a tassazione gli utili di un soggetto non residente esclusivamente quando essi siano stati prodotti per mezzo di una stabile organizzazione ivi localizzata; in tutte le altre ipotesi la tassazione spetterà allo Stato della residenza. Di converso, la normativa CFC ammette che i redditi generati da una società controllata residente all'estero, siano tassati nello Stato di residenza della società controllante, pur non essendo stati prodotti né nel territorio di quest'ultima, né essendo la società estera residente in esso.

Il commentario OCSE al par. 3 impone però un modello di tassazione incentrato non sull'elemento oggettivo (gli utili d'impresa) bensì su quello soggettivo (l'impresa), proprio per lasciare liberi gli Stati, nella redazione della convenzione contro le doppie imposizioni di contrastare il fenomeno sia della doppia imposizione economica, sia della doppia imposizione giuridica.

La criticità del sistema CFC risiede quindi nella sua dubbia capacità di contrastare il fenomeno della doppia imposizione. Ciononostante, si ricorda come la disciplina CFC sia

²⁶⁴ Morri S., *Il regime delle cfc e i trattati contro le doppie imposizioni: la giurisprudenza francese attesta il conflitto*, in "Fiscalità Internazionale" n. 1 del 2003, pag. 10

²⁶⁵ Dette conclusioni sono desumibili nella dottrina OCSE, nonché nell'ambito delle posizioni adottate dal Ministero dell'Economia e delle Finanze relativamente le modalità di attuazione della CFC *legislation*.

il frutto delle esortazioni sovranazionali, che promuovono la costruzione di un sistema fiscale così disposto, al ricorrere di determinate condizioni, al fine di combattere le pratiche elusive poste dal contribuente, e se necessario anche sacrificando in parte i principi di diritto tributario internazionale.

7.2 Conclusioni

Nonostante quanto sinora detto, nell'ordinamento italiano non vi è stata ancora una sentenza che abbia espressamente regolato il rapporto di compatibilità tra l'art. 7 del Modello OCSE e la disciplina CFC. Al di là delle sentenze francesi, che sicuramente possono instradare anche la giurisprudenza italiana, esse non sono parimenti condivisibili nell'ordinamento italiano. Vi è difatti nella legislazione francese l'art. 55 della Costituzione, che sancisce la prevalenza degli accordi internazionali sulle norme interne anche se sopravvenute successivamente. Quanto detto implica un imprescindibile emendamento delle convenzioni contro le doppie imposizioni francesi, che altrimenti prevarrebbero sulla normativa interna CFC se non vi fosse l'inclusione di una clausola antiabuso.

Nella legislazione italiana l'esigenza di formulare una clausola antiabuso è quindi meno evidente, in mancanza di un principio che prevede la prevalenza della norma pattizia su quella interna, anche se successiva. Infatti, in caso dell'emanazione di una disciplina CFC successiva a una convenzione, la prima prevarrebbe sulla seconda. Al contrario, se la convenzione dovesse esser stipulata dopo, a prevalere sarebbe la seconda, in ossequio al principio della successione delle leggi nel tempo.

Anche queste conclusioni però sono confutabili: basti pensare a gran parte della dottrina internazionale che ritiene vigente il principio del *pacta sunt servanda*. In base a quest'ultimo, riconosciuto anche nella costituzione italiana, il principio di conservazione dei trattati deve preferire sempre un'interpretazione conforme ad essi, essendo altrimenti discutibile che una norma interna, successiva ad una convenzione, possa derogarla semplicemente, causandone una implicita abrogazione.

In aggiunta, secondo Conforti, la natura speciale detenuta dalle norme pattizie comporta che la loro forza legislativa non venga vanificata semplicemente con l'osservazione della successione delle leggi nel tempo. Si ritiene invece che per loro speciale natura esse si considerino ugualmente vigenti anche qualora sorga successivamente una normativa

interna contrastante, salvo la previsione di un'espressa clausola derogatoria (come ad es. la clausola antiabuso)²⁶⁶.

Per concludere, attraverso una lettura sistematica delle disposizioni comunitarie e quelle interne, un'incompatibilità tra l'art. 7 del Modello OCSE (ove venga ripreso analiticamente nelle convenzioni contro le doppie imposizioni) e la disciplina CFC è effettivamente riscontrabile. Conferme di quanto desunto si rinvencono proprio alla luce della giurisprudenza francese che, in ragione della sua affinità con il modello italiano, offre ragionamenti logici plausibilmente trasponibili nel sistema italiano. Malgrado ciò, nell'ordinamento italiano la giurisprudenza si è esentata dall'esprimersi con certezza in merito alla necessità di una clausola antiabuso nelle convenzioni contro le doppie imposizioni, che semplifichi l'incompatibilità tra le due norme. Nondimeno, le considerazioni del Ministero dell'Economia e delle Finanze, riguardanti la non obbligatorietà della clausola, sono state confutate da dottrina prevalente, sulla base delle considerazioni sopra esposte inerenti alla natura speciale delle norme pattizie. Per tali ragioni, pur non esistendo un obbligo di previsione della clausola antiabuso nelle convenzioni, la prassi amministrativa ha ritenuto opportuno che l'Italia ottemperi nella sua inclusione nelle varie convenzioni. Si ricordi inoltre che l'importanza della previsione di una clausola antiabuso è stata confermata anche all'art. 6 della Direttiva ATAD (v. cap. 2), definita peraltro come uno dei fondamenti logici della disciplina CFC, pur costituendo una deroga ai principi generali, ma giustificata al fine di contrastare le condotte elusive²⁶⁷.

²⁶⁶ Questa considerazione è confermata anche nell'articolo 75 del D.p.r. 29.9.1973, n. 600

²⁶⁷ IBIDEM, *Il regime delle cfc e i trattati contro le doppie imposizioni: la giurisprudenza francese attesta il conflitto*

CAPITOLO V

LA DISCIPLINA CFC NEL MONDO ORIENTALE: IL MODELLO CINESE E GIAPPONESE

Sommario: 1. Premessa 2. Aspetti generali del modello fiscale cinese 3. I rapporti con l'Italia 4. Le Controlled foreign companies 4.1 La sentenza *ParentCo* 5. Aspetti generali del modello impositivo giapponese 6. Convenzioni contro le doppie imposizioni 7. La normativa CFC 7.1 Definizione e classificazione delle *Controlled Foreign Companies* 7.2 Ipotesi di disapplicazione 7.3 Specifiche CFC 7.4 La determinazione del reddito 8. Conclusioni

1. Premessa

In questo capitolo conclusivo si procede con uno studio il cui intento è quello di completare il quadro della narrazione, inerente alla disciplina CFC, offrendo uno specchio sulle discipline di due Stati appartenenti al mondo orientale: la Cina e il Giappone.

La scelta di selezionare questi Stati piuttosto che altri, operando un confronto con il sistema di tassazione nazionale italiano, è stata conseguita sulla base di una pluralità di considerazioni.

In primo luogo si evidenzia come, pur essendo tutte e tre le discipline sussumibili nel novero delle norme attuative delle raccomandazioni contenute nel progetto BEPS, esse dispongono una normativa difforme in alcuni aspetti – siano essi relativi alle condizioni di applicabilità ovvero alla determinazione del reddito – ragion dovuta alla luce dei diversi contesti economici e politici in cui esse prendono forma.

Un secondo aspetto determinante nella scelta di approfondire la legislazione dei due Stati, risiede nel ruolo che entrambi ricoprono nello scenario globale odierno: innegabile come la Cina e il Giappone siano, pur per diverse cause giuridiche e morfologiche, tra le maggiori potenze economiche e politiche al mondo. Le scelte legislative del passato, nonché quelle che attualmente sono intraprese negli ordinamenti, influenzano i rapporti economici e, conseguentemente, gli effetti di esse si riverberano nel mercato mondiale.

Comprendere il funzionamento di uno degli istituti vigenti – la disciplina impositiva delle *Controlled foreign companies* – e analizzarne i presupposti e le conseguenze applicative, fornisce un utile strumento di studio, nonché un più ampio sguardo d'insieme sulle legislazioni tributarie estere.

Il terzo e ultimo aspetto di particolare interesse consente di comprendere quanto l'efficacia delle normative, nonché l'esigenza di contrastare le pratiche fiscali dannose, abbiano una portata estesa. Notorio è il fatto che il mondo orientale sia – per ragioni culturali, geografiche e sociali – molto distante da quello occidentale. La diversità, oltre che sul piano ideologico, è spesso evidente sul piano politico, in quanto gli Stati sono caratterizzati da forme di governo poco liberali e scarsamente inclini ai principi democratici. Ciononostante, sia la Cina che il Giappone sono entrambi membri di molte organizzazioni sovranazionali, quali ad esempio le Nazioni Unite e l'OCSE, e al pari degli altri Stati essi si impegnano al rispetto degli obblighi comuni loro imposti e prendono parte alle iniziative proposte dagli organi sovranazionali. Questa consapevolezza ci rende edotti di come l'attività di cooperazione fiscale internazionale, di cui si è disquisito nel capitolo introduttivo, sia, assieme alle altre forme di cooperazione, fortemente resa operativa nei vari ordinamenti. Stati con dissimile forma di stato, forma di governo e risorse economiche si conformano a principi e misure comuni, nell'ottica del perseguimento di un obiettivo unico. La globalizzazione è stata cruciale in questo contesto. Lo sviluppo delle tecnologie e l'integrazione economica hanno implementato lo stabilimento delle attività d'impresa anche al di fuori degli Stati di residenza, da qui l'esigenza di imporre misure di coordinamento tra diverse legislazioni. La funzione ripartitoria in materia fiscale è prevalentemente perseguita nelle convenzioni contro le doppie imposizioni (v. Cap. I), le quali, concluse tra i singoli Stati, contengono accordi relativi alle disposizioni tributarie applicabili nelle operazioni transnazionali, siano esse poste in essere da persone giuridiche o da persone fisiche.

L'esposizione del testo si espleta *in primis* mediante la disamina generale del contesto fiscale, riferibile all'ordinamento giapponese e cinese, dalla quale si evincono dissonanze visibili rispetto al sistema impositivo italiano. Segue una sommaria presentazione dei requisiti minimi di applicabilità delle discipline CFC, risaltando come la costruzione di una normativa fiscale possa esser determinante nel raggiungimento di una specifica posizione nel mercato, così da comprendere maggiormente una delle ragioni per le quali la Cina e il Giappone sono ad oggi considerate tra le maggiori potenze economiche e politiche.

La disciplina delle *Controlled foreign companies* adoperata in Cina e in Giappone diverge per alcuni aspetti, che a parere della scrivente sono tra quelli più influenti nelle scelte operate dagli imprenditori e che indirizzano inevitabilmente i destini del Paese nel mercato internazionale.

Da un lato, vi è il sistema fiscale CFC cinese, le cui norme sono più di rado applicate alla fattispecie concreta e alle quali viene anteposta la disciplina del *transfer pricing*. Il sistema fiscale predisposto in Cina, non eccessivamente oneroso per il contribuente, adotta meccanismi meno stringenti nella lotta alle condotte elusive e non disincentiva il trasferimento delle ricchezze all'estero. Conseguentemente, la Cina ad oggi è un Paese dalle forti pretese espansionistiche, i cui investitori operano in tutto il globo e i loro prodotti sono dominanti sul mercato internazionale.

Quasi agli antipodi vi è il Giappone. Il Paese adotta una normativa CFC che, soprattutto con riferimento alla fase di imputazione dei redditi e la tassazione dei dividendi, si dimostra più conforme agli interessi del contribuente – non imponendo eccessivi oneri fiscali – e incentivandolo a rimpatriare i redditi prodotti all'estero nel territorio nipponico. Le disposizioni tributarie del Giappone sono perlopiù elaborate al fine di sostenere l'economia interna, non particolarmente propense ad incentivare lo sviluppo degli investimenti all'estero. Il Giappone è difatti, proporzionalmente alla sua estensione territoriale, uno dei Paesi più ricchi al mondo, con un'economia interna molto florida, ma al medesimo tempo più restia all'accoglimento di investitori/investimenti esteri.

2. Aspetti generali del modello fiscale cinese

Oggetto di specifico studio in tal paragrafo è il modello impositivo cinese, relativo alla tassazione del reddito d'impresa e specificatamente delle società controllate estere.

Il sistema fiscale odierno della Cina – retaggio di un bagaglio storico ed economico differente da quello posseduto dall'Italia – si connota in base ad aspetti del tutto singolari, conferendone una struttura a sé stante.

L'indagine relativa alla struttura del regime fiscale cinese è non solo proposta al fine di rendere manifeste le difformità con il modello italiano, nonché più in generale con i sistemi occidentali, ma essa è offerta al fine di render conoscibile una tra le cause del forte espansionismo economico delle attività d'impresa cinesi nel mercato internazionale.

La Cina è tra le maggiori potenze economiche mondiali, il cui PIL la colloca al secondo posto nella classifica mondiale in termini di redditività. Lo Stato cinese tuttavia, pur esercitando una forza consistente nel mercato ed essendo ad oggi l'esportatore più grande al mondo, è lacerata da situazioni interne molto diverse.

Il modello economico della Cina, più focalizzato sugli investimenti nel mercato estero e sul garantire l'iniziativa economica degli investitori cinesi – sottoposti ad un livello impositivo non eccessivamente oneroso sui redditi esteri – è più propenso a conferire al Paese una posizione di spicco nel mercato internazionale, a discapito dell'economia interna e delle disuguaglianze sociali presenti, le quali non rappresentano una grande preoccupazione. Agli investitori cinesi molto facoltosi e detentori di attività redditizie, operanti nel mercato mondiale, si contrappongono cittadini poveri, sprovvisti di lavoro e garanzie per il futuro. Disuguaglianze sociali ed economiche sono insomma realtà innegabili nell'ordinamento cinese, nonostante la problematicità di esse sia progressivamente ridotta e la risoluzione sempre meno distante. La Cina interviene costantemente riformando il sistema legislativo generale, ma in un contesto in cui le disparità sono così evidenti non può mancare una modifica che interessi anche le disposizioni tributarie. Indiscutibile che progressi di risanamento ci siano stati e che il sistema fiscale sia stato profondamente innovato, reso più concorde in termini generali a quello degli altri Stati, ma il procedimento di conformazione è ben lontano dall'esser concluso. L'ordinamento cinese, pur recependo principi comuni in materia tributaria, conserva aspetti peculiari e singolari rispetto le normative degli altri Stati.

L'Amministrazione fiscale cinese, competente in materia tributaria, eroga le sue competenze mediante la ripartizione delle funzioni in quattro organi principali:

- 1) il Consiglio di Stato;
- 2) il Ministero delle finanze;
- 3) l'Amministrazione finanziaria statale (cd. SAT, *State Administration of Taxation*);
- 4) gli Uffici locali delle imposte.

I predetti organi esercitano mansioni tra loro complementari – coadiuvando l'attività nelle fasi di imposizione, controllo e riscossione delle tasse – all'occorrenza emanando direttive e circolari atte a garantire un soddisfacente raggiungimento degli obiettivi fiscali.

La Cina, pur mostrando una condizione economica e politica molto disomogenea da quella degli Stati occidentali, è al pari di quest'ultimi partecipa nelle diverse organizzazioni internazionali, impegnate in progetti comuni di sostenibilità. Ugualmente

agli altri Stati membri delle organizzazioni, essa è tenuta all'osservanza degli obblighi e delle raccomandazioni rivolte agli Stati, tra cui le iniziative in materia di cooperazione fiscale internazionale.

L'avvicinamento delle disposizioni tributarie tra gli Stati ha contribuito perciò a formare il sistema di tassazione odierno cinese, nel quale si prevedono imposte simili a quelle previste nel modello generale europeo, suddivisibili nelle categorie di imposte dirette e indirette.

Tra le imposte dirette si collocano le imposte sul reddito delle persone fisiche e le imposte sul reddito delle società; tra le imposte indirette si individuano l'imposta sul valore aggiunto (IVA) e altre imposte previste con specifico riferimento per le attività economiche, disposte dalle leggi speciali.

Parimenti a quasi tutte le altre legislazioni fiscali, il modello generale di tassazione si fonda sul cd. *principle of world wide income*, in base al quale sono attratti ad imposizione del fisco tutti i redditi prodotti dai soggetti residenti, indipendentemente se siano generati sul suolo nazionale o al di fuori di esso. Il criterio della tassazione dell'utile mondiale è integrato dal principio della tassazione territoriale, che legittima lo Stato a esigere le imposte sui redditi prodotti da soggetti non residenti, allorquando essi siano generati nel territorio della Repubblica cinese, mediante l'espletamento di attività d'impresa o comunque produttive di reddito ivi svolte.

Ai fini della trattazione, si tralascia in tal sede ciò che concerne la tassazione delle persone fisiche e ci si sofferma sulla questione della tassazione dei redditi generati dalle società. Manifesto è come il sistema fiscale cinese, peraltro anche dopo la riforma entrata in vigore il 1° gennaio del 2008, conserva aspetti peculiari nelle discipline del *transfer pricing*, *Controlled foreign companies* e *thin capitalization*.

Ancor prima di concentrare lo studio sul regime cinese delle *Controlled foreign Companies*, è indispensabile indicare qualche informazione preliminare sulla tassazione delle società.

In primo luogo, l'imposta sul reddito delle società (*Corporate income tax*) è determinata applicando l'aliquota d'imposta sul reddito d'impresa, al netto delle deduzioni. Il reddito tassato è quello conseguito su base annuale, ma, ciononostante, non è infrequente che la tassazione avvenga trimestralmente apportando le rettifiche per il rimborso e il riporto a nuovo delle perdite. Al risultato d'esercizio, emergente dal bilancio delle società e riportato nella dichiarazione dei redditi, si deducono i costi e le spese sostenute nell'esercizio di riferimento al periodo d'imposta. Il criterio di connessione utilizzato per

L'individuazione dei costi e delle spese sostenute è basata sul principio dell'inerenza. Secondo quest'ultimo criterio sono ammessi in deduzione solo i costi direttamente ricollegabili all'esercizio dell'attività d'impresa, le spese dunque che presentino un nesso diretto con l'esercizio dall'attività d'impresa, da cui si escludono, ad esempio, le spese sostenute dall'imprenditore per scopi personali. Secondo le regole per la determinazione del reddito, sono previste diverse quote di ammortamento per le immobilizzazioni materiali e immateriali, variabili a seconda del bene ammortizzato.

Le quote fisse di ammortamento per le immobilizzazioni materiali sono:

- 1) del 5 per cento per beni immobili e infrastrutture;
- 2) del 10 per cento per mezzi di trasporto quali aerei, navi, treni ed impianti;
- 3) del 20 per cento per i beni d'impresa quali mobili, macchinari ed attrezzature;
- 4) del 25 per cento per i veicoli su strada;
- 5) del 33,33% per i dispositivi elettronici²⁶⁸.

Le immobilizzazioni immateriali acquisite da terzi sono ammortizzabili invece nei limiti del 10 per cento. Non è ammesso l'ammortamento dell'avviamento, che però è deducibile per l'intero valore solo al momento del trasferimento dell'attività d'azienda.

Le perdite d'esercizio emerse nel periodo d'imposta sono deducibili nell'esercizio in cui vengono generate, fatta salva la possibilità di riporto sino ai cinque successivi.

L'aliquota d'imposta ordinaria è del 25 per cento, indipendentemente se il reddito sia stato prodotto da società residenti cinesi o società non residenti nei limiti del reddito ivi prodotto. È altresì prevista un'aliquota ridotta, pari al 20 per cento, per i redditi generati da società che non superino determinati limiti, quali:

- i) reddito annuo non superiore a 300.000 CNY;
- ii) numero dipendenti non superiore a 80;
- iii) attivo patrimoniale non superiore a 10 milioni di CNY²⁶⁹.

Lo Stato riconosce inoltre una pluralità di incentivi fiscali per le attività d'impresa che presentino determinati requisiti.

Una prima agevolazione concerne l'aliquota d'imposta per le società. All'aliquota ordinaria del 25 per cento si contrappone l'aliquota ridotta agevolativa del 15 per cento,

²⁶⁸ Rolle G., *Repubblica popolare cinese*, in *Fiscalità Internazionale* n. 4 del 2009

²⁶⁹ Per le società svolgenti attività industriale i limiti sono leggermente variati. Il numero di dipendenti può arrivare sino a cento e l'attivo patrimoniale non deve superare i 30 milioni di CNY.

per le società che operano nel settore *high tech*²⁷⁰ (il cd. settore delle tecnologie avanzate). La previsione di un simile beneficio chiaramente è finalizzata alla promozione delle nuove tecnologie e allo sviluppo del settore informatico, i cui investitori sono maggiormente incentivati se alla loro attività si ricollega una riduzione dell'onere fiscale. L'operatività dell'aliquota ridotta è tuttavia subordinata all'accertamento da parte delle autorità competenti del Ministero.

Un secondo incentivo, sempre nel settore delle tecnologie *high tech*, si ammette nella parte in cui si stabilisce l'esenzione del reddito generato dal trasferimento di strumenti altamente tecnologici, purché l'utile non superi i 5 milioni di CNY. Se l'utile dovesse eccedere predetto limite, per la parte eccedente si beneficerebbe di un taglio dell'aliquota d'imposta pari al 50 per cento, fatta salva la possibilità di richiedere ugualmente una deduzione del 50 per cento sull'imposta sul reddito della società.

²⁷⁰ *“Sono considerate ad alto contenuto tecnologico le società:*

- che siano attive nella produzione di beni ovvero nell'erogazione di servizi ad alto contenuto tecnologico riconosciuti dallo Stato;

- che soddisfino specifici requisiti in termini di qualità della governance e del management, potenzialità di sfruttamento delle nuove tecnologie ed indici di crescita dimensionale stabiliti da documenti redatti dai competenti apparati amministrativi;

- che abbiano posseduto per almeno tre anni la proprietà intellettuale dei beni ad alto contenuto tecnologico ovvero abbiano goduto del diritto all'utilizzo esclusivo di detta proprietà intellettuale negli ultimi cinque anni;

- che abbiano ceduto o erogato beni o servizi ad alto contenuto tecnologico per almeno il 60% del fatturato della società;

- che abbiano spese di ricerca e sviluppo pari ad almeno il 6% del fatturato (3% se il fatturato è superiore a 200 milioni di CNY);

- che abbiano più del 10% della forza lavoro composto da personale attivo nella ricerca e sviluppo;

- che abbiano più del 30% del personale con qualifica universitaria”.

Gli incentivi fiscali per le società High-Tech in Cina, <https://www.china-briefing.com/news/gli-incentivi-fiscali-per-le-societa-high-tech-in-cina/>

Inoltre per le società operanti nel settore dei *software* sono previste delle esenzioni fiscali nei primi due anni di esercizio, nonché riduzioni di aliquota fino al 50 per cento nei tre esercizi successivi, a partire dal primo in cui si realizzano profitti. Per alcune imprese le esenzioni possono essere addirittura estese ai primi cinque anni²⁷¹.

Un ulteriore incentivo è accordato in materia di IVA. L'aliquota ordinaria è del 17 per cento, ma essa può esser inferiore in alcune specifiche attività d'impresa. L'imposta sul valore aggiunto, applicata ai soggetti che producono beni, forniscono servizi, importano ed esportano merci, non è imposta a determinati soggetti che erogano attività d'impresa le cui finalità sono conformi all'interesse pubblico. Tra esse, ad esempio, si collocano le società impegnate nella produzione di medicinali e strumenti contraccettivi; le attività di istruzione, ricerca e sviluppo scientifico; le attività di importazione dei materiali ed equipaggiamenti forniti da altri Stati; prodotti importati e destinati a portatori di handicap. Trova applicazione l'aliquota del 13 per cento per specifici beni, individuati dalle leggi speciali e, altresì, è possibile richiedere l'applicazione di un'aliquota del 3 per cento per tutti i contribuenti che siano ammessi al regime del 'piccolo contribuente IVA'.

I requisiti di applicabilità prevedono l'accesso al regime agevolativo quando:

- a) il valore delle vendite dei beni o il corrispettivo per la fornitura dei servizi non superi i 500.000 CNY;
- b) il valore delle vendite non superi i 800.000 CNY per i rivenditori all'ingrosso²⁷².

Il sistema fiscale cinese interno è quindi organizzato secondo una struttura improntata ai medesimi principi generali adottati dagli Stati membri delle organizzazioni internazionali. La normativa dell'imposta sui redditi societari (che peraltro presenta un'aliquota d'imposta superiore a quella italiana) è integrata da una serie di previsioni speciali, che accordano una varietà di incentivi fiscali per le società che presentano determinati requisiti. L'elemento comune a tutti i soggetti beneficiari delle agevolazioni risiede nel cercare di incrementare l'impiego delle risorse in attività di sperimentazione e sviluppo delle tecnologie. La riduzione delle aliquote IVA per alcune attività, nonché in altri casi l'esenzione, contribuisce ad incrementare il livello delle esportazioni (non è un

²⁷¹ *Gli incentivi fiscali per le società High-Tech in Cina*, <https://www.china-briefing.com/news/gli-incentivi-fiscali-per-le-societa-high-tech-in-cina/>

²⁷² *Cina: principali imposte a carico di una FICE*, <https://www.mglobe.it/fiscalita/tutte-le-news/cina-principali-imposte-a-carico-di-una-fice.kl>

caso che la Cina sia il primo Paese al mondo nel settore dell'*export*). Le agevolazioni garantite per i soggetti operanti nel settore delle tecnologie accrescono l'impegno degli imprenditori cinesi nel cimentarsi nel mercato delle nuove tecnologie. L'esenzione delle attività di pubblico interesse eleva il numero di beni e servizi destinati alla cura delle esigenze pubbliche. Al di là dunque della presenza di alcuni aspetti negativi innegabili di un sistema così disposto, è altrettanto evidente come il regime fiscale sinora descritto sia in continua evoluzione, improntato a garantire il continuo sviluppo del Paese, l'incremento delle ricchezze nazionali e l'accrescimento della potenza economica sul mercato internazionale.

“Incentivare il contributo alla ricerca e sviluppo da parte delle società con incentivi fiscali e mezzi orientati al mercato è un modo efficace per stimolare l'innovazione tecnologica” sono queste difatti le parole del premier Li Keqiang, durante una discussione del governo concernente nuove misure detrattive fiscali inerenti i costi di ricerca e sviluppo, nonché l'industria manifatturiera²⁷³.

Discussi i punti centrali del sistema di tassazione delle società, si prosegue adesso con lo studio dei rapporti tra i vari Stati, nonché le discipline applicabili allorché l'attività d'impresa non sia circoscritta solo al territorio nazionale ma bensì abbia carattere transnazionale.

3. I rapporti con l'Italia

La Cina ha concluso con 89 Paesi convenzioni contro le doppie imposizioni e tra questi certamente vi è l'Italia.

L'esigenza di stabilire accordi che contrastino le pratiche fiscali dannose e ripartiscano al tempo stesso la potestà impositiva è decisamente evidente nei rapporti con lo Stato italiano, con la quale la Cina vanta un alto tasso di scambi commerciali (sia *import* che *export*) e intrattiene numerosi rapporti economici.

La ragione dell'elevato numero di accordi commerciali risiede nel fatto che la Cina e l'Italia rappresentano, reciprocamente, un importante mercato di sbocco per i rispettivi investitori nazionali. Se da un lato, il mercato del lavoro cinese attrae gli investitori

²⁷³ Cina: incentivi fiscali per l'innovazione aziendale, https://www.ansa.it/sito/notizie/mondo/dalla_cina/2021/03/25/cina-incentivi-fiscali-per-linnovazione-aziendale_bb2675d4-c257-4be8-a1f2-6a1feaddba10.html, ANSA 2021

italiani – poiché esso consta di un basso costo della mano d'opera, delle materie prime e di numerosi incentivi fiscali – dall'altra, nel mercato italiano vi è un'alta domanda dei prodotti cinesi d'importazione. La Cina è infatti tra i dieci maggiori importatori di beni in Italia e l'Italia la quindicesima per investitori stranieri in Cina.

La convenzione contro le doppie imposizioni, entrata in vigore il 13 dicembre 1990, riproduce perlopiù la struttura del modello OCSE²⁷⁴.

Si sottolinea come, in passato, quando in Italia era, ai fini dell'applicabilità della disciplina CFC, rilevante la presenza di uno Stato incluso nella *black list* come requisito oggettivo, la Cina non veniva individuata come tale. La Repubblica cinese non presentava livelli di tassazione sensibilmente inferiori, tali da poterla considerare come uno Stato a fiscalità privilegiata e coerentemente essa apparteneva al novero dei Paesi inclusi nella *white list*.

A seguito delle modifiche legislative introdotte dalla legge finanziaria del 2008, la Cina veniva compartizzata come Stato con il quale veniva realizzato un effettivo scambio di informazioni con l'Italia.

La convenzione attualmente vigente tra Italia e Cina, pur ricalcando gli elementi minimi previsti dal modello OCSE, si distacca in alcuni punti, di cui si citano solo quelli rilevanti ai fini della disamina.

Un primo aspetto concerne la tassazione dei dividendi, distribuiti dalla società controllata al soggetto partecipante. È ammesso che i dividendi siano tassati anche dallo Stato fonte, nei limiti però del 10 per cento dell'ammontare, purché il percettore ne sia il destinatario effettivo. Parimenti, è prevista la ritenuta alla fonte del 10 per cento sugli interessi, purché anche in questo caso il destinatario sia il beneficiario effettivo.

In merito ai rimedi contro la doppia imposizione (art. 23), sia l'Italia che la Cina riconoscono al contribuente il credito d'imposta, nei limiti di quella sostenuta all'estero. Nel caso di dividendi distribuiti da una società italiana e percepiti da una società cinese (che detiene una partecipazione almeno pari al 10%), «*il credito terrà conto dell'imposta dovuta in Italia dalla società che paga i dividendi in relazione al proprio reddito*» (art. 23). Occorre peraltro segnalare che, se l'imposta sul reddito d'impresa, sui dividendi, interessi o canoni provenienti da uno Stato contraente non è prelevata o è ridotta per un certo arco di periodo (ai sensi delle leggi e dei regolamenti di detto Stato), tale imposta non prelevata o ridotta si considera:

²⁷⁴ IBIDEM, *Repubblica popolare cinese*

- interamente pagata, per quanto attiene agli utili di impresa;
- pagata per una somma non superiore al 10% dell'ammontare lordo dei dividendi e degli interessi;
- pagata per una somma non superiore al 15% dell'ammontare lordo delle *royalties*.

Introdotti gli aspetti più rilevanti della Convenzione, relativamente alla materia oggetto di studio dell'elaborato, si passa ora a definire gli aspetti caratteristici della normativa cinese sulle *Controlled foreign companies*.

4. Le *Controlled Foreign Companies*

Il regime delle *Controlled Foreign Companies* cinese è stato istituito a seguito della riforma fiscale del 2008.

L'applicazione delle norme in materia è tuttavia circoscritta ad una limitata casistica, essendo invece più comunemente utilizzato un sistema di tassazione basato sull'operatività delle regole del *transfer pricing*.

La Cina, in quanto membro dell'OCSE, è tenuta all'osservanza degli obblighi fiscali generali imposti agli Stati. Le raccomandazioni, contenute nelle norme generali, non hanno però carattere vincolante, avendo invece una mera funzione esortativa. L'obiettivo a cui debbono ispirarsi le norme fiscali risiede nel porre un sistema che argini quanto più il compiersi di pianificazioni fiscali d'impresa che realizzino l'elusione fiscale dei redditi e l'erosione delle basi imponibili. Essendo quindi solo vincolate nell'obiettivo e non nel mezzo, la Cina ha formulato un sistema che non attribuisce centralità alla tassazione delle società controllate estere, bensì ad altre misure antielusive.

Questo diverso assetto normativo, meno rigoroso nel rispetto degli approcci definiti dal Progetto BEPS, ci fa comprendere in maggior misura la ragione per la quale le attività cinesi, molto più che degli altri Stati, si siano più espansive nel mondo.

La grande espansione delle attività commerciali, di cui sono titolari gli investitori cinesi, non è disincentivata fiscalmente, essendo piuttosto circoscritto l'ambito di operatività della normativa CFC²⁷⁵.

²⁷⁵ Dueñas S., *How Controlled Foreign Corporation Rules Look Around the World: China*, 2020, <https://taxfoundation.org/china-cfc-rules/#:~:text=Under%20Chinese%20law%20a%20CFC,50%20percent%20or%20more%20of>

La normativa CFC cinese è entrata in vigore il 1° gennaio 2008. La *ratio* delle disposizioni risiede nell'evitare che gli investitori cinesi imputino fittiziamente i profitti delle imprese in giurisdizioni che presentano un livello di tassazione sensibilmente inferiore. Nonostante la disciplina sia stata istituita con lo scopo di conformarsi agli obiettivi generali disposti nel progetto BEPS, si è detto che la sua applicazione è stata più di rado effettiva.

Per ciò che concerne i requisiti soggettivi, si definisce *Controlled foreign company* al ricorrere delle seguenti condizioni:

- i) la somma delle partecipazioni detenute da un'impresa residente in Cina, ovvero la somma delle partecipazioni detenute da più soggetti residenti, (siano essi solo imprese o anche imprese e persone fisiche) supera il 50 per cento delle partecipazioni totali della società controllata estera;
- ii) nel caso del controllo esercitato da più soggetti residenti, ai fini del computo, ogni azionista deve esser titolare di almeno il 10 per cento delle partecipazioni, nonché dei corrispondenti diritti al voto;
- iii) quando, in mancanza del numero minimo di partecipazioni sopra riportate, viene ugualmente esercitato un controllo sostanziale sulle partecipazioni, sulle operazioni commerciali, sui finanziamenti, sugli acquisti e sulle vendite realizzate dalla società estera (cd. controllo di fatto).

Controllo di diritto

1° condizione)

La somma delle partecipazioni dell'impresa residente, o delle partecipazioni di più soggetti residenti in Cina, supera almeno **il 50 per cento** delle azioni della società estera partecipata. In caso di più soggetti residenti partecipanti, almeno uno deve esser un'impresa, non è ammissibile che il controllo venga esercitato solo da persone fisiche residenti, ai fini dell'operatività della disciplina.

2° condizione)

Nel caso di più azionisti cinesi, ciascuno deve detenere almeno il 10 per cento delle partecipazioni della società estera, nonché il corrispondente diritto al voto.

Ulteriori condizioni di applicabilità

Controllo di fatto:

In mancanza del numero di partecipazioni minime da detenere, il requisito del controllo si considera soddisfatto anche se il soggetto/i residente/i esercita un controllo sostanziale e determinante sulle operazioni compiute dalla società estera.

Requisito oggettivo

Il livello effettivo di tassazione imposto deve esser inferiore alla metà dell'aliquota prevista in Cina per i redditi societari (25 per cento, e dunque inferiore al 12,5 per cento). Si escludono automaticamente i Paesi annoverati nella white list redatta dal Ministero dell'Economia cinese.

Nella nozione di CFC la presenza del rapporto di controllo è imprescindibile. Parimenti alla disciplina italiana, viene fatta menzione sia del controllo di diritto che di quello fattuale, pur con connotati leggermente diversi. La nozione italiana ricomprende nella definizione di controllo di diritto, sia quello in senso giuridico che quello economico. Il primo inteso come la maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ovvero quelli sufficienti ad esercitare un'influenza dominante, il secondo valutato rispetto il diritto alla percezione degli utili. Sempre nella disciplina italiana, pur non essendoci disposizioni certe a riguardo, dottrina prevalente esclude la rilevanza del controllo di fatto (esercitato

sulla base degli accordi commerciali, v. Cap III) ai fini dell'applicabilità dell'art. 167 TUIR (disposizioni in materia di tassazione delle società controllate estere). La normativa predisposta in Cina, pur presentando delle evidenti affinità, differisce da quella contenuta nel TUIR proprio nella parte in cui definisce l'attività di controllo. Nel modello cinese si rimanda perlopiù ad una generica distinzione tra controllo in diritto e controllo *in facto*. Affinché si determini il controllo giuridico è sufficiente che la somma delle partecipazioni detenute da uno o più soggetti residenti superi il 50 per cento e il soggetto controllante eserciti il diritto al voto. Non si menziona in alcun modo il concetto di 'influenza dominante' ex art. 2369 c.c.. Inoltre, al contrario di ciò che si è detto per la disciplina CFC in Italia, la forma del controllo fattuale è ammessa nella parte in cui viene stabilito che è sufficiente l'esercizio di un controllo sostanziale sulle attività commerciali. A mio avviso è dunque sussumibile in questa fattispecie, quella del controllo fattuale esercitato per mezzo di accordi contrattuali, non essendo ravvisabile alcuna incompatibilità con la nozione cinese, tenuto conto dell'indeterminatezza e dell'ampiezza delle ipotesi sussumibili nella definizione.

Un aspetto interessante risiede però nel limite quantitativo di partecipazioni che devono esser detenute dai soggetti residenti. In primo luogo si nota già come, ai fini del computo, è necessario che in caso di più soggetti cinesi partecipanti almeno uno sia un'impresa. Non è possibile che il controllo sia esercitato da soli soggetti residenti persone fisiche. Inoltre ogni azionista residente deve esser titolare di almeno il 10 per cento delle partecipazioni della controllata. Come si legge di seguito, questo limite quantitativo è disposto anche dalla disciplina giapponese, in quanto elemento essenziale per esser definiti come azionisti residenti, definizione invece totalmente assente nell'ordinamento italiano.

Secondo le norme previste in Cina, il requisito oggettivo prevede che la società estera sia localizzata in uno Stato in cui l'aliquota effettiva sia significativamente inferiore all'aliquota applicata in Cina. Per aliquota effettiva inferiore si intende quando essa sia inferiore alla metà di quella prevista dalle norme sui redditi societari in Cina. Considerando che l'aliquota dell'imposta sul reddito societario è del 25 per cento, la condizione è soddisfatta quando nello Stato estero è imposta un'aliquota effettiva minore del 12,5 per cento.

Ravvisati i presupposti di applicabilità, i redditi prodotti dalla società estera non distribuiti, o la cui distribuzione è ridotta, – salvo comprovate esigenze operative – sono attratti alla base imponibile del soggetto controllante residente in Cina. L'imputazione è

proporzionale alla propria quota di partecipazione e il diritto di percezione degli utili, indipendentemente quindi dalla distribuzione dei dividendi, nel periodo d'imposta relativo all'esercizio fiscale in cui sono generati.

L'imputazione dei profitti secondo le CFC *rules* avviene indipendentemente dalla distribuzione dei dividendi, ma non come regola assoluta. L'irrilevanza della distribuzione deve esser subordinata a valide ragioni commerciali. Se i profitti non sono stati distribuiti in ragione di comprovate esigenze economiche, ad esempio perché gli utili vengono destinati come investimento verso un'altra attività d'impresa, gli utili realizzati e non distribuiti non devono esser imputati al soggetto controllante. Al contrario, se la mancata distribuzione è stata effettuata al solo scopo di non trasferire le ricchezze in Cina, ed eludere quindi il sistema di tassazione dei dividendi, viene disposta l'operatività della disciplina CFC, dunque l'imputazione degli utili indipendentemente dalla loro distribuzione. In questo si rinviene quindi un altro elemento differenziale con la disciplina italiana: secondo la normativa contenuta nel TUIR, l'irrilevanza del momento della distribuzione degli utili prescinde dalle ragioni per le quali la distribuzione non sia avvenuta. La sola e unica fattispecie idonea a incorrere alla disapplicazione dell'istituto è la ricorrenza dell'esimente unica, ossia la dimostrazione che *“il soggetto controllato non residente svolge un'attività economica effettiva, mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali”*²⁷⁶.

Sono altresì non imputabili gli utili generati dalla società estera, non distribuiti, al soggetto residente quando:

- a) la CFC si localizza in una giurisdizione in cui il livello di tassazione imposto è piuttosto elevato. I Paesi a cui si fa riferimento sono elencati nella *white list* redatta dal *China State Administration of Taxation* (CSAT), ed essi sono: Australia, Canada, Francia, Germania, India, Italia, Giappone, Nuova Zelanda, Norvegia, Sud Africa, Regno Unito e Stati Uniti;
- b) il reddito generato dalla controllata estera, prima delle imposte, non supera i 5 milioni di CNY;
- c) il reddito della CFC è principalmente conseguito per esercizio di operazioni commerciali attive²⁷⁷.

²⁷⁶ Articolo 167 TUIR

²⁷⁷ *China*, <https://www.orbitax.com/news/archive.php/China-Publishes-Details-of-Maj-11358>, ORBITAX

Le normative adottate dall'Italia e dalla Cina, aldilà degli elementi comuni presenti in forza dell'attuazione alle raccomandazioni OCSE, sono dunque concettualmente molto diverse.

Una prima differenza rilevata risiede nella definizione del rapporto di controllo, che nel modello cinese è più ampia e soggetta a dubbi interpretativi, al contrario di quella italiana che ne definisce più stringentemente i confini. La normativa cinese inoltre impone un limite quantitativo rispetto al numero di partecipazioni che ogni azionista residente cinese deve detenere, oltre a prevedere l'impossibilità che siano tutte persone fisiche in quanto è necessario che almeno un'azionista sia un'impresa.

Per ciò che attiene il requisito oggettivo non si individuano sostanziali differenze: apparentemente il sistema di calcolo cinese per operare il confronto è solo meno complesso, dovendo l'amministrazione finanziaria accertarsi esclusivamente che l'aliquota d'imposta estera sia inferiore al 12,5 per cento, anziché effettuare il *tax rate effettivo e virtuale* come in Italia.

Ma l'aspetto più caratteristico, a parer mio, risiede nelle cause di disapplicazione. In Italia l'unica fattispecie idonea a giustificare l'inoperatività della disciplina è la dimostrazione dell'esercizio di un'attività economica effettiva, secondo una visione completamente conforme alla *ratio* in base alla quale le disposizioni sono state formulate. In Cina la situazione è assai diversa. Le cause di disapplicazione sono molteplici. Mentre in Italia l'imputazione degli utili CFC avviene sempre indipendentemente dalla distribuzione degli utili, fatta salva la possibilità di veder riconosciuto il credito d'imposta al momento della distribuzione dei dividendi, in Cina la mancata distribuzione è irrilevante solo se non giustificata da ragioni commerciali. Inoltre, l'esenzione è riconosciuta anche nella ipotesi in cui la società controllata sia localizzata in un Paese della *white list*, oppure il reddito annuo non superi i predetti limiti quantitativi e qualitativi. L'istituto delle CFC in Cina è per queste ragioni evidentemente meno applicato ai casi concreti. Rispetto ad altri ordinamenti, tra cui l'Italia, le fattispecie ricadenti nell'ambito di applicazione dell'istituto sono ridotte e le ipotesi di esenzione sono maggiori.

Lo Stato cinese ha introdotto di recente la disciplina delle società controllate estere (nel 2008), solo per ottemperare alle esortazioni nazionali e non perché effettivamente ne risentisse l'esigenza. Il contrasto alle condotte elusive, attuate per mezzo di operazioni transnazionali, in Cina è perseguito essenzialmente tramite l'utilizzo di altri strumenti, tra cui il *transfer pricing*, che ove possibile viene preferito alla disciplina CFC.

Si comprende, alla luce anche di questa circostanza, una delle ragioni per le quali la Cina, tramite le attività d'impresa esercitate da soggetti residenti, svolge gran parte delle sue attività all'estero, non essendo difatti i contribuenti sottoposti ad un rigido regime fiscale. Ciononostante, negli ultimi anni si è cercato di iniziare ad attuare più frequentemente le norme relative alle società controllate estere. Tale impegno è reso evidente anche dalla giurisprudenza cinese, che per la prima volta in un caso recente ha esaminato la più grande controversia sinora sorta in Cina, relativa alla questione dell'imputazione degli utili indipendentemente dalla distribuzione dei dividendi al soggetto partecipante.

Si parla del caso studio di una società estera controllata, con sede ad Hong Kong e partecipata totalmente da una multinazionale cinese: il cd. caso della *ParentCo*.

4.1 La sentenza *ParentCo*

La giurisprudenza italiana e comunitaria hanno, in numerose occasioni, elaborato massime di diritto le cui conseguenze applicative sono state notevoli. L'attenzione dei giudici nazionali e sovranazionali rispetto l'elaborazione di interpretazioni evolutive e sistematiche, in materia tributaria, relativamente alle misure antielusive, ha coadiuvato l'attività propositiva del legislatore e consentito agli Stati di fornire una più esatta disciplina. Certamente la disamina, ad opera dei giudici nazionali, di casi che abbiano avuto ad oggetto la tassazione di società operanti all'estero, mediante una controllata, è stata più frequente in ordinamenti in cui la disciplina CFC ricopriva un ruolo di spicco nella lotta al contrasto delle condotte elusive. In un Paese più restio all'applicazione di dette misure, come la Cina, la giurisprudenza è più scarna e detiene un ruolo marginale nella fase di integrazione delle nozioni sulle società controllate estere. Ciononostante, dalla riforma del 2008 sul regime fiscale cinese, la normativa delle *Controlled foreign companies* è progressivamente più attuata, attesa la necessità di conformarsi ad un modello generale impositivo comune tra gli Stati. Fermo restando che nell'ordinamento fiscale cinese si predilige tutt'oggi, ove possibile, applicare diverse misure antielusive in luogo della disciplina CFC – ad esempio la normativa del *transfer pricing* – il maggior ricorso nei casi concreti ha incrementato anche le controversie sottoposte alla Corte cinese, relative alle applicazioni della disciplina.

L'Amministrazione finanziaria di Pechino ha reso noto uno dei maggiori casi giurisprudenziali conclusi di recente, in cui si è disposta l'operatività delle misure CFC.

Le argomentazioni e le conclusioni contenute nel dispositivo, oltre ad innovare le interpretazioni precedenti in Cina, auspicano un rafforzamento delle misure antielusive e una maggiore operatività delle stesse. Il procedimento di conformazione alle raccomandazioni comunitarie, pur non essendo ancora concluso, è in continua fase di evoluzione e sempre più vicino al raggiungimento del risultato sperato.

La sentenza a cui si fa riferimento ha visto come protagonista la società controllata estera con sede a Hong Kong²⁷⁸ (la *HK SubCO*), e la società controllante *ParentCo*, localizzata nella regione di Suzhou in Cina.

Il caso studio ricopre una posizione di rilievo ai fini della nozione di CFC, in ragione del fatto che esso rappresenta una delle fattispecie in cui è stata applicata la disciplina CFC cinese, piuttosto che altri meccanismi anti abuso. Esso dimostra come la Cina, pur pervenendo da un ordinamento in cui i principi base tributari, ma anche più in generale le libertà fondamentali garantite, sono assai diversi da quelli occidentali, si impegna a conformarsi ad un sistema più ampio che opera nell'ottica della cooperazione fiscale internazionale.

Il ragionamento riportato nel dispositivo, sulla base degli indici fattuali raccolti, aveva indotto le autorità competenti a desumere che la società controllata di Hong Kong fosse a tutti gli effetti una CFC della *ParentCo*. Il presupposto su cui la Corte fondava l'operatività della disciplina CFC, risiedeva sulla constatazione che la mancata distribuzione dell'utile prodotto dalla controllata, non fosse giustificata da valide ragioni commerciali.

Secondo le regole CFC cinesi, la normativa non trova attuazione ogniqualvolta siano verificati i presupposti di applicabilità ma esistono ulteriori ipotesi di disapplicabilità. Differentemente da quanto si prevede nella disciplina italiana, ad esempio, l'imputazione dei redditi prodotti dalla controllata avviene indipendentemente dalla distribuzione degli utili esclusivamente se i dividendi non sono stati ripartiti per ragioni che fuoriescono dalle logiche d'impresa. La normativa ha pertanto un ambito di applicazione più ristretto, atteso che nel caso di dimostrazione di valide ragioni di mercato per cui la distribuzione dei dividendi non è avvenuta, si esenta l'impresa dall'operatività della disciplina fiscale CFC.

²⁷⁸ Hong Kong è una regione amministrativa speciale, localizzata sul territorio della Cina, ma dotata di un ampio grado di autonomia tanto da dotarsi di un ordinamento giurisdizione autonomo e dai principi indipendenti e personali. È dotata di una costituzione e leggi autonome approvate dalla propria legislatura, distanti dalle normative cinesi e fondate sul modello di *common law*.

Di converso, questa fattispecie non è in alcuna misura contemplata nella normativa italiana, che prevede l'irrelevanza della distribuzione dei dividendi come regola generale, fatta salva la possibilità del riconoscimento del credito d'imposta al momento della percezione. Da qui, la minor casistica delle fattispecie CFC in Cina.

Ancor prima di osservare le questioni di diritto emerse, si procede alla disamina della questione di fatto.

La società *HK SubCO* era stata costituita nel 2009 e la sua sede d'affari era stata fissata a Hong Kong. La *ParentCo* al momento dei fatti era detentrica della totalità delle partecipazioni di *HK SubCO*. Secondo la nozione CFC cinese il primo requisito soggettivo, relativo alla determinazione dell'attività di controllo, era dunque soddisfatto. In base alla nozione di controllo di diritto, è sufficiente che il soggetto controllante sia almeno un'impresa residente in Cina che detiene un numero di partecipazioni non inferiore al 50 per cento nella società estera.

Trattandosi di una partecipazione totalitaria detenuta dal soggetto residente, sul requisito soggettivo non sorgeva alcuna perplessità. Gli aspetti più critici si rilevavano al momento della verifica del requisito oggettivo. Il secondo elemento essenziale, ai fini dell'applicabilità della disciplina, risiedeva nell'accertamento e nel confronto dei livelli fiscali imposti nello Stato estero e in Cina. La Corte doveva valutare che ad Hong Kong fosse imposta effettivamente, sulla base imponibile della società, un'aliquota d'imposta inferiore al 12,5 per cento (il valore corrispondente a meno della metà del livello impositivo imposti in Cina, pari al 25 per cento).

La verifica sulla sussistenza del requisito era determinante ai fini della tassazione del reddito della società di Hong Kong.

L'attività d'impresa della società *HK SubCO* era difatti stata piuttosto redditizia, raggiungendo un fatturato netto di oltre 30 milioni di CNY nel 2011. Il proficuo guadagno era stato generato con la vendita delle sue partecipazioni totalitarie, detenute in una holding di Hong Kong – che a sua volta deteneva partecipazioni in tre imprese cinesi, – ad una società olandese. Cionondimeno gli ingenti utili non erano stati distribuiti alle società controllate, destando diverse perplessità dall'ufficio competente di *Suzhou*, non essendo stato riportato alcun dividendo nel bilancio dell'esercizio in corso.

A destare ulteriori sospetti vi era stata una richiesta insolita, nel 2012, della società controllata di Hong Kong, la quale aveva fatto richiesta di acquisire la residenza in Cina. La motivazione di una simile richiesta risiedeva nel fatto che la controllata assurgeva che la gestione effettiva della sua attività d'impresa fosse in Cina e pertanto era opportuno

riconoscerne lì la residenza. Secondo le disposizioni tributarie cinesi, il riconoscimento della residenza in Cina avrebbe comportato l'applicazione delle relative normative sulla tassazione delle società. Nel caso concreto avrebbe trovato applicazione la regola dell'esenzione dei dividendi percepiti da un'impresa partecipata, anch'essa residente.

È manifestamente riscontrabile come il vantaggio che ne sarebbe derivato dal riconoscimento della società ad Hong Kong sarebbe stato non indifferente.

L'ufficio competente di *Suzhou*, alla stregua di un'indagine condotta sulla base delle informazioni raccolte relative sugli investimenti della società estera, era giunto alla conclusione che la maggior parte dei profitti risultanti dal bilancio della *HK SubCO* del 2014 e 2015 non erano stati generati per mezzo dell'attività ordinariamente svolta dalla società. L'Amministrazione cinese presupponeva inoltre, sulla base di una pluralità di verifiche relative al caso concreto, che si trattasse di una CFC e come tale ne dovesse discendere l'applicazione della disciplina.

La constatazione che si trattasse di una CFC derivava dall'accertamento di una pluralità di fattori. In primo luogo, la detenzione della totalità delle partecipazioni in capo alla *ParentCo* era idonea a ritenere la presenza di un'attività di controllo effettiva, ossia a soddisfare i requisiti soggettivi di applicabilità. In secondo luogo, e questo era l'aspetto in un primo momento più dubbio, i requisiti oggettivi erano altresì verificati. La tassazione effettiva applicata alla società controllata di Hong Kong, nel caso concreto, era inferiore al 50 per cento di quella ordinariamente applicata nello Stato della Cina. In generale la tassazione applicata ad Hong Kong superava il 12,5 per cento, ma nel caso di specie la società era soggetta ad un regime impositivo speciale che non superava predetto limite, in virtù del regime di esenzione delle plusvalenze ivi vigente.

Da ultimo, la *HK HoldCo* generava solo redditi passivi e non vi era alcuna ragionevole motivazione affinché questi non venissero distribuiti ai soggetti partecipanti, in quanto i profitti realizzati non venivano impiegati per l'esercizio di attività commerciali proprie del *core business*. La mancata distribuzione degli utili, non essendo supportata da ragioni commerciali orientate all'attuazione di strategie aziendali e all'espletamento di nuovi investimenti, era pertanto ingiustificata.

È alla luce dunque di queste motivazioni che l'ufficio competente di *Suzhou* si esprimeva ritenendo che si trattasse di una fattispecie ricadente nell'ambito di applicazione della disciplina CFC. Gli utili realizzati dalla società controllata estera di Hong Kong, benché non distribuiti, dovevano esser imputati alla *ParentCo*, la quale veniva condannata al

pagamento di una somma pari a quasi 8 milioni di CNY, computata secondo le norme per le imposte sul reddito d'impresa.

Il caso analizzato ci offre dunque importanti spunti di riflessione, che ci consentono di comprendere il carattere innovativo della controversia.

Per la prima volta nella giurisdizione cinese, si è offerta un'interpretazione estensiva inerente la nozione di società controllata estera. In merito alla valutazione sulla sussistenza del requisito oggettivo, il confronto tra le aliquote d'imposta sul reddito (quella estera deve esser inferiore al 50 per cento di quella cinese) non ha operato su termini generali, ma la valutazione è stata scrupolosamente ponderata sulla base degli indici desumibili nel caso concreto. L'aliquota d'imposta generalmente applicata sul reddito societario ad Hong Kong è pari al 16,5 per cento. Nel caso concreto tuttavia, trovando applicazione la normativa sull'esenzione delle plusvalenze, l'aliquota effettivamente applicata non superava il 12,5 per cento, ossia il valore minimo per ritenere il requisito soddisfatto.

Inoltre, l'eccezione inizialmente opposta dalla *ParentCo*, concernente la richiesta di disapplicazione della disciplina sulla base della mancata distribuzione degli utili per motivi d'impresa connessi all'esercizio dell'attività principale, non poteva esser accolta. L'ufficio competente aveva difatti constatato che i redditi risultanti dalla controllata erano perlopiù passivi, e non vi era ragione alcuna per non distribuire i profitti, in quanto questi non sarebbero stati impiegati per nessun investimento connesso all'attività d'impresa²⁷⁹. L'accertamento solerte operato dunque dimostra l'impegno della Cina di sradicare progressivamente i retaggi di un sistema sotto questo punto di vista più liberale, dirigendosi verso una strada sempre più conforme agli obiettivi sovranazionali. Che sia solo il primo di tanti passi che la Cina deve effettuare per introdurre una disciplina più rigida e maggiormente operativa, l'auspicio è che un domani gli Stati guardino verso un orizzonte comune e portino a termine un percorso già intrapreso.

²⁷⁹ AMICORP, The most recent CFC case in China, 2017, https://www.amicorp.com/AmiNews/2017/july/the_most_recent_cfc_case_in_china.php

5. Aspetti generali del modello impositivo giapponese

Il sistema fiscale del Giappone si fonda su principi basilari che denotano una struttura costruita su un'elevata fiducia riposta nel contribuente, rispetto la sua capacità di adempiere al versamento delle imposte previste dalle norme tributarie.

Il regime fiscale del Giappone è efficiente e conforme alle ragioni economiche di mercato, non caratterizzato da un'eccessiva pressione fiscale e in cui le persone fisiche, nonché le imprese, sono nella totalità dei casi, o quasi, adempienti e tempestivi nel compimento dei propri obblighi fiscali.

Le Amministrazioni pubbliche sono caratterizzate da un'organizzazione snella, efficiente e garantista di procedure amministrative brevi in termini di durata e operose nell'erogazione dei servizi loro richiesti. Il rispetto reciproco dei rispettivi obblighi tra contribuente ed enti pubblici conferisce al Giappone la posizione in vetta tra gli Stati più funzionali e dotati sistemi organizzativi efficienti.

Soffermandoci sugli aspetti fiscali, le imposte principali previste sono di due tipologie: le imposte nazionali e le imposte locali. Ad esse si affiancano quelle prefetturali e quelle municipali²⁸⁰, che ai fini della trattazione si preferisce tralasciare.

Il principio della responsabilità tributaria del contribuente è contenuto nella Costituzione giapponese, nella parte in cui stabilisce l'obbligo per ogni cittadino, sia esso persona fisica o giuridica, di versare un'imposta corrispondente all'aliquota gravante sul reddito prodotto.

Un primo elemento di riflessione, atto a comprendere la portata della fiducia dello Stato riposta nel contribuente, si rinviene in un aspetto molto peculiare dello Stato giapponese nell'*iter* fiscale. L'ordinamento non prevede, nella fase della riscossione del tributo, la presenza di alcun ente preposto al prelievo coattivo, che in Italia ad esempio è conferito all'Agenzia delle Entrate. La normativa fiscale in Giappone non dispone alcuna misura

²⁸⁰ Le imposte prefetturali e municipali gravanti sul reddito delle società sono:

- a) il "*per capita levy*": questa forma di prelievo viene imposta anche se la società è in perdita o se sono esentate dal pagamento delle imposte sulle società;
- b) la "*corporation tax levy*": è una forma di prelievo la cui base imponibile corrisponde all'imposta sul reddito della società al netto dei crediti d'imposta.
- c) l'imposta d'impresa prefetturale: la base imponibile corrisponde al valore del reddito netto e l'aliquota è variabile a seconda della prefettura di riferimento e della fascia di reddito. Il suo valore oscilla tra il 3,8% e l'8,64%.

coattiva nei confronti delle persone fisiche e giuridiche, attesa la loro piena puntualità nell'osservanza delle norme fiscali. L'organizzazione è composta da un'unica struttura amministrativa, competente in ogni fase genetica dell'*iter* del tributo, attesa l'assenza del rischio di mancato versamento dell'imposta da parte del contribuente. Certamente poi l'Amministrazione fiscale si compone al suo interno di una pluralità di uffici, nei quali si ripartiscono le varie competenze.

Le norme relative alla tassazione del reddito societario sono contenute nella *Corporation Tax Law n. 34/1965*.

Il criterio generale adottato nel regime fiscale nipponico è il principio del *world wide principle*, operante nei confronti dei soggetti residenti in Giappone. In ossequio al predetto, sono tassati dall'Erario tutti redditi prodotti dalle società giapponesi ovunque nel mondo, sia se essi siano prodotti nel territorio dello Stato e altresì al di fuori di esso. Di converso, i soggetti non residenti ed esercenti l'attività nel territorio, sono sottoposti al criterio di territorialità e perciò tassati solo per i redditi ivi generati dalle strutture societarie localizzate nello Stato, nei limiti di quelli conseguiti per esercizio delle attività d'impresa organizzate sul suolo giapponese.

Sin qui non si scorgono particolari difformità con i principi generali di diritto tributario, adottati della gran parte degli Stati.

Le disposizioni tributarie, premettendo che complessivamente non impongono un livello di tassazione elevato, sono molteplici ed esse prevedono l'imposizione di una pluralità di tributi relativi al reddito delle attività d'impresa.

Invero, l'imposta gravante sul reddito societario non è unica, ma bensì secondo le norme della *Corporate Tax*, essa ha una duplice portata.

La prima imposta è determinata applicando alla base imponibile della società, un'aliquota d'imposta che presenta caratteristiche simili a quella IRPEF (cd. progressiva 'a scaglioni'). L'aliquota applicata in Giappone presenta però delle difformità sia con l'aliquota IRPEF che con quella IRES.

L'aliquota dell'IRES è infatti un valore fisso del 22%, mentre l'aliquota d'imposta IRPEF è progressiva a scaglioni e varia a seconda delle fasce di reddito. L'aliquota variabile dell'imposta giapponese è invece determinata, non in base alla fascia di reddito, ma altresì alla stregua dell'analisi congiunta tra reddito annuo prodotto e capitale sociale, quest'ultimo desumibile dallo statuto della società.

Le aliquote d'imposta sono differenti a seconda delle fattispecie:

I caso) del 23,2 per cento se il capitale sociale supera ¥ 100.000.000 ovvero se il capitale sociale è inferiore a predetto livello ma il reddito annuo è maggiore di ¥ 8.000.000;

II caso) del 15 per cento se il capitale sociale è inferiore a ¥ 100.000.000 e il reddito annuo inferiore a ¥ 8.000.000²⁸¹.

All'imposta nazionale sul reddito si aggiunge quella locale, la cd. *Local Corporate Tax* (assimilabile all'IRAP), la cui aliquota è fissa, ossia del 10,3 per cento.

La base imponibile è determinata apportando le variazioni in aumento e in diminuzione sul risultato d'esercizio, come risultante dalle scritture contabili, al netto dei costi relativi all'attività d'impresa e con possibilità di riporto delle perdite.

Concorrono alla formazione del reddito:

- i) i *capital gains*;
- ii) gli interessi, sottoponibili a una ritenuta del 20 per cento. È possibile applicare ulteriori ritenute se previste dalle imposte locali, salvo disposizioni convenzionali più favorevoli;
- iii) i dividendi percepiti per effetto della partecipazione in altra società, solo se essa sia inferiore al 25 per cento²⁸². In tal caso il 50 per cento di essi concorrono alla formazione della base imponibile. È possibile effettuare una ritenuta a titolo d'acconto pari al 15 o 20 per cento, al quale corrisponde un credito d'imposta. Sugli interessi e sui dividendi è stata nel 2013 introdotta anche una sovrattassa del 2,1 per cento.

L'aliquota è calcolata sul reddito societario generato nel periodo d'imposta corrispondente all'anno solare, dunque inizia il 1° gennaio e si conclude il 31 dicembre²⁸³.

²⁸¹ Prima della riforma del 2009 le aliquote previste erano invece:

- i) del 30 per cento in via ordinaria;
- ii) del 22 per cento se il capitale sociale era inferiore a 100.000.000 JPY e utili non superiori a 8.000.000 JPY.

²⁸² È previsto un sistema di esenzione dei dividendi per le partecipazioni comprese tra il 25 per cento e il 50.

²⁸³ Migliorini F., *Tasse in Giappone: il sistema fiscale nipponico*, 2021, <https://fiscomania.com/tasse-in-giappone-il-sistema-fiscale-nipponico/>

6. Convenzioni contro le doppie imposizioni

Il Giappone attualmente è firmatario di 89 convenzioni contro le doppie imposizioni con diversi Stati.

La convenzione con l'Italia è stata conclusa il 20 marzo 1969 ed essa è stata oggetto di numerose ratifiche negli anni a seguire.

Ai fini della trattazione, si evidenziano gli aspetti della convenzione di maggior rilievo. Anche in questo caso, il testo convenzionale ricalca il costrutto disposto nel modello OCSE.

Tra le difformità maggiori, rilevanti in tal sede si evidenziano le principali.

Innanzitutto, nella convenzione con l'Italia non si individua alcuna definizione generale di imposta, ma sono evidenziate esclusivamente quelle applicabili alle fattispecie transnazionali.

L'art. 4 offre una nozione di 'soggetto residente' più ampia rispetto quella fornita nel Modello OCSE, includendo nella definizione anche le persone giuridiche e fisiche che abbiano "*il luogo della sua sede o del suo ufficio principale*" nel territorio dello Stato. Nelle ipotesi controverse rispetto la determinazione dello Stato di residenza è rimessa all'autorità il raggiungimento di una comune decisione.

Per ciò che concerne la tassazione dei dividendi, lo Stato di residenza è sempre libero di sottoporre ad imposizione i dividendi distribuiti da una società, residente nello Stato contraente, al soggetto partecipante residente nel proprio territorio. La stessa facoltà spetta allo Stato fonte, nei limiti di un'aliquota d'imposta pari al 10 o al 15 per cento. Una parziale deroga è contemplata per i dividendi generati dall'attività d'impresa di una stabile organizzazione localizzata in uno degli Stati contraenti. In tal caso devono essere applicate le normative nazionali in materia di stabili organizzazioni. Sugli interessi è prevista una ritenuta alla fonte del 10 per cento.

Viene riconosciuto inoltre un credito d'imposta relativo alle imposte versate all'estero, affinché il contribuente non sia doppiamente tassato sui redditi prodotti, fatta salva la previsione italiana del mancato riconoscimento della deduzione, nelle ipotesi in cui vi sia una ritenuta a titolo d'imposta²⁸⁴.

²⁸⁴ Rolle G. Mejnardi C., *Giappone*, in "Fiscalità Internazionale" n. 6 del 2007, pag. 533

7. La normativa CFC

La normativa delle *Controlled foreign companies* per la prima volta fu introdotta in Giappone nel 1978 e la sua disciplina era contenuta prevalentemente nella Legge sulla Tassazione Speciale (cd. *Sozei Tokubetsu Sochi Ho*).

Rispetto la sua prima versione, la costruzione non è rimasta invariata, ma bensì è stata oggetto di numerose modifiche e riforme, da ultime quelle apportate dalla riforma sulla tassazione del 2017. Le modifiche sopraggiunte sono sorte alla luce delle nuove consapevolezze giunte nel panorama internazionale e soprattutto a seguito dell'emanazione dell'Action 3, contenuta nel *report* finale del Progetto BEPS (sulla disciplina delle *Controlled foreign companies*).

Prima della riforma fiscale del 2009, la disciplina delle CFC era assai più affine al modello statunitense, basata prevalentemente sul sistema del cd. *transactional approach* (si colpiscono prevalente i redditi definiti *passive income*, prescindendo dall'effettiva localizzazione dell'attività produttiva). Tuttavia, il dilagare di pratiche fiscali scorrette, l'incremento dell'erosione delle basi imponibili e la nascita di accordi internazionali volti a contrarne lo sviluppo, hanno inevitabilmente indotto il legislatore giapponese a riformare la disciplina, rendendola più conforme a quella suggerita nelle raccomandazioni del Progetto BEPS. Le modifiche però presupponevano anche un emendamento più ampio operante sul sistema generale impositivo. Le fondamenta del modello previgente si poggiavano quasi esclusivamente sul criterio della tassazione dell'utile mondiale, la cui portata è stata ridimensionata nel periodo postriforma e al quale è stato affiancato il criterio della tassazione territoriale. Il conferimento di un ruolo più ampio al criterio territoriale si spiega nell'ottica di evitare che le società più profittevoli giapponesi lascino ingenti guadagni all'estero, evitando così di riportarli sul suolo nazionale, per timore di esser sottoposti a una più onerosa imposizione fiscale. Le scelte legislative operate con la riforma del 2009 sono state ponderate quindi sulla base di due esigenze preminenti.

La prima necessità si identifica con il bisogno di imporre un regime impositivo più elastico e meno gravoso per il contribuente, affinché quest'ultimo sia incentivato a trasferire le ricchezze prodotte dall'estero in Giappone. Sulla base di questa esigenza si articolano alcune normative, tra cui quella relativa alla tassazione dei dividendi.

I dividendi prodotti all'estero, da una società partecipata da investitori giapponesi, sono sottoposti al seguente regime:

- a) sono esenti i dividendi percepiti da un soggetto residente che partecipa almeno al 25 per cento in una società estera;
- b) se la partecipazione del soggetto residente è inferiore al 25 per cento il 50 per cento dei dividendi concorrono alla formazione della *corporate tax*.

La previsione del regime di esenzione dei dividendi esteri è manifestatamente una scelta del legislatore intrapresa per invogliare gli investitori giapponesi a rimpatriare gli utili nel territorio nazionale. Queste misure sono state vincenti, i dati statistici degli anni a venire confermano l'efficacia dell'iniziativa, mostrando come i dati relativi al trasferimento dei flussi di denaro verso il Paese siano esponenzialmente saliti. Esentare da imposizione i dividendi trasferiti comporta che molte multinazionali siano più allettate nel distribuire ai soci giapponesi partecipanti gli utili realizzati, non incorrendo successivamente in alcun versamento fiscale relativo all'avvenuta distribuzione.

Le modifiche legislative sulla disciplina dei dividendi hanno però instaurato la necessità che venisse adattata ed emendata anche la normativa della *Controlled foreign companies*. Il rischio che si sarebbe potuto prospettare altrimenti, sarebbe stato che la distribuzione dei dividendi avvenisse al solo scopo di eludere il fisco e avvantaggiarsi dell'esenzione fiscale, e conseguentemente i redditi prodotti all'estero non venissero in alcun modo imposti.²⁸⁵

La struttura della normativa postriforma, ancora di più a seguito delle modifiche sopraggiunte nel 2017, presenta molte affinità con i modelli sinora analizzati, pur caratterizzandosi per aspetti *sui generis*.

7.1 Definizione e classificazione delle *Controlled Foreign Companies*

Secondo la normativa giapponese, la qualifica di CFC discende dall'accertamento delle condizioni di applicabilità, intese come i requisiti soggettivi ed oggettivi che devono coesistere nel caso concreto. Il procedimento di verifica si articola secondo tre principali *test*.

²⁸⁵ Dueñas S., *CFC Rules Around the World*, FISCAL FACT No. 659 Jun. 2019, <https://files.taxfoundation.org/20190617100144/CFC-Rules-Around-the-World-FF-659.pdf>

Nel modello *ante* riforma le ipotesi di applicabilità erano più circoscritte e i requisiti minimi erano:

- 1) la presenza di una società, di una o più persona/e fisica/che, nonché un *trust* residenti in Giappone, che controllavano almeno il 50 per cento di società residenti in un Paradiso fiscale²⁸⁶;
- 2) ogni azionista giapponese (sia esso fosse una persona fisica o giuridica), ai fini del computo, doveva detenere almeno il 5 per cento delle partecipazioni nella società estera²⁸⁷.

Le condizioni previgenti, se da un lato non erano idonee a ricomprendere un'elevata casistica, dall'altro erano caratterizzate da un'eccessiva indeterminatezza, in ragione della presenza di requisiti troppo generici. Di lì a breve esse si dimostrarono inadeguate in termini di compatibilità con le esigenze economiche e fiscali sorte nei primi decenni del nuovo secolo.

Le prime modifiche apportate alla versione originale sono state introdotte con la riforma del 2009, per poi esser affinate con la *tax reform* del 2017. Il sistema attuale prevede requisiti di applicabilità più elaborati e un procedimento di verifica più complesso ma maggiormente idoneo a conseguire la *ratio* della normativa.

Le Amministrazioni finanziarie, nella fase di individuazione della CFC, devono svolgere dei *test* sulle società interessate: i primi due sono tra loro connessi e indivisibili. Alla verifica del primo segue necessariamente la verifica del secondo, che ai fini dell'individuazione dell'accertamento è imprescindibile; il terzo *test* invece è alternativo, in quanto vi si fa ricorso solo come *extrema ratio* nel caso di esito negativo dei primi due. Il primo *test*, inerente alla constatazione del requisito soggettivo, concerne la verifica del numero di partecipazione detenute dai soggetti residenti in Giappone, nel capitale della presunta *Controlled Foreign Companies*.

La condizione è soddisfatta allorché gli investitori giapponesi detengono almeno il 50 per cento delle azioni, direttamente o indirettamente, sulla società estera.

Verificato il numero minimo di partecipazioni detenute dall'insieme degli investitori, si procede alla verifica del secondo test, attinente alla quota minima di partecipazioni

²⁸⁶ Al momento della vigenza della normativa si consideravano paradisi fiscali tutti gli ordinamenti che presentavano un'aliquota d'imposta sui redditi della società inferiore al 25 per cento.

²⁸⁷ Detto limite era quello previsto dalla legislazione previgente, valevole per la qualificazione di soggetto di investitore giapponese, attualmente riformato e innalzato al 10 per cento.

detenute dai soggetti residenti in Giappone. La nozione è integrata se ciascun soggetto residente in Giappone è titolare di quote pari almeno al 10 per cento. Predetta soglia minima, in base alle disposizioni vigenti in Giappone, è il requisito per definirsi investitore residente ed esercitare la forma del controllo di diritto sulla società partecipata. In caso di controllo indiretto, detenuto per mezzo di un intermediario estero, il secondo test deve esser eseguito tenendo conto della quota di partecipazione da quest'ultimo detenuta, indirettamente imputabile al soggetto effettivamente esercitante il controllo. Solo in caso di mancato esito positivo dei due test iniziali, si procede alla terza verifica, basata sulla constatazione del controllo di fatto.

Il cd. controllo *de facto* rappresenta una delle maggiori novità apportate con la riforma del 2009 – peraltro prevista anche nell'ordinamento italiano – che sino quel momento era sconosciuta nel modello di tassazione giapponese.

Si identifica il controllo di fatto in due circostanze prevalenti:

- 1) allorquando il soggetto controllante – sia esso una società giapponese o un soggetto residenti in Giappone – possa rivendicare i suoi diritti sulle attività residuali della società controllata estera;
- 2) ove sia stato concluso un contratto tra la società estera e il soggetto controllante, nel quale si riconosce alla seconda il diritto di intraprendere scelte imprenditoriali aventi ad oggetto la determinazione delle scelte di impresa.

Una società estera dunque assume la qualifica di CFC anche in assenza della titolarità di partecipazioni, purché sia ravvisabile una delle predette circostanze di controllo di fatto, idonea a presumere che il soggetto giapponese esercita direttamente o indirettamente un'influenza dominante sulle attività compiute dalla controllata.

1) Test applicabilità

1° condizione)

La partecipazione o la somma delle partecipazioni detenute da un soggetto/i residente/i in Giappone sia almeno del 50%

Esempio: La somma delle partecipazioni detenute da soggetti X,Y e Z residenti in Giappone è del 53 per cento. La prima condizione è verificata.

2° condizione)

Ciascun soggetto giapponese partecipante è titolare di una partecipazione non inferiore al 10 per cento

Esempio:

- Il soggetto X è titolare del 20 per cento delle partecipazioni;
 - Il soggetto X è titolare del 21 per cento;
 - Il soggetto Z è titolare del 12 per cento;
- Per ogni soggetto è integrata la condizione minima per esser definito azionista giapponese o impresa associata.

2) Test di applicabilità (alternativo)

3° condizione alternativa)

In mancanza di una rawisabilità , diretta o indiretta di partecipazioni in capo a soggetti residenti, è possibile comunque riscontrare una forma di controllo di fatto ove vi sia il diritto di rivendicazione di tutte o gran parte delle attività residue della società estera

Esempio: In caso di liquidazione di una società estera non partecipata da soggetti giapponesi, o comunque partecipati secondo valori inferiori a quelli previsti dalle prime due condizioni, le restanti attività vengono liquidate a soggetti giapponesi.

Definiti i requisiti soggettivi, l'esame deve convogliare sulla presenza di un ulteriore condizione.

Il requisito oggettivo è verificato sul livello di tassazione imposto nel *locus* in cui la CFC si colloca, ossia la giurisdizione fiscale dello Stato in cui è insediata la società controllata.

La norma impone che sia soddisfatta almeno una delle seguenti condizioni:

- 1) nello Stato di insediamento non è prevista alcuna imposta sul reddito;
- 2) nello Stato di insediamento è applicata un'aliquota di imposta sui redditi societari inferiore al 30 per cento se si tratta di una società di comodo;
- 3) nello Stato di insediamento è applicata un'aliquota d'imposta inferiore al 20 per cento se la società produce esclusivamente redditi passivi.

La verifica del presupposto oggettivo è evidente che in linea teorica presenta affinità con quello previsto in Italia e in Cina, nei quali il riferimento al confronto delle tassazioni effettive è ricorrente.

Le differenze si riscontrano perlopiù sul piano pratico.

Nel modello cinese è sufficiente che l'aliquota d'imposta applicata al caso concreto sia inferiore al 12,5 per cento.

In Italia la procedura di accertamento è leggermente più complessa, dovendo operare un confronto del *tax rate effettivo* e *tax rate domestico* virtuale, secondo le regole di cui si è già abbondantemente parlato nel Cap. III.

In Giappone invece il requisito oggettivo è, non casualmente, definito in base a soglie quantitative. Non sarebbe agevole effettuare il confronto tra le tassazioni effettive in base alla regola della presenza di un livello di tassazione inferiore alla metà rispetto a quello giapponese. Mettere a confronto un qualsiasi livello di tassazione con quello applicato in Giappone non sarebbe affatto semplice, essendo l'aliquota d'imposta sui redditi societari giapponesi variabile a seconda del capitale sociale generato e del reddito annuo prodotto (essendo un valore che oscilla tra 23,2% e 15%), e non un valore fisso come in altri ordinamenti, per non parlare delle imposte municipali e prefetturali da prendere in considerazione.

La predisposizione di precise soglie quantitative, nella formulazione del requisito oggettivo, offre solo una semplificazione del sistema e corrisponde alla finalità generale di evitare che la costituzione di una società controllata, in un Paese a fiscalità nulla o comunque bassa, sia attuata allo scopo di realizzare pratiche fiscali distorsive, compromettendo le finanze dello Stato. Seppur con un metodo diverso è quindi innegabile che lo scopo della norma sia soddisfatto.

7.2 Ipotesi di disapplicazione

La normativa giapponese prevede delle ipotesi in cui, nonostante il soddisfacimento dei presupposti applicativi, una società è esente dalla tassazione prevista per le CFC. L'inoperatività della normativa è disposta:

- 1) se il soggetto giapponese dimostra di esercitare l'attività d'impresa all'estero, per mezzo di una sede fissa d'affari²⁸⁸. Il computo dei redditi imputabili al soggetto partecipante deve esser effettuato applicando le regole previste per la tassazione della stabile organizzazione, anziché la normativa CFC. Nella base imponibile della società madre devono esser inclusi i redditi derivanti da interessi, dividendi, *royalties* e plusvalenze;
- 2) se il reddito lordo annuo non supera i 20 milioni di yen;
- 3) se il reddito lordo annuo non supera il 5 per cento del reddito netto *ante* imposte dell'anno fiscale.

L'inoperatività delle disposizioni nelle ipotesi sopraelencate è giustificata alla luce della *ratio* normativa. Nei casi soprariportati è assente l'esigenza di contrastare operazioni elusive, in ragione del fatto che si considera scongiurato ogni dubbio sull'effettività dell'attività estera del contribuente e si presume la finalità lecita dell'organizzazione aziendale.

In base alle disposizioni CFC nipponiche, l'inoperatività della disciplina è inoltre disposta se la società riesce a fornire la prova della sua effettività, al di fuori delle casistiche soprariportate. La società può sottoporre la sua attività all'esecuzione di quattro test principali, il cui esito positivo è idoneo a presumere l'esercizio effettivo dell'attività d'impresa (cd. *Economic Activity Tests*):

²⁸⁸ In questo caso si parlerebbe di società 'collegata', che opera come fosse una stabile organizzazione. Fatte salve le considerazioni già operate sull'art. 3 modello OCSE, si osserva come in base alla normativa giapponese, si definisce stabile organizzazione:

- i) una filiale o sotto filiale della società giapponese;
- ii) una fabbrica;
- iii) un ufficio
- iv) un magazzino;
- v) una miniera o un luogo di estrazione di risorse minerarie;
- vi) altre strutture simili.

- a) **il *main business test*** (esame sull'attività principale del business): l'esame verte su un'analisi dell'attività principale erogata. Si esclude dal novero delle attività principali:
- sub i*) quelle in cui si detengono partecipazioni o azioni;
 - sub ii*) quelle per cui si detiene una licenza per le proprietà intellettuali;
 - sub iii*) leasing di navi o aerei;
- b) ***substance test*** (esame sulla sostanza): verifica sulla presenza di un ufficio, un negozio o una sede fissa d'affari idonea a identificare l'espletamento dell'attività principale nel luogo in cui l'ufficio è collocato;
- c) ***management control and test*** (esame di gestione e controllo): verifica sulla sussistenza di un'effettiva attività di controllo e gestione nell'ufficio in cui l'attività d'impresa è erogata;
- d) ***local business test or unrelated party test*** (test di attività commerciale o delle parti correlate):
- sub i*) la maggior parte dell'attività è svolta con parti non correlate. La verifica è subordinata al riscontro di una pluralità di indici tra cui ad esempio: le vendite, strumenti finanziari, attività bancarie, attività fiduciarie, attività assicurative;
 - sub ii*) deve verificarsi che l'attività sia effettivamente erogata nel luogo in cui la sede d'affari è localizzata.

Nel caso in cui le autorità competenti impongano un termine alla società giapponese partecipante entro il quale le viene richiesto di dare prova dell'esercizio effettivo dell'attività economica, e quest'ultima non ottemperi tempestivamente nei limiti di detto termine, si presume che il *test* abbia avuto esito insoddisfacente e la causa di disapplicazione sia inoperante.

Al contrario, il conseguimento dell'esito positivo del test nei termini prestabiliti sarebbe idoneo a presumere l'effettività dell'attività svolta all'estero dal soggetto residente. Si presumerebbe che l'attività erogata per mezzo della struttura localizzata altrove, sia effettiva e preordinata a finalità conformi alle scelte imprenditoriali, anziché volta al perseguimento di attività strategiche elusive.

In conclusione, nel caso dell'impossibilità di dimostrare l'effettivo esercizio dell'attività d'impresa nei termini previsti ovvero qualsiasi altra causa di disapplicazione, i redditi attivi e passivi generati dalla controllata devono esser imputati alla base imponibile del soggetto partecipante, proporzionalmente e indipendentemente dalla distribuzione dei dividendi.

7.3 Specifiche CFC

Con la riforma legislativa del 2017 si assiste ad un rafforzamento dei meccanismi antielusivi rispetto alle finalità ai quali sono preposti.

Nella nuova versione dell'articolo è stato esteso il campo soggettivo di applicazione della CFC *legislation*, nella parte in cui si includono, nella nozione di società controllate estere, le CFC cd. 'specifiche'.

Attualmente sono circoscritte nell'ambito di applicazione tre ulteriori tipologie di società: le società cd. di carta²⁸⁹, le cd. società *cash box*²⁹⁰ e le società localizzate nei Paesi inclusi nella *black list*²⁹¹.

Per ciò che concerne le società di carta (cd. *Paper company*), si definiscono tali le società il cui esito dei seguenti test sia stato negativo:

- a) il *substance test*: la società non detiene alcun ufficio, sede fissa d'affari, negozio o magazzino nel quale esercita effettivamente l'attività principale d'impresa;
- b) l'*Administration and control test*: la società non esercita effettivamente alcuna attività di controllo o amministrativa nella sede d'affari localizzata nella giurisdizione estera.

Anche nel caso in cui la società non fornisca all'Amministrazione finanziaria, nei termini fissati da quest'ultima, gli elementi probatori necessari a dimostrare l'effettività dell'esercizio dell'attività d'impresa, i test si considerano non superati e si presume che l'attività esercitata sia fittizia.

²⁸⁹ Per società di carta si intendono le società che essenzialmente sono costituite con l'intento di schermare le attività prive di sostanza economica, costituite al solo scopo di celare traffici commerciali di provenienza illecita. Solitamente, data la loro costituzione fittizia, esse sono prive di un centro di direzione o amministrativo nel luogo in cui si stabilizzano.

²⁹⁰ Sono delle costruzioni aziendali definite come 'scatola di soldi', caratterizzate da:

- i) l'ammontare delle passività è superiore delle attività di almeno il 30 per cento;
- ii) l'ammontare dei titoli, crediti e prestiti della società è superiore a quello delle attività, fatta eccezione per le società controllate finanziarie, che per loro natura devono esser sottoposte ad un test parzialmente diverso.

Per esse si prevede che il confronto deve avvenire tra il reddito sovracapitalizzato di ammontare superiore ovvero la somma dei canoni di leasing, royalties, plusvalenze e i redditi diversi.

²⁹¹ Dueñas S., *How Controlled Foreign Corporation Rules Look Around the World: Japan*, 2019, <https://taxfoundation.org/japanese-cfc-rules-japan-tax/>

Le società *cash box* sono invece strutture societarie presso le quali i seguenti test siano stati insoddisfacenti:

- a) *passive income test*: il rapporto tra i redditi passivi e il totale delle attività supera il 30 per cento;
- b) *asset test*: il rapporto tra i titoli, i crediti, il leasing per immobilizzazioni materiali e le immobilizzazioni immateriali, sull'insieme degli *assets*, supera il 50 per cento (diversi limiti sono previsti dalle leggi speciali per la società di finanziamento).

Da ultime, per effetto della riforma sono ricomprese nel novero dei soggetti CFC, le società localizzate in Paese inclusi nella *black list*. Sono considerate tali le società aventi il quartier generale in ordinamenti individuati dal Ministero delle Finanze del Giappone sulla base di una valutazione di non cooperazione e mancata attuazione degli accordi relativi lo scambio di informazioni. Sono Stati della *black list* genericamente tutti gli ordinamenti in cui è vigente una aliquota d'imposta inferiore al 30 per cento dell'aliquota sulle società giapponesi²⁹².

In Giappone l'inclusione nella *black list* assume ancora rilevanza, al contrario che in Italia ove dal 2015 detto criterio oggettivo d'individuazione non è più valido e, ad esso, è sopraggiunto quello che prevede il confronto con la tassazione effettiva estera.

L'utilizzo del criterio di individuazione sulla base della *black list*, oltre a rappresentare uno strumento di semplificazione, deriva direttamente dalle raccomandazioni OCSE contenute nella *Action 3*. In quest'ultima si suggerisce agli Stati di predisporre un elenco degli ordinamenti fiscali che presentano un regime fiscale sensibilmente inferiore al proprio e dunque più rischioso perché maggiormente attrattivo per gli investitori stranieri. Già da queste poche informazioni si evince in parte la ragione per la quale il Giappone è un Paese economicamente molto ricco, ma al tempo stesso non presente nel mercato internazionale quanto altri Stati con mire espansionistiche forti come la Cina.

La disciplina CFC nipponica ammette che vengano attratti alla base imponibile della società madre solo i redditi passivi (quali *royalties*, dividendi, plusvalenze e interessi) e i redditi conseguiti da società determinate (*cash box*, di carta e le società localizzate in Paesi della *black list*). Le disposizioni giapponesi sono poco flessibili e lontane

²⁹² *Japanese CFC Regime – 2017 Tax Reform* –, KPMG Japan Tax Newsletter, 19 luglio 2017, <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/jp/pdf/jp-en-tax-newsletter-20170719.pdf>

dall'edificare una normativa aperta e inclusiva di tutte le fattispecie potenzialmente elusive.

L'ampliamento dell'ambito applicativo della norma e la semplificazione della nozione sarebbero gli obiettivi più auspicabili da raggiungere, anche se ciò implicherebbe un processo di emendamento assai più ampio che interesserebbe tutto il sistema fiscale.

Dai brevi cenni forniti sulla tassazione del reddito delle società in Giappone, si rileva come il regime impositivo, pur dimostrandosi particolarmente fiducioso nelle capacità del contribuente di ottemperare tempestivamente ai versamenti da lui dovuti, risulta al tempo stesso fittamente organizzato. La presenza di una duplice imposta dovuta sui redditi d'impresa, l'una di natura nazionale e l'altra locale, nonché la previsione di diverse aliquote d'imposta a seconda del capitale sociale e redditi annui, sono sintomatiche di un sistema di tassazione stratificato e molto complesso.

La normativa CFC prende forma e si adatta ad un sistema poco elastico e molto elaborato, nel quale essa ricopre un ruolo marginale nella sistematizzazione delle misure antielusive. Il sistema giapponese non a caso attrae perlopiù investimenti nazionali anziché esteri, che comunque garantiscono un accrescimento delle economie nazionali e attribuiscono al Giappone il prestigio nel mercato mondiale, motivo per il quale il legislatore giapponese non risente della necessità di riformare il sistema.

7.4 La determinazione del reddito

Il meccanismo di determinazione del reddito imponibile delle società controllate estere e delle CFC "specifiche" è regolato da una serie di disposizioni.

In primo luogo, il computo prevede che vengano calcolate le variazioni in aumento e in diminuzione sul risultato del bilancio d'esercizio della controllata estera. Al risultato *ante* imposte devono esser poi applicate le norme tributarie giapponesi ovvero le norme vigenti nella giurisdizione della società controllata.

Determinato l'utile, quest'ultimo viene imputato, nel periodo d'esercizio in cui è stato prodotto, per trasparenza e in proporzione alle quote di partecipazione, indipendentemente dall'avvenuta distribuzione dei dividendi.

La società controllante beneficia di una serie di deduzioni:

- 1) deduzione dei dividendi percepiti dalla controllata:

La deduzione dei dividendi è ammessa seguendo due regole diverse:

- a) se la partecipazione è almeno del 25 per cento e detenuta da almeno 6 mesi è possibile dedurre i dividendi;
- b) nel caso di una società d'investimento di carbone fossile la quota minima di partecipazioni è 10 se:
- l'attività principale consiste nell'estrazione di carboni fossili (es. olio, gas, combustibile, gas naturali) e anche le attività ad esse connesse;
 - se la miniera di carbon fossile ha sede in uno Stato con cui il Giappone ha concluso un trattato;
- 2) sono deducibili le perdite fiscali realizzate nell'anno fiscale e riportabili negli esercizi successivi fino a 7 anni, ma solo da quando è stato adottato il regime CFC;
- 3) non sono imputabili i redditi generati nell'esercizio in cui operava l'esenzione;

I redditi passivi sono parzialmente imputati alla controllante secondo queste regole, sono 'esclusi:

Redditi Passivi	Redditi escludibili	Costi Deducibili
Dividendi	Dividendi ricevuti per partecipazioni del 25 per cento e detenute da almeno sei mesi;	Costi diretti; Interessi;
Interessi	Interessi bancari guadagnati nell'ordinario esercizio dell'attività; Interessi sulle vendite rateali; Interessi ricevuti da un CFC avente la licenza per prestiti monetari; Interessi ricevuti da una società di finanziamento o un <i>Financial CFC</i> ;	Costi diretti;
Commissioni su prestito titoli		Costi diretti;

Plusvalenze/Minusvalenze derivanti da trasferimento titoli	Plusvalenze o minusvalenze derivanti dal trasferimento di azioni di una società di cui almeno il 25 per cento è di proprietà della CFC;	Costi diretti; Spese di acquisizione;
Profitti/Perdite derivanti da transazioni	Profitti e perdite derivanti da operazioni in derivati ai fini della copertura; Profitti e perdite derivanti da transazioni in <i>futures</i> su materie prime; Profitti e perdite derivanti da operazioni in derivati;	
Profitti/perdite su cambi	Profitti e perdite su cambi derivanti dal normale svolgimento dell'attività a meno che lo scopo dell'attività non sia quello di generare reddito in seguito alle fluttuazioni dei tassi di cambio;	
Reddito derivante da assets che potrebbero generare reddito	Reddito derivante da operazioni con fini di copertura;	
Leasing relativo ad assets tangibili	Canoni di leasing di beni materiali (ad eccezione delle immobilizzazioni) utilizzati principalmente nella sede della CFC; Canoni di leasing di immobili siti nella sede della CFC;	Costi diretti (incluso l'ammortamento);
Royalties immobilizzazioni immateriali su	Royalties su immobilizzazioni immateriali sviluppati autonomamente; Royalties su beni immateriali acquistati o concessi in licenza ed utilizzati per l'attività di business.	Costi diretti (incluso l'ammortamento);

Guadagni/Perdite derivanti dal trasferimento di beni intangibili	Guadagni o perdite derivanti da immobilizzazioni immateriali sviluppati autonomamente; Guadagni o perdite sviluppati da immobilizzazioni immateriali acquistate per essere utilizzate nell'attività di business.	Spese di acquisizione; Costi diretti;
Entrate straordinarie		

Creazione personale. Fonte KPMG²⁹³

8. Conclusioni

Dal confronto delle normative tributarie CFC adottate in Cina e in Giappone è possibile formulare spunti di riflessione.

In primis, le disposizioni orientali differiscono per alcuni punti fondamentali da quelle previste nel modello italiano. In Cina la disciplina delle società controllate estere è stata introdotta di recente, per ottemperare alle misure di attuazione sovranazionali, ma ciononostante l'ordinamento è ancora poco propenso alla sua applicazione. Ad essa si predilige l'attuazione delle misure *transfer pricing*, considerate più efficienti nell'ottica di contrasto alle condotte elusive. In questa cornice normativa le conseguenze pratiche sono diverse. È lapalissiano che gli investitori cinesi nel contesto odierno insedino le attività d'impresa in ogni angolo del mondo. Tra le origini di questo fenomeno certamente vi sono ragioni diverse oltre a quelle fiscali, ma sicuramente tra queste la formulazione delle disposizioni tributarie è stata determinante. Le scelte strategiche di un imprenditore sono ponderate alla stregua di più fattori, tra cui le valutazioni inerenti all'onerosità delle imposte sul reddito societario. Gli ordinamenti che impongono un livello fiscale meno gravoso per gli imprenditori che esercitano le attività d'impresa all'estero favoriscono la costituzione o l'acquisto di società al di fuori del territorio nazionale. Le multinazionali cinesi per questi motivi, essendo soggette ad una disciplina fiscale non limitativa, operano

²⁹³ *Japanese CFC Regime – 2017 Tax Reform* –, KPMG Japan Tax Newsletter, 19 luglio 2017, <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/jp/pdf/jp-en-tax-newsletter-20170719.pdf>

diffusamente nel mercato mondiale e in quasi tutti i settori, vantando attività proficue e detenendo primati importanti.

Di converso, il Giappone, pur vantando un sistema politico e culturale molto più affine alla Cina di quanto lo siano i Paesi occidentali, adotta normative tributarie piuttosto complesse.

Il sistema fiscale nipponico è più orientato a favorire lo sviluppo dell'economia interna, grazie ad un modello di tassazione che incentiva il contribuente a rimpatriare i redditi prodotti all'estero nel territorio giapponese, piuttosto che altrove. Per tali ragioni si tratta di un Paese ricco, organizzato e in cui le Amministrazioni sono efficienti. Al contrario, la disposizione fiscale non favorisce l'espansione nel mercato estero, difatti gli imprenditori/investitori giapponesi operanti al di fuori dei confini nazionali sono in numero più contenuto di quelli cinesi.

Il legislatore tributario è dunque chiamato a operare ogni singola scelta normativa in un'ottica più ampia del semplice contesto in cui essa trova attuazione. Ogni norma comporta conseguenze differenti sulle scelte imprenditoriali del contribuente, definendo di riflesso anche le sorti dell'economia dell'intero Paese.

Ottimale sarebbe trovare un sistema "ibrido", in cui convogliano gli aspetti positivi di ogni disciplina trattata nel testo.

I vantaggi del sistema cinese risiedono nel fatto che il soggetto passivo del tributo, essendo meno gravato dal versamento delle imposte, è più avvantaggiato nel concludere investimenti all'estero, conferendo alla Cina maggior prestigio e potere economico nel mercato internazionale. Di converso, l'ordinamento fiscale cinese è meno attento alla crescita economica interna, causando nel territorio fratture e discrasie dovute alla coesistenza di realtà molto diverse tra loro. La Cina è invero uno Stato spaccato da due contesti sociali agli antipodi: soggetti d'imposta molto facoltosi che vantano redditi annui consistenti e soggetti d'imposta che versano in condizioni economiche estremamente umili, mentre il ceto medio è molto ristretto se non quasi inesistente. Questo è l'aspetto negativo maggiormente rilevante in un'economia così organizzata.

Gli aspetti vantaggiosi del sistema fiscale giapponese risiedono invece nell'adozione di un sistema fiscale che spinge il contribuente a investire maggiormente all'interno dei confini nazionali, o comunque è portato a ritrasferire le ricchezze prodotte all'estero nel proprio territorio. Questa caratteristica è estremamente benefica per le economie dello Stato. Il Giappone è infatti la terza potenza economica al mondo, con un prodotto interno lordo di oltre 5 miliardi di dollari. A differenza della Cina la popolazione vanta un'elevata

qualità della vita. L'economia di mercato è più indirizzata a favorire lo sviluppo interno, evidenziato da un alto numero di esportazioni e basso numero di importazioni. Il flusso di ricchezze prodotto nel Paese, o comunque lì trasferito, garantisce un benessere generale non indifferente. La testimonianza di quanto detto si rinvia anche nel suo modello organizzativo tributario. Nonostante esso presenti un sistema fiscale complesso e gravato da numerose imposte, il livello di tassazione è relativamente basso. Il soggetto d'imposta è così più disposto a versare quanto dovuto all'Erario, a tal punto che non è previsto alcun organo di riscossione coattiva delle imposte. Le finanze dello Stato sono così più gonfie e permettono agli organi pubblici di garantire servizi più efficienti per la popolazione, oltre che ben strutturati. La crescita economica interna del Paese e del singolo è quindi il primo obiettivo perseguito.

Infine il regime fiscale italiano. Tra i vantaggi che risiedono in quest'ultimo certamente vi è la presenza di un pacchetto normativo ben elaborato, rigido e rispettoso della finalità per la quale le norme sono disposte. Le norme fiscali sono formulate sul piano teorico secondo una logica perfetta, inclusiva di tutte le fattispecie che richiedono disciplina e senza creare disuguaglianze economiche o sociali. La rigidità propria del sistema italiano è però sia il suo punto di forza che la sua rovina. L'eccessivo prelievo fiscale e la sua struttura così complessa lasciano poco margine di manovra alle condotte elusive, ma frenano anche inevitabilmente la crescita economica del Paese, sia interna che esterna. Mantenere l'efficienza delle disposizioni tributarie italiane e fonderla con la funzione economica della Cina e l'attenzione per l'economia interna del Giappone sarebbe ideale in un contesto giuridico utopico.

Conclusioni

Giunti al termine dell'elaborato, sulla base delle informazioni emerse e le indagini riportate è possibile giungere alla conclusione che la normativa si inserisce nel quadro di disposizioni integrate, la cui formulazione assume rilievi di spicco nelle economie di mercato e nelle logiche finanziarie degli Stati. Dalla disamina del primo capitolo è reso manifesto che la disciplina deriva da un inteso programma di pianificazione, promosso dalle organizzazioni sovranazionali. Le emergenti preoccupazioni degli Stati, derivanti dall'erosione delle basi imponibili e il decremento del gettito fiscale, hanno instaurato meccanismi di contrasto efficienti. La *ratio* generale coincide con l'esigenza di contrastare il diffuso fenomeno dell'elusione fiscale e gli strumenti di contrasto sono a tal fine orientati.

Attraverso un cammino espositivo dei vari *report*, è emerso come la costruzione giuridica si sia nel tempo affinata e sofisticata in ragione delle sopraggiunte circostanze politiche ed economiche.

Dalla disamina contenuta nel secondo capitolo è stato possibile comprendere la derivazione del sistema fiscale italiano, attraverso la fornitura delle informazioni basilari inerenti le discipline sovranazionali. Raccomandazioni, giurisprudenza e meccanismi di conguaglio sono stati la chiave nell'elaborazione di strumenti generali, cui le normative dei singoli Stati debbono conformarsi al fine di attuare sistemi conformi e omologati, seppur nei limiti della loro adattabilità.

Le indagini contenute nel terzo e nel quarto capitolo hanno reso possibile la comprensione degli aspetti maggiormente di spicco relativi alle *Controlled foreign companies*. L'esame operato concerne esclusivamente il contesto italiano, dapprima fornendo le comunicazioni necessarie relative al funzionamento della materia e, successivamente, approdando verso conclusioni sull'applicabilità. Affrontate le perplessità sorte sul piano teorico, al ricorrere dei presupposti applicativi della disciplina CFC e della stabile organizzazione, si giunge alla fornitura di strumenti pratici volti a superare le discrasie ingenerate dalla compenetrazione delle discipline.

Infine, dal confronto riportato nel capitolo conclusivo – nel quale si espongono gli aspetti principali del modello fiscale cinese e giapponese – si evidenzia come la normativa CFC, pur discendendo dai medesimi postulati, si declina in maniera parzialmente differente nei diversi ordinamenti. Le conseguenze derivanti dall'adozione di accorgimenti strutturali

differenti determinano inoltre anche differenti risvolti sul piano pratico. Nella parte conclusiva è stato evidenziato come le disposizioni fiscali influenzino i destini economici di un ordinamento, relativamente alle condizioni interne e alla posizione ricoperta nel mercato mondiale. Le ragioni del forte espansionismo della Cina e della grande ricchezza interna vantata dal Giappone risiedono nell'adozione di sistemi giuridici orientati sulla base di scelte consapevoli, rispetto i risultati di cui si auspica il raggiungimento.

Le conclusioni ivi riportate conducono alla elaborazione di spunti riflessivi sugli aspetti premiali e critici, emergenti dalle disposizioni dissimili. Si suggerisce che l'Italia, pur vantando sul piano teorico un sistema fiscale rispettoso dei principi comunitari e degli obiettivi comuni, riformi in parte il suo sistema prendendo spunto, nei limiti delle sue possibilità, da questi ordinamenti. Accrescimento della ricchezza interna e incremento delle attività all'estero, oltre alla lotta al contrasto dell'elusione, potrebbero esser le nuove mire del sistema fiscale italiano. Che si tratti di un buon auspicio di future riforme fiscali, affinché siano maggiormente incentrate all'accrescimento delle condizioni economiche dello Stato? Perché no!

Bibliografia, sitografia e monografia

- AMICORP, The most recent CFC case in China, 2017, https://www.amicorp.com/AmiNews/2017/july/the_most_recent_cfc_case_in_china.php
- Andreani G., Ferranti G., Dodero A., Testo Unico imposte sui redditi, Commentari IPSOA, 2020
- Aramini F., Partner, Studio CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni, *L'abuso del diritto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia CE. La giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di imposte dirette*, Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili di Roma, 2009
- *Article 27 and commentary of the model tax convention on income and on capital* 15 July 2005 OECD
- Articolo 10-bis dello Statuto del contribuente
- Articolo 47 bis Testo unico delle imposte sui redditi (TUIR) (D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917), 2020, <https://www.brocardi.it/testo-unico-imposte-redditi/titolo-i/capo-iii/art47bis.html>
- Articolo 167 Testo unico delle imposte sui redditi (TUIR) (D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917) *Disposizioni in materia di imprese estere controllate*, <https://www.brocardi.it/testo-unico-imposte-redditi/titolo-iii/capo-ii/art167.html>
- Bargagli M., *Cfc: modalità semplificata per il calcolo del tax rate*, Euroconference news, 2019, <https://www.ecnews.it/cfc-modalita-semplificata-per-il-calcolo-del-tax-rate/>
- Bargagli M., *Il rapporto tra Cfc legislation ed esteroinvestizione societaria*, <https://www.ecnews.it/il-rapporto-tra-cfc-legislation-ed-esteroinvestizione-societaria/>

- Berardino A., *Credito imposta CFC: ok anche per le imposte pagate in diversi Paesi*, rivista online Directio, <http://www.directio.it/multimedia/news/2017/09/05-credito-imposta-cfc-ok-imposte-pagate-diversi-paesi.aspx>

- Betti R., Sbaraglia G., *L'abuso del diritto in materia tributaria: la giurisprudenza comunitaria*, il fisco, fascicolo 1, 39/2011

- Betti R., Sbaraglia G., *L'abuso del diritto in materia tributaria: la giurisprudenza italiana*, il fisco, fascicolo 1, n. 42/2011

- Bettiol S., *Il quadro FC accoglie le novità della disciplina CFC dopo le modifiche del Decreto ATAD*, Mysolution Fisco e società, https://www.mysolution.it/globalassets/_nuovomysolution/pdf-approfondimenti/fisco/2020/05/20_05_19-commento-bettiol.pdf

- Biaggio R., *La territorialità del tributo*, in Enciclopedia Treccani

- Boria P., 2020, *La clausola anti-abuso prevista dalla direttiva ATAD: l'esperienza italiana*, Studi Tributari Europei. Vol.9 (2019)

- Boria, P., *L'individuazione della stabile organizzazione*, in Riv. dir. trib., 2014, I, 6

- Brescia Morra C., *Il diritto delle banche le regole dell'attività*, Bologna, Il Mulino Manuali, terza edizione, 2020

- Buccico C., Ducceschi S., Tramontano S., *L'evoluzione della fiscalità internazionale le venti "primavere" di Napoli*, CEDAM

- Caraccioli I., Valente P., *Treaty shopping e beneficiario effettivo: profili penal-tributari*, Il Fisco 10/2016

- *Caratteristiche della cartolarizzazione dei crediti del mutuo*, QuiFinanza, <https://quifinanza.it/soldi/caratteristiche-della-cartolarizzazione-crediti-mutuo/351561/2020>

- Carbone M. Posco. M. Petese L., *La geografia dei paradisi fiscali*, IPSOA MANUALI, 2017
- Castro F., *Meccanismi di implementazione del progetto BEPS negli ordinamenti nazionali e multilateralismo*, Diritto e pratica tributaria internazionale n. 2/2017
- Ceppellini Lugano e Associati, *LA DISCIPLINA DELLE CONTROLLED FOREIGN COMPANIES*, <https://claconsulting.it/wp-content/uploads/2019/05/Strumento-CLA-CFC.pdf>
- Cerrato M., *Considerazioni in tema di stabile organizzazione ai fini dell'IVA e delle imposte sui redditi*, in "Giurisprudenza Italiana" n. 4 del 1998
- *Cfc black list nella stretta del «radicamento*, Iusletter, <https://iusletter.com/oggi-sulla-stampa/cfc-black-list-nella-stretta-del-radicamento/>.
- *Cina: incentivi fiscali per l'innovazione aziendale*, https://www.ansa.it/sito/notizie/mondo/dalla_cina/2021/03/25/cina-incentivi-fiscali-per-linnovazione-aziendale_bb2675d4-c257-4be8-a1f2-6a1feaddba10.html, ANSA 2021
- *Cina: principali imposte a carico di una FICE*, <https://www.mglobale.it/fiscalita/tutte-le-news/cina-principali-imposte-a-carico-di-una-fice.kl>
- Circolare 47/E/2008
- Circolare 23/E/2011
- Circolare 35/E/2016, Agenzia delle Entrate
- Circolare n. 1/2018 della Guardia di finanza
- Circolare del 10 febbraio 2021, n. 2

- *China*, <https://www.orbitax.com/news/archive.php/China-Publishes-Details-of-Maj-11358>, ORBITAX
- C.M. 207/E/2000 in *Corriere tributario online*
- Conclusioni consiglio dell'UE del 12 marzo 2019, doc. 7368/2019
- Conclusioni consiglio dell'UE del 5 dicembre 2017, doc. 15429/2017
- Conclusioni del Consiglio Europeo sulla lista delle giurisdizioni non cooperative a fini fiscali, 18.02.2020, n. 6129
- Conclusioni del Consiglio UE sulla lista delle giurisdizioni non cooperative a fini fiscali, C 66/40 del 26.02.2021
- *Consiglio "economia e finanza", 12 Marzo 2019*, Consiglio dell'UE <https://www.consilium.europa.eu/it/meetings/ecofin/2019/03/12/>
- Convenzione di Vienna 18.04.1961
- Convenzione di Vienna 24.04.1963
- 'Convenzioni contro le doppie imposizioni' del sito Dipartimento delle finanze
- *Cooperative compliance: le vie di accesso al regime nella c.d. "fase 2"*, Pubblicazioni news legislative a cura di Fiscalità, 2020, <http://www.assonime.it/attivita-editoriale/news/Pagine/News23092020.aspx>
- Cordeiro Guerra R., *Riflessioni critiche e spunti sistematici sulla introduzione disciplina delle controlled foreign companies (art. 127-bis del Tuir)*, Rassegna tributaria n. 5 del 2000
- *Cosa sono i subprime?*, Borsa Italiana, 2007, <https://www.borsaitaliana.it/notizie/sotto-la-lente/mutuisubprime.htm>

- De Vita M., *Elusione fiscale e abuso del diritto: la codificazione di una comune clausola antiabuso*, *Diritto e pratica tributaria internazionale* 1/2018
- Della Valle E., *La nozione di stabile organizzazione nel nuovo Tuir*, in "Rassegna Tributaria" n. 5 del 2004, pag. 1597
- “*Delocalizzazione*” in Enciclopedia Treccani
- Deotto & Partners, *L'inopponibilità al fisco non rende invalido l'atto*, <https://www.deottoandpartner.it/centro-studi/news/linopponibilita-al-fisco-non-rende-invalido-latto/40/> , 2017
- DLP, *Paradisi fiscali*, <https://www.studiotributariodlp.it/index.php/avvocato-tributarista/item/265-paradisi-fiscali>
- Direttiva 2010/24/UE del Consiglio del 16 marzo 2010 sull'assistenza reciproca in materia di recupero dei crediti risultanti da dazi, imposte ed altre misure
- Direttiva 2016/1148/UE
- *Discorso di Lorenzo Bini Smaghi, Membro del Comitato esecutivo della BCE Associazione Pianificatori Bancari Firenze, 16 ottobre 2009, La crisi finanziaria: Sfide e risposte*, Banca Centrale Europea, https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2009/html/sp091016_2.it.html
- D.M. n. 429/2000
- Dragonetti A. Piacentini V. Sfondrini A., *Manuale di fiscalità internazionale*, IPSOA Manuali, 2019
- Dueñas S., *CFC Rules Around the World*, FISCAL FACT No. 659 Jun. 2019, <https://files.taxfoundation.org/20190617100144/CFC-Rules-Around-the-World-FF-659.pdf>

- Dueñas S., *How Controlled Foreign Corporation Rules Look Around the World: Japan*, 2019, <https://taxfoundation.org/japanese-cfc-rules-japan-tax/>

- Fantozzi, A., *La stabile organizzazione*, in Riv. dir. trib., 2013, I, 97

- Ferroni B., *Cooperative compliance: un regime sempre più attrattivo per le grandi Imprese*, in "il fisco" n. 25 del 2017, pag. 1-2407

- Frasoni, G., *La determinazione del reddito delle stabili organizzazioni*, in Rass. trib., 2005, 73

- Gallo, F., *Contributo all'elaborazione del concetto di "stabile organizzazione" secondo il diritto interno*, in Riv. dir. fin., 1985, I, 387

- Garbarino C., in *Manuale di tassazione internazionale*, IPSOA MANUALI, Milano, 2008

- Garufi S., *Controlled Foreign Companies Legislation: Analisi comparata negli stati comunitari*, Commissione Fiscalità Internazionale 2005/2007 n. 18, [https://www.odcec.mi.it/docs/defaultsource/quaderni/N° 18 CONTROLLED FOREIGN COMPANIES LEGISLATION.pdf](https://www.odcec.mi.it/docs/defaultsource/quaderni/N°_18_CONTROLLED_FOREIGN_COMPANIES_LEGISLATION.pdf)

- *Gli incentivi fiscali per le società High-Tech in Cina*, <https://www.china-briefing.com/news/gli-incentivi-fiscali-per-le-societa-high-tech-in-cina/>

- *I panama papers, spiegati*, Il post, 2016 <https://www.ilpost.it/2016/04/04/panama-papers/>

- Iaia R., *La "interest limitation rule" della direttiva "Anti-elusione" ("ATAD")*, Diritto e pratica tributaria 6/2018

- *Il neopositivismo di Kelsen*, di Gabriele Gentilini

- *Interposizione, esteroinvestizione e CFC: tre presupposti e regimi differenti*, Il sole 24 ore,
https://www.quotidianofisco.ilsole24ore.com/binary.php?filename=/pdf2010/Editrice/LSOLE24ORE/QUOTIDIANO_FISCO/Online/_Oggetti_Correlati/Documenti/2019/08/17/Cfc.pdf&uuid=ACBZlye
- *Japanese CFC Regime – 2017 Tax Reform –*, KPMG Japan Tax Newsletter, 19 luglio 2017, <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/jp/pdf/jp-en-tax-newsletter-20170719.pdf>
- *L'abuso del diritto nell'elaborazione giurisprudenziale*, I temi dell'attività parlamentare, Parlamento Italiano
<https://leg16.camera.it/561?appro=561#paragrafo2685>
- L'Agenzia delle Entrate interpreta le recenti modifiche apportate alla disciplina CFC (Circolare n. 35/E del 4 agosto 2016), Brunelli F., Di Cesare F., in *Approfondimenti Fiscalità internazionale*, <https://www.dirittobancario.it/approfondimenti/fiscalita-internazionale/agenzia-delle-entrate-interpreta-le-recenti-modifiche-apportate-alla-disciplina-cfc>.
- L'attribuzione del reddito alla stabile organizzazione nell'era post BEPS, in Assonime, reperibile online in http://www.assonime.it/sezioni/GDI/Documents/13943-Pedaccini_AttribuzioneProfittiAllaSO.pdf
- *La cooperazione fiscale internazionale* di Claudio Sacchetto – Diritto online (2016), Enciclopedia Treccani
- *La fiscalità internazionale nel modello redditi SC 2018*, a cura della Commissione “Internazionalizzazione delle Imprese”
https://www.odcec.roma.it/images/file/2018_documenti/fiscalita_internazionale2018.pdf
- *La lotta dell'OCSE alla concorrenza fiscale dannosa dopo il rapporto del 2001: lo stato dell'arte e i possibili sviluppi*, Studio n. 1 Documento n. 4 del 28 gennaio 2002

- *Lista UE delle giurisdizioni non cooperative a fini fiscali: aggiunte Anguilla e Barbados, rimossi Isole Cayman e Oman*, Consiglio dell'UE comunicato stampa, 2020 <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/10/06/eu-list-of-non-cooperative-jurisdictions-for-tax-purposes-anguilla-and-barbados-added-cayman-islands-and-oman-removed/>

- Loconte S., *Manuale di diritto tributario*, Milano, CEDAM, 2020

- Maisto G., *LA CORTE DI CASSAZIONE SI PRONUNCIA SULLA COMPATIBILITÀ DELLA DISCIPLINA ITALIANA SULLE CFC CON IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E LE CONVENZIONI PER EVITARE LE DOPPIE IMPOSIZIONI*, Rivista di diritto tributario online, <https://www.rivistadirittotributario.it/2016/02/23/la-corte-di-cassazione-si-pronuncia-sulla-compatibilita-della-disciplina-italiana-sulle-cfc-con-il-diritto-dellunione-europea-e-le-convenzioni-per-evitare-le-doppie-imposizioni/>

- Mattera R., *L'abuso del diritto: una categoria civilistica in campo tributario*, *Contratto e impresa* 1/2020, 2020

- Mauro A., *Elenco Paesi Black List 2021 Agenzia delle Entrate*, *Informazione fiscale*, <https://www.informazionefiscale.it/Paesi-blak-list-elenco-completo-agenzia-delle-entrate>

- Miglorini F., *Common reporting standard (crs): scambio automatico di informazioni Sistema multilaterale di scambio automatico di informazioni: Common Reporting Standard (Crs). È il sistema dell'Ocse che raccoglie adesioni da oltre 100 Paesi del mondo per facilitare i controlli anti-evasione*, 2020, fiscomania.com

- Migliorini F., *Controlled foreign companies (CFC): la normativa*, Rivista online *Fiscomania.com*, 2020, <https://fiscomania.com/normativa-controlled-foreign-companies-cfc/>

- Migliorini F., *Dividendi provenienti da paradisi fiscali: tassazione*, 2020, [fiscomania.com https://fiscomania.com/dividendi-provenienti-da-paradisi-fiscali/](https://fiscomania.com/dividendi-provenienti-da-paradisi-fiscali/)

- Migliorini F., *Esterovestizione delle società: come evitarla*, 2019, <https://fiscomania.com/esterovestizione-societaria/>

- Migliorini F., *Tasse in Giappone: il sistema fiscale nipponico*, 2021, <https://fiscomania.com/tasse-in-giappone-il-sistema-fiscale-nipponico/>

- Mihm S., *Come sono nati i “paradisi fiscali?”*, 2016, *Il post* <https://www.ilpost.it/2016/04/17/come-sono-nati-i-paradisi-fiscali/>

- Miola E., *Il progetto OCSE/G20 “Base erosion and profit shifting”*, Dipartimento delle finanze MEF, 2017 <https://www.finanze.it/export/sites/finanze/.galleries/Documenti/Varie/1-Miola.pdf>

- Morri S., *Il regime delle cfc e i trattati contro le doppie imposizioni: la giurisprudenza francese attesta il conflitto*, in "Fiscalità Internazionale" n. 1 del 2003, pag. 10

- Note e studi n. 17 “*Imprese multinazionali: aspetti societari e fiscali*”, in Assonime

- *Obiettivi e valori dell’UE*, Unione Europea, https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_it

- OECD, *What is the CRS?*, <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/common-reporting-standard/>

- Panala M., 2010, *La “fishing expedition” prevarica la cooperazione fiscale internazionale*, rivista online Diritto.it

- *Paradisi fiscali: la black list dell’Unione europea relativa alle giurisdizioni non cooperative*, 2020, LUISS Open <https://open.luiss.it/2020/10/28/paradisi-fiscali-la-black-list-dellunione-europea-relativa-alle-giurisdizioni-non-cooperative/>

- Pau F., *Il principio UE di non discriminazione in materia fiscale si applica anche alla società. La Corte rigetta il ricorso dell'Agenzia delle Entrate e conferma il diritto al rimborso della società*, <https://www.studiotributariodlp.it/index.php/avvocato-tributarista/item/281-principio-di-non-discriminazione-si-applica-anche-a-societa>
- *Perché i paradisi fiscali si chiamano così?*, 2016, Il Post <https://www.ilpost.it/2016/04/05/paradiso-fiscale-tax-haven/>
- Petracca A., *Aliquota applicabile alla CFC in caso di perdita fiscale della controllante: commento alla Cass. civ., sez. V, sent. 02-02-2021, n. 2220*, https://morrirossetti.it/aliquota-applicabile-alla-cfc-in-caso-di-perdita-fiscale-della-controllante-commento-alla-cass-civ-sez-v-sent-02-02-2021-n-2220_sb_1497.html
- Pitaro D., *N. 65 - Le disposizioni italiane di contrasto all'elusione fiscale internazionale*
- Principio di diritto n. 5/2021
- Principio di diritto n. 8/2021
- Principio di diritto n. 9/2021
- Provvedimento del 29 Maggio 2019, Principio di diritto n. 16
- *Regime di adempimento collaborativo - Che cos'è*, Agenzia delle Entrate, <https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/web/guest/schede/agevolazioni/regime-di-adempimento-collaborativo/infogen-reg-adempimento-collaborativo-enti-e-pa>
- RESCIGNO, *L'abuso del diritto (1963) in Le prolusioni dei civilisti*, Napoli, 2012, III.
- Rolle G. Mejnardi C., *Giappone*, in "Fiscalità Internazionale" n. 6 del 2007, pag. 533
- Rolle G., *Repubblica popolare cinese*, in Fiscalità Internazionale n. 4 del 2009

- S. Capolupo, P. Compagnone, L. Vinciguerra, P. Borrelli, *Le ispezioni tributarie*, Milano, 2014

- Salvini L., *Diritto tributario delle attività economiche*, G. Giappichelli Editore, 2020

- Santamaria M. *Fiscalità Internazionale*, CEDAM

- Sella P., *Le osservazioni di Assonime sulla stabile organizzazione occulta*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*", n. 3 del 2017, pag. 20

- Sozza G., *Note a margine della pronuncia della Cassazione sul caso Philip Morris*, n "il fisco" n. 38 del 2002, pag. 1-6036

- Tabella delle aliquote nominali di tassazione dei principali paesi esteri (In sostituzione delle precedenti Black List), Rocco Studio Commerciale tributario, <http://www.giusepperocco.it/tabella-dei-paesi-esteri-inclusi-nelle-diverse-black-list-e-nella-white-list/>

- Tassazione Nominale, Il Sole 24Ore

- *Tassazione: il Consiglio aggiunge Dominica alla lista UE delle giurisdizioni non cooperative e rimuove Barbados*, Consiglio Unione Europea, <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2021/02/22/taxation-council-adds-dominica-to-the-eu-list-of-non-cooperative-jurisdictions-and-removes-barbados/>

- *Towards Global Tax Co-operation report to the 2000 ministerial council meeting and recommendations by the committee on fiscal affairs*
Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices

- Udina, M., *Il diritto internazionale tributario*, Padova, 1949

- Valente P., *I paradisi fiscali nell'era BEPS e dello scambio automatico di informazioni*, *Fiscalità e commercio internazionale*, n. 4/2016

- Valente P., *La stabile organizzazione «occulta» nella giurisprudenza italiana*, in "Fiscalità e commercio internazionale" n. 5 del 2012
- Valente P., *Lo scambio di informazioni su richiesta secondo l'Ocse*, il fisco, fascicolo 1 30/2010
- Valente P., *Lotta all'evasione fiscale internazionale nel Modello statunitense di Convenzione contro le doppie imposizioni del 2016*
- Valente P., *Misure UE di contrasto all'elusione: prospettive future e impatto per il regime tributario italiano*, il Fisco n. 12/2016
- Vasapolli G., Vasapolli A., *La compatibilità delle «CFC» con il modello OCSE*, in "Corriere tributario" n. 17 del 2001, pag. 1238)
- Vial E., *Nella tassazione nominale della vecchia CFC non rileva il socio*, 2021, EUROCONFERENCE news, <https://www.ecnews.it/nella-tassazione-nominale-della-vecchia-cfc-non-rileva-il-socio/>
- Ziatimeg, 2019, *La globalizzazione economica, Social journal noi siamo futuro*

Giurisprudenza

- Cass. 18 aprile 1975, n. 1459
- Cass. n. 2464 del 1976
- Cass. N. 8815/1987
- Cass. 8816/ 1987
- Cass., 5.11.1991, n. 11788, in Comm. trib. centr., 15.9.1990, n. 5750
- Cass. 26 Gennaio 2000, n. 3979
- Cass., Sez. trib., 25 maggio 2001, n. 7682
- Cass. 3 settembre 2001 n. 11351
- Cass., Sez. trib., 7 marzo 2002, n. 3367 in Boll. trib., 2002, 785
- Cass., Sez. trib., 7 marzo 2002, n. 3368
- Cass. Sez. Trib. 10925/2002
- Cass. Sez. Trib. 7682 del 25 maggio del 2002 n. 7682, in Boll. trib., 2003, 544
- Cass. n. 20398/2005
- Cass. n. 20816/2005
- Cass. N. 3889/2008
- Cass. n. 30055/2008

- Cass. N. 30056/2008
- Cass. N. 30057/2008
- Cass., 22.7.2011, n. 16106, in Boll. trib., 2011, 1558
- Cass. n. 1372 del 21 gennaio 2011
- Cass. 20597/2011
- Cass., 22 febbraio 2013, n. 4535
- Cass., sentenza n. 38027 del 2014
- Cass. n. 40327 del 2014
- Cass. n. 26060 del 30 dicembre 2015
- Cass. civ., sent. 28 febbraio 2017, n. 5154
- Cass. civ., ord. 27 luglio 2018, n. 19991;
- Cass. civ., sent. 19 novembre 2019, n. 29978;
- Cass. n. 31772/2019
- Sent. 3 dicembre 1974, n. 33, Corte di Giustizia della Comunità Europea
- Sent. 9.7.1975, n. 2672
- Sent. 27 settembre 1988, caso C-81/87
- Sent. II R 12/92, *Betriebesberater*, 1997 in *Tax New Services* n. 11 del 1997

- Sent. 3 febbraio 1993, causa C-148/1991, in www.italgiure.it- giustizia.it, Centro Elettronico di Documentazione.
- Sent. 9 marzo 1999, causa C-212/97, in www.italgiure.it- giustizia.it, Centro Elettronico di Documentazione.
- Sent. 23 marzo 2000, causa C-373/97, in www.italgiure.it- giustizia.it, Centro Elettronico di Documentazione.
- Sentenza 14.12.00 – C-110/99 Emsland-Stärke
- Sentenza 5 novembre 2002, Caso C- 208/00
- Sentenza 12.09.2006 – Causa C-196/04
- Sentenza n. 25281 del 16 dicembre 2015, disponibile nella Rivista di diritto tributario.
- Sentenza tribunale di Parigi, Sez. I, Camera I, con la sentenza 21 novembre 1995, n. 92-7093
- Sentenza Corte Amministrativa d'appello di Parigi 30 gennaio 2001, n. 96PA01408
- Sentenza Tribunale amministrativo di Strasburgo 12 dicembre 1996, n. 91-58
- Sentenza Tribunale amministrativo di Poitiers 25 febbraio 1999, n. 96-684.