



Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Tributario dell'Impresa

LA TASSAZIONE DEI GRUPPI SOCIETARI TRA DIRITTO INTERNO E DISPOSIZIONI EUROPEE

RELATORE

Chiar.mo Prof.

Giuseppe Molinaro

CANDIDATO

Sossio Franzese

Matr. 142923

CORRELATRICE

Chiar.ma Prof.ssa

Livia Salvini

Anno accademico 2020/2021

Sommario

1 IL GRUPPO SOCIETARIO	1
1.1 DEFINIZIONE E CLASSIFICAZIONE DEI GRUPPI	1
1.2 I GRUPPI DI SOCIETÀ PRIMA DEL D.LGS. N. 6/2003	6
1.3 I GRUPPI DI SOCIETÀ NELL'ATTUALE DISCIPLINA	9
1.4 NOZIONE DI CONTROLLO	17
1.5 INTERESSE DI GRUPPO	22
1.6 LA CRISI DEL GRUPPO E POSSIBILI SCENARI FUTURI.....	23
CAPITOLO 2 - DISCIPLINA FISCALE NAZIONALE DEI GRUPPI SOCIETARI.....	28
2.1 CONTESTO FISCALE	28
2.2 REGIME DELLA TRASPARENZA	32
2.2.1 INTRODUZIONE	32
2.2.2 RAPPORTO TRA TRASPARENZA FISCALE E CONSOLIDATO NAZIONALE.....	35
2.3 CONSOLIDATO NAZIONALE	36
2.3.1 INTRODUZIONE.....	36
2.3.2 AMBITO SOGGETTIVO E L'INTERVENTO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DEL 2015	38
2.3.3 IL REQUISITO DEL CONTROLLO	44
2.3.4 I REQUISITI E L'ESERCIZIO DELL'OPZIONE	47
2.3.5 OBBLIGHI CONTROLLATE	49
2.3.6 LA BASE IMPONIBILE CONSOLIDATA.....	51
2.3.7: OBBLIGAZIONE COOSOLIDALE E ACCERTAMENTO	57

2.3.8 FINE CONSOLIDATO	59
2.3.9 CENNI DI CONSOLIDATO COMPARATO	61
2.4 CONSOLIDATO MONDIALE	66
2.4.1 INTRODUZIONE	66
2.4.2 AMBITO SOGGETTIVO	68
2.4.3 CALCOLO BASE	69
2.4.4 MODALITÀ APPLICATIVE E OBBLIGHI DELLA CONTROLLANTE.....	72
2.4.5 FINE DEL CONSOLIDATO MONDIALE	75
2.4.6 CONFRONTO TRA CONSOLIDATO MONDIALE, CONSOLIDATO NAZIONALE E TRASPARENZA.....	75
2.5 CFC	79
2.5.1 INTRODUZIONE E RILIEVI CRITICI SULLA RATIO DELL'ISTITUTO.	79
2.5.2 CRITICITÀ DELLA DISCIPLINA DELLE CFC.....	83
2.5.2 AMBITO SOGGETTIVO.....	85
2.5.4 L'ESIMENTE EX ART. 167, COMMA 5, TUIR.....	88
2.5.5 IL CALCOLO DELLA BASE IMPONIBILE.....	91
2.5.6 CENNI DI DIRITTO COMPARATO SULLE CFC.....	92
2.6 TRANSFER PRICING	94
2.6.1 INTRODUZIONE E RIFLESSIONI SULLA NATURA DELLA NORMA.	94
2.6.2 AMBITO SOGGETTIVO E GIURISPRUDENZA RILEVANTE.....	96
2.6.3 VARIAZIONE DEL PREZZO: MODALITÀ DI APPLICAZIONE E METODI DI CALCOLO.	100

2.7 GRUPPO IVA.....	103
2.7.1 INTRODUZIONE	103
2.7.2 IN MERITO ALL'AMBITO SOGGETTIVO	105
2.6.3 EFFETTI E VANTAGGI O RAGIONI DI CONVENIENZA	111
CAPITOLO 3 – DISPOSIZIONI FISCALI RILEVANTI PER I GRUPPI NELLA NORMATIVA EUROPEA	117
CAPITOLO 3.1 CONTESTO NORMATIVO EUROPEO	117
3.1.1 IL GRUPPO SOCIETARIO NEL DIRITTO EUROPEO	117
3.1.2 CONTESTO FISCALE EUROPEO	122
3.1.3 IL RUOLO DEL <i>SOFT LAW</i>.....	127
3.1.4 LA TASSAZIONE DELLE SOCIETÀ NEL CONTESTO EUROPEO.	129
3.2 DIRETTIVA ATAD.....	132
3.2.1 INTRODUZIONE E AMBITO SOGGETTIVO.	132
3.2.2 LA DEDUCIBILITÀ DELI ONERI FINANZIARI ECCEDENTI....	135
3.2.3 LA EXIT TAX.....	138
3.2.4 LA DISCIPLINA ITALIANA DELL'EXIT TAX.....	139
3.2.5 LA POSIZIONE DELLA CGUE SULL'EXIT TAX	145
3.2.6 RIFLESSIONI CRITICHE SULLA RATIO DELLA EXIT TAX E SUL C.D. "TAX DEFERRAL"	147
3.2.7 CONSIDERAZIONI CRITICHE SUL COORDINAMENTO TRA LA EXIT TAX E IL REGIME PEX: IL PRINCIPIO DI DIRITTO N. 10 DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE DELL'11 MAGGIO 2021 E LA CIRCOLARE ASSONIME N. 16/2021.....	151
3.2.8 LE ALTRE MISURE ATAD	160

3.3 PARENT-SUBSIDIARY DIRECTIVE	163
3.3.1 INTRODUZIONE	163
3.3.2 AMBITO SOGGETTIVO	166
3.3.3 LE CRITICITÀ DELLA NOZIONE DI CONTROLLO	167
3.3.4 APPLICAZIONE DELLA DIRETTIVA	169
3.3.5 LA GAAR E I CASI DANESI	172
3.3.6 RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA IN ITALIA E LA SENTENZA DELLA CASSAZIONE N. 32255/2018	175
3.4 DIRETTIVA SU INTERESSI E ROYALTIES.	177
3.4.1 INTRODUZIONE ED EVOLUZIONE STORICA	177
3.4.2 AMBITO SOGGETTIVO	179
3.4.3 LA NOZIONE DI BENEFICIARIO EFFETTIVO	181
3.4.4 APPLICAZIONE DELLA DIRETTIVA	184
3.4.5 RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA IN ITALIA	185
CAPITOLO 4 - FUTURI PROGETTI NORMATIVI IN TEMA DI FISCALITÀ DI GRUPPO	190
4.1 LE ATTUALI PROSPETTIVE IN TEMA DI FISCALITÀ DI GRUPPO	190
4.2 LA CCCTB	191
4.2.1 INTRODUZIONE ED EVOLUZIONE STORICA	191
4.2.2 LA DISCIPLINA CONTENUTA NELLA PROPOSTA DEL 2016...	195
4.2.3 OSSERVAZIONI CRITICHE IN MERITO ALLA PROPOSTA DI DIRETTIVA SULLA CCCTB	199
4.2.4 LA CCCTB E I POSSIBILI EFFETTI SUI CONSOLIDATI NAZIONALI	204

4.3 WEB TAX E LE NUOVE SFIDE DELL'ECONOMIA DIGITALE	208
4.3.1 LA DEFINIZIONE DI "DIGITAL ECONOMY" E LE SUE PROBLEMATICHE.....	208
4.3.2 CONTESTO NORMATIVO.....	210
4.3.3 CRITICITÀ DELLE PROPOSTE DELLA COMMISSIONE EUROPEA	213
4.3.4 L'ITER NORMATIVO DELLA WEB TAX IN ITALIA.....	219
4.3.5 LE CRITICITÀ DELLA DISCIPLINA ITALIANA SULLA WEB TAX	222
CONCLUSIONI	228

INTRODUZIONE

Il presente lavoro ha ad oggetto l'approfondimento dei principali istituti degli ordinamenti tributari italiano ed europeo concernenti la tassazione dei gruppi di società. Tale analisi si rende necessaria alla luce della circostanza che le attuali norme in materia di gruppi risultano non omogenee, sia dal punto di vista tributario che societario. Si proverà, dunque, a ricostruire tali fattispecie, e sarà indispensabile a tal fine operare un confronto anche con le relative disposizioni unionali, alla luce dell'ormai relevantissima importanza dei principi emanati in sede europea nel nostro ordinamento ad opera sia dei soggetti istituzionali che della CGUE.

Dapprima, si analizzeranno i gruppi societari con riferimento al loro inquadramento giuridico. Tale operazione si rende necessaria alla luce del fatto che l'apparato normativo che dovrebbe disciplinarli e regolarli risulta ad oggi non ancora completo e soddisfacente, anche a causa della dinamicità e mutevolezza di tale fenomeno. In primo luogo, si proverà a ricostruire la nozione di "gruppo", dal momento che nel codice civile italiano non è presente una precisa definizione di "gruppo". Una simile scelta coincide con una precisa volontà del legislatore che non ha voluto cristallizzare un concetto così dinamico e in continua evoluzione in una formula statica. Tale criticità è riscontrabile sia a livello nazionale che a livello europeo e coinvolge numerose branche del diritto, da quella societaria a quella civile, fino ad arrivare a quella tributaria. Tra i principali problemi che si affronteranno, attenzione particolare sarà dedicata alla nozione di controllo rilevante ai fini del gruppo, la quale è disciplinata diversamente nell'ordinamento italiano e in quello europeo. Quest'ultima nozione, in particolare, è spesso utilizzata quale presupposto soggettivo per l'applicazione di taluni regimi, con risultati talvolta differenti. Inoltre bisogna considerare che, al pari di molti altri istituti giuridici, risulta difficile disciplinare in maniera isolata il fenomeno di gruppo, in quanto esso è intrinsecamente collegato ad altre problematiche di diritto a cui esso necessariamente deve far riferimento. Si pensi ad esempio alla gestione delle società figlie, o al trattamento da riservare ai creditori di queste ultime. Queste

sono dinamiche apparentemente slegate dal fenomeno di gruppo, inteso sia economicamente che giuridicamente, ma delle quali non si può non tener conto nell'elaborazione di una disciplina giuridica che sia completa e omnicomprensiva.

Come si vedrà, per poter ovviare a tali problemi il legislatore ha a disposizione due possibili alternative: utilizzare istituti giuridici preesistenti, adattandoli e modellandoli alle caratteristiche dei gruppi di società, oppure ricorrere alla creazione di strumenti nuovi e peculiari, i quali meglio rispondano alle esigenze e alle problematiche di tale fenomeno aggregativo.

Con particolare riferimento, poi, al campo tributario, la principale tensione riguarda la c.d. soggettività tributaria di gruppo, in quanto riconoscerla, con tutte le conseguenze del caso, senza un corrispondente apparato giuridico civilistico non è un compito semplice. Come si vedrà, il legislatore tributario ha lavorato in maniera “prudente”, talvolta riconoscendo questa nuova “creatura” di diritto, talvolta adattando regole già esistenti alle peculiari dinamiche di gruppo. Con riferimento a queste ultime, si pensi ad esempio all'istituto della trasparenza fiscale, mentre con riferimento agli istituti peculiari basta guardare al consolidato nazionale o mondiale. Ma non solo: come si vedrà, un altro importante problema che il legislatore tributario si trova oggi a dover affrontare è il contrasto alle politiche fiscali aggressive messe in atto dai grandi gruppi transfrontalieri, volte a sfruttare le differenze tra i vari sistemi tributari nazionali per riuscire così ad ottenere ingenti risparmi di imposta. A tal fine si rende sempre più necessaria una forte cooperazione a livello internazionale, perché nessuno stato singolarmente può efficacemente contrastare tali politiche fiscali aggressive. L'analisi della disciplina europea servirà in questo senso a capire che tipo di risposte l'Unione Europea stia mettendo in atto in questa battaglia, pur tuttavia costretta a dover agire tenendo conto dalla storica difficoltà degli stati membri a cedere la loro potestà impositiva in nome di una più generale politica antielusiva. Nell'elaborare una tale risposta efficace, il legislatore europeo si ritrova diviso tra misure di contrasto alle pratiche abusive e interventi volti a garantire le fondamentali libertà del mercato unico europeo. In tale ultima

direzione, si analizzeranno la c.d. Direttiva Madre-Figlia, che disciplina il fenomeno della distribuzione transfrontaliera di dividendi tra società del medesimo gruppo ma appartenenti a Stati membri diversi, e la Direttiva sugli interessi e i royalties, che disciplina il pagamento di Interessi e Royalties effettuati tra società appartenenti a Stati membri diversi. La misura più rilevante, invece, in direzione antielusiva è stata sicuramente l'emanazione della c.d. Direttiva ATAD, finalizzata a inserire in ambito europeo alcune misure coordinate volte a combattere i fenomeni più rilevanti di elusione fiscale, con riferimento particolare appunto a quelli che sfruttano le differenze tra i vari sistemi fiscali nazionali per trarne profitto, quali i limiti sulla deducibilità degli interessi; imposizione in uscita (c.d. *exit tax*); una norma generale antiabuso; disposizioni sulle CFC; norme sui c.d. disallineamenti ibridi.

Infine, uno spazio particolare sarà riservato nell'ultimo capitolo alla proposta per una c.d. CCCTB, ossia la "La base imponibile consolidata comune per le società" e alla c.d. Web Tax, che rappresentano oggi le misure fiscali oggetto di dibattito che in futuro potrebbero entrare in vigore e colpire direttamente i gruppi di società. Riguardo alla prima, inoltre, si rifletterà sulle possibili conseguenze di una sua (eventuale) applicazione generalizzata a tutti i gruppi societari europei, con particolare riferimento agli istituti del consolidato nazionale e mondiale. In entrambi i casi, la necessità di procedere ad una siffatta tassazione nasce da esigenze concrete: nel primo caso per combattere le già citate politiche di fiscalità aggressiva messe in atto dai gruppi transfrontalieri, attraverso la costruzione di un insieme di regole comuni e condivise che possa rendere il mercato unico europeo indifferente da un punto di vista della pianificazione fiscale; nel secondo caso, combattere l'elusione fiscale derivante dalla c.d. digital economy, resa possibile grazie a normative fiscali ormai obsolete che ancora legano l'imposizione tributaria ad una presenza fisica di un determinato soggetto in uno Stato e non alla sua effettiva "partecipazione" alla creazione del profitto, come nel caso di servizi digitali.

1 IL GRUPPO SOCIETARIO

1.1 Definizione e classificazione dei gruppi

Secondo la più autorevole dottrina¹, Il gruppo di società è “un’aggregazione di imprese societarie formalmente autonome e indipendenti ma assoggettate ad una direzione unitaria”. Esse subiscono, infatti, l’influenza di un’unica società, la c.d. capogruppo o holding, che direttamente o indirettamente le controlla e dirige secondo un disegno unitario, per il conseguimento di uno scopo unico e comune a tutto il gruppo.²

Ciascuna società del gruppo ha un proprio oggetto sociale, esercita la sua specifica attività d’impresa, anche in diversi mercati, ma “le azioni di ciascuna di queste società appartengono, in tutto o in maggioranza, ad un’ulteriore entità, che di regola è una società, la società Madre o capogruppo, detta anche società holding, alla quale spetta, perciò, la direzione e il coordinamento dell’intero gruppo”.³

Tale fenomeno aggregativo discende direttamente dalla libertà di iniziativa economica di cui all’art 41 Cost., e ne costituisce una delle sue più complesse forme di manifestazione. Pertanto, sarebbe auspicabile che tale fenomeno venisse principalmente regolato e non limitato dal legislatore. Tale assunto si fonda sulla circostanza che, nell’ambito dei fenomeni di manifestazione della libertà imprenditoriale dei singoli individui, il legislatore debba intervenire al fine di tutelare tale libertà e debba limitarsi a regolarla solo laddove si insinuino possibili fenomeni *contra legem*.

Le ragioni che spingono le aziende a ricercare l'integrazione sono estremamente varie. L’esigenza di fondo che spiega l’esistenza di questa fenomenologia risiede nella possibilità di usufruire contemporaneamente delle opportunità che

¹ Campobasso, Diritto commerciale, nona edizione.

² Campobasso, Diritto commerciale, nona edizione.

³ Galgano e Sbisà, Direzione e coordinamento di società, in Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano a cura di De Nova, Libro quinto.

derivano dalla struttura di una grande impresa e quelle della piccola. Infatti, attraverso questa forma di cooperazione si possono realizzare determinate sinergie di gruppo tramite le quali ottenere vantaggi non altrimenti raggiungibili se le società operassero singolarmente e non seguendo direttive unitarie. Inoltre possono sussistere motivazioni di carattere economico-produttivo ed in questo caso l'aggregazione potrà essere funzionale al miglioramento dell'economicità del processo produttivo, oppure a raggiungere certi livelli di efficienza necessari a garantire la sopravvivenza dell'impresa sul mercato.⁴

In altri casi la costituzione di legami aggregativi può trovare giustificazione “nella volontà di accrescere il proprio peso in un preciso mercato, con l’obbiettivo di contenere le dinamiche concorrenziali. In altri casi può essere posta in essere anche solo per il perseguimento di obbiettivi puramente speculativi”.⁵

Inoltre, è da evidenziare che accanto ai suddetti vantaggi di natura tecnico produttiva, una tale forma di aggregazione ben si presta ad essere impiegata al fine di ottenere vantaggi anche di natura operativa. Ad esempio, c'è da considerare che la costituzione di un gruppo può garantire una crescita dimensionale dell'azienda, permettendo di “contenere le difficoltà operative tipiche della grande impresa multi-divisionale e di coniugare i vantaggi della piccola dimensione con quelli della c.d. “estensione dei confini aziendali” (in particolare la possibilità di beneficiare di economie di scala)”.⁶

Al fine di perseguire la cosiddetta “valenza economica dell’impresa di gruppo”, il gruppo di società può prefissarsi due obiettivi: una maggiore distribuzione dei rischi derivanti dall’esercizio dell’attività d’impresa con un conseguente implemento dei vantaggi connessi alla responsabilità limitata. Con riferimento al primo vantaggio, è da evidenziare che le società che esercitano la loro attività in settori diversi di mercato hanno la possibilità di diversificare in modo più efficace i rischi e i costi che derivano dal suddetto esercizio dell’attività

⁴ Così Cassandro, I gruppi aziendali, Bari, Cacucci, 1988.

⁵ P. Onida, Le dimensioni del capitale d'impresa, Milano, Giuffrè, 1939.

⁶ Celli-Paoloni, Dall'economia d'azienda all'economia dei gruppi aziendali, Torino, Giappichelli, 370 ss.

d'impresa. Inoltre, da tale differenziazione soggettiva deriva che per i debiti contratti da una determinata società ne risponderà solo questa con il proprio patrimonio. Le altre società facenti parte del gruppo non ne risponderanno, in quanto, dal punto di vista di quest'ultime, essi equivarranno a debiti altrui.

Con riferimento al secondo vantaggio, si osserva che non si avrà più una responsabilità limitata dei soci, ma al contrario una responsabilità limitata di una società per i debiti di un'altra, di cui la prima ha il controllo.⁷

A prescindere da quale sia lo scopo per cui un determinato operatore economico decida di costituire un gruppo di società, nel codice civile italiano non è presente una precisa definizione di "gruppo", e tale scelta risponde ad una precisa volontà del legislatore che non ha voluto cristallizzare un concetto così dinamico e in continua evoluzione in una formula statica, correndo così il rischio che tale definizione venisse poi rapidamente superata dal rapido evolversi delle molteplici forme di aggregazione che periodicamente si sviluppano all'interno del tessuto economico. Tuttavia, esistono in dottrina diverse classificazioni dei gruppi societari sulla base delle caratteristiche del gruppo o dei suoi singoli componenti.

In primo luogo, si può evidenziare una differenziazione basata sulla natura del gruppo e dei rapporti ad esso sottostanti.

Una prima categoria è quella dei gruppi di natura c.d. "economica", la cui peculiarità consiste nell'elevato livello di "consistenza economica" sussistente tra le diverse imprese che compongono l'entità. In questo tipo di gruppo le sinergie che si sviluppano tra le aziende sottoposte al comune controllo acquisiscono un'importanza determinante nell'attività svolta da ciascuna di esse e vanno ad influenzare notevolmente lo svolgimento del processo economico-produttivo.

La capogruppo, da parte sua, esercita una forte ingerenza nella pianificazione e nel coordinamento dell'attività operativa delle consociate, indirizzandole verso

⁷ Galgano, I gruppi di società, Utet, 2001.

la realizzazione di un disegno imprenditoriale comune e ad esse sovraordinato.⁸ Questa tipologia di gruppi, pur potendo svilupparsi anche attraverso l'aggregazione di imprese operanti in settori del tutto differenti (ove sussista comunque un'azione di forte ingerenza da parte della capogruppo) coinvolge, di solito, aziende che operano nello stesso ambito merceologico o in mercati collegati, in quanto facenti parte dello stesso ciclo produttivo.⁹

La seconda famiglia di gruppi è quella dei gruppi c.d. “finanziari”. Contrariamente a quanto avviene nei gruppi economici, in questa tipologia le aziende che fanno parte del gruppo non sviluppano di norma legami di natura tecnico-produttiva, in quanto la capogruppo limita la sua ingerenza al controllo delle risorse finanziarie di gruppo senza esercitare alcuna pressione verso il perseguimento di un disegno imprenditoriale d'aggregato. Inoltre, le aziende che compongono il gruppo operano, solitamente, in settori economici molto differenti tra loro ed hanno quindi meno occasioni di creare sinergie operative. Così le singole aziende consociate, anche se sottoposte al controllo del medesimo soggetto economico di riferimento, rimangono tra di loro sostanzialmente indipendenti sotto il profilo operativo e continuano a perseguire una strategia produttiva volta specificamente alla realizzazione dei propri scopi imprenditoriali.

Vi sono, infine, tipologie di gruppo che raccolgono elementi appartenenti ad entrambe le tipologie di gruppi appena descritti. Sono i cosiddetti gruppi “misti”, composti in parte da aziende che stabiliscono legami di natura tecnico-produttiva ed in parte da imprese autonome, e dei gruppi complessi, nei quali la holding del gruppo esercita il controllo e la gestione delle risorse finanziarie, mentre le sub-holding, da essa controllate, formano gruppi di natura economica.¹⁰

⁸ Zattoni, *Economia e governo dei gruppi aziendali*, Milano, Egea, 2000, 52 ss.

⁹ *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.5, 2014, pag. 979 Autori: Ludovico G. Rossi,

¹⁰ *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.5, 2014, pag. 979 Autori: Ludovico G. Rossi.

Con riguardo invece alle modalità di integrazione tra le società del gruppo, si distingue tra gruppi orizzontali e verticali.

Nei gruppi di tipo orizzontale le società appartenenti all'entità operano nello stesso settore produttivo e svolgono attività simili. La ratio di questi ultimi risiede nella volontà di creare sinergie di natura finanziaria e organizzativa anche allo scopo di operare secondo un obiettivo comune agendo su un piano paritario, senza vincolo di subordinazione. Tale struttura consente di esercitare una maggiore influenza all'interno del mercato, derivante dai vantaggi tipici di un'impresa di grandi dimensioni (tra cui l'abbattimento dei costi di gestione, delocalizzazione della produzione, ecc.).

Nei gruppi verticali, invece, le aziende operano nello stesso settore o in ambito affine ma coprono fasi differenti di uno stesso processo produttivo. Si utilizza tale struttura per meglio organizzare le fasi operative e ridurre i rischi connessi all'esercizio dell'attività economica.

Dal punto di vista strutturale invece si possono avere due tipologie di gruppi: "a catena" o "a raggiera". Nella prima tipologia, la holding detiene la proprietà di una o più società, le quali a loro volta, detengono la proprietà di una o più società. Nella seconda tipologia, invece, la holding detiene la proprietà di tutte le società partecipate.

Infine, facendo riferimento all'area geografica in cui le aziende facenti parte del gruppo svolgono la loro attività, è possibile distinguere tra: (i) gruppi locali e nazionali, che si caratterizzano per avere una dimensione medio-piccola e per essere situati nel medesimo territorio di appartenenza; (ii) gruppi internazionali, globali o multinazionali, in dipendenza della localizzazione delle società che vi fanno parte.

Per quanto riguarda specificatamente i gruppi multinazionali o le "multinazionali", il vantaggio più grande che è possibile raggiungere è quello di riuscire a separare i pericoli del mercato estero e di quello nazionale, con una distribuzione dei rischi. Inoltre, spesso si tende a localizzare talune società del gruppo in paesi con sistemi normativi più vantaggiosi dal punto di vista, del

mercato di capitali, della forza lavoro e del trattamento fiscale. Tuttavia, questa tipologia di gruppi presenta una problematica di non poca rilevanza nel momento in cui nel gruppo si rinvencono imprese con sede legale in ordinamenti giuridici che hanno un trattamento tributario affine a quello dell'ordinamento italiano, offrendo quindi vantaggi fiscali, come ad esempio in caso di un'aliquota d'imposta più bassa o nel caso in cui non prevedono particolari adempimenti contabili. Da ciò, ne deriva un indubbio vantaggio economico, non solo in termini di risparmio d'imposta ma anche con riferimento al risparmio di costi di natura amministrativa di cui taluni adempimenti contabili necessitano. Inoltre, da un punto di vista elusivo, talvolta l'assenza di adempimenti contabili presta il fianco più facilmente a fenomeni di questa natura, i quali sono appunto favoriti da sistemi normativi tributari meno rigidi.

1.2 I gruppi di società prima del d.lgs. n. 6/2003

La costituzione di gruppi societari, talvolta in formazioni molto complesse, implica problematiche che riguardano tutte le branche del diritto coinvolte: il diritto societario per ciò che concerne la tutela delle minoranze azionarie, il diritto internazionale e comunitario con riferimento alla dislocazione territoriale delle singole unità e la disciplina della concorrenza; il diritto tributario per il corretto adempimento degli oneri fiscali.¹¹

La disciplina dei gruppi, pertanto, mira a raggiungere molteplici obiettivi, tra cui assicurare un'adeguata informazione sui collegamenti di gruppo, sui rapporti finanziari e commerciali fra le società del gruppo, nonché sulla situazione patrimoniale e sui risultati economici del gruppo unitariamente considerato ed evitare che eventuali intrecci di partecipazioni alterino l'integrità patrimoniale delle società coinvolte ed il corretto funzionamento degli organi decisionali della capogruppo. Inoltre, mira ad evitare che le scelte operative delle singole società del gruppo possano influire sulle aspettative di quanti fanno

¹¹ Lo Cascio, "Il nuovo diritto societario", Giuffrè, 2012.

affidamento sulla consistenza patrimoniale e sui risultati economici di quella determinata società. Di conseguenza, bisogna compiere un difficile lavoro di esegesi ricercando le relative norme di riferimento nei vari settori del diritto per poter ricostruire un quadro unitario della disciplina.

In ogni caso, il primo approccio normativo concreto al problema dei gruppi risale al 2003. Prima della riforma del diritto societario, attuata appunto dal D.lgs. n. 6/2003, al fenomeno di gruppo non era dedicata alcuna disciplina unitaria nel nostro ordinamento. Il legislatore del '42 non reputò utile intervenire in tal senso. Probabilmente tale scelta fu dovuta alla circostanza per cui la realtà economica dell'epoca era connotata da una prevalenza dell'attività agricola e da uno scarso sviluppo industriale. Dunque, il legislatore non avvertì il bisogno di normativizzare forme di aggregazioni ancora poco utilizzate all'epoca. Fu negli anni '50 e '60, con la ripresa economica del paese e con le esigenze di un'economia in espansione, che il gruppo di imprese iniziò a diffondersi e le grandi imprese cominciarono a delocalizzare l'attività all'estero al fine di ridurre i costi di produzione. Tale ultima dinamica fu agevolata anche dalla globalizzazione e dalla conseguente nuova velocità di trasmissione di prodotti e informazioni all'interno dei mercati. Le imprese si trovarono improvvisamente ad operare con una concorrenza non più su scala nazionale ma anche mondiale. Così, con l'evolversi dei mercati e della tecnologia, la realtà imprenditoriale iniziò a ragionare su nuove forme societarie e ciò a prescindere a un esplicito riconoscimento (e tutela) normativo. È in questo contesto che comincia a delinearsi il gruppo di società quale entità aggregata che cerca di abbattere i costi di gestione, che delocalizza le produzioni e che utilizza società specializzate negli ambiti più vari, riuscendo così a offrire prodotti sempre più diversificati

Tuttavia, dal punto di vista della disciplina di settore non sono mancati nel nostro ordinamento tentativi anche precedenti, più o meno organici, di disciplinare il gruppo di imprese. Si fa riferimento alla L. n. 95/1979 (c.d. «legge Prodi»), o alla L. n. 270/1999 (c.d. «legge Prodi bis») sull'amministrazione

straordinaria delle grandi imprese in crisi; in ambito di società fiduciarie e di revisione. Si richiama poi la L. n. 430/1986 in materia di liquidazione coatta delle società fiduciarie, per arrivare al D.lgs. n. 385/1993, il c.d. TUB (testo unico in materia bancaria e creditizia), che ha introdotto un nuovo concetto di gruppo che trova specifica regolamentazione anche al di fuori dell'insolvenza e che si riflette su ogni aspetto della tematica proposta in materia di gruppo. Altri spunti si possono cogliere dalla materia del bilancio consolidato. La relativa disciplina è stata introdotta con il D.lgs. n. 127/1991, artt. 25-43, in attuazione della settima Direttiva CEE di armonizzazione societaria. Lo scopo dell'istituto è quello descrivere la situazione patrimoniale del gruppo facendo confluire in questo documento, redatto dalla capogruppo, i bilanci delle singole società appartenenti allo stesso (art. 25, D.lgs. cit.), ma su questo si tornerà in seguito in maniera più approfondita. Non deve inoltre essere dimenticato il TUF (testo unico della finanza), D.lgs. n. 58/1998, il quale introduce, fra le altre cose, una nozione di gruppo rilevante ai fini autorizzativi.

Infine è giusto citare il c.d. "Progetto Pagliaro" del 1992, con riferimento all'infedeltà patrimoniale, il quale prevedeva che all'art. 2634 c.c. fosse inserita una norma espressa riferita ai gruppi di società. Si considerava infatti illecito il profitto conseguito dall'impresa collegata se questo fosse stato compensato dai riflessi favorevoli per l'impresa nel cui interesse l'atto era stato compiuto.

Alla fine si è approdati alla riforma dei primi anni 2000 laddove, all'art. 10, lett. a) della legge 3 ottobre 2001, n. 366, il legislatore ha previsto di «prevedere una disciplina del gruppo secondo principi di trasparenza, tale da assicurare che l'attività di direzione e coordinamento contemperasse adeguatamente l'interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime».

Anche il Codice civile, prima della riforma, si occupava esplicitamente soltanto dell'aspetto strumentale del fenomeno dei gruppi, dettando la disciplina del rapporto di controllo (art. 2359 c.c.), tanto sotto il profilo del controllo azionario, nel quale una società dispone della maggioranza dei voti o di quelli, comunque, sufficienti per influenzare in modo dominante l'assemblea ordinaria

di un'altra società, quanto sotto quello del controllo contrattuale, nel quale tale influenza viene invece esercitata attraverso vincoli di natura negoziale, e dunque dall'esterno. L'esperienza aveva però mostrato che tale rapporto, pur essendo spesso un significativo indice della presenza di una realtà di gruppo, non esauriva le molteplici manifestazioni del fenomeno e che l'impostazione originaria del Codice non appariva adeguata a fornire disciplina ai profili imprenditoriali e dinamici propri dei gruppi societari, spesso organizzati in strutture complesse e dalle forme variabili.

1.3 I gruppi di società nell'attuale disciplina

Dunque, come poc'anzi evidenziato, il fenomeno dei gruppi di società è stato disciplinato per la prima volta a livello normativo con la riforma del diritto societario del 2003. Questa disciplina costituisce l'ultima tappa di un iter legislativo cominciato negli anni 80', quando iniziarono ad essere concepiti e analizzati i concetti di "impresa di gruppo" e di "interesse di gruppo", al fine di meglio comprendere fenomeni di integrazione fra imprese finalizzati al perseguimento di un disegno imprenditoriale comune che le società, singolarmente non erano in grado di realizzare e, laddove possibile, incentivarli. È bene chiarire sin da subito che non è stata introdotta una nozione di "gruppo": sebbene la legge delega non escludesse questa eventualità. Infatti, non è stata concepita una disciplina del c.d. gruppo di diritto ma si parla solo di "direzione e coordinamento". Con quest'ultima espressione si è soliti riferirsi ad istituti come il "contratto di dominazione o la c.d. "dichiarazione di gruppo", proposta dal Forum Europaeum sul diritto dei gruppi. Più in particolare, ci si riferisce alla situazione in cui, mediante un apposito contratto tra due società o una specifica dichiarazione da parte della controllante nei confronti della controllata, la società capogruppo impartisca alle società dipendenti direttive anche pregiudizievoli per quest'ultime e senza alcuna necessità di un c.d. vantaggio compensativo. Per il momento interessa esclusivamente rilevare che in sede di

riforma non è stato previsto un modello di gestione accentrata del gruppo ed in particolare un modello che consenta la legalizzazione di una direzione penetrante, mantenendo la pluralità giuridica delle singole società.¹² In ogni caso, è da sottolineare che le disposizioni normative di cui agli artt. 2497 ss. c.c. si basano su un "principio di effettività", in quanto esse disciplinano un "fatto" e, più in particolare, l'attività di direzione e coordinamento di società, a prescindere dalla fonte del potere (contratto, partecipazione sociale, interlocking directorates, ecc.), in base al quale tale attività di direzione è esercitata.

Il legislatore, infatti, ha compiuto un'analisi di tipo prettamente pragmatico e ha valutato che il problema centrale del fenomeno del gruppo fosse quello della responsabilità della società o dell'ente che esercita attività di direzione e coordinamento nei confronti della società controllata e, pur non offrendo una precisa definizione di "gruppo di società", ha aggiunto al titolo V del libro V del codice civile il capo IX (artt. 2497 ss. c.c.), intitolato «Direzione e coordinamento», che disciplina gli specifici effetti che derivano dall'esercizio di un'attività di "direzione e coordinamento". Le norme applicabili in presenza di rapporti di controllo societario, comunque, vanno ben oltre quelle presenti in quest'ultima disciplina, in materia di direzione e coordinamento. Vi sono anche norme essenziali per la corretta amministrazione dei gruppi, quali, a titolo di esempio: la nozione di controllo contenuta nell'art. 2359 c.c.; quelle in materia di bilanci consolidati; le norme in materia di limiti di acquisto di partecipazioni per controllanti e controllate; la disciplina specifica dettata in materia dei c.d. «finanziamenti infragruppo», ai quali, più specificamente, nelle ipotesi di finanziamenti in favore di società controllate dalla medesima capogruppo, si applicano le disposizioni dell'art. 2467 c.c. volte a regolare l'azione diretta nei confronti della controllante. In merito a queste ultime è bene evidenziare che la riforma non ha creato un'alterità tra esse e le altre possibili azioni esercitabili dal socio e/o dal creditore ai sensi degli artt. 2393, 2393 bis, 2394 e 2395 c.c.

¹² Umberto Tombari, Giur. comm., fasc.1, 2004, pag. 61.

Al contrario ha attribuito ai soci ed ai creditori della controllata un' azione ulteriore che si affianca a quelle già esistenti, al fine di sanzionare in maniera specifica la responsabilità da direzione e coordinamento delle società o enti che agiscono «nell'interesse dell'imprenditore proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale». Sono 2 le condizioni di ammissibilità dell'azione: (i) l'agire del soggetto controllante in conflitto di interessi e (ii) il mancato rispetto dei principi di correttezza di gestione societaria ed imprenditoriale.

Dunque, come si evidenziava, oggetto della disciplina del citato capo IX è l'attività di direzione e coordinamento esercitata da una società o da un ente nei confronti di una o più società. Come già accennato, non definendo il legislatore la nozione di attività di direzione e coordinamento, sarà compito dell'interprete ricostruire l'esistenza di un collegamento organizzativo fra più unità produttive al fine di una migliore attuazione degli obiettivi perseguiti dal complesso.¹³

In particolare, all'art. 2497 il Codice regola la responsabilità della società che esercita attività di coordinamento nei confronti dei soci e dei creditori della società sottoposta a controllo.

L'azione di responsabilità prevista dal suddetto articolo può essere esperita nei confronti delle società che esercitano attività di direzione e coordinamento nei confronti di altre società e che abbiano agito nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale. Si discute ancora oggi sull'esatta natura di tale responsabilità. Secondo una parte della dottrina si tratta di responsabilità extracontrattuale o aquiliana, mentre secondo altri autori si tratterebbe di responsabilità contrattuale. In ogni caso, a prescindere da come si voglia inquadrare tale responsabilità, la legittimazione attiva è in capo ai soci e ai creditori della società soggetta all'attività di direzione e coordinamento.

¹³ Irace, Direzione e coordinamento di società, in La riforma delle società (a cura di) Sandulli e Santoro, Torino, 2003.

I presupposti oggettivi sono dunque: (I) il realizzarsi di un pregiudizio alla redditività ed al valore della partecipazione sociale; (ii) per i creditori sociali, una lesione cagionata all'integrità del patrimonio sociale. Infine, il legislatore ha previsto una responsabilità solidale di coloro che abbiano preso parte al fatto lesivo e comunque di tutti coloro che ne abbiano consapevolmente tratto beneficio. Con tale previsione è possibile estendere la responsabilità ad una pluralità di soggetti, anche non appartenenti al gruppo di società, sebbene essa possa essere fatta valere limitatamente al vantaggio conseguito.

Chi voglia esonerarsi dalla suddetta responsabilità dovrà dimostrare che non sussiste l'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento, fermo restando la presunzione relativa all'esercizio di una attività di direzione e coordinamento che sussiste in capo a coloro i quali sono in posizione di controllo, ai sensi dell'art. 2359.

Con l'art. 2497-bis c.c., il legislatore ha voluto perseguire l'obiettivo di rendere conoscibile il fenomeno del gruppo a tutti coloro che entrano in contatto con tali entità, imponendo alle società controllate e ai suoi amministratori una serie di obblighi informativi e di pubblicità. Questi ultimi riguardano in primis la presenza della condizione di soggezione all'attività di direzione e coordinamento e in secondo luogo i dati essenziali del bilancio della società che esercita tale attività. I principali destinatari di tali informazioni sono le banche, i fornitori i terzi investitori che valutano l'acquisizione di partecipazioni o la concessione di capitale di credito, i consumatori, i creditori.

I motivi per cui sono stati previsti tali obblighi, e dunque di riflesso la ratio stessa della norma in esame, risiedono nel fatto che la sola circostanza di essere parte di un gruppo comporta che l'operatività di quest'ultimo va ad incidere inevitabilmente sull'autonomia delle società eterodirette e, quindi, sulle condizioni di rischio dell'investimento o dell'eventuale contratto.

In particolare, le forme di pubblicità previste sono molteplici. Il comma 1 dell'art. 2497-bis c.c. dispone che la società sottoposta a direzione e coordinamento indichi, negli atti e nella corrispondenza, quale sia la società che

su di essa esercita il controllo, e deve inoltre provvedere all'iscrizione di tale indicazione presso la sezione del registro delle imprese nella quale sono elencati, appunto, le società e gli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento e le società che vi sono soggette.

È bene tuttavia precisare che tale forma di "pubblicità notizia" non ha alcuna efficacia costitutiva: con essa non si ha l'avvio dell'attività di direzione e coordinamento, la quale può dunque sussistere a prescindere da tale adempimento, risultando dunque regolata dal principio dell'effettività. Sebbene la disposizione non preveda alcun termine per tale adempimento, gli amministratori della società subordinata, ai sensi del comma 3, risponderanno dei danni derivanti ai soci e ai terzi dalla mancata conoscenza dei relativi fatti. Interessante è la circostanza per cui può capitare che la società che esercita l'attività direzione ed il coordinamento possa anche non corrispondere alla società controllante.

Il comma 4 dell'art. 2497-bis c.c. dispone una pubblicità di natura contabile che impone, sempre alla società eterodiretta, di predisporre in un'apposita sezione della nota integrativa un apposito prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio della società o dell'ente che esercita l'attività di direzione e il coordinamento.

La funzione del comma 5 della medesima disposizione impone agli amministratori delle società controllate di segnalare nella relazione sulla gestione i rapporti intercorsi tra quest'ultima e le altre società del gruppo e gli effetti di tali relazioni sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati, ed ha lo scopo di fornire al mercato cognizione della politica di gruppo. La ratio del comma 5 è quella di consentire agli altri operatori economici di comprendere se le operazioni infragruppo siano state effettuate a condizioni di mercato e se esse abbiano influito sul risultato dell'esercizio.

L'art. 2497-ter c.c. impone che le decisioni assunte dalla società soggetta ad attività di direzione e coordinamento, quando influenzate dalla società che esercita tale attività, debbano essere analiticamente motivate e recare puntuale

indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione.

La norma inoltre prevede che tali motivazioni e indicazioni debbano essere inserite anche nella relazione sulla gestione degli amministratori di cui all'art. 2428 c.c.

Tale obbligo di motivazione di cui all'art. 2497-ter c.c. ricopre, anzitutto, ad un ruolo di trasparenza della politica di gruppo, al fine di valutarne la corrispondenza agli esaminati principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale. Esso, inoltre, costituisce un ulteriore limite ai possibili soprusi che la capogruppo può esercitare in forza della sua posizione dominante, garantendo così una forma di controllo esterno sul suo operato. Tale forma di trasparenza è altresì funzionale alla corretta informazione di quei soggetti che si relazionano con la società controllata al fine di poter prendere decisioni consapevoli e informate in riferimento all'investimento nella società del gruppo o all'instaurazione con essa di rapporti contrattuali.

L'altro obiettivo della citata disposizione è dato dall'esigenza di consentire un controllo sulle decisioni "influenzate" dall'interesse di gruppo al fine di rilevare l'eventuale presenza di un "contrasto dell'atto con l'interesse della società che lo compie" e permettere così ai soggetti legittimati di valutare di l'eventuale azione di responsabilità di cui all'art. 2497 c.c. Dal punto di vista oggettivo, la norma in esame copre tutte le decisioni che siano la conseguenza di un'interferenza sulla gestione da parte della capogruppo, dunque non solo quelle che possano rivelarsi dannose per gli interessi della società eterodiretta, e in ogni caso tutte le delibere dell'organo amministrativo e quelle dell'assemblea. È dubbio se debbano includersi anche quelle decisioni influenzate dalla holding anche in assenza di conflitto di interessi e neppure potenzialmente dannose.

La motivazione da fornire deve contenere: (i) gli interessi coinvolti nell'operazione; (ii) le ragioni che la sorreggono; (iii) l'analisi dei costi e dei benefici e gli specifici vantaggi compensativi che la giustificano.

Non si rilevano grandi dubbi in merito alla circostanza che tale obbligo sussista anche a carico della società che esercita la direzione ed il coordinamento, tenuta implicitamente a disvelare le direttive di gruppo.

Qualche incertezza in più è da evidenziarsi invece con riferimento alle conseguenze derivanti dalla mancanza di motivazione o dalla sua inadeguatezza, registrandosi diverse soluzioni interpretative al riguardo: 1) l'impugnabilità dell'atto privo di motivazione, solo a condizione che lo stesso sia potenzialmente dannoso per la società; 2) l'annullabilità dell'atto ai sensi degli art. 2377 e 2388 c.c.; 3) l'intangibilità dell'atto e quindi solo eventuali profili di responsabilità degli amministratori. Se tra queste l'annullabilità dell'atto si rivela l'opzione più plausibile — sia nel caso di delibera assembleare che di delibera consiliare — resta ferma, in questo secondo caso, l'ulteriore conseguenza della responsabilità degli amministratori per la violazione dei loro doveri di corretta gestione.

Con l'art. 2497-quater c.c., il legislatore, al fine di fornire un ulteriore strumento di tutela dei soci esterni, ha stabilito che al verificarsi di sostanziali mutamenti delle finalità imprenditoriali della società o dell'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, ovvero al momento in cui ha inizio o cessa tale attività, sia consentito, ai soci delle società controllate, di esercitare il diritto di recesso, regolando al riguardo quattro specifiche ipotesi.

È opportuno precisare che tali opzioni di recesso non si sostituiscono a quelle ordinarie previste dalla disciplina codicistica ma si aggiungono a quelli introdotti con riferimento a ciascun tipo societario.

La ratio di tale norma si può cogliere facilmente: le conseguenze che alcune decisioni della capogruppo possono comportare sulle società coordinate o dirette possono avere effetti non indifferenti su quest'ultime e sul loro patrimonio, risultando dunque potenzialmente pregiudizievoli per gli interessi dei soci. La peculiarità del diritto di recesso all'interno del contesto dei gruppi coincide con la dinamica per cui quest'ultimo è finalizzato non tanto a fungere come limite al potere dalla maggioranza, in occasione di una specifica

deliberazione collegiale, quanto piuttosto come strumento di tutela del socio, nei confronti di eventi estranei alla propria società ed afferenti a dinamiche politico-gestionali della controllante che incidono in modo significativo sull'investimento effettuato dal socio nella società.

La prima ipotesi, prevista dalla lett. a dell'art. 2497-quater comma 1, si verifica laddove la capogruppo deliberi una trasformazione eterogenea che comporti il mutamento del suo scopo sociale. In questa situazione, il socio corre il rischio di vedere mutate le proprie aspettative e le condizioni di rischio del proprio investimento, per effetto dei diversi obiettivi inseguiti dalla capogruppo, entrando dunque in diritto di recedere dalla società controllata.

La seconda ipotesi, prevista sempre dalla lett. a, riguarda una modifica dell'oggetto sociale della capogruppo, aprendo così all'esercizio di attività che "alterino in modo sensibile e diretto le condizioni economiche e patrimoniali della società soggetta ad attività di direzione e coordinamento". Tuttavia, non sempre accade che ad un cambio di oggetto sociale corrisponda necessariamente una maggiore libertà operativa. Risulta dunque necessaria una valutazione caso per caso dell'impatto effettivo sulle attività della società eterodiretta o sul suo assetto economico-patrimoniale, tutt'altro che agevole.

La terza ipotesi di recesso, è regolata dalla lett. b dell'art. 2497-quater comma 1, che riconosce il diritto di recesso al socio della società controllata che abbia ottenuto una sentenza di condanna esecutiva nei confronti di colui che abbia esercitato l'attività di direzione e coordinamento. La ratio di una simile previsione consiste negli indubbi profili di pericolosità celati dietro a un simile scenario, con il rischio che i comportamenti abusivi possano essere ripetuti da parte della capogruppo.

La quarta ipotesi è quella che, probabilmente, ha avuto modo di essere maggiormente applicata visto il suo ampio campo operativo. Essa infatti copre quelle situazioni in cui "si ha inizio ed alla cessazione dell'attività di direzione e coordinamento, quando non si tratta di una società con azioni quotate in

mercati regolamentati e ne deriva un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento e non venga promossa un'offerta pubblica di acquisto".¹⁴

Vi è uniformità di vedute in merito al fatto che tale fattispecie comprenda anche ipotesi in cui avvenga il trasferimento della partecipazione di controllo della capogruppo o una sua modificazione soggettiva che, non diversamente dalle altre fattispecie, implica una modifica delle condizioni di rischio e redditività dell'investimento.

Con l'intenzione di procedere ad alcune considerazioni conclusive sull'art. 2497 quater c.c., è bene non trascurare la portata economica che il recesso di un socio può avere sul patrimonio di una società e sulla sua effettiva capacità di operare sul mercato, da un punto di vista economico e conseguentemente operativo. Tale ultima considerazione deve esser ben tenuta a mente dalla capogruppo che dunque dovrà offrire determinate garanzie gestionali prima di avviare un'operazione di acquisizione se vuole evitare il rischio di "fughe di capitali". Inoltre, appare dubbia la previsione che lega il diritto di recesso alla dimostrazione che quel determinato evento di modifica societaria comporta una modifica delle condizioni di rischio inerenti l'esercizio dell'attività e la redditività dell'investimento". Non sembra infatti di facile dimostrazione e ad avviso di chi scrive è da rilevare che simili effetti sulle dinamiche societarie inizino a risultare evidenti solo a distanza di tempo dall'operazione "sospetta", precludendo così al socio l'esercizio regolare del diritto di recesso entro i termini previsti, i quali pur non espressamente indicarti dovrebbero combaciare con quelli dell'art. 2437 bis per le S.p.A. e dell'art. 2473 per le S.r.l.

1.4 Nozione di controllo

È bene ora soffermarsi sul concetto di controllo, posto che quando c'è quest'ultimo non sempre si è in presenza di un gruppo, ma affinché possa costituirsi un gruppo è necessario un rapporto di controllo tra la Holding e le altre imprese.

¹⁴ Art. 2497 quater lett. c codice civile

In diritto, il controllo è l'attività volta ad assicurare la conformità alle norme giuridiche o all'interesse pubblico di altra attività, mediante l'esercizio dei corrispondenti poteri da parte di un soggetto (il controllante) diverso da quello che svolge l'attività controllata (il controllato), ma tale termine può indicare anche la relazione attraverso la quale si tiene un determinato soggetto sotto il proprio dominio.

Nel nostro ordinamento, la norma cardine di riferimento è l'art. 2359 c.c., ma anche molteplici disposizioni del TUIR fanno riferimento alla nozione di controllo per definirne l'ambito di applicazione. Il legislatore tributario, infatti, ha dimostrato una certa sensibilità verso questo recente fenomeno di aggregazione soggettiva, riconoscendone l'importanza nelle dinamiche economiche del nostro ordinamento e attribuendogli una sua rilevanza distintiva. In alcuni casi fa specifico rinvio alla disciplina civilistica per la definizione di controllo di diritto o per individuare il controllo di fatto, mentre in alcune norme detta una propria e distinta definizione di controllo. In linea generale, è prevista la sussistenza del controllo di diritto quale requisito di accesso ad uno specifico regime. Invece, nelle disposizioni in cui il legislatore intende contrastare comportamenti in aggiramento o di strumentalizzazione di disposizioni tributarie, la sussistenza del controllo sia di diritto sia di fatto ha la funzione di delimitare i confini di applicazione di tali norme.

A ben vedere, sembra, che anche all'interno del TUIR si replichi il controverso rapporto tra la nozione generale di controllo di cui all'art. 2359 c.c. e le definizioni speciali di controllo, in ragione dei diversi scopi legislativi che si intendono perseguire con una determinata previsione legislativa. In ogni caso, è assolutamente possibile che allo scopo di perseguire alcune finalità peculiari della norma tributaria possano sussistere definizioni divergenti dai corrispondenti concetti civilistici. Anzi, si ritiene anche che la norma tributaria possa in taluni casi assumere carattere generale, non circoscritto allo scopo della imposizione, e che il rapporto con il diritto civile si possa ribaltare, estendendo la previsione speciale al diritto comune. Ad avviso di chi scrive, tale possibilità

può rappresentare una risorsa legislativa nel momento in cui garantisce al diritto di essere dinamico e potenzialmente malleabile in ragione delle diverse esigenze pratiche, ma bisogna evitare di creare confusione e fraintendimenti che potrebbero minare il principio fondamentale della certezza del diritto in sede applicativa.

Tra le norme che rinviano esplicitamente al controllo disciplinato dall'art. 2359 c.c., vale la pena evidenziare la Controlled Foreign Corporation Legislation,, gli artt. 175, 177, 178 del TUIRrelativi, rispettivamente, ai conferimenti di aziende, partecipazioni di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c., allo scambio di partecipazioni in cui un soggetto acquista od integra una partecipazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c., comma 1, n.1, e l'ultimo relativo alle fusioni, scissioni, conferimento d'attivo, scambi di azioni concernenti società di Stati membri diversi. Tra le norme che invece rinviano alla nozione ex art. 2359 integrandola con altri presupposti e, vi sono l'art. 98 TUIR, relativo al contrasto della sottocapitalizzazione, l'art. 117 TUIR, che individua i soggetti ammessi alla tassazione di gruppo di imprese controllate residenti tra coloro i quali sussiste il rapporto di controllo di cui all'art. 2359 c.c., comma 1, n.1, con i requisiti di cui all' art. 120 del TUIR etc. etc.

Passando alla disciplina civilistica, ai sensi dell'art. 2359 c.c.:

“Sono considerate società controllate:

1. le società in cui un'altra società, dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell' assemblea ordinaria;
2. le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell' assemblea ordinaria;
3. le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali.

Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma, si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a interposta persona; non si computano i voti spettanti per conto di terzi. “Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole.

L' influenza si presume quando nell' assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati”.

Come si può evincere dal testo della norma, il legislatore non parla di “azione possedute”, ma utilizza il termine “detenute”. La scelta non è casuale: essa infatti risponde all' esigenza di svincolare il concetto di controllo da quello di possesso, consentendo così di ricomprendere in tale fattispecie un numero crescente di situazioni idonee a far ritenere sussistente la condizione di assoggettamento di una società ad un'altra.

Del resto, ad oggi la norma è sostanzialmente rimasta invariata rispetto a quella sviluppata nel 2003, a dimostrazione del fatto che il fenomeno dei gruppi resta ancora un campo complesso dove la proliferazione normativa deve essere limitata.

Dunque, il numero 1 del primo comma descrive una situazione in cui una società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria di un'altra società. In questo caso, l'influenza della società Madre è notevole in quanto in forza della sua posizione ha anche la capacità di nominare gli amministratori.

Rispetto alla normativa precedente ad oggi non è più necessaria la titolarità delle partecipazioni¹⁵, ma è sufficiente la disponibilità della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria. Con quest'ultima espressione ci si riferisce a quelle situazioni in cui si ha a disposizione la maggioranza dei voti esercitabili¹⁶. Ad esempio, una modalità tipica di disponibilità della maggioranza dei voti è costituita dagli accordi in base ai quali uno o più soci si obbligano a votare secondo le indicazioni di un altro soggetto.

L'altra situazione prevista riguarda le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria. In questo caso, la partecipazione pur non essendo maggioritaria consente

¹⁵ ,In quanto non sempre è sufficiente o necessaria per dominare l'assemblea.

¹⁶ A prescindere dal fatto che detti voti risultino insufficienti per l'approvazione di una deliberazione in virtù di quorum deliberativi più elevati fissati dalla legge o dallo statuto

comunque alla società Madre di avere un forte potere nelle decisioni assunte in sede assembleare. Dunque, bisognerà eseguire una verifica “di fatto” più o meno agevole a seconda che si tratti di società quotate o meno. Quando si tratta delle prime, infatti, è più agevole venire a conoscenza dei rapporti partecipativi e relative evoluzioni; più complicato è l’individuazione degli stessi nelle seconde. In ogni caso, è importante sottolineare che la suddetta disponibilità di voti non deve esser occasionale, ma il frutto di posizioni giuridiche e di rapporti che abbiano un certo grado di stabilità, quanto meno in un arco di tempo sufficiente a esercitare tale influenza.

Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi.

Infine, le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. In questo caso i particolari rapporti contrattuali instaurati tra società Madre e società Figlia pongono quest’ultima in una situazione di dipendenza tale da poter ritenere sussistente anche un’influenza forte della società Madre sulle sorti della Figlia. Ad esempio, quando la società A fornisce alla società B materie prime difficilmente reperibili sul mercato o sostituibili.¹⁷

In ogni caso, è bene ricordare le singole società del gruppo conservano, nei confronti del mondo esterno, una propria autonomia giuridica che differenzia il gruppo dalle società divise. Detto altrimenti, l'elemento pregnante che distingue il gruppo di società da una grande azienda divisa con sezioni territorialmente sparse è proprio l'esistenza di un'autonomia giuridica delle singole società facenti parte del gruppo, autonomia mancante nelle varie sezioni riconducibili alla grande azienda divisa.¹⁸

I concetti giuridici di personalità giuridica di soggettività e di centro di imputazione di rapporti giuridici e patrimoniali sono propri delle singole società

¹⁷ Lamandini, “Il controllo”, 1995.

¹⁸ Terzani, Il bilancio consolidato, Torino, Giappichelli, 2015

appartenenti al gruppo. Il controllo da parte di una società non determina il venir meno dell'autonomia delle singole società dotate di distinta soggettività giuridica. La personalità giuridica rimane in capo alle singole società e l'autonomia giuridica delle società del gruppo non fa emergere alcuna responsabilità automatica verso i terzi delle singole società per le obbligazioni assunte dalle altre società.¹⁹

1.5 Interesse di gruppo

Nel gruppo emergono con tutta evidenza diversi interessi, tra cui spiccano l'interesse della controllante, l'interesse delle controllate e l'interesse di gruppo in sé e per sé considerato. Quest'ultimo in particolare si palesa come un concetto peculiare all'interno dei gruppi di società, laddove risulta difficile anche solo da un punto di vista teorico poterlo idealmente separare e discernere da quello che è l'interesse delle società appartenenti al gruppo e soprattutto da quello della holding.

Il suo perseguimento come punto di equilibrio e di compromesso continuo tra l'interesse della controllante e l'interesse delle controllate trova legittimazione nella realtà economico-sociale dell'impresa, quale elemento che non può mai mancare nei rapporti tra le imprese del gruppo.²⁰

Da tempo la dottrina è prevalentemente orientata nel senso di ritenere legittimo - ancorché seguendo differenti percorsi argomentativi - il perseguimento dell'interesse di gruppo, il quale, secondo la giurisprudenza di legittimità, può essere identificato come il “perseguimento di scopi comuni, anche trascendenti dagli obiettivi delle singole società appartenenti all'aggregazione”.²¹

Una prima corrente di pensiero, partendo dalla ricostruzione del gruppo di società come «comunità allargata», ha sostenuto che i vantaggi di tale appartenenza devono confrontarsi con i sacrifici dei singoli membri²².

¹⁹ Valente, *Esterovestizione e residenza*, Milano, Ipsoa, 2008.

²⁰ Giuseppe Settanni e Manuela Ruggi, *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.2, 1 APRILE 2019.

²¹ Mignoli, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contratto e impresa*, 1986.

²² Mignoli, *op. cit.*

Altri autori hanno invece affermato che dall'interesse di gruppo può derivare anche il sacrificio dell'interesse particolare di uno dei suoi componenti.²³

Una seconda corrente di pensiero, pur senza sostenendo la non perseguibilità dell'interesse del gruppo a discapito dell'interesse delle società controllate, ha tuttavia riconosciuto che nei rapporti infragruppo lo svantaggio può trovare contropartita in operazioni nelle quali il vantaggio è in direzione inversa.²⁴

Ad ogni modo, vi è un sostanziale consenso degli interpreti sul principio che la legittimità di qualsivoglia operazione infragruppo trovi il proprio limite nel pregiudizio che la stessa possa arrecare alla singola società del gruppo, dove il termine pregiudizio sembra da intendersi come l'assenza di qualsivoglia vantaggio compensativo, anche di natura economicamente differente, non proporzionale al vantaggio conseguito.²⁵ Tale ultima conclusione è confermata anche dalla Giurisprudenza (Cassazione civile sez. I, 14/10/2010, n.21250)²⁶.

1.6 La crisi del gruppo e possibili scenari futuri

Per completezza espositiva, è bene ora soffermarsi sugli ultimi sviluppi normativi in tema di gruppi di società e fare riferimento al nuovo “Codice della crisi di impresa” che entrerà in vigore il 1 settembre 2021. Il nuovo codice della crisi infatti fornisce finalmente una nozione legislativamente cristallizzata di gruppo, definendolo come: “l'insieme delle società, delle imprese e degli enti,

²³ Gambino, Responsabilità amministrativa nei gruppi societari, in *Giur. comm.*, 1993.

²⁴ Bonelli, Conflitto di interesse nei gruppi di società, in *Giur. comm.*, 1992.

²⁵ Florestano Funari in *"Le Società"* n. 5 del 2005, pag. 636.

²⁶ Che a sua volta riprende Cassazione civile Sez. I sentenza n. 17696 del 4 agosto 2006 “in tema di "gruppi" di società collegate tra loro in senso economico e dirigenziale ma non anche sotto il profilo giuridico - come nel caso in esame -, la validità di atti compiuti dall'organo amministrativo di una di esse in favore di altra alla stessa collegata è condizionata all'esistenza di un interesse economicamente e giuridicamente apprezzabile in capo alla società agente, non potendosi, per converso, predicare la legittimità di atti che, favorendo le società collegate, non abbiano alcun interesse per la società operante, eccedano del tutto i limiti del suo oggetto sociale o addirittura la pregiudichino, con la conseguenza che, al fine di verificare se un'operazione abbia comportato o meno per la società che l'ha posta in essere un ingiustificato depauperamento, occorre tener conto della complessiva situazione che, nell'ambito del gruppo, a quella società fa capo, potendo l'eventuale pregiudizio economico, che da detta operazione sia direttamente derivato, aver trovato la sua contropartita in un altro rapporto, e l'atto presentarsi come preordinato al soddisfacimento di un ben preciso interesse economico, sia pure mediato e indiretto”.

escluso lo Stato, che, ai sensi degli articoli 2497 e 2545-septies del codice civile, sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica, sulla base di un vincolo partecipativo o di un contratto; a tal fine si presume, salvo prova contraria, che: 1) l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci; 2) siano sottoposte alla direzione e coordinamento di una società o ente le società controllate, direttamente o indirettamente, o sottoposte a controllo congiunto, rispetto alla società o ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento”.

Dal dato testuale è possibile evincere come il legislatore continui a reputare fondamentali i rapporti di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 e ss., tanto da averli collocati al centro anche di questa nuova definizione giuridica. A tal fine inserisce due presunzioni sull'esercizio di tale forma di controllo direttamente collegate alla redazione del bilancio e all'esercizio dell'attività di direzione.

La scelta legislativa di occuparsi del gruppo di imprese anche nel contesto della normativa legata alla crisi nasce anche in questo caso da esigenze pratiche.

Il legislatore è consapevole, infatti, che in presenza di un gruppo di imprese è fisiologico che in caso di crisi di un soggetto siano investite anche le altre società del gruppo, e diventa pertanto fondamentale affrontare detta situazione in un'ottica unitaria.

Tra le norme più rilevanti del nuovo codice della crisi di impresa, si segnala la possibilità di predisporre un concordato di gruppo, con la facoltà per il debitore di scegliere se predisporre un unico piano concordatario o una moltitudine di essi, pur sempre collegati tra loro, a condizione che risultino comunque idonei a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria di ciascuna impresa e ad assicurare il riequilibrio complessivo della situazione finanziaria di ognuna. Al fine di snellire la gestione delle procedure poi è stato previsto che la competenza per le domande presentate dai gruppi sarà attribuita alla sezione specializzata in materia di imprese di cui all'articolo 1 del D.lgs. 27 giugno 2003, n.168, e sarà

così consentita la nomina di un unico giudice delegato, un unico commissario giudiziale per tutte le imprese del gruppo e un unico fondo per le spese di giustizia.

Per ciò che concerne il contenuto del piano, è possibile prevedere la liquidazione di alcune imprese e la continuazione dell'attività di altre imprese del gruppo, anche attraverso operazioni contrattuali e riorganizzative, inclusi i trasferimenti di risorse infragruppo, purché un professionista indipendente attesti che dette operazioni sono necessarie ai fini della continuità aziendale. Dalla disciplina appena illustrata emerge chiaramente l'influenza della teoria dei vantaggi compensativi di cui all'art. 2497 c.c., in virtù della quale l'interesse individuale può essere sacrificato in una logica di gruppo quando l'impresa riceva per altro verso vantaggio dalla sua partecipazione allo stessi. In tal senso, il rischio da neutralizzare in ipotesi di procedure concorsuali di gruppo è quello per cui avvengano travasi di denaro da una ad altra impresa del gruppo, con pregiudizio dei creditori delle singole imprese.

È poi da evidenziare la possibilità di una procedura di liquidazione giudiziale unitaria. La condizione richiesta dalla norma è che risultino opportune forme di coordinamento nella liquidazione degli attivi, "in funzione dell'obiettivo del migliore soddisfacimento dei creditori delle diverse imprese del gruppo, ferma restando l'autonomia delle rispettive masse attive e passive". Dal dato testuale è evidente che la possibilità di procedere ad una procedura unitaria dipenda dal presupposto che tale scelta sia funzionale all'ottenimento di maggiori introiti dalla vendita dei cespiti aziendali e quindi al miglior soddisfacimento dei creditori, e lascia comunque impregiudicata la separazione patrimoniale delle singole società.

Sono infine previsti alcuni obblighi informativi per le domande di accesso a procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza presentata da un'impresa appartenente ad un gruppo, al fine di rendere note, in particolare: informazioni analitiche sulla struttura del gruppo e sui vincoli partecipativi o contrattuali esistenti tra le società e imprese; indicare il registro delle imprese o i registri

delle imprese in cui è stata effettuata la pubblicità ai sensi dell'articolo 2497-bis del codice civile; depositare il bilancio consolidato di gruppo, ove redatto.

In ogni caso, la nuova definizione di gruppo di imprese inserita all'interno del codice della crisi di impresa rappresenta sicuramente un passo importante per questo istituto e si è certi che avrà un peso non indifferente anche in altri contesti normativi, dove risulterà difficile per gli interpreti non tenerne conto quando si tratterà di applicare determinati istituti. Tale norma rappresenta il punto di arrivo di 20 anni di ricostruzioni giurisprudenziali, in cui gli addetti ai lavori si sono dovuti districare tra l'incompleta disciplina civilistica e l'assenza di una vera e propria definizione codificata.

In ottica futura, essa può rappresentare lo slancio determinante per un utilizzo più diffuso e consapevole di questo strumento di aggregazione.

Già negli ultimi anni si è assistito a un trend in continua crescita con riferimento al numero di imprese che fanno parte di gruppi societari. Oltre alle dinamiche già esposte in merito ai vantaggi economici (e non) che l'appartenenza ad un gruppo può portare alla singola impresa, altri effetti positivi possono rilevarsi anche in termini di risposta alle situazioni di crisi. Tale ultimo assunto è valido non solo con riferimento ai nuovi istituti introdotti dal nuovo codice della crisi di impresa ma anche grazie alla condivisione dei rischi imprenditoriali tra membri di un gruppo e al trasferimento interno di risorse laddove il recupero finanziario di un'impresa è interesse di tutti e agevola pertanto il recupero di situazioni economiche dissestate.

Si ritiene che tali dinamiche potrebbero favorire le PMI laddove in un contesto sempre più globalizzato e internazionale risulta difficile emergere ed affermarsi. Pertanto, creare un "network tra imprese" potrebbe favorire in un mercato così concorrenziale l'emergere di piccole realtà rimaste fino ad oggi ai margini, e questo tipo di approccio sarebbe sostenibile non solo in presenza di una grande capogruppo che funge da "trascinatrice", ma anche attraverso la creazione di gruppi formati esclusivamente da PMI le quali, mettendo a disposizione le loro specifiche competenze nei rispettivi settori, potrebbero compensare quella

mancanze tecnico/economiche necessarie per competere con realtà più grandi e strutturate.

Capitolo 2 - Disciplina fiscale nazionale dei gruppi societari

2.1 Contesto fiscale

Il gruppo di società è un'entità soggettiva giuridico/economica ormai molto diffusa, ed è uno strumento di aggregazione sempre più utilizzato dalle imprese. Nonostante questa indubbia circostanza fattuale, come detto non si è ancora arrivati al riconoscimento nel nostro ordinamento del gruppo quale soggetto unitario capace di superare la soggettività delle singole società appartenenti al gruppo stesso²⁷.

Da un punto di vista squisitamente tributaristico, riferirsi al problema della soggettività passiva tributaria significa interrogarsi su quali siano i presupposti che consentono di individuare l'idoneità di un centro di riferimento a divenire titolare di situazioni giuridiche soggettive contemplate dalle norme tributarie, e non si può ignorare il nesso con la parallela disputa civilistica.

Di conseguenza, se è vero che sul piano civilistico non si è ancora arrivati ad una definizione compiuta del "gruppo di società", non si fatterà a comprendere come anche su un piano fiscale manchi questo tipo di nozione giuridica, risultando dunque difficile poter ipotizzare un nuovo tipo di soggettività passiva tributaria senza poterla ancorare ad un'entità compiutamente definita dal diritto vigente²⁸.

Dunque, in assenza di un riferimento compiuto anche nel campo del diritto tributario, si può pensare di applicare anche qui il suddetto inquadramento del gruppo di società, sopra definito come "un'aggregazione di imprese societarie formalmente autonome e indipendenti ma assoggettate ad una direzione unitaria". Esse subiscono, infatti, l'influenza di un'unica società, la c.d. capogruppo o holding, che direttamente o indirettamente le controlla e dirige secondo un disegno unitario, per il conseguimento di uno scopo unico e comune a tutto il gruppo.

²⁷ Livia Salvini, *Diritto tributario delle Attività economiche*, 2019.

²⁸ Sebbene ciò, come si vedrà, sia stato effettivamente realizzato nell'ambito del gruppo IVA.

Si potrebbe correttamente osservare che il legislatore tributario non è vincolato alle conclusioni del suo *alter ego* civilistico, potendosene discostare a seconda delle esigenze pratiche derivanti dall'applicazione di concetti squisitamente tributari. Qui la dottrina è storicamente divisa tra chi sostiene che gli enti privi di personalità di diritto comune, in quanto non dotati di capacità giuridica, non sono da considerare soggetti passivi d'imposta e chi ritiene che il legislatore tributario avrebbe potuto introdurre di nuove, al solo scopo di individuare "centri" cui riportare i presupposti funzionali al prelievo, assegnando ad essi una capacità giuridica speciale, una sorta di capacità di diritto tributario ancorata all'attitudine alla contribuzione²⁹. Tuttavia, è da evidenziare che discostarsi completamente dai concetti civilistici potrebbe portare a conseguenze pericolose, e che dunque conviene pur sempre operare all'interno del complesso normativo civilistico.

Tuttavia è innegabile che dal punto di vista normativo il legislatore tributario possiede da sempre la capacità di esercitare una forte influenza sui fenomeni socio economici della realtà, attraverso l'introduzione di norme che alterino la pressione impositiva su determinati fenomeni incentivando o meno il ricorso a taluni istituti.

Nei confronti dei gruppi societari, la mancanza di una nozione compiuta di Gruppo di società potrebbe all'apparenza condurre alla conclusione che il Legislatore tributario sia ostile a questo tipo di forma di aggregazione, ma in realtà sono stati introdotti negli ultimi anni una serie di strumenti a disposizione della Holding e delle controllate che hanno reso la costituzione di un gruppo una scelta molto conveniente. Anzi, secondo una parte della dottrina³⁰ tra le ragioni del successo dell'istituto del gruppo societario in Italia vi sono anche fattori provenienti dal diritto tributario laddove gli interventi normativi in tema di agevolazioni fiscali per le operazioni di scorporo e di conferimento di azienda hanno sicuramente favorito la nascita di questo tipo di aggregazioni societaria.

²⁹ Gallo, La soggettività tributaria nel pensiero di G.A. MICHELI, in Rass. Trib. n. 3 del 2009, pag. 611.

³⁰ Lovisolo, Gruppo di imprese e imposizione tributaria, Padova, 1985, pp. 4-5.

D'altro canto, non possono essere ignorate talune spinte sovranazionali in termini di una maggiore libertà economica, che si traduce di conseguenza in minori vincoli organizzativi e impositivi che possano favorire la nascita di questo tipo di aggregazioni economiche. Inoltre, anche il tema della concorrenza tributaria tra stati assume certamente una sua rilevanza quando si devono compiere scelte di questo tipo. Infatti, spostandosi un attimo sulla disciplina contabile e prendendo in considerazione il D.Lgs. 9 aprile 1991, n. 1275 che ha previsto la redazione del cd. bilancio consolidato³¹, ciò che si evince è come il legislatore italiano non attribuisca al gruppo rilevanza giuridica come entità autonoma e soggettivizzata. Infatti, mentre la VII Direttiva Comunitaria attribuisce al bilancio consolidato la funzione di “rappresentare la situazione patrimoniale, finanziaria ed economica delle imprese incluse nel consolidamento come se fossero un'unica impresa”, il legislatore italiano parla di “complesso di imprese costituito da controllante e controllate”, ponendo l'accento sul rapporto di controllo

In particolare, l'atteggiamento inerte del legislatore favoriva la migrazione delle holding verso Paesi industrializzati con sistemi fiscali più efficienti e che vantavano maggiore “appetibilità” in tale ambito ed era in netto contrasto con gli obiettivi dell'Unione

Prescindendo da queste questioni che potremmo definire “di principio”, da un punto di vista prettamente pratico la tassazione del gruppo d'impresa potrebbe in teoria avvenire seguendo due modelli diversi: Ogni società, in modo autonomo, calcola l'imposta dovuta e adempie alla propria obbligazione tributaria oppure la capogruppo procede alla somma algebrica dei redditi delle singole società sulla base dei dati da quest'ultime fornite, procedendo poi alla liquidazione dell'imposta del gruppo.

Probabilmente, la scelta più conveniente potrebbe rivelarsi quella di tassare il gruppo di società come entità a sé stante in quanto può essere maggiormente

³¹ ..cioè di un documento contabile che deve rappresentare, in maniera veritiera e corretta, la situazione patrimoniale ed economica di tutte le imprese appartenenti al gruppo, nonostante la loro piena autonomia sul piano giuridico.

rispondente alla realtà rispetto alla scelta diametralmente opposta di tassare le singole società singolarmente, specialmente laddove il controllo della holding sia particolarmente intenso.

Nel corso degli anni e a partire dalla diffusione del gruppo nella realtà economica, il legislatore è intervenuto prevalentemente al fine di evitare possibili operazioni patologiche che la struttura del gruppo poteva offrire; si tratta, quindi, di norme prevalentemente a carattere antielusivo. Gli interventi effettuati prima della riforma del 2003, che tuttavia non sono sistematizzabili in unico disegno di fondo, possono essere sinteticamente riportati: riguardo la fase dell'adempimento dell'obbligazione, relativamente al trasferimento delle eccedenze d'imposta ex art. 43-ter del D.p.r. n. 602 del 1973; riguardo al riporto delle perdite, relativamente all'inapplicabilità dei limiti al riporto delle stesse cui art. 84 comma 3 del TUIR (già prevista nel vecchio articolo 102 Tuir); relativamente all'Iva, è stata offerta la facoltà di realizzare una liquidazione Iva di gruppo¹¹ (art. 73, comma 3 del D.p.r. 633/1972); in ambito internazionale, mediante la normativa delle *Controlled foreign companies* (art. 167 del D.p.r. 917 del 1986)³².

Finalmente nel 2003 il legislatore ha provveduto con la legge delega n. 80, che portò al riconoscimento fiscale del gruppo mediante l'istituto del consolidato fiscale nazionale. Questo fu il risultato, come anticipato, anche delle spinte sovranazionali, e finalmente la tassazione di gruppo portò un maggior allineamento tra il sistema fiscale italiano e quello dei più importanti paesi membri dell'Unione Europea che già disponevano di una normativa riguardo la tassazione di gruppo. E questo fattore si rileva determinante non solo in tema di "modernità" di un sistema rispetto ad un altro, ma è decisivo anche nelle valutazioni delle grandi multinazionali con riferimento all'allocazione delle loro risorse, che dunque dal 2003 sono più invogliate a investire nell'Italia.

Di seguito si analizzeranno i principali istituti presenti nel nostro ordinamento che assumono rilevanza con riferimento al Gruppo in quanto tale o ai rapporti

³² Maccuro D., Consolidato nazionale e transfer pricing domestico, in Fiscooggi, rivista telematica, 2005.

di controllo intercorrenti tra la holding e le controllate, e si vedrà come questo particolare forma di aggregazione tra imprese è stata inserita all'interno del nostro ordinamento tributario.

2.2 Regime della trasparenza

2.2.1 Introduzione

Il primo istituto che viene in rilievo nell'ambito della tassazione di gruppo è quello della trasparenza fiscale.

La trasparenza fiscale è un istituto che è destinato fundamentalmente ad essere applicato dalle società di persone, ma il suo ambito applicativo è stato successivamente esteso ai gruppi societari.

In base a questo regime, l'eventuale reddito o perdita della società Partecipata, viene direttamente imputato alla Holding, proporzionalmente alla sua quote di partecipazione ed in modo indipendentemente dalla loro distribuzione.

La controllata dunque avrà l'onere di presentare la dichiarazione dei redditi, ma senza il relativo obbligo di pagamento dell'IRES il quale verterà dunque sulla controllante in proporzione alle quote detenute, garantendo a quest'ultima la possibilità di dedurre le eventuali perdite della Partecipata.

Sono previste due differenti forme di trasparenza.

La prima è la c.d. "trasparenza ordinaria", ed è applicabile dalle società di capitali residenti che hanno come soci altre società di capitali residenti e, in alcuni casi, società non residenti. La percentuale di partecipazione agli utili e di diritti di voti esercitabili nell'assemblea ordinaria da esse detenute non devono essere inferiore al 10% e superiore al 50%. La ratio di tali limiti quantitativi risiede da una parte nella volontà del legislatore di voler segnare una soglia di differenziazione tra il consolidato e la trasparenza fiscale (50 %), dall'altra persegue invece la finalità di impedire il ricorso all'istituto della trasparenza in presenza di una base sociale molto frazionata, priva in quanto tale di un forte

legame con la partecipata, essendo quest'ultimo uno degli elementi costitutivi della logica che ha ispirato la nascita di tale istituto,

La seconda, c.d. "trasparenza speciale", riguardante le "piccole" società a responsabilità limitata (il cui volume d'affari non supera quello rilevante ai fini dell'applicazione degli studi di settore), i cui soci sono soltanto persone fisiche in numero non superiore a 10, ovvero a 20 se società cooperativa. Non ci sono delle soglie minime e massime per il socio singolo e, conseguentemente, l'opzione è consentita anche alle società unipersonali.

L'opzione per la trasparenza fiscale dovrà essere esercitata sia dalla partecipata che dalle singole società partecipanti, secondo il principio "*all in, all out*"; è irrevocabile, ha effetto per tre esercizi sociali della società partecipata e può essere rinnovata.

Tuttavia ci sono alcune ipotesi in cui l'applicazione di tale istituto è preclusa.

In primis, nella situazione in cui i redditi di una società partecipante godano di una riduzione della aliquota Ires. In tale ipotesi non può applicarsi la trasparenza fiscale dal momento che i risultati reddituali conseguiti dalla partecipata, sottoposta a tassazione ordinaria, sarebbero imputati direttamente ad una società che fruisce, invece, di una tassazione ridotta, con conseguente pregiudizio per l'Erario³³.

In secondo luogo, è precluso il ricorso alla trasparenza fiscale quando la società partecipata abbia già optato per il consolidato, nazionale o mondiale, sia come consolidata che come consolidante. Se la partecipata ha aderito al consolidato come controllante, l'adozione del regime fiscale in parola è vietato al fine precipuo di impedire che l'imponibile di gruppo sia imputato per trasparenza a società che sono socie, ma non controllanti, della società capogruppo che consolida. La partecipata non può, inoltre, aderire alla trasparenza nel caso in cui abbia preso parte al consolidato in qualità di controllata, ed è quindi posseduta per oltre il 50% dalla società controllante. In tal caso, il ricorso al regime di trasparenza fiscale è impedito dal fatto che quest'ultima non può

³³ Si segnala sin da subito che anche nel consolidato vi è una previsione analoga fondata sulla medesima ratio.

optare per la trasparenza, poiché detiene una partecipazione superiore al 50% nel capitale sociale della controllata.

Dal punto di vista contabile, i crediti di imposta, le ritenute a titolo di acconto sui redditi della società partecipata e gli acconti già versati si scomputano dalle imposte dovute dalle singole società partecipanti, secondo la percentuale di partecipazione agli utili detenuta dalle stesse. L'imputazione del reddito avviene nei periodi di imposta delle società partecipanti in corso alla data di chiusura dell'esercizio della società partecipata". Differenti possono essere, dunque, i periodi di imposta delle società partecipanti, diversamente da quel che invece accade nel regime di consolidato fiscale. La società partecipata "trasparente" non deve alcuna imposta al Fisco, pur essendo, tuttavia, garante del debito di imposta che grava sulle partecipanti.

Per ciò che concerne la responsabilità dell'obbligazione tributaria, ogni socio risponde del debito tributario derivante dai risultati reddituali conseguiti durante l'esercizio sociale, ma la partecipata "garantisce con il proprio patrimonio gli obblighi tributari da parte dei soci"; in particolare "la società partecipata è solidalmente responsabile con ciascun socio per l'imposta, le sanzioni e gli interessi, conseguenti all'obbligo di imputazione del reddito". L'art. 13 del d. m. attuativo specifica che la responsabilità solidale non sussiste in caso di omessa o parziale dichiarazione da parte del socio del reddito imputato per trasparenza dalla partecipata o in caso di omesso o carente versamento dell'imposta da parte del socio". Il legislatore fiscale riconosce, pertanto, in capo alla partecipata una responsabilità cd. "da accertamento", poiché essa risponde, insieme alle partecipanti, esclusivamente in caso di infedele, incompleta, omessa dichiarazione del proprio risultato reddituale. In tal maniera si vuole, dunque, evitare che la responsabilità della società partecipata, per inadempimenti del singolo socio, possa indirettamente porre a carico dei restanti soci le conseguenze economiche dell'inadempienza, con evidente pregiudizio per questi ultimi.

2.1.2 Rapporto tra trasparenza fiscale e consolidato nazionale

È bene ora soffermarsi sul rapporto che sussiste tra trasparenza e consolidato nazionale in quanto sussiste una preclusione per la società che abbia preventivamente esercitato l'opzione come partecipata in un perimetro di trasparenza a diventare controllante o controllata nel consolidato nazionale.

Nel caso, dunque, in cui una certa società abbia previamente esercitato l'opzione come partecipata in un perimetro di trasparenza, essa non può esercitare successivamente l'opzione come controllante o controllata per un perimetro di consolidato (art. 115, comma 1, lett. b, del TUIR) In base all'art. 4, comma 1, del D.M. 9 giugno 2004 (in materia di consolidato nazionale) l'opzione per il consolidato nazionale non può infatti essere esercitata dalla società che ha previamente optato, in qualità di partecipata, per la trasparenza fiscale di cui all'art. 115 del TUIR. Quindi l'opzione per la trasparenza come partecipata preclude, per la partecipata in quel perimetro di trasparenza, l'opzione per il consolidato sia in qualità di controllante che di controllata.

Sussiste, invece, per la partecipante in un perimetro di trasparenza, la facoltà di esercitare l'opzione come controllante o controllata nel consolidato nazionale. Infatti nel caso in cui una società abbia previamente la qualità di partecipante in un perimetro di trasparenza, essa può infatti esercitare successivamente l'opzione come controllata o come controllante per un perimetro di consolidato. L'art. 1, comma 3, del D.M. 23 aprile 2004 (in materia di trasparenza) prevede, infatti, che l'opzione per la trasparenza può essere esercitata dai soci della partecipata (le società partecipanti) anche se gli stessi optino in qualità di soggetti controllanti o controllati per la tassazione di gruppo di cui agli artt. 117 e 130 del TUIR. Ne deriva che la qualità di partecipante in un regime di trasparenza non osta, per la partecipante in quel perimetro di trasparenza, all'esercizio dell'opzione per il consolidato sia come controllante che come controllata.

Dunque, possono verificarsi due tipi di situazioni: se una certa società ha previamente la qualità di partecipante in un perimetro di trasparenza, essa può

esercitare successivamente l'opzione come controllante per un perimetro di consolidato, cosicché vi sarà un perimetro di consolidato nazionale successivo collocato "lateralmente" ad un perimetro di trasparenza, ed i due perimetri divideranno la controllante/partecipante (mentre la/e controllata/e e la partecipata saranno società diverse). Se, invece, una certa società ha previamente la qualità di partecipante in un perimetro di trasparenza, essa può esercitare successivamente l'opzione come controllata per un perimetro di consolidato, cosicché vi sarà un perimetro di consolidato nazionale successivo collocato "al di sopra" di un perimetro di trasparenza, ed i due perimetri divideranno la controllata/partecipante (mentre la controllante e la partecipata saranno società diverse).

2.3 Consolidato Nazionale

2.3.1 Introduzione

Il consolidato fiscale nazionale è un istituto introdotto nel nostro ordinamento dal DPR n. 917 del 1986 ed entrato in vigore dal 1 gennaio 2004. All'interno del TUIR esso è disciplinato dagli articoli dal 117 al 129, e la sua finalità è quella di "rendere il sistema tributario italiano omogeneo a quelli più efficienti in essere nei Paesi membri dell'Unione Europea"³⁴. Esso è un regime di tassazione opzionale finalizzato alla determinazione del reddito complessivo Ires per tutte le società partecipanti ad un gruppo, rappresentato dalla somma algebrica delle singole basi imponibili che risultano dalle rispettive dichiarazioni dei redditi. I vantaggi offerti da tale istituto consistono, principalmente, nella possibilità di compensare infragruppo gli utili e le perdite fiscali.

Tale istituto rappresenta il primo vero riconoscimento su un piano legislativo e tributario del fenomeno di gruppo, ormai affermatosi stabilmente nelle dinamiche economiche italiane e internazionali. Da questo ultimo punto di vista,

³⁴ Relazione illustrativa al D.Lgs. n. 344/2003.

si vedrà nei capitoli successivi come talune Direttive europee degli anni successivi attribuiscono l'applicazione di taluni regimi fiscali di favore proprio alla presenza di una struttura di gruppo, talvolta citandola espressamente, talvolta stabilendo presupposti applicativi inerenti situazioni di controllo societario del tutto riconducibili alla presenza di un gruppo di società. In tal senso, si veda la Direttiva Madre-Figlia, la Direttiva sugli interessi e i royalties o la proposta per la c.d. CCCTB.

Nell'operare una simile politica legislativa, il legislatore ha dovuto in prima battuta operare una scelta, ai fini dell'individuazione del centro di imputazione dell'obbligazione tributaria, tra l'opportunità di mantenere un'individuale autonomia tributaria delle controllate e la creazione di una nuova e unica soggettività tributaria in capo alla Holding.

La dottrina maggioritaria è unanime nel ritenere che alla luce dell'analisi della normativa di riferimento il legislatore abbia optato per la prima soluzione, senza ricorrere dunque all'eliminazione delle singole individualità delle controllate. A tal proposito viene sostenuto come "l'intera disciplina poggia sul presupposto che ciascuno dei soggetti facenti parte dell'aggregazione mantenga la propria autonomia sul piano giuridico. Pertanto non si assiste alla creazione di un nuovo soggetto passivo dell'imposta sulle società, e tutto si risolve nell'attribuzione alla capogruppo del diritto di far confluire, in un unico supporto dichiarativo, i redditi e le perdite che, in difetto di opzione, ciascuna controllata sarebbe stata costretta a dichiarare autonomamente.³⁵

Tale conclusione tra l'altro è stata confermata da una recente sentenza della Cassazione³⁶, in cui, con riferimento alla capo gruppo, si è affermato che la partecipazione ad un consolidato fiscale non fa venir meno l'individualità delle società che hanno esercitato l'opzione.

In concreto, il consolidato fiscale nazionale prevede la possibilità di calcolare l'IRES in modo unitario, attraverso la determinazione in capo alla holding di

³⁵ Beghin M., Le opportunità del consolidato nazionale nella nuova imposta sulle società, in *Corriere tributario*, n°28/2003, pag. 2281.

³⁶ Cassazione, Sez. Trib, sentenza 13 febbraio 2020, n. 3598.

un'unica base imponibile calcolata in base al reddito complessivo di tutte le società partecipanti al consolidato, derivante dalla somma algebrica degli imponibili e delle perdite fiscali di ciascuna società partecipante e della holding. Ogni singola società partecipante dovrà dunque redigere una propria dichiarazione dei redditi e inviarla successivamente alla società controllante che redigerà, oltre alla propria dichiarazione dei redditi, anche la dichiarazione dei redditi consolidati di gruppo.

È bene da subito precisare che il suo funzionamento non ha tratti comuni e non è derivato dal suo corrispettivo in ambito contabile, in quanto il suo risultato a cui si arriva per determinare il debito d'imposta è del tutto indipendente e peculiare rispetto al bilancio consolidato.

2.3.2 Ambito soggettivo e l'intervento della Corte di Giustizia del 2015

La partecipazione a tale regime può avvenire in qualità di due diverse tipologie di soggetti: società controllante ovvero società controllata.

Possono infatti essere ammesse in qualità di controllanti: tutte le società di capitali residenti e gli enti pubblici e privati residenti, diversi dalle società, che hanno oggetto principale o esclusivo l'esercizio di attività commerciali. Inoltre, tale possibilità è prevista anche per le società e gli enti di ogni tipo, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato, a condizione che sussistano contemporaneamente alcuni requisiti quali la residenza della controllante estera in uno Stato con il quale è in vigore un accordo contro la doppia imposizione e che consenta lo scambio di informazioni³⁷ con lo Stato Italiano, come chiarito dall'Agenzia delle Entrate nella circolare del 20 dicembre 2004, n. 53/E, e l'esercizio nel territorio dello Stato di un'attività d'impresa tramite una stabile organizzazione che assume la qualifica di consolidante. Con riferimento alle società di diritto estero che trasferiscono la loro residenza in Italia, l'Agenzia delle Entrate³⁸ ha chiarito che può aderire al

³⁷ Sul tema, si veda Saponaro "Scambio di informazioni fiscali nell'Unione europea" Trento, 2012.

³⁸ Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate 12 agosto 2005, n. 123.

consolidato in qualità di controllata, purché la forma giuridica della stessa sia omologabile a quelle richieste dall'art. 120 del TUIR. Successivamente, attenta dottrina si è interrogata circa la possibilità di inserire anche le società Consortili nel perimetro del consolidato. Tale dubbio è stato dipanato da una Risoluzione dell'Agenzia delle entrate³⁹, con la quale è stato chiarito che anche le società Consortili, se costituite nelle forme di s.p.a., s.r.l. o s.a.p.a, possano essere ammesse al regime di consolidato in qualità di controllate⁴⁰. In effetti, a parere di chi scrive, nessuna causa ostativa viene in rilievo a tal fine. Dall'analisi della disciplina codicistica, infatti, si può evincere come la ratio dell'istituto delle società consortili afferisca alla causa del loro oggetto sociale e non alla loro forma giuridica, e pertanto risulterà ancora applicabile la disciplina prevista per le corrispondenti società "non consortili". Tale assunto è stato condiviso anche dalla Suprema Corte⁴¹, laddove è stato chiarito che una deroga alla disciplina ordinaria è prevista solo in presenza di profili incompatibili con il fenomeno consortile. L'unico dubbio a questo punto attiene alla possibilità per le società consortili di ricoprire anche il ruolo di controllante. Tale possibilità non è stata espressamente sancita dalla suddetta risoluzione dell'Agenzia delle Entrate, ma neanche esclusa. Probabilmente, considerando l'assunto giuridico-fattuale per cui si ritiene ammissibile per tali società ricoprire il ruolo di controllate, è ammissibile anche che le società consortili ricoprano il ruolo di controllante, come osservato da attenta dottrina⁴².

Tale disciplina, inoltre, può trovare applicazione anche per soggetti neocostituiti già a partire dal primo esercizio, a condizione che essa intervenga entro il termine utile per l'esercizio dell'opzione ex art. 119 TUIR, come ha chiarito dal Ministero dell' economia e delle finanze.⁴³ Tuttavia, a parere di chi scrive tale previsione meriterebbe qualche accorgimento. Come si evince dalla più recente

³⁹ Risoluzione 15 marzo 2007, n. 52/E dell'Agenzia delle Entrate.

⁴⁰ Come era stato confermato anche nella "Relazione finale della Commissione di Studio sulla imposizione fiscale sulle società", (c.d. Commissione Biasco), parte II, Cap. 3, par. 2.9.

⁴¹ Cassazione, sentenza del 27 novembre 2003, n. 18113.

⁴² Leo, Le imposte sui redditi nel testo unico, Milano, 2011, Tomo II.

⁴³ Art. 2, comma 1, D.M. 9 giugno 2004.

Giurisprudenza europea⁴⁴, infatti, è bene porsi con atteggiamento cauto verso situazioni in cui determinate strutture societarie vengono create ad hoc al fine di godere dei vantaggi di un determinato regime fiscale. Infatti, se da un lato non sono condannate “ex se” le manovre societarie finalizzate a sfruttare i vantaggi che un determinato sistema fiscale nazionale può offrire, o la combinazione di alcuni di essi, è bene porre l’attenzione su possibili fenomeni elusivi che ne possono scaturire.

In ogni caso, successivamente, il D.Lgs. n. 147/2015 è intervenuto ampliando l’ambito soggettivo di applicazione della disciplina del consolidato fiscale nazionale. Sono state eliminate infatti le disposizioni che non consentivano alle società “sorelle” residenti ed alle stabili organizzazioni in Italia di società residenti in un altro Stato membro, entrambi detenute da controllanti estere, di consolidare le proprie basi imponibili.

È stato dunque inserito nell’art. 117 TUIR il comma 2-bis che consente a società “sorelle” controllate da un soggetto non residente di consolidare le proprie basi imponibili, indipendentemente dal fatto che esse siano residenti in Italia oppure stabili organizzazioni nel territorio dello Stato di società residenti in altri Stati⁴⁵. Dal punto di vista operativo, il soggetto controllante non residente dovrà indicare la controllata tenuta ad esercitare l’opzione per il consolidamento ed essa assumerà il ruolo e le responsabilità di consolidante, mentre com’è ovvio concludere i requisiti del controllo per l’esercizio dell’opzione da parte della controllata designata devono sussistere in capo alla controllante non residente. Nella c.d. “*fiscal unit*” possono rientrare anche le stabili organizzazioni di società non residenti controllate dal medesimo soggetto, purché dette società abbiano una forma giuridica analoga a quelle di cui al comma 1 dell’art. 120 TUIR⁴⁶ e siano residenti in Stati appartenenti all’Unione europea ovvero in Stati aderenti all’Accordo sullo Spazio economico europeo con il quale l’Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni.

⁴⁴ Vedi i c.d. “Casi Danesi”.

⁴⁵ Per chiarimenti in tal senso, si veda la Circolare della Agenzia delle Entrate del 26 settembre 2016, n. 40/E.

⁴⁶ SPA, SAPA o SRL.

Tuttavia c'è un limite: la controllata designata non può esercitare l'opzione con le altre società da cui è controllata; occorre un esame della percentuale di partecipazione al capitale. Pertanto, l'esercizio dell'opzione da parte della controllata designata incontra il limite di non poter consolidare società da cui essa stessa sia controllata⁴⁷.

Tale modifica si è resa necessaria in seguito alle pronunce della Corte di Giustizia del 12 giugno 2014 n. C-39/13, C-40/13 e C-41/13 in cui ha stabilito che non è conforme al diritto dell'Unione una normativa come per la quale non è consentito il regime di consolidamento fiscale in mancanza di una società o ente controllante residente in quanto contrastante con la libertà di stabilimento. In queste sentenze, la Corte di Giustizia si è dovuta pronunciare in merito alla compatibilità con il principio della libertà di stabilimento della disciplina olandese di gruppo che non consentiva di creare un' "entità fiscale" fra società residenti in presenza di una società controllante non residente se nel sistema di partecipazioni erano presenti "subholding" residenti in Stati membri diversi (prive di uno stabilimento fisso nei Paesi Bassi). La Corte ha dunque ribadito il generale divieto per gli Stati membri di discriminazione tra articolazioni transnazionali e articolazioni nazionali dei gruppi di imprese, concedendo così solo a questi ultimi vantaggi (in questo caso di natura fiscale) che ai primi vengono invece negati. La corte ha infatti evidenziato come tale normativa determini una disparità di trattamento tra le società controllanti residenti, le quali possono beneficiare del regime di tassazione di gruppo, e le società non residenti che detengono partecipazioni di società residenti nel territorio dello Stato, con il risultato dunque di considerare la residenza quale requisito necessario per accedere a quel determinato regime fiscale.

In conclusione, dopo aver negato come causa di giustificazione la coerenza del regime fiscale collegata all'esigenza di evitare una doppia deduzione delle

⁴⁷ Mastroberti Raffaele in "Pratica fiscale e professionale" n. 43 del 2016.

perdite del gruppo, la Corte ha affermato che “gli articoli 49 TFUE e 54 TFUE devono essere interpretati nel senso che essi ostano alla normativa di uno Stato membro in forza della quale un regime di entità fiscale unica viene concesso a una società controllante residente che detiene controllate residenti, ma viene escluso per società sorelle residenti la cui società controllante comune non abbia la sua sede in tale Stato membro e non disponga ivi di una sede stabile”⁴⁸. Com’è intuibile, tale decisione comporta conseguenze giuridiche non solo per i Paesi Bassi ma anche per tutti quegli stati la cui normativa prevede simili effetti preclusivi per l’accesso al regime della tassazione di gruppo, tra cui appunto rientra anche l’Italia che ha provveduto con il suddetto D.Lgs. n. 147/2015.

Come si vedrà, tale decisione risulta coerente con le intenzioni del legislatore europeo volte a creare un insieme di regole tributarie sempre più uniforme all’interno del mercato unico, le quali rendano indifferenti le politiche fiscali di allocazione delle risorse. Tali intenti, dovrebbero nei prossimi anni culminare nella realizzazione della c.d. proposta di CCCTB.

Per quanto riguarda invece le società ammesse in qualità di consolidate o controllate, il perimetro risulta essere maggiormente circoscritto: anzitutto, deve sussistere il rapporto di controllo di cui all’articolo 2359, comma 1, numero 1), del codice civile, con i requisiti di cui all’articolo 120 TUIR; non devono fruire di una riduzione dell’aliquota d’imposta Ires,, non devono essere sottoposte a fallimento, liquidazione coatta amministrativa o ad amministrazione straordinaria ;non devono avere optato per il regime di trasparenza o per quello della *tonnage tax*; deve sussistere identità dell’esercizio sociale di ciascuna società controllata con quello della società o ente controllante.

Inoltre, non devono essere sottoposte a fallimento, liquidazione coatta amministrativa o ad amministrazione straordinaria e non devono aver optato per il regime di trasparenza fiscale.

Infine è da evidenziare che possono rivestire il ruolo di controllate anche le” stabili organizzazioni nel territorio dello Stato di soggetti residenti in Stati

⁴⁸ CGUE, cause C-39/13, C-40/13 e C-41/13.

appartenenti all'Unione europea o in Stati aderenti all'Accordo sullo Spazio economico europeo con il quale l'Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni”.⁴⁹

Da ultimo, sempre con riferimento all’ambito soggettivo del consolidato, si segnala una recente sentenza della CGUE, nella causa C-749/18, che ha sancito la contrarietà al diritto dell’Unione delle legislazioni nazionali che non prevedono la neutralità fiscale delle trasformazioni dei consolidati orizzontali in consolidati verticali e viceversa, sia nel caso di ingresso nel consolidato di una società “sorella” sia nel caso di trasferimento della holding verso uno stato UE o SEE.

Tali conclusioni della corte si rivelano importanti soprattutto con riferimento alle perdite del preesistente consolidato, in quanto cessando quest’ultimo esse verrebbero riattribuite alle società che le hanno prodotte e verrebbero ad essere considerate quali “perdite pregresse” nell’ambito del nuovo consolidato senza dunque possibilità di essere portate in diminuzione della base imponibile di gruppo.

Nel nostro ordinamento, l’ Agenzia delle entrate si era così espressa in merito⁵⁰: "La ratio dell'interruzione risiede nella circostanza che, rispetto al consolidato preesistente, nella *fiscal unit* tra sorelle muta la controllante, quindi cambia la "testa" del consolidato. Il consolidato tra sorelle si configura come un unico consolidato che vede al vertice la controllante non residente, la quale designa una sua controllata residente (o una controllata UE/SEE per il tramite della relativa stabile organizzazione italiana) all'esercizio dell'opzione in qualità di consolidante, assumendo in via sussidiaria le responsabilità di cui all'articolo 127 del TUIR".

Tali conclusioni, già poco fondate ad una prima lettura, dovranno essere riviste alla luce della nuova sentenza, e sarà richiesto un intervento del legislatore al

⁴⁹ Art. 120 comma 1 bis TUIR.

⁵⁰ Circolare Agenzia Entrate 26 settembre 2016, n. 40/E.

fine di adeguare la disciplina italiana e non incorrere in sentenze avverse della CGUE.

2.3.3 Il requisito del controllo

L'individuazione del requisito del controllo costituisce una peculiarità nell'ambito del consolidato nazionale e si differenzia sia rispetto alla rispettiva nozione in ambito civilistico che rispetto al medesimo concetto in ambito contabile. Nel bilancio consolidato infatti sono comprese tutte le società con cui la controllante detiene una partecipazione non necessariamente dominante, a livello fiscale la situazione è diversa in quanto tra la controllante e le controllate devono sussistere congiuntamente alcuni presupposti che comunque richiedono una partecipazione dominante.

Appare dunque il caso di evidenziare che questo è uno di quei casi in cui il legislatore tributario si discosta dal suo alter ego civilistico e intraprende una strada differente, delineando una nozione di controllo più restrittiva in cui i rapporti tra la controllante e le controllate devono risultare più intensi rispetto alle relative disposizioni codicistiche.

In particolare, in ambito fiscale sono necessari la maggioranza dei diritti di voto esercitabili in assemblea ordinaria e la partecipazione all'utile delle controllate superiore al 50%, (senza tenere conto delle azioni senza diritto di voto, che spesso riservano una quota di utile maggiore). Tali requisiti devono verificarsi nel momento in cui l'opzione è esercitata ed inoltre devono sussistere, sempre in modo congiunto, sino al termine del triennio per cui l'opzione è stata esercitata⁵¹. La mancata sussistenza può portare alla cessazione della partecipazione al regime di gruppo per la società sulla quale vengano a mancare i requisiti. Tale sistema normativo ha suscitato alcune critiche in dottrina. In particolare, secondo alcuni autori⁵² non sarebbe idoneo un assetto in cui l'unico legame richiesto tra la controllante e le controllate è quello "di diritto". Sarebbe

⁵¹ In tal senso, Bruno "Il requisito del controllo rilevante per l'accesso al consolidato" Corriere tributario n.43 del 2009.

⁵² Marongiu, Il consolidato fiscale nazionale tra norme di attuazione, prassi e decreto attuativo, in Dir. Prat. Trib., 2005.

necessario, a tal fine, attribuire rilevanza all'integrazione economica o finanziaria fra le attività delle società, con un approccio più sostanziale che formale. Secondo altri autori, sarebbe opportuno invece attribuire rilevanza anche a quelle situazioni in cui avviene la condivisione di una o più fasi nella produzione di beni o di servizi⁵³. Attraverso tali ultime previsioni si potrebbe attribuire maggiore rilevanza all'effettiva capacità contributiva del gruppo piuttosto che applicare semplicemente e matematicamente i risultati di gruppo in base alle partecipazioni detenute. Tuttavia, come si analizzerà nei prossimi capitoli, in merito alla nozione di controllo che assume rilevanza ai fini dell'individuazione del perimetro di gruppo non c'è uniformità di veduta, né a livello nazionale né a livello europeo, con differenze anche marcate tra le varie legislazioni nazionali e nella normativa dell'unione europea. Tali differenziazioni derivano dalla diversità dei contesti in cui tale nozione viene in rilievo. Tale aspetto si può notare non solo in correlazione al differente contesto del diritto societario rispetto al diverso contesto del diritto tributario, ma con riferimento a quest'ultimo si notano marcate differenze anche con riferimento ai diversi istituti. Tuttavia, a parere di chi scrive, le diverse finalità di questi ultimi non possono giustificare una definizione spesso mutevole della nozione di controllo rilevante ai fini dei gruppi societari, e sarebbe pertanto indispensabile un intervento finalizzato alla ricostruzione di una nozione unitaria sia a livello nazionale che europeo.

In ogni caso, è bene ora andare ad analizzare alcune situazioni peculiari in merito alla sussistenza dei suddetti requisiti di controllo nella normativa nazionale.

In caso di clausole del contratto di pegno che attribuiscono al creditore pignoratizio il diritto di voto nelle assemblee straordinarie, l'Agenzia delle Entrate⁵⁴ ha precisato che esse non ostano all'opzione di cui trattasi e che, laddove l'opzione sia stata già esercitata, è possibile comunque non perdere gli

⁵³ Marino, Contributo allo studio dei rapporti di gruppo attraverso le relazioni di controllo, in Riv. Dir. Trib., 2004.

⁵⁴ Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate 27 agosto 2009, n. 240.

effetti già scaturiti. Al contrario, non possono essere computate nella percentuale del capitale sociale rilevante ai fini del controllo le azioni con riferimento alle quali vi sia qualsiasi vincolo per il possessore all'esercizio del diritto di voto nelle assemblee ordinarie, perché la ratio della norma è quella di ricomprendere solo quelle azioni da cui derivi un diritto di voto pieno e incondizionato.

In caso di clausole che attribuiscono al creditore pignoratizio il diritto di riscuotere i dividendi, è opinione consolidata che esse non impediscano di computare le azioni costituite in pegno tra quelle rilevanti ai fini della sussistenza del requisito del controllo. La ratio è facilmente intuibile: il destinatario del diritto agli utili rimane sempre e comunque il possessore delle azioni, mentre il creditore pignoratizio diverrà titolare delle somme solo in un momento successivo.

Inoltre, è ben possibile che il rapporto di controllo possa sussistere anche per il tramite soggetti privi dei requisiti per accedere alla tassazione di gruppo. Per esempio, una società residente che possiede il controllo di una società non residente che a sua volta controlla una società residente può optare per il consolidamento fiscale nazionale per le due società residenti, escludendo quella intermedia non residente, dal momento che è precluso ai soggetti esteri l'esercizio dell'opzione in veste di controllati.⁵⁵

Infine è giusto fare un cenno al concetto della “demoltiplicazione” ai fini della verifica della sussistenza dei requisiti di controllo. In caso di partecipazione indiretta, infatti, bisognerà verificare se alla fine della “catena di controllo” il complessivo ammontare della partecipazione sarà sufficiente a integrare i presupposti di cui all'art. 120 TUIR.

Per esempio, se la società Alfa possiede il 70% della società Beta la quale a sua volta possiede il 70% della società Gamma, la società Alfa possiederà solo il 49% della società Gamma non risultando dunque integrato il presupposto del controllo necessario ai fini del consolidamento. Tale meccanismo risulta

⁵⁵ Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 20 dicembre 2004, n. 53/E.

probabilmente più idoneo a evitare fenomeni elusivi, sia dal punto di vista delle partecipazioni acquisite solo al fine di godere dei vantaggi fiscali offerti dal consolidato, sia per avere una maggiore corrispondenza tra realtà fattuale ed effetti fiscali⁵⁶.

2.3.4 I requisiti e l'esercizio dell'opzione

L'adesione al consolidato si concretizza tramite un'opzione, (sulle cui modalità di esercizio il legislatore è intervenuto da ultimo con l'art.16 del D. Lgs n. 175 del 2014, emanato in applicazione della legge delega n.23 del 2014 a parte relativa alle semplificazioni fiscali.) la quale appunto richiede la necessaria sussistenza del rapporto di controllo come sopra descritto.

L'opzione può essere definita come l'azione tramite la quale le società interessate dichiarano la loro volontà di costituire un consolidamento fiscale, ha natura bilaterale e dunque deve essere esercitata congiuntamente dalla controllante e dalla controllata. È bene da subito precisare che tale possibilità non rappresenta un obbligo ma una mera facoltà per i soggetti appartenenti ad un gruppo, ma una volta esercitata essa è irrevocabile ed ha durata triennale. Di conseguenza, il perimetro fiscale del consolidato può essere allargato o ristretto a seconda delle esigenze o della convenienza economica, con la possibilità di escludere da tale perimetro quei soggetti per i quali non sussiste nessun interesse o vantaggio nella partecipazione.

L'Agenzia delle Entrate ha poi chiarito⁵⁷ che ai fini dell'esercizio dell'opzione è necessaria la tempestiva⁵⁸ comunicazione della volontà di entrare a far parte del consolidato e che comportamenti concludenti in tal senso non sono sufficienti e non sostituiscono suddetta comunicazione. Discorso diverso, invece, è da farsi con riferimento al rinnovo del consolidato alla fine del periodo di validità del medesimo, laddove le modifiche introdotte con il dm del 1 marzo

⁵⁶ STEVANATO, Il consolidato fiscale nazionale, in AA.VV., La tassazione delle società nella riforma fiscale, cit., Milano, 2004.

⁵⁷ Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 2008, n. 47/E.

⁵⁸ Con il termine "tempestiva" ci si riferisce ad una tempistica che tenga conto dell'inizio del primo esercizio utile di inizio del consolidato.

2018 sembrano far intendere che in questo caso i comportamenti concludenti possano assumere rilevanza anche in assenza di espressa comunicazione.

È possibile inoltre che un soggetto entri successivamente rispetto alla creazione del consolidato purché lo faccia in qualità di consolidata, previa comunicazione all'Agenzia delle Entrate, e comunque non viene meno l'efficacia dell'opzione nel caso in cui per effetto di operazioni di fusione, di scissione e di liquidazione volontaria si determinano all'interno dello stesso esercizio più periodi d'imposta⁵⁹.

La ratio della previsione normativa per cui il consolidato deve avere durata triennale ed è irrevocabile consiste nella volontà di evitare fenomeni quali l'ingresso temporaneo in un gruppo di società di soggetti volto solamente all'ottenimento di vantaggi fiscali, salvo poi uscirne una volta conseguiti. Una simile previsione potrebbe risultare congrua anche nell'ambito della c.d. CCCTB la quale, come si vedrà, si limita a prevedere il superamento di determinate soglie quantitative quale presupposto soggettivo per l'applicazione del relativo regime. Una volta terminato il periodo triennale il rinnovo dell'opzione è previsto tacitamente.

L'efficacia dell'esercizio dell'opzione è subordinata al verificarsi di alcune condizioni, indicate all' art. 119, il cui ricorso deve avvenire simultaneamente:

1. Identità dell'esercizio sociale, per cui la data di chiusura del bilancio di esercizio deve corrispondere per tutte le società che aderiscono al regime;
2. L'esercizio dell'opzione da parte della controllante congiuntamente a tutte le controllate e successiva comunicazione all'Agenzia delle entrate in espressione della volontà negoziale delle parti;
3. L'elezione di domicilio presso la sede legale della società controllante, "ai fini della notifica degli ed i provvedimenti relativi ai periodi d'imposta per cui l'opzione è stata esercitata"⁶⁰. A tale ultimo fine, secondo una parte della dottrina⁶¹ tale previsione risulterebbe

⁵⁹ Ai fini delle modifiche soggettive che intervengono in vigenza del periodo di validità del consolidato, si veda anche circolare 20 dicembre 2004, n. 53/E.

⁶⁰ Art. 119 TUIR.

⁶¹ ZIZZO, Osservazioni in tema di consolidato nazionale, in Riv. Dir. Trib., 2004.

eccessivamente gravosa laddove tale elezione “è irrevocabile fino al termine del periodo di decadenza dell’azione di accertamento o di irrogazione delle sanzioni relative all’ultimo esercizio di vigenza del consolidato”, in quanto risulterebbe eccessivamente sbilanciata laddove da una parte agevola indubbiamente la notificazione degli atti dell’Amministrazione finanziaria mentre, dall’altra, non garantirebbe sufficientemente l’effettivo ricevimento da parte del contribuente. Può accadere, infatti, che nel termine previsto dalla legge per l’esercizio del potere di rettifica una delle società consolidate possa non rinnovare la propria opzione e dunque uscire dal perimetro di consolidamento o essere ceduta ad un soggetto diverso.

2.3.5 Obblighi controllate

Affinché il consolidato nazionale possa effettivamente funzionare regolarmente è necessario che le singole società (in primis le controllate) pongano in essere una serie di adempimenti necessari al fine del corretto funzionamento dell’istituto. Tale insieme di obblighi e doveri da un punto di vista normativo è trattato dall’art. 121 TUIR.

Tra quest’ultimi, quello più rilevante è sicuramente la presentazione della dichiarazione dei redditi da parte delle società partecipanti al consolidato senza liquidazione dell’imposta⁶². Inoltre, oltre a trasmettere la propria dichiarazione dei redditi, sarà compito di ciascuna società anche tutti gli altri dati rilevanti ai fini del consolidamento quali “ritenute subite, detrazioni e crediti d’imposta spettanti, acconti autonomamente versati”.⁶³ Tale obbligo di trasmissione del risultato di esercizio, tuttavia, secondo alcuni autori⁶⁴ solleva alcuni dubbi con riferimento alla rilevanza esterna di tale dichiarazione, in quanto le controllate sono, come osservato, sono esonerate dalla liquidazione dell’imposta, pertanto tale dichiarazione potrebbe dover assumere rilevanza soltanto con valenza interna, nei rapporti infragruppo.

⁶² Art. 8 DM 9 giugno 2004.

⁶³ Art. 121, comma 1, lett. A, TUIR.

⁶⁴ Si veda G. Tinelli, Il “bilancio” consolidato fiscale nazionale nella disciplina dell’IRES, in F. PAPARELLA.

Dovranno inoltre essere segnalate le eccedenze di ROL o di interessi passivi non deducibili in proprio e le eccedenze di deduzione ACE non utilizzate in proprio, oltre che i dati relativi ai beni ceduti ed acquistati secondo il regime di neutralità fiscale di cui all'articolo 123 TUIR, con l'obbligo di indicare espressamente la differenza residua tra valore di libro e valore fiscale riconosciuto.

Tutti questi obblighi, al di là del mero riconoscimento formale di cui all'art. 121 TUIR, sono generalmente descritti e contenuti all'interno del c.d. "Accordo di consolidamento fiscale". Quest'ultimo, stipulato fra le società partecipanti al consolidamento e la società controllante, regola tempi e modalità di "funzionamento" dei rapporti derivanti dal consolidato fiscale. Tra le dinamiche oggetto di regolamentazione, sicuramente assumono rilevanza lo scambio delle informazioni indispensabili ai fini dell'attuazione del consolidamento e i criteri di determinazione delle compensazioni economiche per l'utilizzo delle perdite fiscali e delle eccedenze ROL per la deducibilità degli interessi passivi secondo il dettato dell'art. 96 TUIR. Inoltre, non è infrequente che siano oggetto di regolamentazione anche i modi e le tempistiche dei trasferimenti di denaro derivanti dall'applicazione del consolidato nazionale e gli eventuali effetti dell'interruzione anticipata del consolidato prima del triennio di consolidamento previsto quale termine di durata *ex lege*, anche quest'ultima situazione non così impossibile da ipotizzare⁶⁵.

Tali accordi sono autorizzati dal consiglio di amministrazione di ogni singola società partecipante al consolidato tramite una decisione che dovrebbe precedere temporalmente l'esercizio fiscale di opzione per la tassazione di gruppo e si ritiene essi abbiano natura contrattuale. Essi possono avere natura bilaterale o plurisoggettivo⁶⁶, a seconda dei soggetti coinvolti, ed è opinione

⁶⁵ Inoltre, si segnalano: tempi e modi della comunicazione in merito alla domiciliazione delle società partecipanti alla Holding e l'eventuale assistenza reciproca tra le società in di indagini o accertamenti da parte dell'Amministrazione.

⁶⁶ Artina Raffaele, Dalmaggioni Mascia, in "Pratica fiscale e professionale" n. 41 del 2007.

diffusa che tali accordi debbano comunque rispettare i limiti imposti dall'art. 2497 c.c.⁶⁷

In ogni caso, è da sottolineare che obblighi di versamento a saldo ed in acconto sono di competenza esclusiva della consolidante e secondo le ordinarie modalità.

Infine, è bene evidenziare gli adempimenti “pubblicistici” che sono necessari al fine di rendere conoscibile all'esterno la scelta di ricorrere al consolidato nazionale.

Tale compito spetta alla società controllante, la quale dovrà comunicare all'Agenzia delle Entrate, le seguenti informazioni tramite la dichiarazione dei redditi:

la denominazione o ragione sociale e il codice fiscale delle società che esercitano l'opzione; la qualità di controllante o controllata; l'individuazione delle società che hanno eventualmente effettuato il versamento d'acconto in modo separato; il criterio utilizzato per l'eventuale attribuzione delle perdite residue in caso di interruzione anticipata della tassazione di gruppo o di revoca dell'opzione.

2.3.6 La base imponibile consolidata

Il compito di calcolare la misura esatta della c.d. base imponibile “consolidata” spetta alla società capogruppo, la quale provvede tramite l'apposita dichiarazione dei redditi di cui all'articolo 122 del DPR n. 917/86.

Essa è calcolata apportando al reddito complessivo globale, dato dalla somma algebrica dei redditi complessivi netti delle controllate indipendentemente dalla loro quota di partecipazione, le rettifiche di cui agli artt. 96, comma 7, 124 e 125 del TUIR⁶⁸. Con riferimento a tale ultimo aspetto, sin dai primi anni di applicazione dell'istituto si aprì un dibattito che dura ancora oggi, riguardante la necessità che le perdite trasferite al consolidato siano adeguatamente

⁶⁷ OIC, Documento 05-2006, n. 12, par. 1.2.1.

⁶⁸ Art. 9, co. 1, del D.M. 1.3.2018.

remunerate, ad esempio tramite accordi o contratti di consolidamento che le parti potrebbero stipulare⁶⁹.

A parere di chi scrive, tale ricostruzione non è completamente corretta. Come si vedrà anche nei prossimi capitoli, la ratio fondamentale di gruppo risiede nei vantaggi reciproci che le società appartenenti al perimetro di gruppo possono ricevere le une delle altre. Tuttavia, tali vantaggi possono avere molteplice natura, e non necessariamente sono di natura economica. Pertanto, una simile ricostruzione, pur apprezzabile da un punto di vista di “giustizia redistributiva” o dell’intento di evitare abusi, non coglie nel segno le potenzialità del fenomeno di gruppo, le cui dinamiche spesso non sono “incastonabili” in una visione prettamente economica.

A prescindere da queste considerazioni di principio, adesso si analizzeranno le principali regole al fine del calcolo della base imponibile. Anzitutto, i dividendi distribuiti tra i soggetti che partecipano al consolidato fiscale sono completamente esclusi dal concorso alla formazione del reddito complessivo di gruppo, e non devono essere inclusi nemmeno le somme percepite o versate tra società partecipanti come contropartita dei vantaggi fiscali ottenuti o ricevuti per appartenenza al gruppo⁷⁰. Si possono compensare crediti e debiti d’imposta tra le diverse società del consolidato, mentre per ciò che concerne le perdite, quelle fiscali individuali conseguite durante il periodo di vigenza del consolidato sono computate ai fini della determinazione del risultato consolidato mentre le perdite precedenti all’adesione al consolidato possono essere portate in riduzione solo dei redditi delle società che li hanno prodotti⁷¹, e tale ultimo principio secondo alcuni sarebbe un “principio immanente” del nostro sistema tributario⁷². Per ciò che concerne invece le perdite che emergono dalla dichiarazione dei redditi del consolidato, esse potranno essere utilizzate in

⁶⁹In tal senso, si veda: Di felice – E. M. Simoncellil, La regolamentazione dei rapporti tra le società aderenti al consolidato nazionale: il contratto di consolidamento, in Riv. Dott. Comm., 2004, p. 1199-1219.

⁷⁰ Art. 118 comma 4 TUIR.

⁷¹ Committeri Gian Marco; Scifoni Gianfilippo in "Corriere tributario" n. 8 del 2005.

⁷² Mastroberti Antonio in "Azienda & Fisco" n. 21 del 2007.

diminuzione del reddito nel corso dei successivi periodi d'imposta, in base al disposto di cui all'art. 84, co. 1 e 2, del D.P.R. 917/1986: sono applicabili, ove compatibili, gli art. 78, 79 e 80 del TUIR, in materia di detrazioni d'imposta, acconti, riporto o rimborso delle eccedenze (art. 9, co. 2 e 3, del D.M. 1.3.2018). Nella determinazione del credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero di cui all'art. 165 del TUIR, per reddito complessivo, deve intendersi quello complessivo globale, ai sensi dell'art. 9, co. 4, del D.M. 1.3.2018.

Dunque, in primis ogni società calcola il proprio reddito imponibile con le stesse modalità previste dalla disciplina ordinaria. Si osserva che una simile previsione ben rispecchia la visione di fondo del legislatore che, pur consentendo il pagamento di un'unica imposta IRES di gruppo in capo alla consolidante, continua a voler mantenere le singole soggettività tributarie delle controllate, lasciando dunque in capo a quest'ultime l'obbligo di calcolare il reddito imponibile sulla base dei risultati d'esercizio. D'altronde, prevedere un simile obbligo in capo alla controllante comporterebbe un inutile aggravio procedimentale in capo ad un soggetto che, nonostante i chiari obblighi in capo ai componenti del gruppo, non gode sicuramente delle stesse possibilità per reperire le informazioni necessarie a tal fine. Dunque si dovrà anzitutto procedere a calcolare il risultato dell'esercizio e applicare le variazioni in aumento/in diminuzione previste dalla normativa TUIR riguardo il reddito d'impresa, senza ovviamente procedere ad alcuna liquidazione dell'imposta. A questo punto, bisognerà comunicare tale informazione alla consolidante la quale procede alla determinazione del risultato aggregato ottenuto mediante la semplice somma algebrica dei risultati delle consolidate e nel caso ad una o più società sia emersa una perdita d'esercizio, vi sarà il trasferimento della stessa realizzando la cosiddetta compensazione intersoggettiva. A tal proposito è chiaro il dettato di cui all'art. 122 TUIR⁷³.

⁷³ In quale dispone che: "La società o ente controllante presenta la dichiarazione dei redditi del consolidato, calcolando il reddito complessivo globale risultante dalla somma algebrica dei redditi complessivi netti dichiarati da ciascuna delle società partecipanti al regime del consolidato e procedendo alla liquidazione dell'imposta di gruppo secondo le disposizioni attuative contenute nel decreto ministeriale di cui all'articolo 129 e in quello di approvazione del modello annuale di dichiarazione dei redditi."

Da ultimo, la consolidante procede al riporto delle perdite emerse nei precedenti esercizi in cui vigeva l'opzione, allo scomputo di ritenute ed acconti e quindi al successivo versamento dell'imposta globale dovuta.

È bene tuttavia soffermarsi un attimo sulla disciplina delle perdite in quanto è necessario distinguere tra quelle maturate negli anni coincidenti con quelli del consolidamento e quelle conseguite precedentemente all'esercizio dell'opzione. Le perdite fiscali anteriori, infatti, non sono compensabili nell'ambito del consolidato fiscale nazionale⁷⁴, mentre per ciò che concerne le perdite successive esse possono essere riportate a nuovo nei futuri esercizi di validità dell'opzione limite nel limite dell'80% degli stessi, coerentemente alla previsione dell'art. 84 TUIR.

Com'è lecito attendersi, in caso di cessazione anticipata del requisito del controllo, con conseguente "uscita" di una società dal perimetro del consolidato, le perdite residue della società, le eventuali perdite fiscali residue sono imputate alle società che le hanno prodotte.⁷⁵

Dunque all'interno del consolidato opera un meccanismo di c.d. "compensazione intersoggettiva" tra i redditi prodotti dalle controllate nel periodo di vigenza del consolidato, e tale meccanismo opera in maniera automatica, senza la necessità di una dichiarazione esplicita in tal senso e risulta integrale.⁷⁶

Per esempio, se una società Alfa detiene il 60% di una società Beta, quest'ultima parteciperà con l'intero ammontare del suo capitale, e non semplicemente con il 60% di esso.⁷⁷

È da segnalare infine la circolare dell'Agenzia delle Entrate 53/E, par. 4.2.2.2, in cui si è precisato che "le perdite fiscali di un precedente consolidato fiscale, ormai completamente cessato, che siano state attribuite in sede di interruzione anticipata o di mancato rinnovo dell'opzione al soggetto consolidante, contano

⁷⁴ Tale regola, naturalmente, vale sia per le perdite delle controllate che per quelle della controllante.

⁷⁵ d.m. 9 giugno 2004

⁷⁶ Come già chiarito, le singole società partecipano alla determinazione dell'imponibile di gruppo a prescindere dalla quota di partecipazione della holding al loro capitale.

⁷⁷ Pessina C., Bollo C., Riforma fiscale. Alcuni aspetti del consolidato nazionale, in *Il fisco*, n°43/2003, pag 17337.

per quest'ultimo come perdite individuali. Pertanto, in caso di inizio di una nuova tassazione di gruppo, non potranno essere trasferite alla nuova *fiscal unit*, ma potranno essere solo utilizzate in compensazione con i redditi imponibili realizzati dallo stesso soggetto consolidante.”⁷⁸

La ratio di una simile previsione è facilmente rinvenibile, e giace nella preoccupazione del legislatore di voler evitare il fenomeno delle c.d. “bare fiscali”. Infatti è prassi ormai diffusa di acquisire partecipazioni di controllo in società portatrici di perdite fiscali ma prive di c.d. “vitalità economica”. Tale tipo di operazione consente alla società acquirente di pagare meno imposte ma è chiaro l'intento elusivo nel momento in cui non si rileva la valenza economica dell'operazione.

All'interno del perimetro di consolidamento è inoltre possibile portare in compensazione eventuali crediti e eccedenze d'imposta. Le regole inerenti i crediti d'imposta sono disciplinate nell'ottica del consolidato fiscale nel decreto attuativo all'art. 7, lett b)⁷⁹. In particolare, viene sancita la possibilità per ciascun soggetto facente parte del consolidato di cedere i crediti utilizzabili in compensazione e portarli in diminuzione dell'imposta di gruppo dovuta all'erario.

Per ciò che concerne gli acconti, è evidente come nel primo esercizio in cui si opta per il consolidato il calcolo sia possibile solo facendo riferimento ai redditi delle singole società e con riferimento ai periodi di imposta precedenti a quello di inizio del consolidamento. E' tuttavia possibile versare l'acconto su base previsionale, sia nel primo esercizio sia nei successivi.⁸⁰

Infine, merita un cenno la disciplina della deducibilità degli interessi passivi, in quanto presenta vistose differenze rispetto a quella delle perdite.

⁷⁸ Agenzia delle Entrate 53/E, par. 4.2.2.2

⁷⁹ Il quale dispone che “ciascun soggetto può cedere, ai fini della compensazione con l'imposta sul reddito delle società dovuta dalla consolidante, i crediti utilizzabili in compensazione ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, nel limite previsto dall'articolo 25 di tale decreto per l'importo non utilizzato dal medesimo soggetto”.

⁸⁰ Picolli A., Il consolidato fiscale nazionale, seconda edizione, in I quaderni della scuola di alta formazione, pag. 70.

Infatti la possibilità di utilizzare a livello consolidato sia le eccedenze di ROL non interamente sfruttate su base individuale sia le eccedenze di interessi passivi indeducibili, contrariamente alle perdite, non è automatica. Essa infatti opera soltanto a seguito di una scelta espressa della società partecipata, la quale volontariamente può decidere, per esempio, di rinunciare a riportare in proprio eccedenze di ROL allo scopo di compensarle con future proprie eccedenze di interessi passivi indeducibili. Inoltre tale scelta non è integrale, poiché le eccedenze di interessi passivi indeducibili trasferibili al consolidato sono solo quelle che trovano capienza nel ROL eccedente di altre società, così come viceversa le eccedenze di ROL attribuite al consolidato non possono superare le eccedenze di interessi passivi indeducibili trasferite.

Dunque, con riferimento ad eventuali eccedenze di ROL non sfruttate per la deduzione individuale degli interessi passivi da parte della singola società partecipante al consolidato, possono essere eseguite due scelte. In primis, esse potrebbero essere conferite al consolidato nei limiti dell'ammontare complessivo delle eccedenze di interessi passivi indeducibili evidenziate dai partecipanti al consolidato, sempre nei limiti dell'ammontare complessivo delle eccedenze di interessi passivi indeducibili relativi ad altri soggetti partecipanti al consolidato ed, in questo caso, gli importi del ROL non sfruttati a livello consolidato potranno essere portati in avanti esclusivamente dai soggetti che hanno generato le eccedenze stesse. In alternativa, potrebbero essere utilizzate individualmente, riportandole in esercizi successivi; in tal caso rimarranno di esclusiva pertinenza della società che le ha prodotte e non potranno più essere conferite al consolidato negli esercizi successivi⁸¹.

Dall'analisi appena esposta, si può dunque trarre un'importante conclusione: la consolidante funge da "centro di gravità" dell'intero consolidato. Esso infatti garantisce continuità nel tempo alla soggettività tributaria dell'intero gruppo, ed eventuali mutamenti⁸² della compagine di gruppo negli anni successivi non

⁸¹ Izzo B. in "Corriere tributario" n. 2 del 2010.

⁸² Es. nuovi ingressi nel consolidato o eventi interruttivi della tassazione di gruppo.

influenzano l'utilizzo delle perdite fiscali delle società controllate, garantendo così ad esempio la possibilità di utilizzare perdite residue di soggetti usciti dal consolidato e a questi ultimi non attribuite per compensare imponibili di società subentrate successivamente.

2.3.7: Obbligazione coesolidale e accertamento

Nell'ambito del consolidato nazionale l'obbligazione di effettuare la liquidazione ed il versamento dell'imposta di gruppo spetta alla Holding, pertanto è a quest'ultima che spetterà la qualità di unico soggetto passivo. Secondo attenta Dottrina⁸³, tale circostanza è una conferma ulteriore di come nel contesto del consolidato non si venga a creare una nuova "soggettività passiva di gruppo", come si era già osservato prima, ma solo la soggettività della controllante la quale appunto è tenuta ad adempiere gli obblighi connessi all'obbligazione tributaria di gruppo, fungendo così da "collante" dell'insieme delle società appartenenti alla fiscal unit.

Tuttavia, sarebbe illogico e contrario ai più basilari principi di uguaglianza esonerare completamente le controllate da qualunque responsabilità, specialmente in presenza di irregolarità da esse commesse nell'ambito del calcolo dell'imposta sul reddito delle società.

L'attuale assetto normativo tuttavia è stato frutto di un lungo dibattito dottrinale⁸⁴ in cui era ampiamente condiviso il malcontento per l'originaria previsione della legge delega del 2003 la quale prevedeva in maniera alquanto superficiale che: "le società che esercitano l'opzione garantiscono solidalmente tra loro l'adempimento degli obblighi tributari dell'ente o società controllante". La norma appare infatti generica e non pone alcun limite alla responsabilità solidale delle società rientranti nel consolidato e in linea teorica non poneva alcun limite in merito alla responsabilità delle singole controllate per il

⁸³ G. Zizzo, Osservazioni in tema di consolidato nazionale, in Riv. Dir. Trib., 2004.

⁸⁴ Beghin M., Il consolidato nazionale, in F. TESAURO (a cura di), Imposta sul reddito delle società, Bologna, 2007, pp. 656-659.

pagamento dell'intero ammontare dell'obbligazione tributaria di gruppo, violando di fatto il principio costituzionale della capacità contributiva.

La riforma del 2005 avvenuta mediante il D.lgs. n. 247 ha modificato il sistema delle responsabilità nel consolidato nazionale. Il nuovo art. 127, TUIR prevede al primo comma 4 livelli di responsabilità per la consolidante⁸⁵, in relazione alla maggior imposta accertata e per i relativi interessi in riferimento al reddito di gruppo, alle somme che risultano dovute, in riferimento alla dichiarazione di gruppo, in seguito all'attività di controllo ex art. 36 ter D.P.R. 600 del 1973 sui redditi delle singole società e dell'attività di liquidazione ex art. 36 bis del medesimo decreto e all'adempimento degli obblighi che ad essa spettano alla luce dell'art. 122 tuir, connessi alla determinazione del reddito di gruppo. Ma soprattutto, con riferimento alla sanzione irrogata al soggetto che ha commesso la violazione, si prevede una responsabilità solidale della consolidante per una somma pari alla sanzione stessa.

Riguardo le responsabilità delle consolidate, il secondo comma del medesimo articolo fornisce una elencazione prevedendo 4 diverse situazioni di responsabilità⁸⁶. Con tali disposizioni il legislatore ha invertito il sistema di responsabilità che vigeva precedentemente in quanto in base all'attuale disciplina le singole controllate sono solidalmente responsabili in solido con la controllante per le maggiori imposte che siano riconducibili al proprio reddito, e non viceversa. Dal punto di vista pratico ne consegue che nel caso di rettifica del reddito di gruppo la consolidante risponde interamente per le maggiori imposte dovute, mentre la singola controllata è responsabile in solido per la parte di maggior imposta di gruppo che deriva dalla rettifica operata sul proprio reddito individuale. Sul piano sanzionatorio, inoltre, la consolidante non è più

⁸⁵ In tal senso, si veda Tomassini A. in "Dialoghi Tributarî" n. 1 del 2010.

⁸⁶ A) in solido con la consolidante per la maggior imposta e relativi interessi riferiti alla dichiarazione di gruppo in relazione alle rettifiche operate sul proprio reddito imponibile; b) responsabilità per le somme che risultano dovute a seguito dell'attività di controllo cui D.P.R. 600/1973 e dell'attività di liquidazione cui art. 36-bis dello stesso decreto, in conseguenza a rettifiche operate sul proprio reddito; c) responsabilità per la sanzione correlata alla maggior imposta accertata in riferimento al reddito di gruppo come conseguenza alle rettifiche operate sul proprio reddito individuale nonché per quella correlata alle maggiori somme dovute a seguito della già citata attività di controllo in relazione a rettifiche sul proprio reddito; d) responsabilità per le sanzioni diverse da quelle cui punto precedente.

responsabile in solido per le sanzioni relative alla maggior imposta accertata ad una consolidata, bensì per una somma di denaro ad essa corrispondente; ciò rispetta il principio di personalità e di intrasmissibilità della sanzione. In ogni caso, attenta dottrina⁸⁷ ha manifestato dubbi in merito a queste disposizioni, argomentando che in effetti la responsabilità solidale della controllante per le sanzioni amministrative pecuniarie a carico delle controllate non prevista dalla legge delega per la riforma fiscale del 2003.

2.3.8 Fine consolidato

L'opzione per l'adesione al consolidato fiscale nazionale è irrevocabile per la durata di tre anni ed è rinnovabile una volta concluso il periodo previsto.

Al termine del triennio di validità dell'opzione, essa si intende implicitamente rinnovata per altri tre anni, salvo l'eventuale revoca di cui all'art. 5 del D.M. 1.3.2018. In tale ultimo caso, si applicherà il successivo art. 13, co. 7, del D.M. 1.3.2018, secondo cui le perdite fiscali residue risultanti dalla dichiarazione dei redditi del consolidato sono imputate alle società che le hanno prodotte e nei cui confronti viene meno il requisito del controllo, comunque al netto di quelle utilizzate. In tale ultima situazione sarà compito della consolidante comunicare all'Agenzia delle Entrate a quanto ammontano le perdite residue che sono state riattribuite a ciascun soggetto, e il risultato di questa operazione dovrà essere comunicato tramite la dichiarazione relativo al periodo d'imposta a decorrere dal quale si esercita la revoca⁸⁸.

È possibile tuttavia che già prima del periodo previsto di tre anni possano subentrare talune circostanze che causino l'interruzione anticipata del regime di consolidato fiscale per una o più società che ve ne facevano parte, ai sensi dell'art. 124 Tuir.

In particolare, quest'ultima norma prevede l'interruzione anticipata in caso del venir meno del requisito del controllo così come descritto sopra o in caso di

⁸⁷ Marongiu, La responsabilità per i tributi e per le sanzioni nel consolidato fiscale nazionale, in *Tributimpresa*, 2004.

⁸⁸ Secondo il dettato dell'art. 14 del D.M. 1.3.2018.

fusione tra una controllata e una società esterna al gruppo o di fusione per incorporazione della consolidante da parte di società non aderente alla tassazione di gruppo⁸⁹. Con riferimento a tale ultima circostanza, alcune precisazioni poi sono contenute all'interno dell'art. 11 del decreto 9 giugno 2004 del Ministero dell'economia, il quale prende considerazioni ulteriori casi di rilievo. In particolare, viene sottolineato come nel caso di fusione tra società le quali ricoprono entrambe il ruolo di consolidate l'opzione non cessa ed il vincolo temporale per il consolidato in capo alla società risultante dalla fusione risulta essere quello che scadeva per ultimo alle società che hanno proceduto all'operazione.

Diversamente, si ha la cessazione dell'opzione nel caso di fusione per incorporazione tra consolidante e consolidata e il consolidato fiscale continua con le altre società del perimetro. Infine, in presenza di fusione per incorporazione di una società del perimetro (indipendentemente se consolidante o consolidata) con società esterna, non si interrompe la tassazione di gruppo se permangono i requisiti cui art. 117 TUIR. Se, invece, è la controllante a fondersi con altra società o ente non appartenente al consolidato è possibile richiedere la continuazione del regime, presentando un interpello all'Amministrazione finanziaria⁹⁰.

Riguardo i casi di scissione, il consolidato prosegue qualora interessi totalmente o parzialmente una consolidata senza modifica della compagine sociale e con la permanenza dei requisiti cui art. 117 Tuir, come chiarito dalla Agenzia delle Entrate⁹¹.

I nuovi soggetti scaturiti da tale operazione straordinaria, infatti, continueranno a essere parte del consolidato fiscale per un periodo uguale a quello previsto per il soggetto cessato. Non è causa di interruzione nemmeno la scissione parziale della consolidante relativamente alla società scissa in rispetto dei requisiti cui art. 117 Tuir.

⁸⁹ Anche se in tale caso vi può essere la continuazione se viene dato il consenso in seguito ad interpello.

⁹⁰ Ceriana, L'interpello nella disciplina del consolidato nazionale, in Corr. Trib., 2004.

⁹¹ Circolare dell'Agenzia delle Entrate 16 marzo 2005, n. 10/E.

Nell'ambito del Testo Unico, una ulteriore causa di interruzione anticipata è prevista dall'art. 126, comma 2 concernente il caso di fallimento e liquidazione coatta amministrativa di una delle società facente parte della c.d. fiscal unit. Oltre alle ipotesi previste dal Tuir, ve ne sono altre elencate dall'art. 13 del D.M del 9 giugno 2004 ed in particolare si segnalano il caso di liquidazione giudiziale e di trasformazione di società soggetta all'Ires in società non assoggettata a tale imposta⁹². La perdita d'efficacia dell'opzione avviene a partire dal periodo d'imposta nel quale si verifica la causa di interruzione; così, per esempio, nel caso di fallimento o di liquidazione coatta amministrativa, l'esercizio dell'opzione cessa dall'inizio

2.3.9 Cenni di consolidato comparato

A conclusione dell'analisi in merito all'istituto del consolidato si procederà ora a fornire alcuni brevi cenni in merito alle caratteristiche principali dell'istituto del consolidamento per come è disciplinato in altri ordinamenti. Come già evidenziato, l'istituto del consolidato ha riscontrato un gran successo grazie soprattutto alla possibilità di poter compensare gli utili e le perdite di ciascuno dei componenti del gruppo societario.

Tale successo tuttavia non è una peculiarità del nostro ordinamento ma è riscontrabile anche all'interno del contesto socio economico europeo, ed è stato oggetto di una disciplina dettagliata non solo a livello di unione europea⁹³ ma anche all'interno dei singoli ordinamenti nazionali.

Tradizionalmente si distinguono⁹⁴ il modello tedesco dell'*Organschaft*, il modello "nordico" di *group contribution* ed il modello inglese di *group relief*. Inoltre c'è poi la categoria più eterogenea della *consolidation*, che comprende

⁹² Inoltre, si evidenziano i casi di: trasformazione della consolidata in soggetto con natura giuridica diversa da quelle previste all'art. 120 Tuir; trasformazione della consolidante in soggetto con natura giuridica diversa da quelle previste all'art. 117 Tuir; trasferimento all'estero della residenza, se non vi sono le condizioni cui art. 117, comma 2.

⁹³ Diritto dell'Unione europea inteso quale strumento di raccordo sovranazionale che armonizza le varie discipline nazionali.

⁹⁴ Tale distinzione si basa tradizionalmente sulle diverse modalità con cui si perviene alla compensazione di utili e perdite.

i meccanismi di consolidamento adottati negli altri Paesi che prevedono la rilevanza fiscale del gruppo.⁹⁵

Il modello dell'*Organschaft* è adottato in Germania e considera le società controllate (c.d. (*Organgesellschaft*) come "organi" della controllante (c.d. *Organträger*) e prevede la compensazione fiscale degli utili e delle perdite realizzate dalle singole società controllate e di quelle dalla holding, ma non è prevista la neutralità fiscale dei trasferimenti infragrupo.⁹⁶

L'aspetto interessante che si rileva, e sicuramente differente rispetto al sistema italiano, consiste nel riconoscimento del gruppo quale entità unica ed autonoma sul piano giuridico-soggettivo, sia per ciò che concerne gli aspetti civilistici che quelli tributari. Tuttavia si segnala che negli ultimi anni il modello originario è stato oggetto di riforma ed ha perso parte delle sue specificità.

Dal punto di vista soggettivo, è possibile ricoprire il ruolo di una controllante per: una società di capitali, un ente collettivo (con o senza personalità giuridica), una società di persone, un'associazione di persone, una massa patrimoniale o addirittura una persona fisica. Inoltre, tale ruolo può essere ricoperto da una stabile organizzazione di una società estera che sia localizzata e registrata in Germania⁹⁷. A prescindere dalla forma giuridica assunta, deve sempre sussistere il requisito territoriale consistente nella localizzazione all'interno del territorio tedesco del proprio centro direzionale o la residenza o la dimora abituale.

Altro requisito importante è quello dell'integrazione finanziaria, la quale deve intercorrere tra la controllante e le società organo. Tale presupposto risulterà integrato laddove la controllante detiene, direttamente o indirettamente, la maggioranza delle azioni della società controllante aventi diritto di voto. In presenza invece di un controllo indiretto, come nel caso in cui esso sia basato su partecipazioni detenute dalla capogruppo attraverso partecipazioni in altre società, occorre che ciascuna partecipazione della catena sia una partecipazione

⁹⁵ Moratti S., Riv. dir. fin., fasc.2, 2008, pag. 241.

⁹⁶ Marongiu P., L'istituto del consolidato fiscale nell'esperienza tedesca dell'*Organschaft*, in Riv. Dir. Trib., 2004, IV, p. 202.

⁹⁷ Ronge, German Tax Reform 2003, in Intertax, 8/9, 2003, p. 281.

di maggioranza. Tuttavia tale ultima circostanza non è sufficiente: dovrà infatti essere stipulato tra le società partecipanti un contratto di "trasferimento di utili e perdite"⁹⁸. Quest'ultimo è un contratto a prestazioni corrispettive il quale generalmente prevede che le società controllate dovranno trasferire i loro profitti alla controllante la quale dovrà successivamente coprire le perdite delle società organo qualora dovessero risultare al termine dell'esercizio. Con riferimento invece alla determinazione del reddito complessivo, nel sistema dell'*Organschaft* i profitti e le perdite delle controllate possono essere compensati tra di loro attraverso l'imputazione alla controllante. A tal fine, le società del gruppo devono completare le rispettive dichiarazioni nelle quali devono indicare la base imponibile e dichiarare il futuro trasferimento del proprio risultato fiscale alla controllante.

Il sistema di *group contribution* è applicato in Norvegia, Finlandia e Svezia e prevede la possibilità per una società in utile di trasferire tali utili a favore di una società in perdita⁹⁹. Gli effetti saranno, naturalmente, diversi per le due società partecipanti all'operazione: il trasferimento sarà infatti deducibile per la società cedente e tassabile per la società che prenderà tali utili, ottenendo in tal modo la compensazione degli utili e delle perdite all'interno del gruppo. La peculiarità di questo sistema di tassazione consiste nel fatto che il trasferimento deve necessariamente consistere in un spostamento patrimoniale effettivo da una società all'altra.

Con riferimento ai requisiti oggettivi, possiamo segnalare forti punti di contatto tra i tre sistemi di *group contribution*.

In Finlandia la società Madre deve possedere almeno il 90% del capitale sociale della controllata, sia direttamente che indirettamente e ai fini dell'applicazione la tassazione di gruppo è sufficiente che sia indicata nella dichiarazione della controllante la sussistenza di tale rapporto di controllo. Inoltre deve esserci

⁹⁸ Il c.d. Ergebnisabführungsvertrag.

⁹⁹ In tal senso, si veda Piergiorgio Valente, Ires e consolidato: profili nazionali, comunitari e internazionali, in "il fisco" n. 15 del 2004.

coincidenza tra gli esercizi sociali delle società coinvolte nel consolidato salvo eccezioni specifiche concesse dalla “Commissione per la contabilità”.

Anche in Norvegia è previsto controllo al 90% sulla controllata e anche in questo caso il controllo può essere diretto o indiretto, mentre a livello di adempimenti è previsto che le società del gruppo debbano documentare la sussistenza dei requisiti appena visti al 31 dicembre dell'anno fiscale interessato. In Svezia, sebbene non esista una definizione generale di gruppo correlata a fini fiscali, è necessario soddisfare alcuni ulteriori requisiti per poter godere del trattamento preferenziale dei trasferimenti di profitti e perdite tra società residenti partecipanti. Tuttavia, anche in questo caso, è necessario controllare il 90% del capitale della società controllata.

Il *group relief* è adottata nel Regno Unito, Nuova Zelanda e Singapore, e sebbene da un punto di vista formale non rappresenti un consolidato fiscale in senso tradizionale, grazie ad esso si possono ugualmente compensare i risultati fiscali delle società operative senza un necessario trasferimento economico di fondi. In particolare, la società cedente¹⁰⁰ può trasferire le proprie perdite finanziarie ad un'altra società (c.d. richiedente), che può utilizzare la perdita per calcolare il proprio carico fiscale. Tuttavia, ogni azienda del gruppo ha la propria autonomia¹⁰¹.

Nel Regno Unito originariamente il campo di applicazione del *group relief* era riservato alle sole società residenti ma dopo l'intervento normativo del *Finance Act* del 2000 sono adesso ammesse al regime anche le società non residenti purché svolgano una attività economica nel Paese tramite una *branch* o una *agency*.

È da segnalare tuttavia che negli ultimi anni tale modello di consolidato non abbia riscontrato grande successo negli altri paesi di common law. I nuovi interventi legislativi in materia adottati in Australia, infatti, si sono orientati verso un modello di *tax consolidation*, e anche in Nuova Zelanda è stato

¹⁰⁰ La c.d. surrendering company.

¹⁰¹ Stefano Moratti, Riv. dir. fin., fasc.2, 2008.

introdotto nel 1993 un articolato sistema ascrivibile allo stesso tipo, il quale però non ha sostituito completamente il modello appena descritto, potendo rinvenire oggi nel sistema neo zeolandese entrambi i modelli. Infine, si evidenzia come gli Stati Uniti seguono un modello diverso e che il Canada ha adottato soluzioni differenti avendo abrogato nel 1951 la tassazione del gruppo.

In generale, il sistema del *group relief* può essere applicato tra due o più società residenti, e tra di esse deve sussistere un rapporto tale da soddisfare due “test” fondamentali: il 75% *subsidiary test* e il 75% *profit and assets test*. In base al primo di essi, la controllante deve possedere, direttamente o indirettamente, tante azioni ordinarie che rappresentino almeno il 75% del capitale nominale della controllata. In merito al secondo, il 75% *profit and assets test* richiede che la controllante abbia diritto almeno al 75% degli utili distribuibili agli *equity holders* della controllata ed al 75% delle attività patrimoniali distribuibili in sede di liquidazione¹⁰².

Infine, è bene fare un cenno anche alle modalità di determinazione del reddito complessivo che sono applicate nell’ambito dei modelli di consolidamento di *group relief* e *group contribution*.

L’aspetto fondamentale in cui si differenziano il sistema di *group relief* e quello di *group contribution* è il ruolo che assume l’effettivo trasferimento di utili tra le società del gruppo. Il regime di *group contribution* infatti, come si è descritto sopra, infatti può essere applicato solo se si verifica un trasferimento di denaro dalla società in utile a quella in perdita¹⁰³ mentre viceversa nel modello di *group relief*, è possibile giungere alla compensazione delle perdite senza la necessità di un trasferimento reddituale effettivo.

È interessante sottolineare ancora una volta come in Nuova Zelanda vi sia una ibridazione tra i due modelli. Sono previsti infatti due meccanismi di consolidamento che possono anche coesistere tra di loro: il metodo della

¹⁰²Aloisi Barbara e Carabellese Piermauro, Il consolidato fiscale in Germania, Olanda, Spagna e Regno Unito, in "Corriere tributario" n. 45 del 2002.

¹⁰³ Anche se nella pratica spesso, anziché operare il trasferimento viene stipulato un prestito in modo che la prima risulti debitrice della seconda di una somma di denaro.

sovvenzione che richiede uno spostamento di utili da una società all'altra ed un meccanismo di trasferimento delle perdite analogo a quello inglese.

Infine, con riferimento alla misura del consolidamento del reddito, è da evidenziare che esso tende ad avvenire integralmente e non proporzionalmente alle partecipazioni possedute dalla controllante. Ciò significa che il reddito della controllata, non interamente partecipata, viene "aggregato" per intero al reddito della controllante. Negli Stati Uniti, per esempio, soddisfatto il controllo dell'80%, l'intera cifra reddituale della controllata concorre alla formazione del reddito di gruppo

Infine, la categoria della *tax consolidation*, che comprende i diversi meccanismi di consolidamento adottati nella maggior parte dei sistemi fiscali che conoscono il fenomeno¹⁰⁴. Nonostante l'eterogeneità della categoria possono comunque essere individuate alcune caratteristiche ricorrenti quali la circostanza per cui il gruppo societario è generalmente considerato come un unico contribuente, titolare di una propria soggettività tributaria, il cui reddito è pari alla somma rettificata dei redditi dei singoli componenti e quella per cui la capogruppo tendenzialmente presenta un'unica dichiarazione e liquida l'imposta per l'intero gruppo.

2.4 Consolidato mondiale

2.4.1 Introduzione

Il consolidato mondiale è un istituto tramite il quale una società residente che ricopra il ruolo di controllante nei confronti di società estere può determinare un'unica base imponibile di gruppo ai fini IRES. L'opzione ha durata quinquennale ed è irrevocabile per la durata di cinque periodi di imposta.

La ratio di tale istituto è la medesima rispetto a quella del consolidato nazionale, così come gli elementi giuridico fattuali che ne hanno ispirato la creazione da

¹⁰⁴ Aloisi Barbara Carabellese Piermauro, Il consolidato fiscale in Italia e in altri Paesi europei, in "Corriere tributario" n. 41 del 2002.

parte del Legislatore, ed avendone già trattato in precedenza ad esse si fa espresso rinvio.

Tuttavia, la disciplina prevista dal TUIR¹⁰⁵ tiene conto inevitabilmente dei diversi soggetti coinvolti nel consolidato mondiale, e si sono rivelati necessari alcuni adattamenti al fine di evitare che tale strumento venisse utilizzato a scopi elusivi.

Inoltre, evidente corollario della tassazione su base consolidata è la disapplicazione delle disposizioni in materia di CFC per le società aderenti al consolidato mondiale.

Di seguito si proseguirà dapprima all'analisi dei principali aspetti della normativa il consolidato mondiale e successivamente si porrà l'attenzione sulle differenze intercorrenti tra la disciplina di quest'ultimo e quella del consolidato nazionale. Tra di esse, quella sicuramente più rilevante è la presenza nel consolidato mondiale dell'applicazione del c.d. principio "all in all out", secondo il quale il regime dee necessariamente estendersi a tutte le controllate. Con riferimento a tale ultimo aspetto, l'Agenzia delle Entrate ha chiarito, nella risoluzione n. 229/E del 6 giugno 2008, che laddove la controllante acquisisca il controllo di società estere con i requisiti per rientrare nel perimetro del consolidato mondiale, successivamente all'esercizio dell'opzione per quest'ultimo, ha l'obbligo di includere tali società nell'imponibile dello stesso. La ragione di tale scelta risiede nella circostanza che, se così non fosse, il fisco rischierebbe una riduzione delle entrate tributarie in presenza di una selezione delle partecipate da far rientrare nella "*fiscal unit*" senza un corrispondente aumento con riferimento alle società estere portatrici di utili societari. Inoltre, alcuni autori¹⁰⁶ hanno osservato in modo condivisibile che tale scelta sia anche frutto dell'impossibilità di estendere la potestà impositiva statale italiana anche a soggetti sprovvisti di qualsiasi collegamento con il territorio nazionale laddove esso si limita alle quote effettivamente possedute dalla controllante.

¹⁰⁵ Artt. 130-142 TUIR.

¹⁰⁶ D'Abruzzo, «Il consolidato fiscale nel progetto di riforma», in Amministrazione & Finanza, n. 24/2002, p. 13.

Secondo altri autori¹⁰⁷, invece, la spiegazione sarebbe più semplice laddove dalla normativa si evincerebbe che il legislatore italiano ha, da una parte, nel consolidato nazionale focalizzato la sua attenzione al “gruppo” in quanto tale, nella sua interezza, mentre nel consolidato mondiale avrebbe indirizzato la normativa soltanto alla holding residente. In ogni caso, è prevista per la controllante la facoltà di richiedere l’esclusione dal perimetro di gruppo delle controllate estere di dimensioni “non rilevanti”, a condizione che esse non siano residenti in Stati o territori a regime fiscale privilegiato.

2.4.2 Ambito soggettivo

Per ciò che concerne l’ambito soggettivo di applicazione del consolidato mondiale, si evidenzia come le caratteristiche del rapporto di controllo che deve sussistere tra la holding e le controllate sono le medesime di quelle in vigore nel consolidato nazionale, e avendole già affrontate in precedenza ad esse si rinvia. Per poter ricoprire il ruolo di controllante, deve trattarsi di: una società per azioni, in accomandita per azioni o a responsabilità limitata; una società di mutua assicurazione; una società cooperativa; un ente, diverso dalle società, che abbia per oggetto esclusivo o principale l’esercizio di attività commerciale. Rimangono pertanto escluse le stabili organizzazioni italiane di soggetti non residenti e le società italiane che controllano società estere ma sono a loro volta controllate da altra società residente.

Inoltre è bene specificare che qualora nella catena che lega la holding italiana alle controllate estere si interpongano altre società residenti in Italia, per poter accedere al consolidato mondiale si rende obbligatorio il consolidato nazionale tra tutte le società residenti. In quest’ultimo caso, la quota di reddito della controllata non residente da includere nella base imponibile del gruppo corrisponde alla somma delle quote di partecipazione di ciascuna società residente e l’effetto demoltiplicativo prodotto dalla catena societaria di

¹⁰⁷ Simoni, «Il riconoscimento fiscale dei gruppi d’imprese: analisi e confronto dei due modelli previsti dalla riforma Tremonti», in Boll. trib., n. 11/2003, p. 812.

controllo opera esclusivamente a partire dalla controllata residente di grado inferiore e in ogni caso a partire “dal confine italiano in poi”¹⁰⁸.

La capogruppo deve essere, inoltre, quotata nei mercati regolamentati o altrimenti controllata ex art. 2359, c.1, n. 1, dallo Stato, da un ente pubblico o da persone fisiche residenti che non si qualificano, anche in virtù delle partecipazioni detenute da parti correlate, quali soggetti controllanti ai sensi dell’art. 2359, nn. 1 e 2, di altra società o ente commerciale residente e non¹⁰⁹. Con riferimento a tale ultimo aspetto, parte della dottrina¹¹⁰ ha suggerito di interpretare tali requisiti come alternativi e non concorrenti.

Il ruolo di consolidata può essere assunto da qualsiasi società¹¹¹ o ente, con o senza personalità giuridica, non residente, benché sito in territori o Stati a regime fiscale privilegiato e dunque, in quanto tale, già soggetto ad un sistema di trasparenza fiscale, nel quale la consolidante disponga della maggioranza dei diritti di voti esercitabili nell’assemblea ordinaria. Parte della dottrina si è interrogata circa l’applicabilità del suddetto regime alle c.d. società di comodo¹¹², e secondo alcuni affinché esse possano ricoprire il ruolo di controllante è necessario che il reddito minimo dichiarato non sia inferiore all’ammontare della somma degli importi derivanti dall’applicazione, al valore dei beni posseduti, di aliquote di rendimento disposte dalla legge¹¹³.

2.4.3 Calcolo base

Dunque nel consolidato mondiale avviene l’imputazione alla consolidante dei redditi e delle perdite conseguiti dalle consolidate, e questo a prescindere dalla

¹⁰⁸ Lenzi, Stevnato, Lupi, Le perdite di consociate estere nell’IRES: il consolidato mondiale e il principio “all in, all out”, in Dial. Dir. Trib., 2004.

¹⁰⁹ Sul punto, si veda Turri, Riforma fiscale: disciplina del consolidato mondiale, in Dir. prat. Trib., 2006.

¹¹⁰ Burelli, Art. 130, in AA.VV., Commentario breve alle leggi tributarie, cit., III, pag. 71.

¹¹¹ Come osservato da C. Garbarino, Manuale di tassazione internazionale, p. 1107, relativamente alla natura delle società collegate estere «L’art. 73, comma 1, TUIR, lett. d) annovera invero tra i soggetti non residenti anche le società di persone; si ritiene quindi che tali soggetti possano rientrare nel consolidato a condizione che sia determinabile la loro residenza in altro Stato e cioè nei casi in cui siano ivi tassate».

¹¹² Intendendosi per “società di comodo” una società che sia qualificata come “non operativa”, in base al confronto tra ricavi, incrementi delle rimanenze, altri proventi non straordinari e un ammontare determinato applicando delle specifiche aliquote di “remunerazione” a determinate poste di bilancio.

¹¹³ Carlo Garbarino, Consolidato mondiale, 2012.

concreta distribuzione di esse e in ogni caso in misura proporzionale¹¹⁴ alla partecipazione che la controllante detiene. Anche ai fini della determinazione della base imponibile di gruppo si tiene conto della demoltiplicazione determinata dalla catena societaria di controllo, la quale dunque assumerà rilevanza non con riferimento alla corretta delimitazione del perimetro soggettivo del consolidamento, come nel consolidato nazionale, ma anche nella corretta individuazione della quantità di reddito che, per ciascuna partecipata, entrerà a far parte dell'imponibile di gruppo. Di conseguenza, le imposte che le consolidate assolvono all'estero su tali redditi si considerano, pro-quota, assolte direttamente dalla consolidante residente, e pertanto è riconosciuto in capo a quest'ultima un credito d'imposta per i redditi prodotti dalle controllate all'estero. Le eventuali eccedenze consistenti nell'ammontare delle imposte estere teoricamente accreditabili ma non effettivamente utilizzate a causa dell'incapienza del reddito di fonte estera del consolidato, possono essere riportate in avanti o indietro, secondo le modalità previste dall'art. 165, comma 6 TUIR, e secondo parte della dottrina¹¹⁵, tale meccanismo "rileva per mitigare gli effetti conseguenti agli sfasamenti temporali tra il momento in cui vengono pagate le imposte dalla consociata estera ed il momento in cui il relativo reddito concorre a formare l'imponibile del Gruppo assoggettato ad imposizione in Italia".

Dunque, il sistema del consolidato mondiale consenta la somma algebrica, seppur proporzionale, di redditi conseguiti e successivamente calcolati con sistemi normativi differenti, e il legislatore è conscio che tale dinamica potrebbe portare ad una serie di pratiche elusive. Di conseguenza, è previsto che il reddito delle società estere, risultante dai bilanci revisionati e calcolato mediante l'applicazione della disciplina fiscale del loro Stato di residenza, debba essere ricalcolato dalla consolidante attraverso le regole in materia di determinazione

¹¹⁴ In tal senso, si veda G. Stancatì, *Il consolidato mondiale*, in AA.VV., *Imposta sul reddito delle società (IRES) e G. INGROA*, In tema di tassazione dei gruppi di imprese ex. D. Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, istitutivo dell'Ires, in *Rass. Trib.*, 2004.

¹¹⁵ Sinergia Consulting Group, *L'imposta sul reddito delle società*, *Il Sole 24 Ore*, 2004, p. 272.

della base imponibile delle società e degli enti commerciali residenti, in quanto compatibili e con specifiche rettifiche. Da ciò derivano una serie di aggiustamenti. Per ciò che concerne le perdite fiscali, quelle prodotte dalle controllate anteriormente all'inclusione nel consolidamento non potranno rilevare in sede di consolidato, e dunque dovranno essere escluse dalla base imponibile che sarà determinata dalla capogruppo italiana. Tuttavia, attenta dottrina¹¹⁶ ha osservato che ciò contrasterebbe con una "visione programmatica" del fenomeno del gruppo, dall'indubbia rilevanza anche nel diritto tributario, in quanto il consolidato dovrebbe, invece, rappresentare in termini unitari la somma delle diverse posizioni societarie sin dalla loro appartenenza al gruppo così come si sono sviluppate nei diversi periodi d'imposta e non solo di quelle relative ai periodi di imposta decorrenti dal momento in cui si è esercitata la facoltà del consolidamento. Tuttavia, a parere di chi scrive, tale ultima ricostruzione non è condivisibile, in quanto il pericolo di fenomeni elusivi concernenti lo sfruttamento delle perdite pregresse inciderebbe in misura maggioritaria rispetto alla possibilità di poter adoperare "visioni programmatiche." Inoltre è dettata una particolare regola con riferimento al riconoscimento fiscale dei valori risultanti dal bilancio relativo all'esercizio che precede l'applicazione del consolidato mondiale: il riconoscimento di tali lavori infatti è subordinato alla condizione che siano conformi ai valori derivanti dall'applicazione dei criteri contabili adottati nei precedenti esercizi¹¹⁷. Con riferimento agli accantonamenti in fondi rischi ed oneri, è previsto che essi concorrano nella misura massima prevista dal legislatore italiano, e se nulla è previsto a tale ultimo riguardo, essi saranno riconosciuti per intero, mentre qualora essi sono diversi rispetto a quelli previsti dalla disciplina italiana si considerano fiscalmente come non riconosciuti. Per ciò che concerne le rimanenze, il valore di queste ultime sarà riconosciuto in misura non superiore al valore normale delle stesse. Con riferimento invece ai

¹¹⁶ Ficari V., «Prime osservazioni su programma imprenditoriale di gruppo e consolidato fiscale nel disegno di legge delega per la riforma tributaria», in Boll. Trib., n. 7/2003.

¹¹⁷ Giovanni Turri, Riforma fiscale: disciplina del consolidato mondiale in "Diritto e Pratica Tributaria" n. 1 del 2006.

componenti reddituali negativi, essi saranno deducibili secondo il criterio di competenza se imputati sia al conto economico di un esercizio precedente che di un esercizio seguente, allo scopo di impedire che si possano operare variazioni di reddito imponibile al variare dei criteri contabili adottati dalle consolidate¹¹⁸. È, inoltre, imposta la disapplicazione totale di talune norme che concernono la deducibilità o meno di specifici oneri finanziari legati alle caratteristiche tipiche di alcune attività nazionali, e dunque inadeguate in contesti extra-nazionali.

È interessante osservare che, contrariamente al consolidato nazionale, nel consolidato mondiale le controllate non residenti non hanno l'obbligo di comunicare il loro imponibile al soggetto controllante, ma devono limitarsi ad inviare allo stesso il bilancio oggetto di revisione obbligatoria. Spetterà poi alla holding calcolare l'imponibile da sommare alla propria base.

Infine, si rileva che, nel caso in cui la società controllata non residente non sia obbligata alla redazione annuale del bilancio, il suo organo amministrativo è tenuto a redigere un bilancio c.d. "volontario", il quale comunque si riferisca ad un periodo di imposta coincidente a quello della controllante. Naturalmente, anche tale bilancio sarà soggetto a revisione.

2.4.4 Modalità applicative e obblighi della controllante

In merito alle modalità applicative, è da evidenziare che entro il primo esercizio di applicazione dell'opzione la società controllante è tenuta ad inviare un'istanza di interpello all'Agenzia delle Entrate, la quale verificherà la sussistenza dei requisiti per il valido esercizio dell'opzione¹¹⁹. Il contenuto di tale interpello è indicato dalla circolare delle agenzie delle entrate 9/E/2016, in cui sono espressamente indicati una serie di elementi¹²⁰ necessari a tal fine.

¹¹⁸ In tal senso, si veda Dominici Christian e Tavoletti Ernesto, Gruppi multinazionali: effetti della scelta del consolidato mondiale, in "Azienda & Fisco" n. 14 del 2005.

¹¹⁹ In tal senso, si veda F. GHISELLI, L'interpello nella disciplina del consolidato mondiale, in Boll. Trib., 2004.

¹²⁰ Tra cui: la denominazione, la sede sociale, l'attività svolta nonché l'ultimo bilancio disponibile di tutte le controllate non residenti, la quota di partecipazione agli utili riferita alla controllante e alle controllate residenti, l'eventuale diversa durata dell'esercizio sociale e le ragioni che impongono tale diversità; la qualificazione soggettiva della controllante all'esercizio dell'opzione; la denominazione dei soggetti cui è stato attribuito l'incarico per la revisione dei

In seguito a tale interpello, l'agenzia delle entrate potrebbe approvare il consolidato o dare un parere negativo in caso di carenza di requisiti¹²¹. In caso di parere negativo, è in ogni caso opinione diffusa in dottrina¹²² che si possa ricorrere a rimedi di natura giurisdizionale poiché rientrerebbe tra i casi di "diniego di agevolazione", e può dunque essere impugnata dinanzi alla commissione tributaria.

Tuttavia, è possibile che l'Agenzia, in taluni casi¹²³, subordini la concessione di un parere positivo all'assunzione di altri adempimenti¹²⁴ da parte della consolidante per tutelare gli interessi erariali o alla definizione di un perimetro di consolidamento più esteso o più circoscritto. Nel caso in cui, invece, l'Agenzia non provveda a rispondere entro il termine di 120 giorni troverà applicazione l'art. 11 della L. 212/2000 e la presunzione che l'Agenzia delle Entrate concordi con il comportamento prospettato dalla società controllante. Tuttavia, l'art. 7 co. 3 del DLgs. 156/2015 ha precisato che laddove la controllante non ha presentato l'istanza di interpello oppure, avendola presentata, non ha ricevuto risposta positiva, dovrà segnalare tale circostanza nella dichiarazione dei redditi.

Volendo, dunque, riassumere gli obblighi della controllante, essi risulteranno così articolati: rivolgere istanza di interpello all'amministrazione finanziaria, entro il primo esercizio in cui ha effetto l'opzione; calcolare il reddito imponibile di ciascuna controllata estera; Determinare il reddito imponibile complessivo di gruppo; Determinare l'imposta dovuta; Effettuare i versamenti.

bilanci e le conferme dell'avvenuta accettazione degli incarichi; la ricostruzione precisa della struttura societaria estera del gruppo, con l'indicazione di tutte le società controllate; l'elenco delle imposte relativamente alle quali verrà presumibilmente richiesto il credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero; eventuali richieste con riferimento a maggiori semplificazioni per la determinazione del reddito imponibile, oltre a quelle già previste..

¹²¹ M. Beghin, Note minime a proposito dell'interpello nella disciplina del c.d. "consolidato mondiale, 1287, ritiene appunto che l'Amministrazione sia fondamentalmente libera di dare ogni tipo di risposta.

¹²² Ingraio, «In tema di tassazione dei gruppi d'impreses ex dlgs 12 dicembre 2003, n. 344, istitutivo dell'IRES», in *Rass. trib.*, n. 2/2004, p. 569.

¹²³ M. BEGHIN, Note minime a proposito dell'interpello "obbligatorio" nella disciplina del cd. "consolidato mondiale", in *Boll. Trib.*, 2003.

¹²⁴ Con l'espressione "altri adempimenti" sembra che l'Agenzia delle Entrate sia investita di un potere illimitato circa le aree di intervento, con il rischio che possa interferire sul principio di uguaglianza per l'ingresso nella disciplina del consolidato dei singoli contribuenti.

È bene a questo punto operare una riflessione: gli adempimenti necessari richiesti dalla legge per poter regolarmente applicare l'istituto del consolidato nazionale sono di non scarsa rilevanza. Si pensi all'interpello di cui sopra, ai requisiti soggettivi della controllante e al non indifferente onere gravante su quest'ultima della revisione sui bilanci delle controllate. Ci si chiede a questo in che misura sono ammissibili oneri di questo tipo, imposti con finalità antielusive ma che di fatto rendono ingiustamente gravoso il ricorso a tale istituto. Probabilmente c'è solo da constatare che la prospettiva di una compensazione intersoggettiva dei redditi risulta ad oggi così invitante per le casse delle holding che si è riusciti a sorvolare su determinati arbitri da parte del legislatore.

In ogni caso, con riferimento alla revisione dei bilanci delle controllate estere, parte della dottrina¹²⁵ ritiene che la suddetta revisione sarebbe da interpretare non tanto come “attività” quanto come “certificazione”, ma a mio avviso tale visione non fa venir meno le critiche appena esposte. Inoltre, prima ancora della revisione “in rettifica” della società controllante deve essere operata su tali bilanci una revisione di carattere generale, e su tale circostanza si è interrogata una parte della dottrina¹²⁶ in merito agli effetti di un possibile esito negativo. Quest'ultimo, infatti, non potrebbe mai portare all'espulsione della controllata dal perimetro del consolidato, altrimenti si violerebbe il principio del c.d. “all in all out”, anche alla luce del fatto che, come ha osservato attenta dottrina¹²⁷, il ruolo di suddetta revisione sarebbe quello di “garantire un minimo grado di uniformità alla contabilità delle società estere coinvolte nella formazione dell'imponibile mondiale, non certo quello di sostituirsi all'Amministrazione finanziaria nello svolgimento dell'attività di controllo della veridicità dei fatti posti a fondamento dell'imposizione”.

¹²⁵ Beghin, La revisione del bilancio nella disciplina del “consolidato mondiale”: profili funzionali e aspetti problematici della bozza di testo unico predisposta dal Ministero dell'economia e delle finanze, in Riv. Dir. Trib., 2003.

¹²⁶ G. Falsitta, Manuale di diritto tributario, parte speciale, Padova 2014, Cedam.

¹²⁷ M. Beghin, «La tassazione dei “gruppi” nel disegno di legge delega di riforma tributaria», in Riv. dir. trib., parte I, 2002, p. 867.

2.4.5 Fine del consolidato mondiale

L'interruzione della tassazione di gruppo può avvenire anche prima del compimento del triennio¹²⁸ nel caso in cui i requisiti previsti vengano meno, ed in quel caso gli effetti dell'opzione per il consolidato mondiale cessano a partire dal periodo d'imposta successivo a quello in cui il requisito è venuto meno.

Il principale effetto consiste nel fatto che le perdite che residuano in capo alla controllante si riducono in misura del rapporto tra le perdite prodotte nel periodo di validità dell'opzione da tutte le società non residenti il cui reddito ha concorso alla formazione dell'imponibile consolidato e le perdite prodotte nello stesso periodo da tutte le società.¹²⁹ Il medesimo effetto si ha anche con riferimento alla situazione in cui sia solo una delle controllate ad effettuare l'interruzione anticipata.

L'interruzione della tassazione di gruppo si verifica anche quando il requisito del controllo venga meno relativamente ad oltre due terzi delle società controllate non residenti; in questo caso, oltre al recupero degli oneri finanziari dedotti, occorre ricalcolare le eventuali perdite pregresse con riferimento alle società non residenti non facenti più parte del gruppo.

Con riferimento alle perdite fiscalmente riconosciute e maturate durante la vigenza del consolidamento e non ancora utilizzate al termine del periodo di imposta durante il quale viene meno il regime di consolidato mondiale, esse saranno ridotte in proporzione al rapporto tra le perdite riportate durante il periodo di validità dell'opzione da tutte le società il cui reddito ha concorso alla determinazione della base imponibile di gruppo e quelle prodotte, sempre nello stesso periodo, dalle consolidate non residenti.

2.4.6 Confronto tra consolidato mondiale, consolidato nazionale e trasparenza

¹²⁸ Oppure, in caso di rinnovo, prima del triennio previsto.

¹²⁹ Art. 137 comma 2 TUIR.

È bene ora operare un confronto riassuntivo tra le discipline del consolidato mondiale e del consolidato nazionale al fine di coglierne le principali differenze e i principali punti di contatto¹³⁰.

Tali due innovazioni infatti nascono nel medesimo contesto ma presentano aspetti fortemente differenti. Innanzitutto la logica dei due istituti è diversa; se il consolidato nazionale rappresenta uno strumento per la tassazione unitaria di una pluralità di soggetti, il consolidato mondiale consiste nella tassazione di un unico soggetto, la controllante residente, la quale nella propria base imponibile vede imputarsi, indipendentemente dalla distribuzione, i redditi conseguiti dalle società non residenti controllate. Inoltre, nel consolidato nazionale l'opzione consiste in un "atto di volontà" sia della controllante che della controllata ed entrambe devono esercitare congiuntamente l'opzione; nel consolidato mondiale l'opzione è esercitata dalla sola controllante la quale vede includersi nella propria base imponibile i redditi conseguiti da tutte le controllate non residenti. In ogni caso, solo quest'ultima può esercitare l'opzione, a differenza del consolidato nazionale, in cui l'opzione deve essere esercitata congiuntamente con la società controllata¹³¹. L'opzione deve essere esercitata unicamente da parte della società od ente controllante di grado più elevato soggetto all'imposta sul reddito delle società, residente nel territorio dello Stato, e non dalle società non residenti interessate al consolidamento. Nel consolidato nazionale il reddito complessivo è dato, operando le opportune rettifiche, dal reddito della controllante e da quello delle controllate, indipendentemente dalla quota partecipativa detenuta dalla controllante, mentre nel mondiale l'imponibile redditi delle le controllate non residenti saranno imputati alla controllante in proporzione alla quota di partecipazione nelle medesime. In ogni caso, anche qui trova applicazione l'effetto della c.d. "demoltiplicazione" in relazione a soggetti che si frappongono nella catena di controllo societario. Inoltre, contrariamente a quanto avviene nel consolidato nazionale, nel

¹³⁰ In tal senso, si veda Fagarazzi Andrea, Il consolidato fiscale mondiale in "Pratica contabile" n. 2 del 2004.

¹³¹ D'Alfonso Gianluigi, La Finanziaria 2008 interviene sul consolidato fiscale in "A&F" n. 3 del 2008.

consolidato mondiale l'opzione si estende a tutte le controllate¹³², non sussistendo dunque la possibilità di poterlo esercitare soltanto nei confronti di alcune di esse.

La ratio di una simile scelta risiede nella volontà del Legislatore di evitare la possibilità che una determinata Holding includa nel perimetro del consolidato solo quelle società in perdita al fine di erodere la base imponibile. all'esigenza di impedire che una società controllante italiana possa creare sub holding attribuendo ad una sola di esse le partecipazioni per le quali si reputa conveniente esercitare l'opzione per il consolidamento.

Un altro fattore rilevante è che nel consolidato domestico, ogni controllata determina l'imponibile proprio, il quale confluisce nel reddito di gruppo; nel consolidato mondiale il reddito di gruppo è determinato dalla controllante.

Alla luce dei rilievi appena esposti, si può dunque giungere alla conclusione che il consolidato mondiale sia caratterizzato da maggiore rigidità, non essendo possibile organizzare il consolidamento secondo scelte di convenienza e nemmeno includere nel reddito imponibile della controllante l'utile o la perdita globale di ciascuna controllata, non essendo queste tassate dall'Erario italiano. Sembrerebbe, in effetti, che il legislatore abbia voluto ideare una normativa "elastica": da un lato riconosce la rilevanza economica e giuridica dei gruppi transfrontalieri, dall'altro però prevede una serie di accorgimenti antielusivi, conscio probabilmente che la presenza di soggetti esteri e di discipline talvolta anche molto differenti da quella italiana potrebbero portare all'applicazione di pratiche antielusive difficilmente contrastabili, se non addirittura difficilmente preventivabili in ragione delle molteplici situazioni che potrebbero crearsi. In tal senso, parte della dottrina¹³³ ha evidenziato come tale diversa appetibilità tra i due istituti potrebbe portare a tensioni con l'ordinamento comunitario. Tuttavia, a parere di chi scrive, non possono essere ignorate, ai fini delle considerazioni circa la convenienza degli assetti di gruppo, le disposizioni

¹³² c.d. principio "all in all out".

¹³³ G. MAISTO, Profili internazionalistici dell'imposizione delle imprese nella delega per la riforma tributaria, in Riv. Dir. Trib., 2003.

europee relative ai gruppi quali la Direttiva Madre Figlia o la Direttiva interessi e royalties, le quali pur prevedendo requisiti soggettivi meno rigidi per la loro applicazione, comportano vantaggi economici non indifferenti per i membri di un gruppo transfrontaliero.

Per ciò che concerne, infine, eventuali rapporti di incompatibilità tra il perimetro del consolidato nazionale e il perimetro del consolidato mondiale, innanzitutto si può verificare l'ipotesi di più controllate residenti che siano incluse in un consolidato nazionale e che siano intermedie rispetto a controllate non residenti incluse in consolidato mondiale. In tali casi un perimetro di consolidato nazionale può essere incluso in un perimetro di consolidato mondiale. L'art. 131, comma 2, del TUIR prevede infatti al riguardo che qualora la partecipazione in una controllata non residente sia detenuta dalla controllante residente in Italia¹³⁴ in tutto o in parte per il tramite di una o più controllate residenti, per la validità dell'opzione di cui all'art. 130 ai fini del consolidato mondiale è necessario che la società controllante e ciascuna di tali controllate residenti esercitino l'opzione di cui alla Sezione II relativa al consolidato nazionale. Questo è un caso di sovrapposizione di perimetro del consolidato nazionale e perimetro del consolidato mondiale per quanto attiene alla catena partecipativa intermedia delle controllate residenti incluse nel consolidato nazionale.

Nel caso invece di una controllante residente - società cd. "apicale" - inclusa in consolidato mondiale, opera la preclusione per essa di esercitare l'opzione come controllata in un perimetro di consolidato nazionale. Ed infatti, in base all'art. 130, comma 4, del TUIR, il soggetto italiano che abbia esercitato l'opzione per il consolidato mondiale non può, in qualità di controllata da altra società residente nel territorio dello Stato, esercitare anche l'opzione per il consolidato nazionale. L'art. 130, comma 4, sancisce quindi il divieto dell'esercizio dell'opzione per il consolidato mondiale da parte di un soggetto che sia società controllante in un consolidato nazionale.

¹³⁴ che abbia esercitato l'opzione per il consolidato mondiale, e sia quindi "soggetto apicale" a tali fini.

Per quanto attiene ai rapporti del perimetro del consolidato mondiale col perimetro della trasparenza, innanzitutto opera la preclusione per la società controllante nel consolidato mondiale per essere partecipata in un perimetro di trasparenza. La preclusione opera a seconda che una certa società abbia previamente esercitato l'opzione come controllante per un perimetro di consolidato mondiale, ovvero abbia previamente esercitato l'opzione come partecipata per un perimetro di trasparenza.

Il problema della preclusione del consolidato mondiale nei confronti della trasparenza non si pone evidentemente per le controllate che, essendo non residenti, non possono essere partecipate in un perimetro di trasparenza in Italia. Vi è infine la facoltà di opzione per la società controllante nel consolidato mondiale per essere partecipante in un perimetro di trasparenza. Infatti, nel caso in cui una certa società abbia previamente esercitato l'opzione come controllante per un perimetro di consolidato mondiale, essa può esercitare successivamente l'opzione come partecipante (ma non come partecipata) in un perimetro di trasparenza¹³⁵. Quindi il consolidato mondiale non preclude, per la controllante in quel perimetro di consolidato, la trasparenza in qualità di partecipante. Infatti, come si è visto, il combinato disposto dell'art. 115, comma 1, del TUIRe dell'art. 2, comma 1, lett. b), del D.M. 23 aprile 2004 dispone soltanto che l'opzione per la trasparenza non può essere esercitata da una società (per essere quindi partecipata in un regime di trasparenza) qualora tale società abbia optato, in qualità di società controllante o controllata, per la tassazione di gruppo di cui all'art. 130.

2.5 CFC

2.5.1 Introduzione e rilievi critici sulla ratio dell'istituto.

¹³⁵ Garbarino Carlo, Rapporti del consolidato mondiale con il consolidato nazionale e il regime di trasparenza, in "Corriere tributario" n. 24 del 2006.

Nel procedere con l'analisi delle principali norme fiscali presenti nel nostro ordinamento con riferimento ai gruppi societari, non può non venir in mente l'istituto delle *Controlled Foreign Corporations*. Quest'ultimo prevede la tassazione per trasparenza in capo al soggetto controllante residente in Italia dei redditi delle imprese controllate estere (spesso residenti in paesi a fiscalità privilegiata) a prescindere dalla loro effettiva distribuzione, allo scopo di contrastare il fenomeno della tassazione posticipata dei redditi ivi prodotti, spesso senza termine¹³⁶. Come si è evidenziato in precedenza, la normativa sul consolidato mondiale offre al contribuente la possibilità di accedere a tale regime su base volontaria, rappresentando dunque un regime opzionale non obbligatorio. Tuttavia, a determinate condizioni, sebbene la controllante non abbia optato per il regime di consolidato mondiale, si vedrà ugualmente imputati i redditi delle società controllate. La ratio di una simile previsione risiede nella volontà del legislatore di evitare fenomeni elusivi consistenti nella delocalizzazione di imprese (e conseguentemente di redditi) all'estero e a contrastare in particolare il fenomeno del c.d. "*tax deferral*" relativo a società controllate nei c.d. paradisi fiscali. Secondo autorevole interpretazione dottrinale¹³⁷, tale istituto rompe le consuete "barriere della personalità giuridica" permettendo che il reddito di talune società, a determinate condizioni, sia attribuito ad altre società. Quest'ultima dinamica appare contro intuitiva rispetto alle relative norme civilistiche, laddove le società controllate sono considerate a tutti gli effetti entità separate i cui proventi sono tassati dal paese in cui queste ultime sono residenti.¹³⁸

Tale disciplina è stata introdotta nel nostro ordinamento con la Legge 21 novembre 2000, n. 342. Analizzando la relazione che accompagnò il primo disegno di legge al riguardo¹³⁹, si può intuire l'importanza che hanno avuto le

¹³⁶ Arnold and P. Dibout, "Limits of the use of low-tax regimes by multinational business", 2001.

¹³⁷ M., Paganuzzi, La CFC legislation, pp. 343-364, in Sacchetto C. (a cura di), Principi di diritto europeo e internazionale, Giappichelli.

¹³⁸ Aigner H-J., Scheurle U., Stefaner M., General report, pp. 15-62, in LANG, M. (a cura di), CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law EUCOTAX Series on European Taxation, Kluwer Law International (2004).

¹³⁹ Disegno di legge n. 4185, presentato in Senato il 28 luglio 1999.

spinte sovranazionali in tal senso. In primo luogo, la presenza di una normativa del genere all'interno dei principali ordinamenti europei¹⁴⁰, anche se il primo paese ad introdurla furono gli Stati Uniti nel 1962¹⁴¹, ma anche dal c.d. soft law, con indicazioni contenute sia nel c.d. Code of conduct sia che nel documento dell'OCSE intitolato "Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue" del 1998.

Moltissimi autori si sono interrogati circa la reale ratio dell'istituto, al fine di poterne meglio comprenderne gli effetti. Secondo una parte della dottrina¹⁴², il principale obiettivo sarebbe quello di contrastare il c.d. "tax deferral", ossia la posticipazione della distribuzione degli utili con conseguente slittamento della loro tassazione. Secondo altri autori¹⁴³, invece, il fine sarebbe quello di colpire il fenomeno elusivo per cui taluni redditi sono formalmente prodotti all'estero ma concretamente riconducibili entro i confini nazionali, attraverso una gestione accentrata riconducibile comunque al soggetto residente. Tale ultima considerazione, come si vedrà nel capitolo 4, dovrebbe essere tenuta in considerazione anche nell'ambito della nuova proposta di CCCTB. A parere di chi scrive, nessuna di queste due ipotesi è convincente. Con riferimento alla prima, se è vero che la normativa attuale è applicabile ai redditi conseguiti all'estero a prescindere dalla loro distribuzione, tuttavia è da osservare che non sempre il controllo societario consente un potere d'azione così penetrante da consentire il rinvio della distribuzione dei dividendi. Con riferimento alla seconda, invece, appare un po' limitante la ricostruzione prospettata. Sembrerebbe, infatti, che la questione si riduca ad una mera operazione di "giustizia redistributiva", volevo dunque colpire la delocalizzazione dei redditi in paesi che non avrebbero sostanzialmente potestà impositiva su quei determinati redditi.

¹⁴⁰ Come Germania e Francia.

¹⁴¹ Numerosi spunti sono offerti sin dal 1938 nei "Cahiers de droit fiscal international" pubblicati dalla International Fiscal Association (IFA) periodicamente.

¹⁴² Stevanato D., Controlled Foreign Companies: concetto di controllo ed imputazione del reddito, in Rivista di diritto tributario, 2000.

¹⁴³ Cordeiro Guerra R., Riflessioni critiche e spunti sistematici sulla introducenda disciplina delle controlled foreign companies (art. 127-bis del TUIR), in Rassegna tributaria.

In tal senso, si è espresso anche il Ministero delle Finanze, in una circolare¹⁴⁴ dove si è espresso affermando che lo scopo della normativa sarebbe quello di combattere “pratiche elusive attuate mediante partecipazione in società con sedi in Paesi a fiscalità privilegiata”. Dunque, un fine prettamente antielusivo, ma anche tale interpretazione non tiene conto della complessità del fenomeno. In definitiva, a parere di chi scrive si può affermare che il fenomeno delle CFC è un fenomeno complesso, e le interpretazioni appena analizzate possono essere ritenute corrette singolarmente ma non sufficienti a spiegare la ratio della normativa in esame. Quindi, per completare il “quadro”, è necessario sottolineare come con questa normativa il legislatore italiano abbia voluto aumentare il gettito erariale includendo nella base imponibile della società controllante anche i redditi delle controllate. Si potrà discutere se tale scelta rispecchi o meno il principio di capacità contributiva ex art. 53 Cost., ma tale analisi andrà condotta caso per caso con riferimento all’effettivo collegamento tra la holding e le attività della controllata, anche alla luce della considerazione che non si può trascurare come l’aumento del fenomeno degli ultimi anni necessitasse comunque di una normativa che lo regolasse, se non addirittura limitasse. Inoltre, è da considerare che in seguito alla modifica intervenuta con il d.l. 78/2010, l’applicazione dell’istituto è stata allargata anche a quelle società estere non necessariamente appartenenti ai c.d. *tax havens*, ma anche a quelle società residenti negli Stati membri dell’Unione Europea e in quelli appartenenti allo Spazio Economico Europeo. Alla luce di tale cambiamento, secondo alcuni autori¹⁴⁵ si è passati da un sistema riconducibile allo schema del c.d. *jurisdictional approach*, ad un sistema con caratteristiche riconducibili c.d.

¹⁴⁴ Circolare dell’Agenzia delle Entrate del 16 novembre 2000, n. 207/E.

¹⁴⁵ Ballancin A., Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate: profili ricostruttivi nella crisi dei paradigmi impositivi tradizionali, in C. Sacchetto (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, CEDAM, 2016.

transactional approach¹⁴⁶, ma non tutti sono d'accordo¹⁴⁷. Dunque, secondo alcuni si potrebbe concludere che ad oggi la finalità principale di tale istituto sia combattere l'abuso dello strumento societario in ambito internazionale tramite il ricorso a società controllate di natura fittizia.¹⁴⁸ In definitiva, si vuole ottenere l'effetto di rendere neutrali gli investimenti all'estero rispetto a quelli puramente interni, con il risultato di non svantaggiare questi ultimi rispetto ai primi. Come si vedrà, tali considerazioni non sono rilevanti solo ai fini puramente "didascalici", ma assumo rilevanza anche con riferimento alla compatibilità di tale normativa con i principi dell'ordinamento europeo.

2.5.2 Criticità della disciplina delle CFC.

La disciplina sulle CFC comporta una differenza di trattamento tra situazioni puramente interne e situazioni transfrontaliere. Anche laddove la differenza di trattamento appena descritta non comporti un aumento complessivo del carico impositivo, è indubbio che risulti alquanto svantaggioso laddove si andranno a tassare utili non ancora distribuiti¹⁴⁹, e questo porta a tensioni con i principi europei di libertà di stabilimento e libera circolazione dei capitali. Con riferimento al primo aspetto, è da segnalare un'importante sentenza della CGUE nel caso Cadbury Schweppes¹⁵⁰, dove è stata ritenuta contraria al principio della libertà di stabilimento una normativa nazionale che include nella base imponibile di una società residente utili realizzati da una società stabilita in un altro Stato membro con un livello impositivo inferiore, laddove tale normativa non si applichi limitatamente ai casi in cui si attui una "costruzione artificiosa".

¹⁴⁶ Nell'ambito del primo assume rilevanza la circostanza che il reddito venga prodotto in Paesi o territori a fiscalità privilegiata, e tra i principali stati che lo adottano si segnalano Regno Unito e Francia.

Il secondo, invece prende in considerazione la natura del reddito prodotto, solitamente i c.d. "*passive income*", e tra i principali stati che lo adottano si segnalano Germania e Spagna.

¹⁴⁷ Secondo Moretti M., *Controlled foreign companies: alcune riflessioni di carattere sistematico alla luce delle modifiche introdotte dal decreto internazionalizzazione e dalla legge di stabilità 2016*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale 2017*, l'approccio sarebbe rimasto l'originario.

¹⁴⁸ Livia Salvini op. cit.

¹⁴⁹ Ballancin A., *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate: profili ricostruttivi nella crisi dei paradigmi impositivi tradizionali*, in C. Sacchetto (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, CEDAM, 2016.

¹⁵⁰ Causa C-196/04.

Sul tema era intervenuta anche la Corte di Cassazione¹⁵¹, la quale aveva sancito la corrispondenza della normativa interna in tema di cfc con i principi stabiliti nella sentenza del caso Cadbury Schweppes. Tuttavia, a parere di chi scrive, non si rinviene ad oggi una specifica disposizione dell'ordinamento interno che sancisca l'applicabilità della norma alle sole situazioni di puro artificio, e non appaiono sufficienti in tal senso le disposizioni che ne limitano l'applicabilità solo a determinate condizioni¹⁵². Inoltre, anche volendo abbracciare le tesi analizzate in precedenza di alcuni autori che vedono la ratio della disciplina CFC come "antielusiva", a parere di chi scrive queste ultime non risulterebbero sufficienti a eliminare profili di criticità con l'ordinamento europeo in assenza di disposizioni di sostanza volte a limitare l'applicabilità dell'istituto come sancito nel caso Cadbury Schweppes. Dunque, come osservato in dottrina, al per evitare contrasti con il diritto comunitario la normativa italiana "dovrebbe limitarsi a punire le circostanze di puro artificio prive di un'effettiva sostanza economica"¹⁵³.

Con riferimento invece alla già citata criticità con il criterio di capacità contributiva ex art. 53 Cost., fiorente dottrina¹⁵⁴ si è espressa al riguardo. Come correttamente osservato da alcuni autori¹⁵⁵, il problema fondamentale risiede nella circostanza che generalmente nella tassazione per trasparenza rientreranno redditi effettivamente acquisiti, mentre nel caso delle cfc tali redditi risulteranno acquisiti a prescindere dalla loro acquisizione. Di conseguenza, ci sarebbe un aumento del carico impositivo su un soggetto senza un correlato aumento della sua disponibilità economica e/o ricchezza. Tale osservazione, tuttavia, non

¹⁵¹ Sentenza della Cassazione del 16 dicembre 2015, n. 25281.

¹⁵² G. Tablet, M. Greggi, La disciplina delle c.d. "Società controllate e collegate estere" nell'ordinamento italiano, in Studi tributari europei, 2014.

¹⁵³ Morri S. e Guarino S., CFC e libertà di stabilimento tra normativa italiana e garanzie europee, in Corriere tributario, 2016, 32/33.

¹⁵⁴ Si veda, ad es., Bartolomucci S., L'ambito soggettivo di applicazione della controlled foreign companies legislation, alcune problematiche interpretative ed applicative della norma, Il Fisco, 2002.

¹⁵⁵ Ingrao G., La riforma dell'IRES e la legislazione sulle Controlled Foreign Companies, in Beghin M. (a cura di), Saggi sulla riforma dell'Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008. Quaderni della Rivista di Diritto Tributario, Milano, 2008.

convince alcuni autori¹⁵⁶, i quali ritengono che i presupposti richiesti della norma per l' applicazione della normativa rappresentino uno "schermo" sufficiente ad evitare fenomeni di tassazione illegittima. In particolare, la posizione di controllo richiesta dalla norma garantirebbe al contribuente una posizione tale da poter "sostanzialmente" gestire gli utili in base ai quali andrà poi a versare il tributo, godendo di fatto della loro disponibilità. A parere di chi scrive, la compatibilità o meno dell'istituto con i principi fondamentali del nostro ordinamento tributario dipenderà in gran parte dal tipo di interpretazione che si vorrà dare al principio di capacità contributiva, dal momento che alla visione appena descritta per cui sia sempre necessario legare il tributo ad indicatori di natura economica, se ne contrappone storicamente un'altra che ritiene sufficiente l'esistenza di un ruolo economicamente vantaggioso. A parere di chi scrive, il vero problema risiede nella circostanza che tale disciplina non distingue minimamente tra situazioni "genuine" e situazioni "fittizie", per cui i redditi prodotti all'estero andranno ad essere imputati alla controllante sulla base di criteri oggettivi indicati dalla norma i quali, tuttavia, difficilmente possono rendere evidente l'esistenza o meno di un abuso.

2.5.2 Ambito soggettivo

Con riferimento all'ambito soggettivo, possono ricoprire il ruolo di controllante: imprese individuali¹⁵⁷; una società di capitali; una società di persone; un ente commerciale residente; a seguito delle modifiche intervenute con il D.lgs. n. 142/2018, anche le società o gli enti non residenti in Italia se hanno una stabile organizzazione residente in Italia. Con riferimento invece alle controllate, come anticipato oggi non si fa più riferimento ai paesi c.d. *tax havens*, tuttavia devono sussistere due condizioni quali la circostanza per cui i soggetti controllati devono essere sottoposti dallo stato di appartenenza ad una tassazione effettiva

¹⁵⁶ Ballancin A., Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate: profili ricostruttivi nella crisi dei paradigmi impositivi tradizionali, in C. Sacchetto (a cura di), Principi di diritto tributario europeo e internazionale, Torino, CEDAM, 2016.

¹⁵⁷ Come chiarito dalla Circolare Assonime n. 65 del 18 dicembre 2000.

che sia inferiore alla metà di quella a cui sarebbero stati sottoposti in Italia¹⁵⁸, e quella per cui oltre un terzo dei proventi di tali soggetti deve derivare dai c.d. *passive income*¹⁵⁹. Con riferimento a tale ultimo aspetto, è da segnalare la Circolare 23/E del 2011, che ne ha limitato il campo applicativo¹⁶⁰. Con riferimento invece al primo aspetto, bisognerà eseguire il c.d. “taxe rate test”, consistente nel confrontare la tassazione effettiva a cui tali imprese sono sottoposte nel paese di residenza con quella a cui i medesimi redditi sarebbero stati sottoposti se fossero stati tassati in Italia. L’agenzia delle entrate, con provvedimento n. 143239 del 16 settembre 2016, ha fornito alcuni chiarimenti con riferimento a tale ultimo test. In particolare, ha chiarito che con “tassazione effettiva” si fa riferimento al “rapporto tra l’imposta estera corrispondente al reddito imponibile e l’utile ante-imposte risultante dal bilancio della controllata”, mentre con tassazione domestica si intende “il rapporto tra l’imposta che la controllata avrebbe pagato in Italia, corrispondente al reddito imponibile rideterminato secondo le disposizioni fiscali italiane in materia di reddito d’impresa, e l’utile ante-imposte risultante dal bilancio della controllata”. Con riferimento poi a quest’ultimo dato, l’agenzia delle Entrate ha inoltre chiarito nell’ambito di “Telefisco 2019” che ai fini del suddetto calcolo si tiene conto solo dell’IRES, e non dell’IRAP. Inoltre, nella Circolare n. 35/E del 4 agosto 2016 dell’Agenzia delle Entrate sono stati specificate alcune condizioni in presenza delle quali si presume che si tratti di regimi a fiscalità privilegiata¹⁶¹. Tale ultima circolare chiarisce anche che nel caso in cui il

¹⁵⁸ Si tratta del c.d. Tax rate test, e i criteri di riferimento sono quelli indicati dal Provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle entrate del 16 settembre 2016.

¹⁵⁹ Con tale locuzione si fa riferimenti agli interessi, dividendi, royalties, redditi derivanti dalla cessione di partecipazioni, redditi da attività finanziarie.

¹⁶⁰ In particolare, non si considerano *passive income* “né i proventi derivanti dall’attività di gestione, detenzione ed investimento in strumenti finanziari esercitata per conto terzi da soggetti qualificabili come intermediari finanziari” né “i proventi finanziari che derivano dalla gestione degli investimenti “obbligatoriamente” effettuati a copertura delle riserve tecniche”.

¹⁶¹ In particolare, “si considerano tali tutti i regimi fiscali di favore che, in linea di principio, presentano i seguenti requisiti: a) si applicano alla generalità dei contribuenti che integrano i requisiti soggettivi o oggettivi richiesti dalla norma istitutiva del regime; b) determinano una riduzione delle aliquote d’imposta applicabili ovvero, pur non incidendo direttamente sull’aliquota, prevedono esenzioni o altre riduzioni della base imponibile idonee a ridurre sostanzialmente il prelievo nominale. Si tratta di regimi che concedono un trattamento agevolato strutturale, risolvendosi in un’imposizione inferiore alla metà di quella italiana”.

trattamento di favore sia riservato solo a talune delle attività svolte dalle controllate, bisognerà operare un test c.d. “di prevalenza” in base al quale bisognerà verificare se tale attività incida in maniera maggioritario sui ricavi complessivi. Infine, è da evidenziare che attenta dottrina ha correttamente osservato che comunque dovranno rientrare nella suddetta categoria dei regimi a fiscalità privilegiata quelle situazioni in cui le imprese estere riescano ad accedere a regimi di favore in virtù di accordi stipulati con l’Amministrazione finanziaria estera¹⁶².

Per ciò che concerne il concetto di “controllo” che deve sussistere tra le controllante e le controllate, nella normativa delle CFC c’è un rinvio integrale alla disciplina civilistica¹⁶³. Alcuni autori¹⁶⁴ avevano proposto di integrare i requisiti, ritenendo non sufficiente che il presupposto fosse posseduto l’ultimo giorno dell’esercizio, ma prevedendo un periodo minimo di detenzione. Tuttavia, tale proposta non è stata mai accolta. Inoltre, è da rilevare come nella proposta iniziale¹⁶⁵ si era ipotizzato di abbassare la percentuale di controllo necessaria per l’applicazione della disciplina, riducendola al 25% dei diritti di voto o del capitale della società estera.

Inoltre, è da fare una doverosa specificazione. Come suggerisce la logica, ai fini dell’applicazione della normativa CFC è necessario che ad un’influenza dominante di una società interna su una società estera vi segua anche un’effettiva distribuzione di utili. In caso contrario, non vi sarebbero redditi da tassare. Tale specificazione assume rilevanza con riferimento alle c.d. catene partecipative, laddove non è infrequente che una società “di mezzo” si trovi a gestire utili provenienti dalla società controllata indirettamente, senza tuttavia

¹⁶² De capitani G. e Dal Col M., Le nuove CFC: questioni aperte alla luce della recente evoluzione normativa e amministrativa, in *Fiscalità e commercio internazionale*, 2017.

¹⁶³ In particolare, all’art. 2359 c.c., commi 1 e 2, mentre si esclude che possa rientrarvi anche la nozione di controllo ex comma 3 con riferimento a “particolari vincoli contrattuali”.

¹⁶⁴ Simoni F., La determinazione del reddito della controllata estera e gli effetti sul reddito d’impresa del socio residente, p. 5 della relazione al convegno sulle Cfc organizzato da Paradigma a Milano il 30 e 31 maggio 2000.

¹⁶⁵ Disegno di legge n. 4336, approvato dal Consiglio dei Ministri in data 15 novembre 1999.

risultarne il beneficiario effettivo. Una parte della dottrina¹⁶⁶ si è interrogata circa la possibile soluzione applicabile al caso, e si è ipotizzato di applicare la normativa CFC soltanto alla capogruppo oppure di disapplicare la normativa, all'interno delle catene di controllo, nei confronti di tutti i soggetti "a monte" del primo che l'ha applicata. Secondo altri autori¹⁶⁷, sarebbe sufficiente che la controllante chiedesse l'applicazione di una delle esimenti previste dalla normativa delle CFC con l'effetto di tassare gli utili solo in capo alla controllata (diretta).

2.5.4 L'esimente ex art. 167, comma 5, TUIR.

Ai sensi dell'art. 167, comma 5, TUIR ai fini della disapplicazione di tale disciplina il contribuente dovrà dimostrare che il soggetto controllato "svolge un'attività economica effettiva, mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali". In questo caso, torneranno applicabili le regole ordinarie in tema di tassazione.¹⁶⁸ Da ciò si può dedurre che agli occhi del legislatore non tutti i casi in cui avviene la localizzazione dei redditi in paese a più bassa tassazione sono da condannare, laddove i casi in cui tale delocalizzazione avvenga per effettive ragioni di pianificazione imprenditoriale giustificano un simile risparmio di imposta. È da evidenziare, tuttavia, che il testo di tale norma ha subito alcune variazioni nel tempo che ne hanno, talvolta, modificato la ratio ispiratrice. Inizialmente¹⁶⁹, infatti, tale esimente si basava sull'indagine circa le motivazioni economiche in base alle quali si era scelto di operare in quel determinato mercato, verificando in concreto che la presenza fisica della controllata all'estero fosse effettivamente finalizzata a svolgere attività

¹⁶⁶ G. Maisto, Controlled Foreign Company Legislation, Corporate Residence and Anti-Hybrid Arrangement Rules, in Bulletin for International Taxation, 2014.

¹⁶⁷ Bagarotto E. M., La disciplina in materia di controlled foreign companies alla luce delle modifiche apportate dalla legge di stabilità 2016 e nell'attesa dell'attuazione della "Direttiva anti-beps", in Diritto e pratica tributaria, 2017.

¹⁶⁸ Ossia, tassazione dei redditi esteri nello stato in cui sono prodotti e successiva tassazione in capo alla controllante al momento della distribuzione.

¹⁶⁹ La lettera a dell'art. 167 originariamente disponeva di applicare l'esimente nel caso in cui: "la società o altro ente non residente svolga un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività, nello Stato o nel territorio nel quale ha sede".

d'impresa. Tale formulazione, secondo alcuni autori¹⁷⁰, non poteva definirsi quale “deroga” in quanto il presupposto indicato costituiva un “aspetto essenziale” della disciplina in esame. Successivamente, è intervenuto l’art. 13 del D.L. 78 del 2009, tra le varie modifiche all’art. 167 TUIR è stata aggiunta la locuzione “nel mercato” (con riferimento al mercato dello stato di residenza della controllata nel quale doveva svolgersi la sua principale¹⁷¹ attività), la quale ha suscitato diverse perplessità. A parere di chi scrive, la più grande criticità risiede nel fatto che in un’economia così globalizzata non può dedursi l’elusività di talune pratiche dal solo fatto che una determinata attività commerciale sia indirizzata a clienti esteri, risultando in tal modo molto penalizzante. In tal senso, attenta dottrina¹⁷² ha correttamente evidenziato che non è corretto valutare l’effettiva radicazione di un’impresa all’interno di un certo mercato solo sulla base dei clienti cui si rivolge la sua attività di impresa, essendo piuttosto dirimente il dato circa il “luogo in cui avvengono le principali operazioni di gestione in cui l’attività si estrinseca”. Di diverso avviso è stata invece l’Agenzia delle Entrate, la quale nella Circolare n.51/E del 2010 ha invece interpretato restrittivamente tale espressione, attribuendo rilevanza all’effettivo mercato di “approvvigionamento e successiva distribuzione” dell’impresa. Tuttavia, la portata restrittiva di tale interpretazione fu mitigata dalla successiva disposizione inserita nel testo in cui estendeva il concetto di “mercato” non solo ai confini nazionali di quel determinato paese ma anche ai paesi circostanti i quali possedessero “particolari nessi economici, politici, geografici o strategici”¹⁷³. Inoltre, in tal senso sono da segnalare anche le osservazioni di Confindustria¹⁷⁴, in cui, condividendo l’assunto esposto da chi

¹⁷⁰ 4 D. Stevanato, Delocalizzazioni produttive e metamorfosi della disciplina CFC: dalla tassazione dei <> alla penalizzazione dei <>, in AA.VV, Lo strumento tributario contro la delocalizzazione produttiva: decreto anticrisi e modifiche alle CFC, in Dialoghi Tributarî.

¹⁷¹ Principale è qui inteso in termini quantitativi e non qualitativi.

¹⁷² D. Stevanato, 2009, Op. Cit., p. 359. Si veda anche Bagarotto E. M., La compatibilità con l’ordinamento comunitario della disciplina in materia di controlled foreign companies alla luce delle modifiche apportate dal <>, in Giustizia tributaria, 2010.

¹⁷³ Circolare n.51/E del 2010, Agenzia delle Entrate.

¹⁷⁴ Note e Studi n. 15 del 2009, Commenti in relazione all’articolo 13 del D.L. 1° luglio 2009, n.78, Osservazioni del tavolo interassociativo Abi - Ania - Assonime – Confindustria.

scrive, attribuivano all'espressione "nel mercato" un senso più ampio che prescindesse dall'effettiva clientela destinazione, attribuendo importanza maggioritaria al legale tra la controllata e il territorio di residenza. Infine, si è arrivati alla formulazione attuale, con il Decreto legislativo del 29/11/2018 n. 142 Articolo 4. È sparito ogni riferimento "al mercato" ed oggi ad assumere rilevanza dirimente è "lo svolgimento di un attività economica effettiva mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali". Il legislatore, dunque, sembra aver accolto le numerose critiche elaborate sulla precedente disposizione, formulando dunque una disposizione meno penalizzante soprattutto per quelle imprese che svolgono principalmente attività di impresa con riferimento a settori caratterizzati da un forte carattere transfrontaliero, come ad esempio attività intellettuali.

Ai fini della dimostrazione della suddetta non sussistenza dei requisiti previsti per l'applicazione della disciplina delle CFC, è da segnalare l'intervento del Legislatore con il D.lgs. n. 147/2015. In seguito a tale ultima modifica, il contribuente non dovrà più presentare un'istanza di interpello preventiva per dimostrare¹⁷⁵ la non applicabilità della disciplina CFC¹⁷⁶, ma avrà la possibilità di disapplicare quest'ultima e rinviare¹⁷⁷ la dimostrazione degli elementi richiesti in un'eventuale azione di controllo da parte dell'amministrazione finanziaria.¹⁷⁸ Tale modifica era stata in più occasioni auspicata dalla dottrina¹⁷⁹, la quale sottolineava come l'interpello fosse un istituto storicamente facoltativo per il contribuente, e che nella vecchia disciplina aveva assunto i connotati dell'obbligatorietà che ne aveva cambiato natura e finalità.

Inoltre, tale intervento normativo si era reso ancora più necessario alla luce della Comunicazione n. 785/2007 della Commissione Europea, nel caso in cui si era

¹⁷⁵ Solitamente, tra i documenti necessari a tal fine si segnalano: il bilancio inerente all'esercizio cui l'istanza si riferisce ed eventuale sua certificazione; un prospetto che descriva la struttura organizzativa e le sue modalità operative; tutti i contratti di locazione di lavoro e di assicurazione in essere; conti correnti ed estratti conto bancari.

¹⁷⁶ Prima tale azione era ritenuta obbligatoria, vedi Circolare Agenzia delle Entrate n. 5/E del 2009.

¹⁷⁷ Tuttavia, già prima dell'intervento del Legislatore l'Agenzia delle Entrate aveva mutato indirizzo a partire dalla Circolare 32/E del 14 giugno 2010.

¹⁷⁸ Tuttavia, in questo secondo caso, dovrà segnalarlo con apposita indicazione nella dichiarazione dei redditi.

¹⁷⁹ Albano G. e Marani M., Nuove CFC senza obbligo di interpello preventivo, in *Corriere tributario*, 2015.

stabilito che, nel caso in cui si rilevi un comportamento abusivo ad opera di un contribuente, quest'ultimo deve essere messo in condizione di provare la legittimità della sua condotta senza eccessivi oneri amministrativi.

2.5.5 Il calcolo della base imponibile

Con riferimento, invece, al calcolo della base imponibile, l'Agenzia delle Entrate¹⁸⁰ ha chiarito che i redditi delle CFC devono essere determinati con riferimento alla normativa sul calcolo dei redditi d'impresa, operando dunque una *fictio iuris*, secondo cui tutti i redditi delle società controllate siano redditi di impresa, come osservato da attenta dottrina¹⁸¹, salvo le eccezioni di cui all'art. 167, comma 7, TUIR.

L'aliquota applicabile invece sarà quella media del soggetto a cui i redditi sono imputati, in misura comunque non inferiore all'aliquota ordinaria IRES, applicando così i redditi della controllata a tassazione separata. Tale ultima specificazione risulta particolarmente importante nel caso in cui la controllante fosse un soggetto passivo IRPEF, che rischierebbe altrimenti un aumento anche considerevole dell'aliquota applicabile. Laddove invece il soggetto controllante manchi di un'aliquota propria, ad esempio nel caso in cui abbia redditi quasi nulli, ha chiarito la Cassazione¹⁸² che si andrà ad applicare l'aliquota media IRES vigente in quel determinato anno. Con riferimento invece alle perdite della controllata, non è consentito portare in diminuzione del reddito della controllante ma dovranno essere necessariamente riportate in avanti per i successivi periodi di imposta della controllata. Infine, dall'imposta così determinata, andranno poi detratte le imposte sui redditi pagate all'estero a titolo definitivo dal soggetto non residente. Alla controllante inoltre è riconosciuto un credito di imposta per le imposte pagate a titolo definitivo all'estero dalla

¹⁸⁰ Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 4 agosto 2016, n. 35/E.

¹⁸¹ Ballancin A., Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate: profili ricostruttivi nella crisi dei paradigmi impositivi tradizionali, in C. Sacchetto (a cura di), Principi di diritto tributario europeo e internazionale, Torino, CEDAM, 2016.

¹⁸² Ordinanza n. 19991 del 27 luglio 2018.

partecipata sul reddito dalla stessa prodotto¹⁸³. In tal senso, l’Agenzia delle entrate ha formulato¹⁸⁴ chiarimenti applicativi circa il calcolo effettivo da effettuare. Tuttavia, una parte della dottrina¹⁸⁵ ha sollevato dubbi circa il riconoscimento di un credito di imposta per le imposte pagate dalla controllata in uno stato diverso da quello di residenza. Tali dubbi sono stati risolti con alla risoluzione n. 112/E dell’11 agosto 2017 dell’Agenzia delle Entrate con cui è stata ritenuta pacificamente ammissibile tale possibilità. A parere di chi scrive, tale conclusione risulta abbastanza ovvia alla luce della considerazione che i redditi imputati alla controllante non subiscono una simile limitazione, e sarebbe stato iniquo dunque non riconoscere il relativo credito di imposta. Infine, è da segnalare che l’Agenzia delle entrate ha chiarito in una risoluzione¹⁸⁶ che tale credito di imposta è riconosciuto anche nel caso di “catena societaria”, laddove la cfc “a valle” sia controllata tramite una cfc “intermedia”, e tale soluzione era stata già auspicata precedentemente in dottrina¹⁸⁷.

2.5.6 Cenni di diritto comparato sulle CFC

Quanto appena descritto rappresenta la risposta del legislatore italiano al fenomeno delle CFC, ma tale problematica è avvertita anche in altri ordinamenti, oltre che a livello internazionale. Si segnala in particolare che l’OCSE già a partire dal 1998 segnalava agli Stati che non vi avessero già provveduto di creare una normativa antielusiva ad hoc per contrastare il fenomeno delle *Controlled Foreign Corporation*¹⁸⁸, e si evidenziano diverse iniziative a livello dell’Unione Europea per armonizzare le discipline degli stati membri, ma su queste si tornerà più avanti.

¹⁸³ Art 167, comma 9, TUIR.

¹⁸⁴ Circolare 18 giugno 2008 n. 47/E, risposta 7.2

¹⁸⁵ Papotti R. e Zorzi G., La detrazione delle imposte assolate all’estero dalle CFC, in *Corriere tributario*, 2017, 39.

¹⁸⁶ Risoluzione n. 108/E del 24 novembre 2016.

¹⁸⁷ Scifoni G., Holding intermedia e credito d’imposta indiretto su dividendi di fonte black list, in *Corriere tributario*, 2017.

¹⁸⁸ OCSE, “Harmful tax competition: an emerging global issue”, Parigi, 1999.

Ad oggi si rileva ancora che non tutti gli Stati hanno istituito una propria disciplina ad hoc per contrastare tale fenomeno. Tra coloro che vi hanno provveduto, si evidenzieranno di seguito i principali modelli seguiti, anche se si può anticipare che la caratteristica che accumuna i vari sistemi ideati è l'imputazione alla controllante dei redditi prodotti dalle società estere residenti in regimi a fiscalità privilegiata.

In primo luogo, si può operare una distinzione tra due modelli: il "*piercing the veil approach*" e il "*deemed distribution of dividends approach*".

In base al primo modello, i redditi conseguiti dalle *controlled foreign corporations* considerati come prodotti direttamente dal socio, e verranno dunque tassati a prescindere dalla loro effettiva distribuzione e in misura proporzionale alla partecipazione detenuta. Tra i principali Stati che seguono tale modello, si ricordano il Regno Unito, la Francia e la Svezia.

In base al secondo modello invece considera il reddito delle CFC al pari di una distribuzione di utili, a prescindere che tale divisione abbia avuto luogo o meno. Tra i principali stati che adottano tale modello, si segnalano Germania, Portogallo e Spagna.

È possibile inoltre operare un'altra distinzione, tra gli stati che operano secondo il modello del "*jurisdictional approach*" e quelli che operano secondo il "*transnational approach*".

Nell'ambito del primo assume rilevanza la circostanza che il reddito venga prodotto in Paesi o territori a fiscalità privilegiata, e tra i principali stati che lo adottano si segnalano Regno Unito e Francia.

Il secondo, invece prende in considerazione la natura del reddito prodotto, solitamente i c.d. "*passive income*", e tra i principali stati che lo adottano si segnalano Germania e Spagna.

I due modelli appena descritti, pur con la medesima finalità, si distinguono per avere una finalità tributaria differente. Se da una parte, infatti, il *jurisdictional approach* contrasta in maniera generica il ricorso alla delocalizzazione

societaria e degli annessi redditi, il *transnational approach* mira a colpire soltanto una determinata categoria di redditi, c.d. a “elevata mobilità”.¹⁸⁹

Un dato curioso da rilevare, con riferimento alla nozione di controllo, è che non tutti gli stati richiedono un controllo elevato come quello della normativa italiana, dunque superiore al 50%¹⁹⁰. Ciò solleva ancora più dubbi se si considera che tale ultima circostanza non consente alla controllante di influire concretamente sulla destinazione di quegli utili su cui andrà a pagare il tributo. Infine, con riferimento agli Stati comunitari non dotati di una *CFC legislation*, essi utilizzano generalmente alcune “clausole antielusive generali interne” per contrastare tale fenomeno. Tuttavia una simile soluzione comporta come indubbio svantaggio la circostanza che non è sempre applicabile in presenza di manovre elusive particolarmente articolate e complesse, che richiederebbero una normativa ad hoc, ma è pur vero che in linea generale tali clausole consentono di reprimere una maggior quantità di comportamenti abusivi laddove applicate correttamente dai vari giudici nazionali.

2.6 Transfer Pricing

2.6.1 Introduzione e riflessioni sulla natura della norma.

Un altro istituto che viene in evidenza con riferimento alla disciplina fiscale rilevante ai fini dei gruppi societari è quello del c.d. Transfer pricing. Tale istituto è disciplinato nel nostro ordinamento dall’art. 110, comma 7 del TUIR, il quale è stato modificato recentemente dal D.L. 24 aprile 2017, n. 50, con lo scopo di “adeguare la terminologia della disciplina domestica in materia di prezzi di trasferimento alle più recenti indicazioni emerse in sede OCSE anche nell’ambito dei lavori del progetto Base Erosion and Profit Shifting”¹⁹¹. Tale istituto è finalizzato a normativizzare quel procedimento volto a determinare il

¹⁸⁹ P. Valente, *Controlloed foreign Companies*, 2001.

¹⁹⁰ Bader, R.G., *CFC Legislation in the European Union and the Alternative CSC Concept*, tesi di dottorato presso l’Università di Tilburg, 2012.

¹⁹¹ Relazione tecnica al decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50.

prezzo "congruo", ai fini fiscali, in un'operazione avente ad oggetto il trasferimento della proprietà di beni o servizi avvenuta tra soggetti che fanno parte dello stesso gruppo multinazionale. Infatti è principio ormai consolidato del diritto tributario che, in assenza di valide giustificazioni economiche, non è accettabile (e dunque da sanzionare) che talune operazioni di scambio di gruppo siano effettuate per un valore diverso da quello "normale".

Molti autori¹⁹² si sono interrogati circa la vera natura della disposizione in esame. Appare necessario ai fini di tale analisi evidenziare in via preliminare come la Cassazione¹⁹³ in una sentenza abbia sancito che tale istituto non contiene una presunzione assoluta circa "la percezione di un corrispettivo diverso da quello convenuto" quanto piuttosto "detta l'unico criterio legale da adottare per la valutazione reddituale della particolare operazione economica, a prescindere, quindi, dal corrispettivo effettivamente pattuito", smentendo di fatto la ricostruzione operata da taluni autori¹⁹⁴ circa l'idea che la norma introducesse una sorta di presunzione legale. Piuttosto, altri autori¹⁹⁵ correttamente hanno osservato alcuni che tale norma si limita a prevedere un obbligo legale in capo al contribuente, il quale dovrà appunto rettificare gli eventuali valori differenti risultanti dal bilancio. E tale ultima rettifica opererà a prescindere dall'eventuale vantaggio che il contribuente conseguirebbe in seguito all'applicazione del diverso prezzo prospettato, come chiarito anche dalla Cassazione in una recente sentenza¹⁹⁶ in cui ha appunto confermato che tale ultima circostanza non dovrà nemmeno essere dimostrata dall'Amministrazione finanziaria.

Dunque, a parere di chi scrive la ratio fondamentale di tale disciplina è la tutela della sovranità tributaria degli Stati e della libera concorrenza, poiché destinata a contrastare eventuali alterazioni — rispetto al c.d. *arm's length* — dei corrispettivi pattuiti fra soggetti formalmente autonomi, ma sostanzialmente

¹⁹² Si veda, ad esempio, Della Valle E., Il transfer price nel sistema di imposizione sul reddito, in Riv. dir. trib. I, 2009.

¹⁹³ Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 31 marzo 2011, n. 7343.

¹⁹⁴ Miraulo A., Doppia imposizione internazionale, Giuffrè Editore, Milano, 1990.

¹⁹⁵ Beghin M., L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto, CEDAM, Padova, 2013.

¹⁹⁶ Cassazione, sentenza 18 settembre 2015, n. 18392

riconducibili a un unico vertice decisionale, come sostenuto anche da autorevole dottrina¹⁹⁷ e recente giurisprudenza¹⁹⁸. Pertanto, sarebbe da escludere la natura prettamente antielusiva della norma, come confermato anche recentemente da Cass. Civ., Sez. Trib., Sent. 5 aprile 2019, n. 9615. Alla luce di tali ultime considerazioni, si può evincere, con riferimento a tale istituto¹⁹⁹, un atteggiamento sospettoso da parte del legislatore nei confronti del gruppo societario, visto come potenzialmente foriero di situazioni fiscalmente “pericolose”. Tuttavia, secondo una parte della dottrina²⁰⁰, tale ultimo orientamento sarebbe da ritenere eccessivamente “settoriale”, in quanto porterebbe a ritenere illecite talune condotte che invece per altre branche del diritto sono perfettamente ammissibili, in quanto “il trasferimento di ricchezza mediante l'esecuzione di operazioni a valori differenti da quelli di mercato è considerato, dall'ordinamento, compatibile con la “corretta gestione delle società etero dirette”, quando tale trasferimento sia coerente con il modello di gruppo che l'ordinamento considera giuspoliticamente “virtuoso”. Tuttavia, a parere di chi scrive, tale ultima ricostruzione non coglie nel segno, poiché nell'ordinamento tributario si mira a tutelare situazioni giuridiche differenti e peculiari, e la circostanza per cui taluni comportamenti, leciti in altre branche del diritto, possano in campo fiscale portare a fenomeni non leciti non è rappresenta certo un elemento di novità.

2.6.2 Ambito soggettivo e giurisprudenza rilevante

È bene da subito precisare che tale istituto risulta applicabile tuttavia solo ai gruppi che abbiano carattere transnazionale, in base al dettato dell' art. 107, comma 7, TUIR²⁰¹.

¹⁹⁷ Giuseppe De Petris, *Rivista dei Dottori Commercialisti*, fasc.4, 1 AGOSTO 2020, pag. 642.

¹⁹⁸ Cass. Civile, Sez. Trib., Sent. 5 agosto 2015, n. 16399.

¹⁹⁹ E in ogni caso in senso differente rispetto all'atteggiamento tenuto dal legislatore con riferimento ad istituti quali il consolidato nazionale e il consolidato mondiale.

²⁰⁰ Emiliano Marchisio, *Rivista di Diritto Tributario*, fasc.1, 2014, pag. 89.

²⁰¹ La norma infatti recita che: “I componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, sono determinati con riferimento alle condizioni e ai prezzi che sarebbero

Da quest'ultimo, in merito al concetto di "società estere", ormai è orientamento consolidato che si ricomprenda tutti i tipi di soggetti esteri, a prescindere dalla forma e dalla circostanza che essi siano essi stabili organizzazioni o società estere, anche se è da segnalare una parte della dottrina più rigorista che più ragionevole includere nell'ambito di operatività della disciplina sui prezzi di trasferimento "ogni entità connotata, oltre che dallo scopo di lucro, dall'esercizio di un'attività imprenditoriale"²⁰².

La nozione di controllo qui rilevante, invece, e che deve dunque sussistere tra la società residente e quella estera con cui si effettua una determinata operazione, differisce da quella descritta in precedenza con riferimento ai due consolidati o ai gruppi di imprese in generale. Con la circolare n. 32 del 1980 del Ministero delle Finanze si è specificato che il concetto di "controllo" mutuato dall'ambito civilistico di cui all'art. 2359 c.c. non è l'unico che assume rilevanza con riferimento all'istituto del transfer pricing. Vi sono infatti altre situazioni suscettibili di integrare un rapporto di controllo, tra i quali si evidenziano l'impossibilità di funzionamento dell'impresa senza il capitale, i prodotti e la cooperazione tecnica dell'altra impresa o le relazioni di famiglia tra le parti. Inoltre, dal punto di vista dell'attività commerciale, assumono inoltre rilievo fattori quali la vendita esclusiva di prodotti fabbricata dall'altra impresa, la concessione di ingenti crediti o prevalente dipendenza finanziaria e addirittura il diritto di nomina dei membri del cda o degli organi direttivi della società.

A conferma di quanto detto, si richiama anche una recente sentenza della Cassazione²⁰³, la quale ha di fatto confermato che non vi è coincidenza tra la nozione di controllo civilistica e quella applicabile con riferimento al transfer pricing, data anche la mancanza di un espresso rinvio normativo in tal senso.

stati pattuiti tra soggetti indipendenti operanti in condizioni di libera concorrenza e in circostanze comparabili, se ne deriva un aumento del reddito. La medesima disposizione si applica anche se ne deriva una diminuzione del reddito, secondo le modalità e alle condizioni di cui all'articolo 31-quater del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600. Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, possono essere determinate, sulla base delle migliori pratiche internazionali, le linee guida per l'applicazione del presente comma".

²⁰² Corderiro Guerra, "La disciplina del transfer price nell'ordinamento Italiano", in Riv. Dir. Trib., 2000.

²⁰³ Corte di Cassazione, sez. V, sentenza del 22 aprile 2016, n. 8130.

La scelta legislativa di ricomprendere nella disciplina del transfer pricing soltanto le operazioni tra società interne e società estere collide, secondo una parte della dottrina²⁰⁴ italiana ed europea, con alcune fondamentali libertà riconosciute dai trattati europei in quanto disincentiverebbe la costituzione di controllate estere rispetto a quelle nazionali, in palese contrasto con la piena realizzazione del Mercato Unico, garantita dalla libertà di stabilimento e dal divieto di discriminazioni.

A tal proposito, è bene tuttavia evidenziare una recente sentenza della CGUE di segno nettamente contrario a tale ultimo orientamento. Si tratta, in particolare, della sentenza dell'8 ottobre 2020, causa C-558/19, Pizzarotti & C, in cui la Corte ha ritenuto come legittime talune normative interne che limitano l'applicabilità della disciplina del transfer pricing alle operazioni interne in quanto esse sono giustificate dalla necessità di ripartire equamente la potestà impositiva tra gli stati. In particolare, ha chiarito la Corte: “il contribuente sia messo in grado, senza eccessivi oneri amministrativi, di produrre elementi relativi alle eventuali ragioni commerciali per le quali tale transazione sia stata conclusa” e che la “misura fiscale correttiva deve limitarsi alla frazione che supera ciò che sarebbe stato convenuto in mancanza di una situazione d'interdipendenza tra queste ultime”²⁰⁵.

Tale problematica, come si diceva, è avvertita anche all'interno dei confini nazionali in Italia, e a tal proposito rilevano differenti indirizzi.

Secondo un primo orientamento, la disciplina del transfer pricing potrebbe assumere rilevanza anche con riferimento alle operazioni puramente interne in virtù del disposto dell'art. 9 TUIR in quanto quest'ultimo, come ribadito da una recente sentenza della Cassazione, impone: “il riferimento al normale valore di mercato, trattandosi di clausola antielusiva, costituente esplicitazione del generale divieto di abuso del diritto in materia tributaria, essendo precluso al contribuente di conseguire vantaggi fiscali — come lo spostamento

²⁰⁴ Si veda, per esempio, E. Della Valle, G. Melis, “Possono essere ripresi a tassazione gli interessi relativi ad un finanziamento infruttifero erogato a consociate estere comunitarie”, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2007, 2, 509.

²⁰⁵ Sentenza dell'8 ottobre 2020, causa C-558/19, Pizzarotti & C.

dell'imponibile presso soggetti appartenenti al medesimo gruppo societario — mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione di legge, di strumenti giuridici idonei ad ottenere vantaggi in difetto di ragioni diverse dalla mera aspettativa di quei benefici (...) invece l'art. 5, comma 2, d.lgs.14 settembre 2015, n. 147 mira solo ad escludere l'applicazione dell'art. 110 TUIR al “transfer pricing interno”, giammai a limitare la portata logica e giuridica dell'art. 9 TUIR, nemmeno menzionato nella disposizione interpretativa”²⁰⁶.

Secondo un altro orientamento, di segno opposto, sarebbe da escludere la configurabilità nel nostro ordinamento del transfer pricing interno, ritenendo conclusiva in tal senso l'introduzione dell'art. 5, comma 2, d.lgs. 14 settembre 2015, n. 147, come affermato da un'altra recente sentenza della Suprema Corte: “la discrepanza rispetto al valore normale, dunque, non può neppure fondare una valutazione di elusività della transazione per le operazioni infragruppo tra società residenti”²⁰⁷. A conclusione di tali ragionamenti, è forse opportuno operare una riflessione più generale sull'istituto che forse potrebbe aiutare a risolvere questo annoso conflitto sull'applicazione della disciplina del transfer pricing a situazioni puramente interne. Tale istituto nasce anzitutto da un problema concreto: all'interno del gruppo capita sovente che il corrispettivo degli scambi di beni e servizi tra soggetti appartenenti al medesimo gruppo non rispecchi il loro valore reale. Tale fenomeno può avere differenti finalità: in primis, finalità di politiche aziendali²⁰⁸, di cui però non ci si occuperà in questa sede, ma soprattutto finalità fiscali, come ad esempio la localizzazione di proventi in territori con fiscalità più bassa. Da tali ultime considerazioni il legislatore è partito per inserire nel nostro ordinamento la disciplina del transfer pricing, la quale prevede che a determinate condizioni taluni componenti di reddito che emergono da operazioni infragruppo non assumano il valore pattuito ma bensì quello che sarebbe stato pattuito tra soggetti terzi ed indipendenti, in

²⁰⁶ Cass. civ. Sez. V, Sent., 30 luglio 2020, n. 16366.

²⁰⁷ Cass. civ. Sez. V, Sent., 25 giugno 2019, n. 16948.

²⁰⁸ A titolo esemplificativo, si evidenziano l'ingresso in nuovi mercati o l'aggiramento di normative antidumping.

condizioni di libera concorrenza. Come si è visto, la natura di tale disposizione è ancora oggi ampiamente dibattuta, tra chi sostiene che tale norma abbia natura antielusiva, chi sostiene che essa avrebbe natura di predeterminazione normativa²⁰⁹ e chi, come chi scrive, ritiene che si tratti di una norma finalizzata a tutelare la corretta ripartizione impositiva tra gli Stati.

Ebbene, aderendo a tale ultimo orientamento, non dovrebbero residuare dubbi in merito alla non applicabilità dell'istituto a situazioni puramente interne, state il carattere prettamente transfrontaliere della norma in esame. Mentre laddove tale norma abbia carattere generalmente antielusivo, probabilmente l'applicazione della norma andrebbe estesa a ogni tipo di operazione, a prescindere dalla sua natura interna o transfrontaliera.

2.6.3 Variazione del prezzo: modalità di applicazione e metodi di calcolo.

In merito alla variazione da operare in seguito all'applicazione della disciplina del Transfer Pricing, è bene qui soffermarsi sulle modalità di applicazione di quest'ultima e sui vari metodi per poterla calcolare.

Con riferimento alle modalità di applicazione, bisogna distinguere tra variazioni che comportano un aumento del reddito o una sua diminuzione.

Tale variazione avviene in maniera automatica quando comporta un aumento del reddito dell'impresa residente. Quando invece essa comporta una variazione in diminuzione, essa può essere riconosciuta ai sensi dell'art. 31. quater del d.p.r. n. 600/1973, in due modi. In primis, in esecuzione degli accordi conclusi con le autorità competenti degli Stati esteri a seguito delle procedure amichevoli previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi o dalla Convenzione relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate fatta a Bruxelles il 23 luglio 1990, nonché delle procedure di risoluzione delle controversie in materia fiscale disciplinate dalla Direttiva (UE) 2017/1852, del Consiglio, del 10 ottobre 2017. In secondo luogo, a conclusione dei controlli effettuati nell'ambito di

²⁰⁹ Conformemente a tale orientamento, Cassazione, Sez. Trib, sentenza 18 settembre 2015, n. 18392.

attività di cooperazione internazionale i cui esiti siano condivisi dagli Stati partecipanti²¹⁰ o, infine, a seguito di istanza da parte del contribuente da presentarsi secondo le modalità e i termini previsti con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate, a fronte di una rettifica in aumento definitiva e conforme al principio di libera concorrenza effettuata da uno Stato con il quale è in vigore una convenzione per evitare le doppie imposizioni sui redditi che consenta un adeguato scambio di informazioni.

Con riferimento invece al calcolo del valore risultante dall'applicazione della disciplina del transfer pricing, il comma 7 dell'art. 110 TUIR è stato da ultimo modificato dall'art. 59 del d.l. n. 50/2017, con il quale si è passati dall'utilizzo del "valore normale" a usare come riferimento le "condizioni e ai prezzi che sarebbero stati pattuiti tra soggetti indipendenti operanti in condizioni di libera concorrenza e in circostanze comparabili", in applicazione delle recenti indicazioni OCSE emerse nel documento "*Transfer pricing guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*".

I criteri di calcolo applicabili alla luce di tale ultima modifica sono dunque molteplici, e in tal senso è intervenuto l'art. 4 comma 1 del d.m. 14 maggio 2018, il quale ha stabilito che il metodo applicabile deve essere scelto tenendo conto di una serie di fattori: l'adeguatezza del metodo in considerazione delle caratteristiche economicamente rilevanti dell'operazione controllata; il grado di comparabilità tra l'operazione controllata e l'operazione non controllata, considerando anche l'affidabilità di eventuali rettifiche di comparabilità necessarie per eliminare gli effetti delle differenze tra le predette operazioni; i punti di forza e di debolezza di ciascun metodo a seconda delle circostanze del caso; la disponibilità di informazioni affidabili, in particolare, in relazione a operazioni non controllate comparabili.

Alla luce di quanto detto, i criteri più rilevanti che risultato oggi applicabili sono²¹¹:

²¹⁰ I c.d. joint tax audit.

²¹¹ <https://www.altalex.com/guide/transfer-pricing>

- Metodo del confronto di prezzo: si pratica un confronto tra il prezzo concordato per la cessione di beni o nelle prestazioni di servizi resi in un'operazione tra controllante e controllata e il prezzo praticato in operazioni comparabili tra soggetti terzi.

- Metodo del prezzo di rivendita: si pratica un confronto tra il margine lordo che un acquirente in una operazione controllata realizza nella rivendita dello stesso prodotto in una operazione controllata e il margine lordo realizzato in operazioni non controllate comparabili.

- Metodo transazionale di ripartizione degli utili: Attribuzione a ciascuna impresa associata che partecipa ad un'operazione controllata della quota di utile, o di perdita, derivante da tale operazione. Tale quota è determinata in base alla ripartizione che sarebbe stata concordata in operazioni non controllate comparabili, tenendo conto del contributo rispettivamente offerto alla realizzazione dell'operazione controllata dalle imprese associate ovvero attribuendo a ciascuna di esse quota parte dell'utile, o della perdita, che residua dopo che alcune delle funzioni svolte in relazione all'operazione controllata sono state valorizzate sulla base di uno dei metodi descritti sopra.

- Metodo del margine netto della transazione: Confronto tra il rapporto tra margine netto ed una base di commisurazione appropriata, che può essere rappresentata, a seconda delle circostanze, da costi, ricavi o attività, realizzato da un'impresa in una operazione controllata e il rapporto tra il margine netto e la medesima base realizzato in operazioni non controllate comparabili.

-Metodo del costo maggiorato: Confronto tra il margine lordo realizzato sui costi direttamente e indirettamente sostenuti in un'operazione controllata e il margine lordo realizzato in operazioni non controllate comparabili.

In ogni caso, nonostante la precisione di tali regole, resterà sempre un margine di incertezza in operazioni di calcolo del valore corretto di una determinata operazione, con rischi non indifferenti in fase operativa. Conscio di ciò, il legislatore ha previsto la possibilità in questi casi di concludere con l'Amministrazione competente accordi finalizzati a stabilire in via preventiva i

metodi e gli aspetti più rilevanti per giungere a stabilire il prezzo corretto di talune operazioni. Si tratta dei c.d. APA²¹², tramite i quali vengono predeterminati, in contraddittorio con l'Amministrazione, gli aspetti appena citati e restano in vigore per un durata di cinque esercizi. Tali accordi possono essere unilaterali, se conclusi con la sola amministrazione finanziaria italiana, o multilaterali se conclusi con le amministrazioni di altri stati in cui sono presenti gli altri membri del gruppo.

Allo stesso fine degli APA rispondono anche gli oneri documentali in materia di transfer pricing previsti dall'art. 1, comma 6, del D.lgs. n. 471/1997 e in seguito alle modifiche apportate dall'art. 26 del d.l. n. 78/2010.

Tale ultima disciplina prevede la possibilità per il contribuente di predisporre una documentazione in cui vengano espressamente indicati i criteri di determinazione dei prezzi di trasferimento. Esso rappresenta un onere, e non un obbligo, per il contribuente, e risponde ad una molteplicità di esigenze: evitare l'irrogazione di sanzioni nel caso in cui l'Amministrazione non reputi idonei taluni metodi di calcolo dei prezzi; rendere più efficace il controllo dell'amministrazione in merito all'applicazione delle norme in tema di transfer pricing.

Da ultimo, si segnala il provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate del 29 settembre 2010 con cui si è chiarito quali documenti deve predisporre il contribuente per le finalità anzidette: il *Masterfile*, che deve contenere determinate informazioni in merito al gruppo nel suo complesso e alle operazioni effettuate nell'ambito del gruppo; il *countryfile*, in cui invece le informazioni sono destinate principalmente a descrivere i dati con riferimento all'impresa residente in Italia.

2.7 Gruppo iva

2.7.1 Introduzione

²¹² Advanced Pricing Agreements

In conclusione dell'analisi circa i principali istituti del diritto tributario presenti nel nostro ordinamento con riferimento ai gruppi societari si passerà ora ad analizzare il Gruppo IVA. Quest'ultimo è stato introdotto dall'art. 1, comma 24 della l. 11 dicembre 2016, n. 232²¹³ che ha introdotto gli articoli che vanno dal 70-bis al 70-duodecies nel D.P.R numero 633 del 1972, ed è entrato in vigore a tutti gli effetti a partire dal 1 Gennaio 2018.

L'aspetto più importante, e forse più innovativo, di tale istituto è la circostanza per la quale entra a far parte del nostro ordinamenti un nuovo soggetto passivo ai fini tributari. È proprio nell'ambito del gruppo IVA infatti che viene riconosciuta al gruppo una soggettività piena, autonoma e slegata da quelle dei suoi componenti, e tale nuova entità sarà titolare della capacità contributiva necessaria ai fini impositivi e diverrà centro di imputazione autonomo dell'obbligazione tributaria, contrariamente a quanto avviene ad esempio nell'ambito del consolidato²¹⁴. Di conseguenza, vi sarà una "sospensione" delle singole posizioni IVA rilevanti dei componenti del gruppo, ma tale sospensione è soltanto temporanea in quanto essa perdurerà solo finché sarà mantenuta l'appartenenza al gruppo²¹⁵. Quest'aspetto è ancora più interessante se si riflette sul fatto che tale soggettività autonoma del gruppo societario non è rinvenibile nemmeno nell'alveo della normativa del codice civile, ma ciò comunque non ha rappresentato un limite per il legislatore tributario²¹⁶, il quale dunque ha intrapreso una strada differente rispetto al suo alter ego civilistico, anche in forza anche della spinta europea basata sull'applicazione della Direttiva sopra citata. Il concetto di cui trattasi è stato eviscerato in maniera ancor più chiara dalla CGUE nella causa C-162/07 del 22 maggio 2008, in cui si è affermato che nel caso del gruppo IVA diversi soggetti passivi tra loro vincolati vengono fusi

²¹³ In attuazione dell'art. 11 della Direttiva 2006/112/CE la quale appunto prevedeva che "ciascun Stato membro possa considerare come unico soggetto passivo le persone stabilite nel territorio dello stesso stato Membro che siano giuridicamente indipendenti ma strettamente vincolate tra loro da rapporti finanziari, economici e organizzativi".

²¹⁴ Come si è visto, infatti, nell'ambito del consolidato non viene a crearsi un nuovo soggetto passivo ma ciascuna delle società del gruppo mantengono una propria individualità ed indipendenza sul piano giuridico e ai fini impositivi.

²¹⁵ E ovviamente fin quando sussisteranno i presupposti previsti dalla norma.

²¹⁶ Si veda M, Grandinetti, L' IVA di gruppo tra esigenze di armonizzazione europea e profili di diritto interno, in *Rass. Trib. N. 4* del 2012.

in un unico soggetto passivo esclusivamente ai fini dell'IVA, giungendo così ad una "*fictio iuris*" in applicazione del brocardo "*substance over form*".

Con riferimento al diritto interno, si aderisce al Gruppo IVA tramite l'esercizio di un'opzione, che dovrà essere presentata dal c.d. rappresentante del gruppo che eserciti sugli altri membri il controllo di diritto in base a quanto disposto dall'art. 70 ter, comma 1, del d.p.r. 633/1972. Tale opzione è vincolante per un triennio e si rinnova automaticamente laddove essa non venga revocata. Inoltre, sebbene l'art. 11 della Direttiva 2006/112/CE non indichi espressamente un periodo temporale minimo di permanenza all'interno di un Gruppo IVA, si ritiene che gli Stati membri abbiano la facoltà di fissare un periodo minimo di adesione a un Gruppo IVA, e tale assunto si fonda sul dettato del secondo comma del suddetto art. 11, il quale consente agli Stati membri di adottare provvedimenti volti a garantire che non si possano trarre indebiti vantaggi dal regime previsto per il Gruppo IVA.

2.7.2 In merito all'ambito soggettivo

Per definire la portata soggettiva di tale istituto è bene partire dalla Direttiva 112 del 2006²¹⁷, in quanto è proprio in sede europea che si tratta per la prima volta di questo nuovo soggetto rilevante ai fini IVA con conseguente individuazione dei presupposti applicativi dell'istituto. Tale Direttiva all'art. 11 parla genericamente di "persone" le quali siano "stabilite nel territorio dello stesso Stato membro che siano giuridicamente indipendenti, ma strettamente vincolate fra loro da rapporti finanziari, economici ed organizzativi".

In particolare il termine "persone" è risultato in sede applicativa eccessivamente generico e passibile di interpretazioni variegata²¹⁸. Infatti, sebbene la CGUE abbia ribadito in diverse sentenze²¹⁹ che non è necessario che i soggetti

²¹⁷ C.d. "Direttiva IVA".

²¹⁸ Consapevole di ciò, la Commissione europea è stata costretta ad emanare la comunicazione n. 325/2009, al fine di garantire un'applicazione più uniforme di tale articolo e guidare il recepimento normativo degli Stati membri. Infatti il legislatore Nazionale si è in gran parte ispirato, nella redazione della disciplina nazionale del Gruppo IVA, alla impostazione adottata dalla Commissione nella suddetta comunicazione.

²¹⁹ Si veda, ad esempio, Causa C-85-11, Commissione c. Irlanda e Causa C-86/11, Commissione c. UK.

partecipanti al Gruppo IVA debbano essere essi stessi soggetti passivi, il legislatore Italiano ha dato un'interpretazione restrittiva stabilendo che possono far parte del gruppo IVA: “i soggetti passivi stabiliti nel territorio dello Stato esercenti attività d'impresa, arte o professione, per i quali ricorrano congiuntamente i vincoli finanziario, economico e organizzativo di cui all'articolo 70-ter”²²⁰ e stabilendo poi una serie di preclusioni soggettive.²²¹ Tra quest'ultime, è bene evidenziare quella inerente le sedi e le stabili organizzazioni all'estero, la quale si fonda su due assunti logico-giuridici. In primis, si correrebbe il rischio di concedere la possibilità di esercitare tale opzione ad una stabile organizzazione situata in uno stato che non ha recepito la disciplina dell'IVA di gruppo²²², violando così la sovranità fiscale di quel determinato stato. In secondo luogo, si potrebbe verificare situazioni in cui una stessa impresa prenda parte a più di un gruppo IVA, circostanza non permessa e comunque passibile di fenomeni di elusione fiscale.

Un ulteriore caso di preclusione è inoltre previsto per le c.d. società “holding”. Infatti la soggettività passiva è sicuramente esclusa per le holding “pure”²²³, la cui attività consiste nel “possesso non strumentale né accessorio ad altre attività esercitate, di partecipazioni o quote sociali, di obbligazioni o titoli similari, costituenti immobilizzazioni, al fine di percepire dividendi, interessi o altri frutti, senza strutture dirette ad esercitare attività finanziaria, ovvero attività di indirizzo, di coordinamento o altri interventi nella gestione delle società partecipate”²²⁴. Diverso è il caso delle c.d. holding “miste, in cui oltre alla mera detenzione di partecipazione e all'incasso di dividendi si affianchino anche attività di carattere gestorio o amministrativo. In tal caso, infatti, tale interferenza nella vita economica dell'impresa implica il compimento

²²⁰ Art. 70-bis del dpr 633 del 1972.

²²¹ Preclusioni quali: le sedi e le stabili organizzazioni situate all'estero; i soggetti la cui azienda sia sottoposta a sequestro giudiziario ai sensi dell'art. 670 c.p.c.; in caso di pluralità di aziende, la disposizione opera anche se oggetto di sequestro e' una sola di esse; i soggetti sottoposti a una procedura concorsuale di cui all'articolo 70-decies, comma 3, terzo periodo; i soggetti posti in liquidazione ordinaria.

²²² Essa infatti è una facoltà per gli stati membri, e non un obbligo.

²²³ Tale conclusione è stata confermata anche dalla CGUE, causa C-16/00.

²²⁴ Giancola B., Il Gruppo Iva, pag. 38, 2018.

operazioni rilevanti ai fini dell'IVA e si configura dunque un 'attività economica passibile di tributo, come chiarito anche dalla CGUE nella causa C-496/11.

È bene ora soffermarsi sul vincolo "finanziario, economico ed organizzativo" che deve sussistere tra le imprese del gruppo affinché sia possibile esercitare l'opzione di gruppo, descritto all'art. 70.ter del dpr n. 633/1972. Queste tre tipologie di vincoli devono sussistere contemporaneamente per tutta la durata dell'opzione,

In merito al vincolo finanziario, esso si ritiene sussistente quando si è in presenza di un rapporto di controllo ex art. 2359, comma 1 n. 1. Con riferimento al concetto di controllo si rimanda a quanto evidenziato in precedenza, con una sola precisazione.

In merito ai soggetti controllati, è possibile ricoprire tale ruolo solamente per gli enti aventi la forma giuridica societaria per i quali trovano applicazione le particolari regole concernenti il diritto di voto e l'assunzione delle deliberazioni, come specificato dalla circolare n.19/E/2018. Il requisito del vincolo finanziario non è, infatti, realizzabile nei confronti dei soggetti non costituiti in forma societaria, i quali, pertanto, possono aderire al Gruppo IVA soltanto nel ruolo di controllanti. Questa previsione sembrerebbe in aperto contrasto con la Direttiva IVA laddove quest'ultima fa riferimento alle "persone", senza distinguere tra persone fisiche e soggetti diversi, ma in ogni caso è offerta dal secondo comma dell'art. 11 della suddetta Direttiva la possibilità di adottare le misure necessarie a prevenire l'elusione o l'evasione fiscale.

In merito al vincolo economico, la norma prevede che debba sussistere, alternativamente, una delle seguenti situazioni tra le imprese del gruppo: esercizio di un'attività principale²²⁵ dello stesso genere, intendendo con quest'ultima espressione quelle appartenenti alla medesima tipologia di attività commerciale o professionale, senza che venga attribuito valore determinante

²²⁵ La circolare n. 19/E/2018 ha precisato che per "attività principale", deve intendersi l'attività caratteristica dell'operatore economico, indicata quale oggetto sociale nell'atto costitutivo, e non quella da cui deriva il maggiore volume d'affari.

all'indicazione delle attività effettuata mediante gli appositi codici ATECO²²⁶; di attività complementari o interdipendenti²²⁷; di attività che avvantaggiano, pienamente o sostanzialmente, una o più di esse. Alcuni autori²²⁸ tuttavia evidenziano la necessità di verificare in concreto la sussistenza del requisito della “cooperazione economica”, espressamente richiamato dalla norma. Dal dato letterale di quest'ultima, infatti, si potrebbe evincere che il ricorrere di una delle tre situazione indicate faccia automaticamente sussistere tale requisito, ma secondo tali autori ciò non corrisponde alla realtà economica di tali situazioni fattuali, e sarebbe necessario una verifica caso per caso. È bene inoltre sottolineare come il vincolo economico si considera in ogni caso insussistente quando il vincolo finanziario è instaurato in dipendenza di partecipazioni acquisite nell'ambito di interventi finalizzati al recupero crediti o derivanti dalla conversione in azioni di nuova emissione dei crediti verso imprese in temporanea difficoltà finanziaria.

Infine, in merito al vincolo organizzativo, si ritiene sussistente in presenza di un coordinamento²²⁹ di diritto o di fatto tra gli organi decisionali dei soggetti.

In ogni caso, l'art. 4 del medesimo articolo conclude precisando che: “se tra i soggetti passivi intercorre il vincolo finanziario di cui al comma 1, si presumono sussistenti tra i medesimi anche i vincoli economico e organizzativo di cui ai commi 2 e 3”.

Tale ultima previsione tuttavia è stata criticata in quanto sembrerebbe collidere con l'art. 11 della Direttiva 2006/112/CE. Quest'ultima infatti prevede che i tre requisiti di cui sopra debbano sussistere cumulativamente, senza eccezioni.

Dunque, nel prevedere che è sufficiente il vincolo finanziario per presumere gli

²²⁶ Francesco D'Alfonso, “La disciplina del Gruppo IVA”.

²²⁷ La circolare n. 19/E/2018 ha precisato che la complementarità postula un rapporto di necessaria strumentalità tra attività la cui funzionalità ed il cui valore economico si manifestano solo in combinazione, mentre l'interdipendenza, invece, implica una connessione tra attività reciproca ma eventuale.

²²⁸ Si veda in particolare Livia Salvini, in “Diritto Tributario delle attività economiche”.

²²⁹ La circolare n. 19/E/2018 ha precisato che per coordinamento deve intendersi l'attività di definizione della politica economica, delle strategie e delle linee essenziali delle attività svolte da autonomi soggetti passivi d'imposta, imprimendo una identità o conformità di indirizzi operativi ad una pluralità di entità, formalmente distinte, tale da determinare la gestione del gruppo alla stregua di una sola impresa.

altri due, il legislatore italiano forse è andato oltre il senso letterale e giuridico di tale Direttiva, con un intento forse diametralmente opposto rispetto a quello dimostrato con riferimento al consolidato Mondiale. Nell'ambito di quest'ultimo, infatti, si è osservato come siano state introdotte alcune rigide regole ai fini dell'esercizio della relativa opzione, apparentemente non sempre giustificate da valide ragioni sostanziali, mentre nel caso del Gruppo IVA il legislatore ha, al contrario, previsto alcune presunzioni con riferimento ai presupposti di fatto eccessivamente permissivi rispetto alla relativa normativa europea. Probabilmente, il legislatore guarda con più favore normativo a questo fenomeno.

Dal punto di vista oggettivo, la disciplina europea non ha previsto alcuno tipo di limite, né tanto meno ha imposto l'esercizio di un certo tipo di attività per poter accedere al regime del gruppo IVA, come confermato anche dalla CGUE²³⁰. Tuttavia, è comunque data agli stati membri la possibilità di adottare normative più restrittive con la finalità di evitare fenomeni elusivi o di evasione, come confermato anche dalla sentenza della CGUE nella causa C-480/10, in cui è stata ritenuta legittima la preclusione per le imprese del settore finanziario ed assicurativo di formare un Gruppo IVA.

Tuttavia, sarebbe bene che gli Stati utilizzino con premura quest'ultima possibilità dichiarata apertamente ammissibile dalla CGUE, n quanto una sua applicazione sbagliata potrebbe condurre a effetti normativi poco opportuni. In primis, potrebbe favorire talune imprese rispetto ad altre e a violare così la disciplina europea in materia di aiuti di stato. In secondo luogo, si verrebbero a creare differenze tra le normative degli stati membri difficilmente ammissibili, specialmente laddove porterebbero talune imprese ad allocare differentemente le loro risorse.

Inoltre è da evidenziare che sussiste con riferimento al Gruppo IVA il principio del c.d. "*all in all out*", in base al quale l'opzione di gruppo deve essere necessariamente esercitata nei confronti di tutti i soggetti passivi presenti nel

²³⁰ Corte di Giustizia della UE 25 aprile 2013, causa C-480/10.

territorio dello stato verso i quali sussistano i requisiti di cui sopra. In caso contrario, il gruppo cesserebbe a partire dal periodo di imposta successivo.

Tuttavia, tale ultima circostanza non esclude a priori l'avvicinarsi di fenomeni di modificazione soggettiva del gruppo, patologici e non.

In particolare, può accadere che in fase di costituzione del gruppo possa essere incluso un soggetto che non aveva i requisiti. In tal caso l'inclusione è priva di effetti limitatamente a tale soggetto²³¹. Può inoltre accadere che sia escluso un soggetto che possedeva i requisiti. In tale ultimo caso è previsto²³² il recupero a carico del Gruppo Iva dell'effettivo vantaggio fiscale conseguito, ma si avrà comunque la possibilità di rimediare includendo tale ultimo soggetto all'interno del gruppo, pena la cessazione di quest'ultimo a partire dall'anno successivo a quello in cui venga accertata tale mancata inclusione.

Inoltre, può capitare che taluni soggetti, inizialmente privi dei requisiti per la partecipazione, ne vengono in possesso successivamente alla costituzione del gruppo. Un classico esempio in tal senso può essere rilevato con riferimento alle c.d. operazioni straordinarie tramite le quali possono pacchetti di maggioranza, specialmente ad opera della *holding* del gruppo.

Al contrario, se i vincoli vengono meno o si verificano alcuni eventi precisamente individuati²³³ il soggetto verrà escluso dal gruppo a decorrere dalla data in cui si verificano gli eventi previsti o dall'anno successivo a quello dell'interpello che riconosce il venir meno del vincolo economico o organizzativo.

A questo proposito è da evidenziare la risoluzione dell'Agenzia delle entrate n. 54/E del 10 luglio 2018 con cui si sono fornite indicazioni in merito alla proposizione dell'istanza di interpello ai fini dell'inclusione o esclusione di alcuni soggetti dal perimetro del Gruppo IVA. In particolare l'Amministrazione finanziaria ha ritenuto ammissibile la presentazione dell'interpello anche nel periodo anteriore alla costituzione di un Gruppo IVA in quanto in caso contrario

²³¹ Art. 70-*decies*, comma 1 del dpr 633 del 1972.

²³² Art. 70-*quater*, comma 1 del dpr 633 del 1972.

²³³ Quali, come sopra evidenziati, sequestro giudiziario dell'azienda, procedure concorsuali, liquidazione ordinaria.

si determinerebbe la inclusione nel Gruppo IVA di soggetti passivi privi dei requisiti o, all'opposto, la esclusione di entità in possesso degli stessi alla data della dichiarazione di costituzione

Infine, è bene fare un cenno alla rilevanza ai fini tributari delle operazioni svolte tra una società italiana e una sua stabile organizzazione in un paese in un Paese UE. In linea generale, tali operazioni non sono considerate rilevanti ai fini IVA e, quindi, sono escluse dagli obblighi previsti da tale disciplina²³⁴. Tuttavia, laddove la casa Madre o la stabile organizzazione entrassero a far parte di Gruppo IVA, le medesime operazioni diverrebbero rilevanti ai fini IVA con effetti sugli adempimenti IVA collegati, compresa, ad esempio, la comunicazione delle operazioni transfrontaliere, prevista con effetto dal 1° gennaio 2019.

Tale ricostruzione è confermata da due sentenze della CGUE. In particolare, la Corte ha dapprima sancito il principio della irrilevanza, ai fini IVA, delle prestazioni di servizi poste in essere tra la casaMadre e la propria stabile organizzazione estera, con la sentenza del 23 marzo 2006, causa C-210/04, FCE Bank, in considerazione del fatto che tali soggetti possono essere considerati un'unica entità, conclusioni accolte tra l'altro anche dall'Agenzia delle entrate con la risoluzione 16 giugno 2006, n. 81/E.

Successivamente, la CGUE ha poi precisato che tale rapporto tra casaMadre e *branch* cessa di sussistere quando uno dei due soggetti partecipa ad un Gruppo IVA, nella sentenza Skandia, Causa C-7/13. Ne deriva la rilevanza ai fini IVA dei servizi resi/ricevuti dalla casaMadre nei confronti/da parte della propria branch.

2.6.3 Effetti e vantaggi o ragioni di convenienza

È bene ora soffermarsi sugli effetti principali che tale il Gruppo IVA può avere all'interno della realtà economica e gestoria di un'impresa.

²³⁴ Obblighi quali fatturazione, registrazione, dichiarazione, ecc..

Anzitutto, uno dei principali effetti che tale regime comporta è la neutralizzazione dell'IVA nelle operazioni effettuate tra i membri del gruppo, con la sola rilevanza di quelle effettuate con soggetti estranei al perimetro dello stesso, risultando dunque non imponibili con la conseguente posticipazione del prelievo del tributo alla fase finale con il consumatore finale o comunque un soggetto terzo

Tale ultima circostanza è il naturale effetto della particolare dinamica già descritta in precedenza per la quale si assiste alla nascita di una nuova soggettività tributaria, il Gruppo in quanto tale, con la conseguente attribuzione di un unico identificativo IVA e la relativa esclusione dei numeri IVA individuali²³⁵. Dunque nel gruppo saranno incluse tutte le attività svolte dai membri dello stesso, ad eccezione di quelle svolte da stabilimenti situati al di fuori dello Stato membro.

Per la medesima ragione, è abbastanza naturale che i vari regimi nazionali di IVA di gruppo adottati dai singoli Stati membri devono precludere ai soggetti passivi la possibilità di aderire a più di un gruppo IVA per volta, come ad esempio è previsto dalla normativa italiana. Inoltre, come già si è visto, le prestazioni di servizi fornite da una “casa Madre” stabilita in un Paese terzo alla propria succursale stabilita invece in uno Stato membro costituiscono operazioni imponibili quando la succursale appartiene ad un Gruppo IVA, pertanto si rimanda al capitolo di riferimento per l'analisi della questione.

Tale ultimo effetto della neutralizzazione dell'IVA nelle operazioni effettuate tra i membri del gruppo tuttavia non ha sempre lo stesso effetto per le casse dello stato in quanto tale ultima dinamica dipenderà dalla tipologia di soggetti appartenenti al gruppo. Infatti, in presenza di un gruppo composto da soggetti passivi con diritto a detrazione totale dell'IVA l'effetto del consolidamento risulterà neutro per lo Stato. Al contrario, in presenza di soggetti senza diritto o con diritto parziale alla detrazione, l'effetto non è più neutrale per l'Erario

²³⁵ Anche se questi ultimi possono comunque essere conservati dalle Amministrazioni fiscali per effettuare controlli sulle attività interne al gruppo

perché l'imposta non detraibile che dovrebbe essere versata per operazioni imponibili effettuate da un membro del gruppo in favore di altro avente un pro rata di detrazione limitato o nullo, risulterebbe inevitabilmente persa per l'Erario, vista l'irrilevanza di tali operazioni. Ne consegue che un regime di IVA di gruppo può essere finanziariamente vantaggioso per i gruppi IVA formati anche da membri senza diritto o con diritto limitato alla detrazione. La partecipazione ad un gruppo IVA risulta inoltre molto vantaggiosa per quei soggetti per i quali l'incidenza delle operazioni esenti è elevata. Tali soggetti, infatti, non devono più sostenere il costo dell'IVA indetraibile sugli acquisti imponibili da altri membri del Gruppo IVA.

Tale ultima circostanza evidenzia in maniera importante come il Gruppo IVA possa diventare uno strumento di pianificazione fiscale interessante per quei gruppi di società che svolgono prevalentemente attività esenti, come i gruppi bancari, finanziari ed assicurativi nonché quelli immobiliari. Questi ultimi infatti non addebitano l'IVA in rivalsa e, se svolgono esclusivamente operazioni attive esenti, hanno un pro-rata di indetraibilità dell'IVA sugli acquisti pari al 100%. Naturalmente, tale IVA indetraibile costituisce un costo che incide sul prezzo finale del prodotto e che di fatto viene quasi sempre traslato sui clienti e di conseguenza incide in termini qualitativi sulla competitività della stessa società. Per ridurre allora questi effetti negativi, in passato sono state adottate strategie finalizzate quali l'autoproduzione di beni e servizi che, se acquistati presso operatori terzi, avrebbero dato luogo ad IVA indetraibile.

Il Gruppo IVA, sotto questo profilo, incoraggia l'aggregazione di soggetti legati fra loro dai vincoli finanziario, economico e organizzativo, di modo che gli operatori esenti possano approvvigionarsi di beni e servizi all'interno del Gruppo senza anticipare l'IVA sugli acquisti, con evidenti vantaggi finanziari in termini di cash flow e senza subire il costo dell'imposta indetraibile.

Senza contare che tutti gli acquisti effettuati presso soggetti terzi rispetto al Gruppo si considerano effettuati dal Gruppo che detrae l'imposta in base al proprio pro-rata di indetraibilità. Ne consegue che, se al Gruppo partecipano soggetti con differenti pro-rata di indetraibilità, il pro-rata generale del Gruppo può rivelarsi migliore di quello delle singole società aderenti e consentire un maggiore recupero dell'imposta sugli acquisti.

In ogni caso, quanto al calcolo dell'IVA detraibile, è da rilevare che a ciascun partecipante non corrisponde più un singolo "pro-rata" di detraibilità da applicare ai propri specifici acquisti, ma si verrà a creare un unico "pro-rata" di detraibilità per tutti i soggetti partecipanti e con riferimento al Gruppo. Per ciò che concerne invece il pro-rata da applicare nelle liquidazioni del primo anno di attività, la circolare n. 19/E/2018 ha specificato che occorre determinare la percentuale di detrazione su basi presuntive, sulla base di criteri coerenti con la natura del soggetto passivo. Va evidenziato, infine, che i soggetti che aderiscono al Gruppo IVA non devono operare alcuna rettifica della detrazione, ma le eventuali rettifiche, qualora si verificano i presupposti dell'art. 19-bis2 del D.P.R. n. 633/1972, saranno eseguite dal Gruppo IVA con riferimento alla data in cui i beni e i servizi sono stati acquistati dai singoli partecipanti.

Altro vantaggio da sottolineare può essere ravvisato nella possibilità di compensare i saldi a credito con quelli a debito maturati dai singoli membri²³⁶. Tale opportunità può risultare ancora più conveniente se si pensa ai lunghi tempi usualmente richiesti per sfruttare i saldi a credito. Tuttavia è bene fare alcune precisazioni.

Anzitutto, non è ammessa la compensazione orizzontale tra IVA a debito del Gruppo e i crediti per imposte e contributi dei singoli partecipanti, in quanto essa è consentita soltanto con riferimento a debiti e crediti rilevanti ai fini IVA²³⁷.

²³⁶ In tal senso, si veda di Benedetto Antonella, IVA di gruppo: l'opzione trova spazio nel nuovo mod. IVA 2017, in "Pratica fiscale e professionale" n. 8 del 2017.

²³⁷ Francesco D'Alfonso, La disciplina del Gruppo IVA, in "L'IVA" n. 11 del 2019.

In secondo luogo, è vietata anche la situazione opposta di compensazione del credito IVA annuale o infrannuale del Gruppo con i debiti per imposte e contributi dei partecipanti al Gruppo.

Un altro vantaggio economicamente conveniente da evidenziare è rappresentato dalla riduzione dei costi legati agli adempimenti formali posti a carico dei soggetti passivi IVA, i quali vanno appunto a diminuire con il loro accentramento in capo ad un nuovo e unico soggetto ad IVA. Nel dettaglio, il regime in esame consente la neutralizzazione dei costi di natura amministrativa, che non vengono più sostenuti da ciascun membro singolarmente. Per esempio le transazioni infragruppo non sono soggette all'obbligo di fatturazione dal momento che, come detto prima, sono escluse dal campo di applicazione del tributo.

È bene però precisare che le agevolazioni appena descritte non ricomprendono anche le scritture contabili, le quali comunque dovranno continuare ad essere aggiornate con riferimenti anche alle operazioni non rilevanti fiscalmente ai fini IVA. Il Decreto attuativo, infatti, richiede comunque l'osservanza dell'obbligo di rilevazione nelle scritture contabili tenute ai fini delle imposte diverse dall'IVA da parte di ciascuna delle società coinvolte nell'operazione.

Pertanto, anche se le operazioni tra soggetti del Gruppo non sono soggette a fatturazione e ai conseguenti obblighi previsti dalla disciplina IVA, le stesse devono comunque essere documentate ai fini delle imposte dirette ed annotate nella contabilità generale.

Un altro beneficio è rappresentato dall'impatto positivo dell'istituto sull'attività delle Amministrazioni fiscali degli Stati membri. In particolare, l'adozione del gruppo IVA consente di garantire il pagamento dell'imposta dovuta dal gruppo se, come accade in numerosi Stati membri, viene prevista la solidale responsabilità dei singoli componenti per il pagamento del debito IVA gravante sul gruppo. Inoltre, anche l'attività delle Autorità fiscali diventerebbe più efficiente, posto che le stesse dovrebbero controllare un minor numero di

dichiarazioni IVA e potrebbero farlo in maniera più approfondita e dettagliata, contribuendo in tal modo all'obiettivo di contrastare l'elusione e l'evasione.

Infine, merita un cenno la disciplina della responsabilità in merito all'adempimento dell'obbligazione tributaria con riferimento all'IVA di gruppo. Il c.d. rappresentante del gruppo²³⁸ è infatti colui che è responsabile per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'esercizio dell'opzione. Anche quest'ultima circostanza rappresenta un indubbio vantaggio per gli altri membri, in quanto si realizza così una chiara semplificazione procedurale tramite l'accentramento dei relativi obblighi e una conseguente maggiore efficienza in termini di risultati.

Tuttavia è bene fare una specificazione: tale accentramento di funzioni infatti non ha una portata illimitata, e perde di efficacia a vantaggio delle singole soggettività delle imprese partecipanti con riferimento alla responsabilità per le somme dovute a titolo di imposta, interessi o sanzioni, per esempio a seguito dell'attività di liquidazione e controllo.²³⁹ Uno degli aspetti peculiari della responsabilità appena citata risiede nella circostanza che ciascuno dei membri del gruppo IVA sarà responsabile non soltanto con riferimento alle operazioni di cui esso sia stato parte attiva o passiva, ma si estenderà a tutte le operazioni del gruppo delle quali risponderanno in solido con il rappresentante senza alcuna distinzione²⁴⁰.

Naturalmente, laddove il Gruppo IVA cessi di esistere o un membro lasci il Gruppo, i suddetti obblighi assunti da quest'ultimo saranno ricondotti ai singoli membri, che senza dubbio riacquisiranno la loro originaria soggettività tributaria.

²³⁸ È colui che è tenuto all'adempimento degli obblighi di gruppo.

²³⁹ Art. 70-octies, comma 2, TUIR.

²⁴⁰ Christian Attardi, Gruppo IVA: regime delle responsabilità, in "il fisco" n. 26 del 2018.

Capitolo 3 – Disposizioni fiscali rilevanti per i gruppi nella normativa europea

Capitolo 3.1 Contesto normativo europeo

3.1.1 Il gruppo societario nel diritto europeo

Come si è già osservato, il fenomeno del gruppo di imprese non ha caratterizzato soltanto la realtà economico-giuridica italiana ma si è affermato anche in altri paesi a partire dal secolo scorso. Infatti, la consapevolezza dei vantaggi di carattere organizzativi, economici e competitivi che è possibile raggiungere attraverso questa particolare forme di aggregazione è sempre stata ben diffusa, anche alla luce del vantaggio non indifferente di poter mantenere una propria autonomia giuridica pur sottostando ad una direzione unitaria. Alla luce di tali considerazioni, si avvertì sin da subito anche nel contesto europeo la sensazione che questa dinamica ben presto avrebbe necessitato di un'armonizzazione legislativa, al fine di ridurre al minimo le differenze normative tra gli stati membri. A dire il vero, tale ultimo obiettivo è da sempre fondamentale nelle politiche europee dell'Unione, ma quando entrano in gioco fenomeni dal carattere prettamente transfrontaliero come quello dei gruppi di società tale necessità è avvertita in maniera ancora più forte.

Si arrivò così ad una prima bozza di una Direttiva inerente i gruppi di società, nel 1975, ma tale progetto non sembrò convincente, e le critiche mosse furono molteplici. Da un lato infatti sembrava che dal tenore delle disposizioni ci fosse un clima di sfiducia verso le c.d. "strategie di gruppo", dall' altro non veniva riconosciuta la c.d. etero direzione di gruppo da parte nella holding nei confronti delle controllate.

Tali mancanze, piuttosto che prese di posizione o scelte di politica normativa, sembrano far trapelare una sorta di mancanza di consapevolezza da parte del legislatore europeo nei confronti del fenomeno di gruppo. Tali elementi infatti rappresentano punti cardine nelle dinamiche infragruppo, e una disciplina che

non ne tenga conto risulta incompleta e insoddisfacente, se non addirittura nociva.

Da queste premesse si arrivò al “Progetto di Nona Direttiva”, di ispirazione tedesca, del 1984, il quale, come chiarito nel Libro bianco della Commissione del 1985, si poneva come obiettivi quelli di armonizzare le discipline dei vari stati e allo stesso tempo colmare alcune lacune presenti nelle normative di taluni stati membri.²⁴¹

La circostanza che tale progetto si ispirasse al modello tedesco non è casuale: all'epoca, infatti, l'ordinamento tedesco risultava essere l'unico in Europa ad essere dotato di una disciplina ben strutturata con riferimento ai gruppi di società. Osservando la soluzione adottata da altri stati, infatti, si nota come la lacuna principale e più diffusa che ancora si rilevava era la differenziazione tra diversi gruppi societari nell'applicazione della disciplina, la quale non era appunto applicabile in termini generali e assoluti. Si operavano infatti distinzioni tra società per azioni quotate e non, o sulla base del tipo di società o, in alcuni casi, si applicava la disciplina societaria generale, senza previsioni specifiche.

Tuttavia, anche tale progetto 1984 non fu esente da critiche. Infatti, pur ispirato ad una concezione più moderna rispetto alla precedente proposta, presentava alcune criticità difficilmente superabili. In primo luogo, esso è stato concepito per la “gestione dei gruppi aventi come controllata una società per azioni”, risultando dunque incentrato sui gruppi nei quali sia controllata una società per azioni e orientato principalmente a disciplinare le dinamiche infragruppo che potevano pregiudicare gli interessi dei soci di minoranza, dei lavoratori e dei creditori di quest'ultima.

Risulta dunque evidente che simili disposizioni non tengano conto della complessità ed eterogeneità del fenomeno di gruppo, quali la varietà di soggetti che vi possono farne parte e la complessità di rapporti che possono sussistere tra i vari membri.

²⁴¹ Rondinelli, *“Il processo di armonizzazione del diritto societario europeo”*.

Proprio con riferimento a quest'ultimo aspetto si celava forse la criticità che più di tutti ha segnato il fallimento di questo progetto, ossia la mancata differenziazione tra gruppi in cui le società controllate erano economicamente indipendenti, e sono dunque autonome da un punto di vista imprenditoriale seppur soggette a una strategia comune, e gruppi in cui invece le società eterodirette risultano essere gestite come una sorta di "unità produttiva" della capogruppo, inseguendo dunque principalmente l'interesse di gruppo. A tal fine, si è correttamente osservato che "*the first draft proposal for a Ninth Directive was abandoned at an early stage mainly because a differentiation between these two poles was lackin*"²⁴². Al contrario, come si è già osservato, una disciplina compiuta e soddisfacente dei gruppi societari dovrebbe tener conto delle dinamiche peculiari che di volta in volta vengono in rilievo con riferimento agli specifici gruppi, indipendentemente dalla tipologia del gruppo stesso e dei soggetti coinvolti, quali la tutela dei creditori, la tutela dei soci di minoranza e la corretta allocazione del potere decisionale.

Al di là di questi progetti falliti e mai attuati, si rileva comunque che già in quegli anni vennero avviate iniziative rivelatesi utili e che poi si sono concretizzate. In primo luogo si segnala in ambito contabile la Settima Direttiva con riferimento ai bilanci consolidati, del 1983, la quale partiva appunto dalla constatazione che il bilancio di una società che sia controllata da altre società, non è sufficiente a fornire un quadro preciso della consistenza patrimoniale ed economica del "gruppo" di imprese nel suo insieme. In secondo luogo, in ambito tributario, la Direttiva 90/435 finalizzata a disciplinare il regime fiscale applicabile alle società madri e figlie di stati membri differenti, ma di questo si tratterà in seguito.

Tornando invece nell'alveo del diritto societario, negli anni successivi è da registrarsi una brusca frenata del legislatore europeo nei confronti del riconoscimento e della normativizzazione del fenomeno di gruppo. In primo

²⁴² Grundmann, *European Company Law. Organization, Finance and Capital Markets*, 2nd ed., Intersentia, Cambridge, 2012.

luogo, si segnala la Comunicazione della Commissione al Consiglio ed al Parlamento Europeo del 2003²⁴³, in cui se da una parte si è espressamente riconosciuto il gruppo societario quale metodo legittimo di operare da parte nelle imprese all'interno del mercato unico europeo, dall'altro non si è riscontrata la necessità di procedere alla stesura di una normativa²⁴⁴ comune che potesse armonizzare le varie discipline nazionali. Tale conclusione si basava sull'assunto che un simile progetto sarebbe consistito fondamentalmente nel disciplinare il fenomeno nell'ipotesi in cui l'eterodirezione riguardasse una società per azioni e che tale previsione così specifica non fosse presente all'interno delle discipline nazionali. In ogni caso, già in questa sede si evidenziavano tre criticità inerenti la disciplina dei gruppi inerenti le informazioni finanziarie e non finanziarie, le quali devono essere divulgate all'esterno in modo chiaro e predeterminato data la loro importanza a, i fini degli interessi dei creditori sociali e degli azionisti, le c.d. piramidi societarie²⁴⁵, che consistono in catene di società di partecipazione e presentano un alto rischio in termini di fenomeni elusivi e di trasparenza²⁴⁶ e l'attuazione di una politica di gruppo che fosse almeno in parte normativizzata dagli stati membri, sempre al fine di tutelare gli interessi di soggetti quali azionisti e terzi creditori. A conclusioni simili arrivarono anche gli esperti coinvolti nei progetti dei c.d. *Action Plan* del 2003 e del 2012, finalizzato ad una modernizzazione del diritto societario, in cui si evidenziarono in particolare criticità con riferimento alle informazioni rilevanti e alla trasparenza, e si è rilevato come l'assenza di normative compiute a livello nazionale rappresenta ancora un forte ostacolo.

²⁴³ COM/2003/0284.

²⁴⁴ Ciò sarebbe consistito, in pratica, nella continuazione del progetto della Nona Direttiva.

²⁴⁵ Per un'analisi più approfondita di questo fenomeno nel quadro europeo, v. Montalenti, *Sociedades cotizadas, mercados financieros y relaciones con los inversores*, 2015.

²⁴⁶ A tal fine, fu anche consigliato agli stati membri di non ammettere alla quotazione società appartenenti a "strutture piramidali abusive".

Da ultimo, si segnala il recente European Model Company Act (EMCA), pubblicato nel 2017, il quale si è posto l'obiettivo²⁴⁷ di fungere da base per l'armonizzazione della normativa europea in materia di diritto societario. In particolare, all'interno di quest'ultimo un intero capitolo è dedicato alla disciplina dei gruppi societari, ed è possibile rinvenire finalmente un orientamento innovativo e più consapevole rispetto a quello dei precedenti progetti. Per la prima volta infatti l'attenzione è focalizzata non tanto sull'aspetto che potremmo definire "critico" quale la tutela dei creditori e degli azionisti ma si concentra piuttosto sul gruppo in quanto soggetto economico²⁴⁸, ricercando soluzioni innovative in termine di organizzazione e funzionamento del gruppo in quanto tale. Ancor più innovativa e forte appare l'idea che la società Holding possa impartire indicazioni alle società figlie senza che sia necessariamente previsto uno specifico regime di responsabilità, senza tuttavia rinunciare a strumenti di tutela verso i soci e i creditori, quali la previsione per la quale alcuni membri del consiglio di amministrazione delle società figlie sono esentati dall'obbligo di adempimento alle istruzioni e il limite di eseguire le istruzioni della società Madre solo se conformi all'interesse di gruppo. Unico elemento negativo da rilevare in questa nuova impostazione è la riproposizione del vecchio limite consistente nell'approcciarsi a tale normativa con riferimento soltanto alle società per azioni, dando l'impressione di non aver ancora compreso i molteplici modi in cui il fenomeno di gruppo può palesarsi ed essere costituito.

Per concludere, si può evincere che anche nel diritto europeo non si sia ancora completato il processo per una completa definizione e normativizzazione del gruppo societario, anche a causa di normative nazionali ancora incomplete. Inoltre, sembra che il legislatore italiano e quello europeo si siano focalizzati su aspetti differenti della questione: il primo sembra preoccuparsi maggiormente

²⁴⁷ In particolare, nell'introduzione, è espressamente dichiarato che: "*free standing general company statute that can be enacted by Member State or neighbouring countries either substantially in its entirety or by the adoption of selected provisions*".

²⁴⁸ Esso infatti è definito come un "*entity*", pur nel rispetto dell'autonomia soggettiva delle società figlie.

delle dinamiche di controllo infragruppo, pur tuttavia non sottovalutando la tutela dei terzi, mentre il secondo si focalizza su quest'ultimo aspetto, dimostrando però una visione limitata del fenomeno di gruppo e di tutte le sue possibili modalità di manifestazione.

In ogni caso, ciò che probabilmente risulta strano guardando agli sviluppi del diritto societario europeo con riferimento ai gruppi è che ci si è focalizzati tanto sulle conseguenze del fenomeno e non sulle sue premesse. Per meglio dire, sembra che il legislatore europeo non si sia affatto preoccupato di definire quali siano i presupposti giuridico-fattuali che danno vita al fenomeno di gruppo, creando così un'inspiegabile lacuna normativa. Del resto, come si avrà modo di analizzare, anche i presupposti soggettivi per l'applicazione delle disposizioni di alcune Direttive²⁴⁹ europee finalizzate specificatamente ai gruppi o a "società consociate" sono discordanti tra di loro.

È auspicabile, dunque, un'accelerazione normativa su questo fronte, con la consapevolezza che il fenomeno di gruppo continua ad evolversi e ad adattarsi ad una realtà in rapido cambiamento, e che ad oggi non risultano affatto sufficienti gli sforzi normativi eseguiti in questa direzione.

3.1.2 Contesto fiscale europeo

È bene ora offrire uno sguardo generale sulla materia fiscale nel contesto europeo, per capire anche come l'istituto del gruppo di società possa effettivamente inserirsi in tali dinamiche ed essere a sua volta colpito da disposizioni unionali.

È bene premettere che la coordinazione normativa in materia fiscale sia divenuta nel corso del tempo di fondamentale importanza all'interno delle politiche dell'Unione Europea. La creazione di un mercato unico senza barriere all'interno dei territori UE è infatti condizione imprescindibile ai fini dell'integrazione politica ed economica, e a tal fine diventa necessario combattere le discriminazioni e le pratiche elusive, sia di carattere diretto che

²⁴⁹ Come la Direttiva Madre-Figlia o la Direttiva sugli interessi e i canoni.

indiretto, come ad esempio quelle fondate sulla residenza in un determinato stato²⁵⁰. Il mercato unico è definito dall'art. 26 TFUE come “uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati”, ed esso si fonda su quattro libertà fondamentali: la libera circolazione delle persone, dei servizi, delle merci, e dei capitali. Tuttavia, ai fini del raggiungimento di tale obiettivo, alle libertà appena citate devono affiancarsi anche altre previsioni quali il divieto di aiuti di stato, così come definiti dal TFUE²⁵¹, e il divieto di abuso di posizione dominante.

All'interno del contesto appena descritto, è comprensibile come la tassazione possa rappresentare un ostacolo ad una circolazione libera e incondizionata dei beni e dei capitali all'interno del mercato unico, in quanto potenzialmente in grado di influenzare le scelte degli operatori economici²⁵². Infatti, le divergenze tra i vari sistemi di tassazione nazionale possono, da un lato, essere terreno fertile per l'attuazione di pratiche elusive e, dall'altro, creare ingiuste disparità di trattamento tra operatori economici, inaccettabili all'interno di un unico grande mercato comune²⁵³.

Al fine di disciplinare i fenomeni appena descritti apparve evidente, dunque, la necessità di creare un sistema in cui le disposizioni comuni elaborate in maniera coadiuvata dagli Stati membri in sede europea avessero la forza necessaria per imporsi in ambito nazionale ed evitare divergenze normative che potessero minare gli sforzi congiunti. A tal fine, è da menzionare la storica sentenza *Costa contro ENEL*²⁵⁴, in cui la CGUE ha chiaramente affermato che le disposizioni europee prevalgono sul diritto nazionale.

²⁵⁰ Francesco Tesoro, 2013, "Istituzioni di diritto tributario" 2-Parte Speciale nona edizione, UTET giuridica.

²⁵¹ Art. 107 TFUE: “aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsano o minacciano di falsare la concorrenza, nella misura in cui incidono sugli scambi tra gli Stati membri”.

²⁵² Lenaerts / Gutiérrez-Fons, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, *Common market law review* 47/6, 2010.

²⁵³ Maurizio Lauri, Fabio Lonardo, "Problematiche fiscali del Mercato Unico Europeo", Cerardi. 1990.

²⁵⁴ CGUE, 15 luglio 1964, causa C-6/64.

Senza soffermarsi sulla struttura istituzionale e politica dell'UE, che non è oggetto di questa trattazione, è utile tuttavia ricordare che la divisione delle competenze tra l'Unione Europea e gli stati membri avviene secondo uno schema che prevede tre diversi tipi di competenze. La c.d. competenza esclusiva, in cui soltanto il legislatore europeo può adottare un atto giuridico²⁵⁵, che si oppone alla c.d. competenza condivisa, in cui sia gli stati membri che l'unione europea possono adottare atti giuridici e alla c.d. competenza di sostegno, in cui l'unione europea può intervenire solo tramite atti di sostegno alle politiche dei vari stati membri. In linea generale, la potestà impositiva rientra tra le competenze degli Stati membri, pertanto l'unione europea può solo coordinare e coadiuvare gli interventi in tale settore. È interessante notare come nel celebre Trattato di Roma²⁵⁶ le imposte dirette non vennero considerate come una materia in grado di incidere in modo rilevante sulla creazione del mercato unico²⁵⁷. In ogni caso, non è difficile intuire come tale materia sia stata da sempre "protetta" dagli stati membri da cessioni di potestà legislativa, anche in ragione dei molteplici obiettivi economici e sociali potenzialmente perseguibili grazie a norme di natura tributaria. Spostando l'analisi agli anni successivi, la strategia di politica fiscale perseguita dall'Unione fu ben espressa nella comunicazione²⁵⁸ della Commissione intitolata "La politica fiscale dell'Unione europea — Priorità per gli anni a venire", in cui fu chiarito come il potere di introdurre imposte o di rimuoverle resti sostanzialmente nelle mani degli stati membri, a condizione però che vengano rispettate le norme e i principi fondamentali dell'unione, mentre obiettivi di quest'ultima sono "l'eliminazione degli ostacoli fiscali all'attività economica transfrontaliera, la lotta contro la concorrenza fiscale dannosa e l'evasione fiscale e la promozione di una maggiore cooperazione tra le amministrazioni fiscali nel garantire i controlli e la lotta alle frodi". Dunque, come si è appena visto l'Unione possiede

²⁵⁵ Come ad es., in materia di dogane.

²⁵⁶ Che ha istituito la CEE.

²⁵⁷ Vedi in tal senso la "Relazione Tinbergen" del 1953, che stabilisce le basi concettuali per la creazione della CE, non riconosceva l'armonizzazione delle imposte dirette come necessaria per lo sviluppo del mercato unico

²⁵⁸ COM (2001) 260.

una capacità limitata con riferimento alla potestà fiscale, il cui esercizio da parte degli stati però incontra, come si è visto, limiti generali consistenti nelle norme e nei principi generali dell'ordinamento europeo. La fissazione di tali limiti alla sovranità nazionale integra la c.d. "integrazione fiscale negativa", che consiste nell'eliminazione di tutti gli ostacoli fiscali esistenti quali le discriminazioni transfrontaliere, il fenomeno di c.d. doppia imposizione o doppia non imposizione, le distorsioni della concorrenza causate dai regimi fiscali dannosi degli Stati membri e i costi di adempimento eccessivi associati a operazioni transfrontaliere. Essa si oppone alla c.d. "integrazione fiscale positive" che consiste, invece, nella creazione di norme comuni di armonizzazione che si applicano in luogo di quelle nazionali e comporta un intervento maggiormente invasivo da parte delle autorità europee. Le considerazioni appena esposte, si può dunque concludere che obiettivo che dell'unione ai fini fiscali è la c.d. "armonizzazione", da intendere come modifica dei sistemi tributari nazionali non nel senso di "appiattirsi" in una sorta di sistema normativo unico ma di "convergere" verso gli stessi principi e obiettivi²⁵⁹.

Da tali ultime osservazioni, si può dunque evincere come vi sia tradizionalmente sempre stata da parte degli Stati l'intenzione di mantenere una certa autonomia politica in materia tributaria e che a livello europeo la materia fiscale sia vista, a parere di chi scrive, sotto un aspetto che si potrebbe definire "strumentale". Con tale ultimo termine si fa riferimento al fatto che la materia fiscale è normativizzata a livello unionale non tanto al fine di disciplinarla quanto piuttosto con l'intento di raggiungere obiettivi ulteriori, quali appunto combattere l'elusione fiscale e una scorretta allocazione delle risorse. È bene però operare una riflessione. Se da una parte è comprensibile l'insistenza con cui gli stati membri continuano a voler mantenere una certa autonomia in campo tributario, senza possibilità da parte dell'Unione di poter opporre resistenza, dall'altra è indubbio che i costi di una simile scelta sono ben evidenti, sia in

²⁵⁹ Antonino Tramontana, 1995, "L'economia italiana nella prospettiva del Mercato Unico Europeo", Edizioni scientifiche italiane.

termini di distorsione nel meccanismo di scelta dell'allocazione delle risorse che per ciò che concerne i costi amministrativi. Questi effetti negativi potrebbero essere mitigati tramite una maggiore integrazione, ma è evidente che servirà collaborazione da parte di tutti gli stati membri per raggiungere questo obiettivo.

In ogni caso, con riferimenti ai suddetti interventi dell'unione, bisogna differenziare tra quelli finalizzati ad armonizzare le imposte indirette e quelli mirati alle imposte dirette²⁶⁰. Con riguardo alle prime, è previsto espressamente all'interno dell'ordinamento europeo un meccanismo ben preciso, all'art. 113 TFUE²⁶¹, secondo cui il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo e il Comitato economico e sociale, possa adottare disposizioni per l'armonizzazione delle norme degli Stati membri in materia di tassazione indiretta. Con riguardo alle seconde, invece, non è presente una norma che espressamente tratti di questo potere, ed è a tal fine utilizzato l'art. 115 TFUE. Quest'ultimo infatti può essere applicato all'armonizzazione delle imposte dirette²⁶² poiché autorizza il Consiglio a emanare direttive per ravvicinare leggi, regolamenti e disposizioni che incidono direttamente sull'instaurazione e sul funzionamento del mercato interno²⁶³, prevedendo però che tali disposizioni possano essere adottate solo sulla base di unanimità al Consiglio²⁶⁴. A tal fine, è da segnalare anche un'altra procedura che può essere utilizzata per l'armonizzazione (diretta e indiretta), la c.d. cooperazione rafforzata che consente ad almeno nove Stati membri di armonizzare completamente un

²⁶⁰ Sono imposte dirette quelle sul reddito, sul patrimonio e sul capitale, siano esse destinate a persone fisiche o società.

²⁶¹ In cui è espressamente previsto che: "Il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, adotta le disposizioni che riguardano l'armonizzazione delle legislazioni relative alle imposte sulla cifra d'affari, alle imposte di consumo ed altre imposte indirette, nella misura in cui detta armonizzazione sia necessaria per assicurare l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno ed evitare le distorsioni di concorrenza."

²⁶² Si veda, in tal senso, Francesco Tesauro, 2013, "Istituzioni di diritto tributario" 2-Parte Speciale nona edizione, UTET giuridica pag 361.

²⁶³ Per esempio, la Direttiva 2016/1164 del Consiglio, del 12 luglio 2016, recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno.

²⁶⁴ Inoltre, deve essere sempre rispettato il principio di sussidiarietà.

settore coperto dai trattati UE ma non di competenza esclusiva dell'unione, mentre gli Stati membri che non sono coinvolti nella procedura non devono armonizzare le loro legislazioni, ma ad oggi si segnala che tale procedura di cooperazione rafforzata non ha svolto un ruolo significativo nell'integrazione nel campo del diritto tributario.

3.1.3 Il ruolo del *Soft Law*

È bene ora fare un cenno anche ai c.d. strumenti di *soft law*. Si è appena analizzata, infatti, la struttura normativa del diritto primario tramite la quale l'unione può intervenire nella materia tributaria, ma come si è già detto non si è giunti a risultati considerevoli tramite l'applicazione di tali norme. Pertanto, si è spesso fatto ricorso ai c.d. strumenti di *soft law* al fine di integrare le lacune strutturali e operative della normativa primaria, con risultati talvolta soddisfacenti.

In primo luogo, viene il rilievo il “Code of Conduct for Business Taxation”, adottato dal Consiglio il 1 dicembre 1997 al fine di contrastare la concorrenza fiscale dannosa. Si tratta di uno strumento giuridico non vincolante tramite il quale gli stati membri dell'unione si sono impegnati ad abrogare misure fiscali dannose dai loro sistemi fiscali e a non introdurre di nuove, e a tal fine è stato anche istituito il “Code of Conduct Group”. Tale nuovo “organismo” svolge una serie di funzioni, tra cui: esaminare le future misure dei vari stati membri e riferire al Consiglio nel caso rilevassero disposizioni in potenziale disaccordo con gli impegni presi, sviluppare politiche generali su determinate questioni, che devono essere attuate dagli Stati membri in modo coordinato²⁶⁵ e coadiuvare anche il coordinamento delle politiche fiscali oltre i confini dell'UE promuovendo l'adozione dei principi e dei criteri del Codice da parte dei paesi terzi²⁶⁶.

²⁶⁵ Come ad esempio, azioni coordinate contro i c.d. “disallineamenti ibridi”.

²⁶⁶ Tra cui si segnala l'intento di sviluppare una politica dell'UE coordinata e coerente nei confronti delle giurisdizioni di paesi terzi non cooperativi.

Un altro strumento di Soft Law decisamente rilevante in tema di armonizzazione delle disposizioni nazionali in materia tributaria sono le comunicazioni della Commissioni finalizzate all'interpretazione della giurisprudenza fiscale della Corte di Giustizia. Si è già visto in precedenza, infatti, la forza giuridica di tali provvedimenti negli ordinamenti interni, e tali comunicazioni rappresentano uno strumento di supporto per gli stati membri finalizzato al corretto recepimento degli indirizzi giurisprudenziali europeo e un'occasione di coordinamento delle varie decisioni²⁶⁷.

Negli ultimi anni l'iniziativa sicuramente più rilevante nell'ambito degli strumenti di *soft law* è il progetto BEPS²⁶⁸, che ha portato ad una serie di iniziative in materia fiscale e si è distinto quale uno dei più efficaci di soft law. Con il termine BEPS ci si riferisce a quell'insieme di azioni finalizzate ad abbattere la base imponibile e a spostare artificialmente i profitti verso paesi a bassa tassazione. Ad essere precisi, tale iniziativa si colloca al di fuori del sistema europeo. L'idea di questo progetto nasce infatti nell'ambito dell'OCSE²⁶⁹, un'organizzazione sovranazionale che si occupa della "promozione, a livello globale, di politiche che migliorino il benessere economico e sociale dei cittadini"²⁷⁰, ma i risultati degli studi eseguiti in questo progetto hanno assunto grande rilevanza e sono stati recepiti anche a livello normativo anche nel contesto europeo con la Direttiva n. 2016/1164/UE²⁷¹, c.d. Direttiva ATAD, di cui si tratterà nel prossimo capitolo.

In particolare, l'OCSE è giunto alla definizione di "15 azioni" finalizzate ad evitare fenomeni di erosione della base imponibile, le quali dovrebbe essere seguite da corrispondenti interventi dei vari stati²⁷² per contrastare il fenomeno

²⁶⁷ Tra di esse, si segnala la rilevante comunicazione della Commissione con riferimento al trattamento delle perdite in situazioni transfrontaliere, COM (2006) 824.

²⁶⁸ Base Erosion and Profit Shifting.

²⁶⁹ La Convenzione istitutiva dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico è stata firmata a Parigi il 14 dicembre 1960 ed entrata in vigore il 30 settembre 1961. Dai 20 Paesi fondatori, tra cui l'Italia, l'OCSE conta, ad oggi, 37 Paesi membri.

²⁷⁰ https://www.esteri.it/mae/it/politica_estera/organizzazioni_internazionali/ocse.html

²⁷¹ Recepita nell'ordinamento italiano con il Decreto Legislativo 142 del 2018, è entrata in vigore in Italia il 12 gennaio 2019.

²⁷² Oppure, come nel caso dell'ATAD, interventi di organizzazioni sovranazionali come l'UE.

dell'elusione fiscale. In particolare, gli obiettivi che si intendevano perseguire erano quelli di fornire ai governi gli strumenti necessari per adottare politiche antielusive e garantire che i profitti vengano tassati nel paese dove effettivamente si svolge l'attività economica che li genera. Ma soprattutto, ci si pose l'obiettivo di impedire l'adozione da parte di alcuni paesi di misure unilaterali che indeboliscano o rendano vani i risultati ottenuti tramite accordi multilaterali.

Le azioni descritte sono 15, tra cui in particolare: introdurre specifiche norme per affrontare le problematiche della nuova economia digitale; risolvere i problemi derivanti dai c.d. "Hybrid mismatch arrangements"; rafforzare e armonizzare le regole in materia di CFC; migliorare la normativa in tema di deduzione degli interessi; combattere le pratiche fiscali dannose; elaborare le c.d. GAAR²⁷³; rivedere il concetto di "stabile organizzazione"; sviluppare regole coordinate in materia di transfer pricing; creare meccanismi di risoluzione delle controversie più efficaci.

3.1.4 La tassazione delle società nel contesto europeo.

Operando un passo ulteriore, si può osservare come storicamente gli sforzi di coordinamenti normativi operati dalle istituzioni europee si siano rivolti principalmente alla tassazione delle società. La *ratio* di una simile dinamica risiede nella circostanza che tali tipi di imposte incidano maggiormente mercato interno e sull'esercizio delle libertà fondamentali rispetto alle imposte sulle persone fisiche, in ragione anche del carattere spesso transfrontaliero dell'operatività di alcune società, specialmente se di grandi dimensioni, che dunque necessitano di disposizioni in grado di coordinare i vari sistemi fiscali nazionali.

Tale problema è stato avvertito sin dagli anni 60', periodo in cui si iniziava a comprendere come le differenze tra i sistemi di tassazione delle società dei vari stati membri possano avere effetti distorsivi nella creazione del mercato unico

²⁷³ General anti abuse clause.

europeo²⁷⁴. Nei decenni successivi si sono susseguite diverse proposte della commissione finalizzate ad armonizzare le aliquote dell'imposta sulle società in una fascia tra il 45% e il 55%, ma non hanno riscontrato consensi. Per avere qualche risultato significativo bisogna attendere l'inizio degli anni 90', con la Direttiva sulle concentrazioni e con la c.d. "Direttiva Madre-Figlia", ma su questo si tornerà più avanti. Sebbene tali interventi rappresentassero sicuramente un passo avanti rispetto al passato, esse sono il frutto di un approccio sicuramente cauto da parte delle autorità europee, concretizzatosi in interventi mirati piuttosto che, come da più parti invocato, in una riforma ad ampio raggio auspicata già all'interno del famoso Rapporto Ruding, presentato dall'omonimo comitato alla Commissione europea nel 1992. La ragione di tale scelta consisteva probabilmente nella consapevolezza che, considerando il già citato attaccamento da parte degli stati nei confronti dell'autonomia politica in materia fiscale, interventi specifici e mirati sarebbero stati più facilmente accettati e condivisi dagli stati membri.

Negli anni successivi tuttavia tale rigido approccio si è iniziato ad ammorbidire, fino alla Comunicazione²⁷⁵ della Commissione europea del 2001 intitolata "*Toward an Internal Market without Tax Obstacles*" in cui si proponevano due tipologie di soluzioni con riferimento ad una maggiore armonizzazione fiscale in ambito societario. In particolare, nel breve periodo si auspicavano misure mirate volte, tra gli altri, ad estendere le direttive esistenti in materia di imposte dirette ed implementare le misure in materia prezzi di trasferimento, mentre nel lungo periodo, la creazione di una base imponibile consolidata per le società, ma su questo si tornerà più avanti.

Un passo ancora ulteriore è stato compiuto infine con la Comunicazione²⁷⁶ della Commissione del 2006 intitolata "*Coordinating Member States' Direct Tax System in the Internal Market*". In quest'ultima viene finalmente evidenziata l'importanza della "coordinazione" quale nuovo metodo di strategia contro le

²⁷⁴ A tal proposito, si segnalano il Rapporto Neumark del 1962 e la Relazione Van den Tempel del 1970.

²⁷⁵ COM (2001) 582.

²⁷⁶ COM (2006) 823.

differenze normative esistenti tra gli stati membri in materia fiscale, specialmente in materia della c.d. “doppia non-imposizione” e ai fini di un’applicazione uniforme nella sempre crescente giurisprudenza della CGUE in materia. Con riferimento poi a tale ultimo aspetto, è importante sottolineare come nel corso degli ultimi anni la Corte di Giustizia abbia assunto un ruolo sempre più determinante nell’individuare l’esatta portata normativa di alcune disposizioni europee. Infatti, se è principio ormai abbastanza pacifico in tutti gli ordinamenti degli stati membri che le disposizioni europee prevalgano sul diritto interno, è convinzione sempre più diffusa²⁷⁷ che tale recepimento non possa non tener conto dell’interpretazione fornita dalla CGUE all’interno dei suoi provvedimenti²⁷⁸.

Nei prossimi capitoli ci si soffermerà sulle principali disposizioni presenti nell’ordinamento europeo con riferimento alla tassazione delle società che incidono in maniera rilevante anche con riferimento ai gruppi societari. Come si vedrà, il legislatore europeo ha voluto attribuire rilevanza giuridica e fiscale ai rapporti di partecipazioni societarie, concedendo vantaggi fiscali assoggettati di caso in caso a requisiti differenti. In particolare, con riferimento a questi ultimi, vedremo come il legislatore europeo si è espresso in maniera diversa in merito alla percentuale di controllo meritevole di tutela con riferimento ai vantaggi fiscali, con scelte molto variegata. A parere di chi scrive, la diversità degli istituti coinvolti e dei vantaggi perseguibili non può fino in fondo giustificare scelte legislative così eterogenee, nella convinzione che il fenomeno di gruppo e dei rapporti societari sia, per quanto spesso variegato nella realtà economica, fondamentalmente unitario. Pertanto, la scelta di concedere alla maggioranza delle realtà aggregate i vantaggi di una certa Direttiva mentre, al contrario, concedere solo ad alcuni gruppi i vantaggi di un’altra Direttiva solo perché sono richiesti requisiti più stringenti appare

²⁷⁷ E riconosciuta, tra gli altri, dalla nostra Corte di Cassazione in numerose sentenze, tra cui si segnala in ambito Tributario: Cass., 29 agosto 2007, n. 18219.

²⁷⁸ Volendo fare un esempio di forte rilevanza in ambito tributario, si pensi all’interpretazione fornita dalla Corte circa l’applicabilità del concetto di abuso del diritto per contrastare comportamenti dei contribuenti in grado di eludere le prescrizioni fiscali in materia di imposta sul valore aggiunto.

quantomeno dubbia. Sarebbe auspicabile, come già evidenziato sopra, arrivare ad una definizione unitaria di “gruppo” a livello europeo, per quanto sia impresa ardua, al fine di poter operare un ‘applicazione omogenea di taluni istituti tributari e non solo.

3.2 Direttiva ATAD.

3.2.1 Introduzione e ambito soggettivo.

Come si è sopra osservato, la Direttiva ATAD ha fatto ingresso nel sistema normativo Europeo in seguito alle iniziative intraprese nell’ambito OCSE con riferimento al progetto BEPS. Tale Direttiva è stata introdotta allo scopo di inserire in ambito europeo alcune misure coordinate finalizzate a combattere i fenomeni più rilevanti di elusione fiscale, con riferimento particolari a quelli che sfruttano le differenze tra i vari sistemi fiscali nazionali per trarne profitto, e tali disposizioni assumono ovviamente rilevanza anche nell’ambito delle scelte di governance e di politica economica dei gruppi societari.

Del resto, come si è visto, queste grandi aggregazioni societarie sono talvolta le principali protagoniste di pratiche elusive, e questa dinamica è dovuta al fatto che spesso l’attività di questi soggetti ha carattere prettamente transfrontaliero e dunque si presta maggiormente alle suddette pratiche. A conferma di quanto appena detto, basti pensare che nel contesto Europeo già prima, o per meglio dire in contemporanea, del progetto BEPS si avvertiva la necessità di un intervento in questa direzione proprio a causa di alcuni eclatanti casi di elusione fiscale venuti alla luce ad opera di grandi società multinazionali. Si pensi, ad esempio, ai casi dei c.d. Luxemburg-Leaks²⁷⁹ o Panama-Leaks, ma oltre a tali ultime vicende, anche a livello politico ci sono alcune iniziative da segnalare che negli anni precedenti al progetto BEPS iniziavano a muoversi in questa

²⁷⁹ Si tratta di un’inchiesta giornalistica che ha portato, nel 2014, alla pubblicazione di alcuni documenti circa gli aiuti fiscali concessi dal governo del Lussemburgo ad alcune grandi multinazionali sottraendo così un ingente gettito fiscale alle casse di altri stati.

direzione, con l’emanazione da parte della Commissione Europea di diverse raccomandazioni e comunicazioni²⁸⁰.

Finalmente nel 2016 si è arrivati alla c.d. “Direttiva ATAD”, il 12 Luglio 2016. La principale differenza che tale Direttiva presenta rispetto alle passate iniziative è l’obbiettivo che essa si pone. Se infatti gli interventi precedenti miravano fondamentalmente ad agevolare gli scambi nell’ambito del mercato unico europeo o a rimuovere ostacoli alla libera circolazione dei beni e delle persone, in questo caso l’obbiettivo era quello di: “contrastare efficacemente l’elusione fiscale assicurando che il reddito non rimanga mai non tassato”²⁸¹. Tale circostanza è stata vista da alcuni autori²⁸² con diffidenza. Come si è già detto, la base legislativa su cui tale Direttiva si fonda è l’art. 115 TFUE. Tale norma consente di emanare norme in tema di tassazione diretta al fine del corretto funzionamento del mercato interno, ma la Direttiva in esame è finalizzata a meglio distribuire la potestà impositiva dei Stati membri con riferimento a situazioni dove si annidano fenomeni di abuso. Per meglio comprendere quest’ultimo punto, basta guardare i considerando 1, 2 e 3 della Direttiva in cui si afferma esplicitamente che gli obiettivi principali che si intende conseguire consistono nel garantire un livello minimo di protezione contro la pianificazione fiscale aggressiva nel mercato interno e favorire l’attuazione delle misure BEPS in modo coordinato, anche al fine ripristinare la fiducia nell’equità dei sistemi fiscali. Al fine del raggiungimento degli obiettivi appena evidenziati, si sono individuate 5 misure quali: limiti sulla deducibilità degli interessi; imposizione in uscita (c.d. *exit tax*); una norma generale antiabuso; disposizioni sulle CFC; norme sui c.d. disallineamenti ibridi. Al considerando 5 è inoltre presente una disposizione che potremmo definire “di chiusura” o comunque con carattere programmatico la quale prescrive che: “Ove l’applicazione di tali norme dia luogo a una doppia imposizione, i contribuenti dovrebbero beneficiare di uno sgravio tramite una detrazione

²⁸⁰ Come ad esempio COM (2012) 722 e COM (2015) 136.

²⁸¹ Smit, *The Anti-Tax-Avoidance Directive (ATAD)* in: Terra / Wattel (eds.), *European Tax Law* (2019).

²⁸² De Graaf/Visser, *ATA Directive: Some observations regarding formal aspects*, *EC Tax Rev.*, 2016.

dell'imposta versata in un altro Stato membro o in un paese terzo, a seconda del caso. Le norme dovrebbero pertanto mirare non solo a contrastare le pratiche di elusione fiscale, ma anche a evitare la creazione di altri ostacoli al mercato, come la doppia imposizione”.

Essa 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 terzo²⁸³ e, dal considerando 4, si evince come la Direttiva non sia da ritenersi applicabile alle entità trasparenti. Sebbene al successivo art. 2 vengano fornite alcune definizioni, manca una precisa determinazione del concetto di “stabile organizzazione”, così come manca un'esatta perimetrazione del concetto di “residenza”, dovendo quindi concludersi che ciascuno stato applicherà la definizione presente nei vari ordinamenti nazionali. Qualche difficoltà ha inoltre portato la formulazione del suddetto art. 1, laddove prescrive che la Direttiva ATAD si applichi ai contribuenti che sono soggetti a un'imposta sulle società “in uno o più stati membri”, in quanto sembrerebbe intendere che si possa applicare a un'entità che non è soggetto all'imposta sulle società ai sensi di una determinata legislazione nazionale laddove tale entità sia soggetta all'imposta sulle società in un altro Stato membro. Inoltre, l'espressione “soggetto all'imposta sulle società” risulta vaga e presenta un problema interpretativo, in quanto non risulta chiaro se l'ATAD troverà applicazione nel caso in cui un determinato contribuente rientra nel campo di applicazione del sistema di imposta sulle società ma è esente o soggetto a un'aliquota fiscale zero. In tal senso potrebbe venire in aiuto una recente sentenza²⁸⁴ della CGUE in cui, con riferimento all'applicazione della c.d. Direttiva Madre-Figlia, ha affermato che un'aliquota zero è "equivalente" a non assoggettare tali entità a tassazione, anche se c'è da evidenziare che la relativa norma con riferimento all'ambito soggettivo differisce dal suddetto art. 1. Infine, è bene sottolineare sin da subito che le

²⁸³ Art. 1 Direttiva ATAD.

²⁸⁴ Causa C-448/15.

novità introdotte dalla Direttiva ATAD rappresentano uno “standard minimo” di protezione che deve essere garantito dagli stati membri e in quanto tale può essere derogato²⁸⁵. Con quest’ultimo termine si fa riferimento alla possibilità di attuare misure più rigorose rispetto a quelle disposte dalla Direttiva, seppur nei limiti del diritto primario dell'UE e, in particolare, dalle libertà fondamentali²⁸⁶. Le misure nazionali che vanno oltre lo standard minimo possono quindi essere in linea con l'ATAD, ma comunque essere illegittime se violano il diritto primario dell'UE, ed è ad esso che bisognerà comunque fare riferimento per valutarne la legittimità²⁸⁷.

3.2.2 La deducibilità degli oneri finanziari eccedenti

È bene ora soffermarsi sulle misure introdotte dalla Direttiva ATAD che, come si è visto prima, sono: limiti sulla deducibilità degli interessi; imposizione in uscita (c.d. *exit tax*); una norma generale antiabuso; disposizioni sulle CFC; norme sui c.d. disallineamenti ibridi. Come si è già detto, queste disposizioni non si rivolgono in maniera specifica ai gruppi ma è indubbio che, oltre al fatto che questi ultimi rientrano sicuramente nel campo di applicazione della Direttiva, le pratiche ivi descritte sono spesso seguite nell’ambito delle politiche fiscali di gruppo ed utilizzate per ridurre il carico fiscale, specialmente con riferimento alla regola sulla deducibilità degli oneri finanziari eccedenti²⁸⁸. Tale regola è affrontata all’art. 4 della Direttiva, ed è finalizzata a limitare la deducibilità degli oneri finanziari eccedenti da parte di “un’entità”, in particolare limitandola solo ad una certa percentuale di essi. Questi ultimi sono deducibili infatti solo nel periodo di imposta in cui sono generati e secondo la

²⁸⁵ Art. 3 Direttiva ATAD.

²⁸⁶ De Graaf A., Visser K., “Ata Directive: Some Observations Regarding Formal Aspects”, EC Tax Review, vol. 25, Issue 4, Kluwer Law International, 2016

²⁸⁷ Docclo, The European Union's Ambition to Harmonize Rules to Counter the Abuse of Member State's Disparate Tax Legislation, 2017.

²⁸⁸ In tal senso si vedano anche le conclusioni dell’avvocato generale L.A. Geelhoed, 29 giugno 2006, nella causa presso la Corte di giustizia, C-524/04 e dell’avvocato generale J. Kokott, 12 maggio 2016, nella causa C-593/14, *Masco Denmark*.

regola dell' EBITDA²⁸⁹, e cioè calcolandoli al lordo di interessi, imposte, deprezzamento e ammortamento. Tale tipo di approccio normativo non è nuovo in abito europeo: esso infatti si ispira alla disciplina tedesca della c.d. “*barriera agli interessi*” (“*Zinsschranke*”), fondamento ispiratore della “*interest limitation rule*” europea²⁹⁰. In ogni caso, al Considerando n. 6 della Direttiva, è specificato che gli Stati membri potrebbero diminuire tale percentuale o, in alternativa²⁹¹, porre limiti temporali o ridurre l'importo degli oneri finanziari non dedotti che possono essere riportati in avanti o all'indietro. Inoltre, visto che l'obiettivo della Direttiva è stabilire norme minime, gli Stati membri potrebbero avere la facoltà di adottare un parametro alternativo in riferimento agli utili del contribuente al lordo di interessi e imposte.

Guardando al testo della norma con riferimento ai gruppi, si evince che essa è applicabile espressamente a “un'entità a cui è consentito o imposto di applicare le norme a nome di un gruppo, come stabilito ai sensi del diritto fiscale nazionale, e ad un'entità di un gruppo, ai sensi del diritto fiscale nazionale, che non consolida a fini fiscali i risultati dei suoi membri nel bilancio”²⁹². In tali casi, gli oneri eccedenti sono calcolati a livello di gruppo e includono i risultati di tutti i suoi membri, ed in questo caso il calcolo può essere operato in due modi²⁹³. Si può concedere al contribuente il diritto di detrarre completamente gli oneri finanziari in eccesso se il rapporto tra il suo patrimonio netto e il suo patrimonio totale è uguale o superiore al rapporto equivalente del gruppo oppure si può concedere la deduzione secondo la seguente operazione: bisognerà dividere gli oneri finanziari in eccesso del gruppo per l'EBITDA di gruppo e moltiplicare successivamente tale risultato per l'EBITDA della singola entità. In ogni caso, con riferimento al gruppo, è prevista una “soglia minima” di deduzione pari a 3.000.000 di euro, ma essa è stata criticata in quanto creerebbe

²⁸⁹ “Ernings before interest, taxes, depreciation and amortization”.

²⁹⁰ Iaia R., The “interest limitation rule” della direttiva anti elusione,, in “Diritto e Pratica Tributaria” n. 6 del 2018, pag. 2455

²⁹¹ Le due possibilità non sono indicate espressamente come alternative ma il dato testuale sembrerebbe far propendere per questa soluzione.

²⁹² Art. 4 ATAD.

²⁹³ Lang Pistone, Introduction to European Tax Law on Direct Taxation, Sixth Edition, 2020.

problemi di equità con riferimento ai contribuenti con oneri eccedenti non molto elevati. Tale soglia, comunque, può essere modificata dagli stati al fine di assicurare un livello di protezione più elevato²⁹⁴. Inoltre, è prevista la possibilità per gli stati membri di escludere l'esonero dei finanziamenti a soggetti indipendenti dal finanziatore, ed anche in questo caso si tratta di una mera facoltà, anche se ciò contrasta con una recente sente della CGUE, causa C-282/12, in cui si è ritenuto che una limitazione come quella prevista dall'art. 4 della Direttiva ATAD nel caso di rapporti non caratterizzati da una partecipazione societaria sarebbe contrario al principio di proporzionalità.

In ogni caso, con riferimento al suddetto art. 4, non sono mancate in dottrina alcune voci critiche. In particolare, alcuni autori²⁹⁵ hanno criticato l'idoneità di una norma che preveda un limite prestabilito ad evitare un fenomeno elusivo talvolta complesso. Possono infatti esistere situazioni in cui l'indebitamento non è frutto di una pianificazione fiscale aggressiva ma è utile ai fini dell'espansione commerciale di un'impresa o, talvolta, necessaria per la sua continuità²⁹⁶, e non operare alcuna differenziazione sotto questo punto di vista crea problemi anche dal punto di vista del principio di eguaglianza. Inoltre la mera previsione di un limite non eviterebbe in alcun modo fenomeni elusivi quali i far apparire come interessi attivi taluni proventi di altra natura o "mascherare" oneri finanziari tra i costi operativi d'impresa al fine di eludere il limite del 30%. È da ritenere, pertanto, che piuttosto che il mero superamento di limiti numerici l'accertamento dovrebbe investire la insussistenza di un negozio reale che abbia una causa finanziaria e non sia elusivo. Ma c'è di più: tale previsione presenterebbe criticità anche con riferimento al principio della capacità contributiva, sia perché i limiti da essa previsti devono essere applicati anche ad interessi passivi anche leciti ed effettivamente maturati, realizzando un artificioso aumento dell'imponibile, in contrasto con detto principio, sia perché

²⁹⁴ Considerando 8.

²⁹⁵ Si veda LA "INTEREST LIMITATION RULE" DELLA DIRETTIVA "ANTI-ELUSIONE", Roberto Iaia, in "Diritto e Pratica Tributaria" n. 6 del 2018.

²⁹⁶ Il dover includere tali situazioni in norme di questa natura sembra essere confermata anche dall' OCSE nella sua pubblicazione "Limiting Base Erosion", cit., 57, n. 108.

non è previsto alcuno strumento per il contribuente con il quale si possa dare prova contrario circa la natura non elusiva e l'effettività di taluni interessi, andando così probabilmente oltre l' effettivo scopo della norma.

3.2.3 La Exit Tax

Il secondo intervento disciplinato dalla Direttiva ATAD è la c.d. Exit Tax, la quale disciplina²⁹⁷ la tassazione applicabile in 4 situazioni. In primis, quando un contribuente trasferisce attivi dalla sua sede centrale alla sua stabile organizzazione situata in un altro Stato membro o in un paese terzo. In secondo luogo, quando un contribuente trasferisce attivi dalla sua stabile organizzazione situata in uno Stato membro alla sua sede centrale o a un'altra stabile organizzazione situata in un altro Stato membro o in un paese terzo o trasferisce la sua residenza fiscale in un altro Stato membro o in un paese terzo. Infine quando un contribuente trasferisce le attività svolte dalla sua stabile organizzazione da uno Stato membro a un altro Stato membro o a un paese terzo. Anche in questo caso, tale fenomeno è riscontrabile con particolare riferimento anche ai gruppi, pertanto questa norma risulta particolarmente incisiva per le politiche fiscali di gruppo, laddove si voglia “contrastare i trasferimenti - da parte di Gruppi - di assets verso Stati con tassazione più favorevole”²⁹⁸. La ratio di una simile previsione risiede nella circostanza per cui quando avvengono questi trasferimenti spesso lo stato “di uscita” perde il potere di tassare quei determinati cespiti ed è dunque necessario ripartire correttamente la potestà impositiva tra gli stati membri²⁹⁹.

Anche negli anni precedenti era stata segnalata tale criticità in ambito europeo, con riferimento in particolare alla sentenza della CGUE, causa C-371/10, dove si era stabilito la necessità di anticipare l' esercizio della potestà impositiva seppur non attraverso una riscossione immediata, mentre successivamente nella

²⁹⁷ Art. 5 Direttiva ATAD.

²⁹⁸ Alessandro Di Stefano e Andrea Porcarell Le nuove disposizioni in tema di exit tax, in "Amministrazione e Finanza" n. 3 del 2019.

²⁹⁹ Circolare Assonime n. 33 del 17 dicembre 2014.

causa C-164/12 era stato ritenuto congrua in tal senso una dilazione di 5 anni nel pagamento di tale imposta³⁰⁰.

La plusvalenza da tassare sarà pari alla differenza tra il 'valore di mercato' delle attività trasferite al momento dell'uscita e il valore delle attività trasferite "a fini fiscali", e il concetto di "valore di mercato" è definito al comma 6 dell'art. 5 Direttiva ATAD301. A tal ultimo fine, è bene inoltre tener presente il considerando 10 della medesima Direttiva, laddove si fa riferimento al c.d. "principio di libera concorrenza"³⁰², pur tuttavia senza definirlo precisamente. Questo può portare incertezza nell'applicazione del diritto unionale tra gli stati membri perché si potrebbe differire con i metodi di calcolo con riferimento a tale criterio, e può inoltre causare problemi con riferimento al paragrafo 5 del medesimo art. 5, laddove si prescrive che lo stato di destinazione dovrà accettare il valore determinato dallo Stato membro del contribuente o della stabile organizzazione come valore di partenza degli attivi a fini fiscali. Restano le preclusioni di cui al paragrafo 7³⁰³.

3.2.4 La disciplina italiana dell'Exit Tax

La disciplina dell'exit tax venne introdotta in Italia con il D.L. 23 febbraio 1995 n.41 convertito poi con la legge 22 marzo 1995 n.85. La volontà originaria del Legislatore era, come osservato da alcuni autori³⁰⁴, quella di evitare che le plusvalenze realizzate in un determinato periodo di imposta sfuggissero all'imposizione italiana. Dunque, si trattava di una norma con carattere marcatamente antielusivo ma, come vedremo, essa ha mutato nel tempo questo

³⁰⁰ Indirizzo poi seguito effettivamente nel comma 2 del medesimo art. 5, seppur a determinate condizioni.

³⁰¹ Esso è definito come: "per «valore di mercato» si intende l'importo in cambio del quale un attivo può essere scambiato o reciproche obbligazioni possono essere fissate tra acquirenti e venditori indipendenti e disponibili nel quadro di una transazione diretta".

³⁰² Al considerando 10 si suggerisce, infatti, che "Al fine di calcolare gli importi è fondamentale stabilire un valore di mercato per gli attivi trasferiti al momento della loro uscita, basato sul principio di libera concorrenza".

³⁰³ Laddove si prescrive che tale disciplina "non si applica ai trasferimenti di attivi connessi al finanziamento tramite titoli, agli attivi forniti come garanzia collaterale o quando il trasferimento di attivi avviene allo scopo di rispettare requisiti patrimoniali prudenziali o a fini di gestione della liquidità".

³⁰⁴ Uckmar, Manuale di Diritto tributario internazionale, 2009.

suo ultimo aspetto. A conferma di quanto detto si è espressa anche la dottrina³⁰⁵, la quale ha evidenziato come lo scopo della norma era quello di evitare che il trasferimento di sede venisse utilizzato al solo fine di ottenere vantaggi fiscali. È bene precisare come l'Italia sia stato uno degli ultimi paesi ad intervenire con una normativa di questo tipo, in ritardo rispetto ad altri Stati europei. Molti autori³⁰⁶ si sono interrogati circa i motivi di tale ritardo, in quanto ad oggi non è chiaro se esso sia stato dovuto ad una precisa scelta di politica legislativa o semplicemente ad una negligenza da parte del legislatore.

In ogni caso, dopo la sua entrata in vigore la disciplina italiana ha subito una serie di modifiche, dovute in parte ad aggiustamenti meramente “interni” ad opera del legislatore ma, soprattutto, sulla base di indicazioni di matrice europea. Alla fine di questa lunga serie di interventi, da ultimo la normativa è stata modificata nel 2018 per adattarla alla già citata Direttiva ATAD. Il legislatore, infatti, è intervenuto sull'art. 166 TUIR attraverso l'art. 2 del c.d. “Decreto ATAD”, il D.Lgs. del 29 novembre 2018, n. 142, recependo così i principi emanati dal Legislatore Europeo. Anche prima di tale Direttiva, molti autori³⁰⁷ avevano auspicato un intervento europeo in materia per evitare che eventuali normative nazionali difformi potessero condurre ad applicazioni eccessivamente divergenti del regime in esame. Tali modifiche hanno riguardato sia i casi di applicazione della norma³⁰⁸ sia le regole di volta in volta

³⁰⁵ Nussi, Trasferimento della sede e mutamento della residenza fiscale: spunti in tema di stabile organizzazione e regime dei beni d'impresa, in *Rass. Trib.*, 1996.

³⁰⁶ Marino, Brevi note sul trasferimento di sede all'estero, in *Dir. Prat. Trib.*, 1993.

³⁰⁷ Rizzardi, L'exit tax nel vicolo cieco della mancanza di regole comuni, in *Corriere tributario* n.21, 2013.

³⁰⁸ I quali, in particolare, ora si applicano ai soggetti che:

- a) sono fiscalmente residenti nel territorio dello Stato e trasferiscono all'estero la propria residenza fiscale;
- b) sono fiscalmente residenti nel territorio dello Stato e trasferiscono attivi ad una loro stabile organizzazione situata all'estero con riferimento alla quale si applica l'esenzione degli utili e delle perdite di cui all'articolo 168 ter;
- c) sono fiscalmente residenti all'estero, possiedono una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato e trasferiscono l'intera stabile organizzazione alla sede centrale o ad altra stabile organizzazione situata all'estero;
- d) sono fiscalmente residenti all'estero, possiedono una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato e trasferiscono attivi facenti parte del patrimonio di tale stabile organizzazione alla sede centrale o ad altra stabile organizzazione situata all'estero;
- e) sono fiscalmente residenti nel territorio dello Stato e sono stati oggetto di incorporazione da parte di una società fiscalmente non residente oppure hanno effettuato una scissione a favore di una o più beneficiarie non residenti oppure hanno effettuato il conferimento di una stabile organizzazione o di un ramo di essa situati all'estero a favore di un soggetto fiscalmente residente all'estero.

applicabili a seconda delle differenti situazioni³⁰⁹, disciplinando sia il calcolo della base imponibile sia il momento in cui operare tale determinazione, di fatto abrogando il precedente D.M. 2 luglio 2014 che disciplinava le modalità applicative della Exit tax³¹⁰.

A tale ultimo proposito, inoltre, è bene evidenziare la circostanza per cui il nuovo Art. 166 TUIR, pur avendo abrogato come visto il D.M. 2 luglio 2014, non ne ha ripreso le disposizioni relative all'applicazione delle Convenzioni in materia di doppia imposizione sui redditi vigenti tra l'Italia e gli Stati appartenenti all'Unione Europea, ovvero aderenti all'Accordo sullo Spazio Economico Europeo nonché di quelle tra i predetti Paesi e gli Stati terzi. Come hanno correttamente osservato alcuni autori³¹¹, tale circostanza potrebbe determinare fenomeni di doppia o di non imposizione, a seconda che l'operazione di trasferimento avvenga nel corso della prima o della seconda parte dell'anno.

In ogni caso, oltre alle novità appena segnalate, una delle misure più rilevanti introdotte dalla riforma è probabilmente il passaggio dal c.d. "valore normale" al c.d. "valore di mercato" dei beni da tassare. Tale concetto viene in rilievo ai fini del calcolo della plusvalenza, che rappresenta poi l'oggetto effettivo della tassazione derivante dalla exit tax, la quale è pari, dopo le modifiche del 2018, alla differenza tra il valore di mercato e il costo fiscalmente riconosciuto delle attività e passività che fuoriescono dal regime d'impresa, intendendosi per "valore di mercato" il prezzo che sarebbe stato pattuito tra soggetti indipendenti operanti in condizioni di libera concorrenza³¹². Come osservato da alcuni autori³¹³, tale modifica si è resa necessaria non solo per adeguarsi ai principi emanati dal Legislatore europeo, ma anche per tener conto delle indicazioni definite in sede OCSE.

³⁰⁹ Commi da 2 a 7 del medesimo art. 166 TUIR.

³¹⁰ In tal senso, si veda la Relazione Illustrativa al D.Lgs. del 29 novembre 2018, n. 142.

³¹¹ Bottero S., in "Pratica Fiscale e Professionale" n. 41, 2019.

³¹² Ai fini della determinazione del valore di mercato si tiene conto delle indicazioni contenute nel decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi del comma 7 dell'art. 110 TUIR.

³¹³ Russo, Exit ed entry tax al restyling: le modifiche post Decreto ATAD, in Bilancio e reddito d'impresa n. 3, 2019.

Altra novità da segnalare è l'eliminazione della possibilità di fruire del c.d. "tax deferral", ossia la sospensione del versamento dell'imposta, prevista dal previgente art. 166 TUIR, al comma 4-quater per il trasferimento verso Stati appartenenti all'Unione Europea ovvero in Stati aderenti all'Accordo sullo SEE (Spazio economico europeo) con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo sulla reciproca assistenza in materia di riscossione dei crediti tributari. Tale possibilità era stata introdotta dall'art. 91, comma 1, del D.L. 24 gennaio 2012, in seguito alla procedura di infrazione aperta nei confronti dell'Italia da parte della Commissione europea. Nella nuova formulazione³¹⁴, è possibile soltanto un'eventuale rateizzazione in 5 rate annuali dell'imposta, previa opzione e subordinando l'esercizio dell'opzione alla prestazione di eventuali garanzie. Dunque, come osservato da alcuni autori³¹⁵, nel caso di fuoriuscita dall'Italia, i componenti reddituali già maturati e soggetti in base al T.U.I.R. al principio di cassa vengono ad assumere una rilevanza fiscale in via indiretta, in sede di determinazione della plusvalenza da *exit tax*, nella quale confluisce il differenziale tra valore di mercato e valore fiscale dei crediti/debiti corrispondenti, senza possibilità di spostare in avanti nel tempo tale rilevanza fiscale. Si segnala, inoltre, che sono assoggettate a tassazione anche le riserve in sospensione d'imposta, incluse quelle tassabili solo in caso di distribuzione, che risultano iscritte in bilancio al termine dell'ultimo periodo d'imposta di residenza o prima del perfezionamento dell'operazione se, e nella misura in cui, non sono ricostituite nel patrimonio contabile di una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato³¹⁶.

Infine, è ora disciplinato diversamente il regime delle perdite maturate prima dell'operazione di spostamento della residenza (o di utili) fuori dallo Stato. Laddove in seguito al trasferimento non permanga nello Stato una stabile organizzazione, le suddette perdite saranno compensante senza l'applicazione

³¹⁴ In tal senso, si veda Germani A., "Exit tax senza sospensione per la società che lascia l'Italia", in "Il focus del Sole", inserto de Il sole 24 ore, 2019,

³¹⁵ Garcea A., Exit ed entry tax: i componenti reddituali soggetti al principio di cassa in "Corriere Tributario" n. 4, 2020.

³¹⁶ Schiavone, Reddito di società di capitali, 2021.

del limite dell'80% di cui all'art. 84, comma 1 del TUIR con il reddito dell'ultimo periodo di imposta e, nella parte eccedente, saranno invece compensate in diminuzione della plusvalenza derivante dal trasferimento all'estero, ed anche in questo caso non si terrà conto del suddetto limite. Come correttamente osservato da alcuni autori³¹⁷, tale metodo di compensazione delle perdite risponde alla medesima logica applicata nella diversa situazione della liquidazione dell'intero patrimonio, così come disciplinato all'art. 182 TUIR. A parere di chi scrive, tale scelta può essere condivisa. Ai fini delle casse erariali, infatti, la liquidazione del patrimonio di una società equivale alla sua "scomparsa" in termini di gettito fiscale futuro, e sebbene lo spostamento di determinate attività all'estero non comporti uno speculare fenomeno di "scomparsa" dal punto di vista economico e fattuale, per ciò che concerne l'amministrazione finanziaria si assisterà ad un'interruzione delle entrate fiscali del tutto assimilabile a quello della liquidazione. Pertanto laddove non venisse concessa la loro compensazione, nelle modalità di cui trattasi, le perdite conseguite diventerebbero definitivamente inutilizzabili.

Nel diverso caso, invece, di trasferimento di attività all'estero senza la permanenza in Italia di una stabile organizzazione, le perdite saranno in primo luogo compensate, con applicazione del limite di cui all'articolo 84, comma 1, con il reddito di tale periodo d'imposta e, per la parte eventualmente eccedente, al netto della quota, determinata ai sensi dell'articolo 181 senza applicazione delle condizioni e del limite di cui all'articolo 172, riferibile alla stabile organizzazione, saranno computate in diminuzione della plusvalenza derivante dal trasferimento senza applicazione del limite di cui all'articolo 84, comma 1. Può essere utile un esempio per meglio comprendere il meccanismo appena descritto. Una società sposta la sua residenza all'estero e ha perdite per 600, un patrimonio netto di 800 e un reddito nell'ultimo periodo di imposta di 100. Il 60% del patrimonio viene trasferito ad una stabile organizzazione residente. L'utilizzo delle perdite sarà pari all'80% di 100, dunque 80. L'eccedenza, che

³¹⁷ Miele Russo, "La exit tax 'perde' la sospensione del prelievo sulle plusvalenze", in *Corriere Tributario* n. 36, 2018.

sarà pari a 520 (600-80) sarà utilizzabile in compensazione della plusvalenza derivante dall'applicazione della exit tax, tuttavia limitatamente alla parte di patrimonio della società che non sia stato trasferito alla stabile organizzazione (dunque, il 40% di 520 che è pari a 208).

Sempre con riferimento al trattamento delle perdite, è interessante qui analizzare una recentissima sentenza della CGUE del 2020, resa nella causa Aures Holding AS³¹⁸. La causa riguarda una società olandese la quale, dopo aver trasferito la propria residenza fiscale in Repubblica Ceca, chiede il riconoscimento delle perdite fiscali subite in Olanda. Tale possibilità gli viene negata dall'amministrazione finanziaria ceca, e la controversia viene rimandata dalla Suprema Corte alla CGUE. Quest'ultima, contravvenendo alle conclusioni elaborate dall'Avvocato Generale Kokott, giunge alla conclusione che la posizione di una società che abbia trasferito in uno Stato Membro la propria residenza fiscale non sia comparabile a quella di un'altra società che sia stata residente da sempre in quel determinato Stato. Tale conclusione è stata criticata da alcuni autori³¹⁹, che hanno sottolineato la comparabilità delle due fattispecie e, dunque, l'idea che esse dovrebbero subire lo stesso trattamento.

Tuttavia, a parere di chi scrive, le conclusioni della CGUE meritano condivisione. Infatti, la possibilità per una società residente di compensare le perdite maturate all'estero, come succede ad esempio in Italia con l'istituto del consolidato mondiale, è "bilanciata" dal potere impositivo che lo stato di residenza esercita anche sugli utili maturati all'estero, conseguiti eventualmente anche da parte di altre stabili organizzazioni. Tale possibilità non è prevista nella situazione oggetto di controversia: la repubblica ceca, infatti, avrebbe dovuto concedere la compensazione di perdite maturate in periodi di imposta nei quali, tuttavia, non aveva la possibilità di esercitare potestà impositiva anche sugli utili. Dunque, tale differenza fa propendere per una risposta negativa al quesito sollevato alla Corte.

³¹⁸ Causa C-405/18.

³¹⁹ Pellecchia M., *Rivista di Diritto tributario (supplemento online)*, 2020.

3.2.5 La posizione della CGUE sull'Exit Tax

Come si è analizzato, l'istituto dell'Exit Tax disciplina situazioni prettamente transfrontaliere e di interesse internazionale. Dunque, non è difficile intuire come le istituzioni europee nutrano un interesse particolare verso questo tipo di dinamiche e che la normativa unionale contenga disposizioni di assoluta importanza in tal senso.

La possibilità di trasferire la propria sede all'estero, infatti, è un diritto fondamentale del contribuente, garantita dalle 4 libertà fondamentali dell'unione europea³²⁰ o, più nello specifico, dal principio di matrice europea della libertà di stabilimento, disciplinato dal TFUE, artt. 49-55. Nonostante queste imprescindibili coordinate normative, è interessante notare come la posizione della Corte di Giustizia sia stata alquanto mutevole sull'argomento, e si è assistito ad un deciso cambio di rotta negli ultimi anni da parte della giurisprudenza comunitaria.

Il primo caso sottoposto all'attenzione della Corte è stato il famoso caso *Daily Mail and General Trust*³²¹. In quella situazione si discuteva circa la compatibilità con il diritto comunitario di una disposizione del diritto inglese che subordinava la possibilità per le società residenti nel regno unito di trasferire all'estero la residenza fiscale ad un'autorizzazione da parte del Ministero del tesoro. Ad essere precisi, in questa situazione non vi era una exit tax nel senso tributario come la si intende oggi, tuttavia l'ostacolo di natura sostanziale era evidente, e sicuramente rendeva più gravoso da un punto di vista procedurale la scelta del cambio di residenza. Sorprendentemente, la CGUE escluse la propria competenza nel caso in esame, adducendo come motivazione la non applicabilità al caso del principio della libertà di stabilimento e lasciando alle Corti nazionali il compito di valutare la proporzionalità o meno di misure di questo tipo.

³²⁰ la libera circolazione delle merci, la libera circolazione delle persone, la libera prestazione dei servizi, la libera circolazione dei capitali e la liberalizzazione dei pagamenti.

³²¹ Causa C-81/87.

A parere di chi scrive, tale scelta fu più politica che giuridica. Risultava evidente, infatti, come rientrasse pienamente nei poteri della CGUE la facoltà (o meglio dire, il dovere) di condannare una simile normativa, ma probabilmente all'epoca i tempi non erano ancora maturi per un intervento così invasivo da parte degli organi europei nelle scelte politico-legislative degli Stati membri.

Successivamente, nella Causa C-9/02, la Corte censurò invece espressamente l'istituto della exit tax, poiché esso avrebbe contrastato con il principio di libertà di stabilimento. Qualche anno dopo è poi tornata sui suoi passi, nella causa C-470/04, ritenendo invece la exit tax coerente con i principi giuridici europei e, in particolare e in modo non casuale, tale conclusione si basava in maniera principale sul principio della corretta ripartizione della potestà impositiva tra Stati. Si può, dunque, concludere che sia tale ultimo principio il presupposto giuridico della norma, con la certezza che solo il suo raggiungimento possa garantire l'effettivo funzionamento del mercato unico.

Qualche anno più tardi arrivò invece la famosa sentenza della causa National Grid Indus BV³²², nella quale vennero sanciti i seguenti principi di Diritto:

1) Una società costituita secondo il diritto di uno Stato membro, che trasferisce in un altro Stato membro la propria sede amministrativa effettiva, senza che tale trasferimento di sede incida sul suo status di società del primo Stato membro, può invocare l'art. 49 TFUE al fine di mettere in discussione la legittimità di un'imposta ad essa applicata dal primo Stato membro in occasione di tale trasferimento di sede.

2) L'art. 49 TFUE dev'essere interpretato nel senso che:

non osta ad una normativa di uno Stato membro, ai sensi della quale l'importo del prelievo sulle plusvalenze latenti relative agli elementi patrimoniali di una società è fissato in via definitiva – senza tener conto delle minusvalenze né delle plusvalenze che possono essere realizzate successivamente – nel momento in cui la società, a causa del trasferimento della propria sede amministrativa

³²² Causa C-371/10

effettiva in un altro Stato membro, cessa di percepire utili tassabili nel primo Stato membro; è irrilevante a tale riguardo che le plusvalenze latenti tassate si riferiscano a profitti sul cambio che non possono essere evidenziati nello Stato membro ospitante, tenuto conto del sistema fiscale in esso vigente; osta ad una normativa di uno Stato membro che impone ad una società che trasferisce in un altro Stato membro la propria sede amministrativa effettiva la riscossione immediata, al momento stesso di tale trasferimento, dell'imposta sulle plusvalenze latenti relative agli elementi patrimoniali di tale società.

Tali regole possono ritenersi ancora oggi validi, ad eccezione della possibilità di sospendere il versamento d'imposta, sulla quale si tornerà successivamente.

3.2.6 Riflessioni critiche sulla ratio della exit tax e sul c.d. “tax deferral”

È bene ora operare alcune riflessioni circa la ratio ispiratrice dell'istituto, dal momento che, come si vedrà anche con riferimento alla CCCTB, tale elemento può spesso giocare un ruolo fondamentale in sede interpretativa e (quindi) applicativa.

Si è analizzato nel paragrafo precedente come la c.d. Exit Tax disciplina un insieme di situazioni tra loro variegate ma riconducibili ad un unico presupposto comune: il trasferimento di ricchezze da parte di un contribuente da uno Stato ad un altro.

Tale possibilità è un diritto fondamentale del contribuente, garantita dalle 4 libertà fondamentali dell'unione europea³²³ o, più nello specifico, dal principio di matrice europea della libertà di stabilimento, disciplinato dal TFUE, artt. 49-55.

In particolare, ciò che rileva per il Legislatore europeo è la corretta allocazione della potestà impositiva tra gli Stati Membri all'interno del mercato unico. Da situazioni di questo tipo, infatti, potrebbe manifestarsi un “intreccio” tra legislazioni di stati diversi e conseguentemente tra potestà impositive diverse,

³²³ la libera circolazione delle merci, la libera circolazione delle persone, la libera prestazione dei servizi, la libera circolazione dei capitali e la liberalizzazione dei pagamenti.

ed è pertanto necessario una regolamentazione del fenomeno al fine di evitare contrasti che potrebbero inevitabilmente condurre ad una doppia (non) imposizione. In particolare, come hanno osservato alcuni autori³²⁴, è importante che le scelte di allocazione dei contribuenti risultino indifferenti ai fini del gettito fiscale complessivo degli stati membri. Altri autori³²⁵ tuttavia hanno interpretato diversamente tale norma, individuandone la ratio fondamentale nel voler “contrastare i fenomeni di erosione delle basi imponibili derivanti dai rapporti tra contribuenti, sia all’interno dell’Unione Europea, sia con Stati terzi”. È certamente innegabile come tale dinamica abbia avuto un peso non indifferente nella riforma in esame, ma come si vedrà nel capitolo successivo con riferimento alla CCCTB la corretta allocazione della potestà impositiva nel mercato unico ha un ruolo decisamente prioritario per il Legislatore Europeo. A supporto di ciò, è sufficiente analizzare anche il Considerando 10 della Direttiva ATAD 1 laddove viene affermato che “L’imposizione in uscita ha la funzione di garantire che quando un contribuente trasferisce attivi o la propria residenza fiscale al di fuori della giurisdizione fiscale di uno Stato, detto Stato assoggetta ad imposta il valore economico di qualsiasi plusvalenza creata nel suo territorio, anche se tale plusvalenza non è ancora stata realizzata al momento dell’uscita”. Ma non solo, in quanto anche nella famosa sentenza *National Grid Indus BV*³²⁶,

³²⁴ Miele, Sura, Bontempo, Fabi, *Bilancio e Reddito d’impresa*, 2020.

³²⁵ Della Rovere, Pecorari, Valente, *Nuova disciplina dell’exit tax: estensione dell’ambito applicativo e richiamo al valore di mercato*, in “il fisco” n. 4 del 2019.

³²⁶ Causa C-371/10. In tale sentenza, la Corte aveva sancito i seguenti principi di diritto:

1. non costituisce ostacolo alla libertà di stabilimento, l’applicazione da parte dello Stato di uscita di un’exit tax sulle plusvalenze latenti degli attivi trasferiti. Le plusvalenze realizzate dopo il trasferimento di sede sono imponibili esclusivamente nello Stato di destinazione;
2. l’importo dell’exit tax va determinato in via definitiva dallo Stato di uscita al momento di trasferimento della residenza, senza tener conto delle plusvalenze e delle minusvalenze realizzate successivamente;
3. non rispetta il principio di proporzionalità la riscossione immediata dell’exit tax da parte dello Stato di uscita. Tale tassazione va differita al momento dell’effettivo realizzo dei plusvalori latenti nello Stato di destinazione. L’imposizione immediata delle plusvalenze latenti, non realizzate, è una misura che è idonea ad ostacolare o, quantomeno, a rendere meno attraente, da parte delle imprese dello Stato di uscita, l’esercizio della libertà di stabilimento;
4. non osta alla libertà di stabilimento e nello stesso tempo rispetta il principio di proporzionalità una normativa nazionale che riconosca alle imprese la possibilità di optare tra la riscossione immediata dell’exit tax e la sua riscossione differita al momento del realizzo dei plusvalori latenti nello Stato di destinazione (cd. tax deferral). In quest’ultimo caso, il rischio di una mancata riscossione, che aumenta con il trascorrere del tempo, potrebbe essere ridotto prevedendo la costituzione di garanzie a favore dello Stato.

la CGUE è arrivata alle medesima conclusione, risultando dunque pacifico la prevalenza di tale principio su tutti gli altri scopi della misura in esame.

Risulta strettamente connesso all'analisi appena compiuta circa la ratio della exit tax anche uno degli aspetti da sempre più controversi della norma in esame, riguardante la possibilità di sospendere il versamento del pagamento dell'imposta fino al momento del loro effettivo realizzo. Tale meccanismo non era previsto dalla norma italiana originaria, e il legislatore è stato costretto ad intervenire in seguito alla già citata sentenza resa nel caso *National Grid Ingus BV* dove la CGUE si esprime nel senso di rendere obbligatorio tale meccanismo. Infatti, si legge nella sentenza, se da una parte è ammissibile una restrizione della libertà fondamentale di stabilimento alla luce della corretta divisione della potestà impositiva degli stati membri, tale restrizione non poteva spingersi al punto di imporre una riscossione immediata dell'imposta. Tuttavia, come si è visto, ad oggi tale disposizione è stata superata dalla direttiva ATAD e non è più possibile sospendere il versamento dell'imposta. A parere di scrive, tale cambio di rotta è condivisibile. In caso di prelievo successivo, infatti, vi sarebbero rischi non indifferenti di modifiche della base imponibile, come ad esempio svalutazioni successive di determinati asset societari. Inoltre, risulterebbe complessa per il vecchio Stato di residenza (o in alternativa per il nuovo, a seconda degli accordi presi tra le amministrazioni finanziarie) vigilare su quei determinati beni al fine di poterne verificare l'effettivo valore nel tempo. A conferma di ciò, è da segnalare anche una recente decisione della CGUE del 2011³²⁷, in cui la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha affermato il principio per cui l'art. 49 TFUE non osta ad una normativa di uno Stato Membro per cui, in seguito al trasferimento della sede amministrativa effettiva di una società da uno Stato membro ad un altro, l'ammontare delle plusvalenze latenti relative agli elementi patrimoniali è determinato in via definitiva all'atto del

³²⁷ Causa C-371/10.

trasferimento, allorquando la società cessa di percepire utili imponibili nello Stato di origine.

A prescindere dalle scelte spesso mutevoli del legislatore, a parere di chi scrive la soluzione a questo dilemma andrebbe ricercata risalendo alla ratio della norma.

Infatti, laddove si aderisse ad una ricostruzione dottrinale che qualifichi tale istituto come antielusivo, allora probabilmente sarebbe congruo concedere effettivamente la sospensione del versamento. In quel caso, infatti, risulterebbe eccessivamente gravoso richiedere un pagamento immediato e sarebbe sufficiente da parte delle amministrazioni finanziarie predisporre adeguati strumenti di controllo al fine di verificare l'effettivo valore dei beni nel corso del tempo.

Tuttavia, come si è osservato in precedenza, molteplici elementi, giuridici e fattuali, fanno propendere per la differente soluzione per cui la ratio ispiratrice della norma risieda effettivamente nella corretta divisione della potestà impositiva degli Stati. In questo caso, dunque, si può affermare che obbiettivo prioritario della norma sia garantire la tassazione di determinati asset e valori societari nello Stato dove essi si siano generati e siano maturati. Dunque, consentire la possibilità che essi siano successivamente modificati da eventi economici o fattuali che “fisiologicamente” modificano tali valori risulterebbe contrario alla ratio della norma e, pertanto, è da ritenere condivisibile tale scelta di politica legislativa.

Altri autori³²⁸ hanno invece sollevato dubbi circa la compatibilità di una simile previsione con il principio di capacità contributiva. In effetti, ad un primo approccio si potrebbe osservare che il semplice spostamento di residenza non sia di per sé un indice di capacità contributiva. Tuttavia, a parere di chi scrive, tale tesi non è da condividere. Essa, infatti, sarebbe condivisibile solo laddove ad essere tassato fosse stato l'intero patrimonio trasferito, inteso oggettivamente e nel suo complesso. Ma come si è visto, ad assumere rilevanza fiscale è soltanto

³²⁸ In tal senso, Pellecchia M., *Rivista di Diritto tributario (supplemento online)*, 2020.

la plusvalenza, intesa come differenza tra il valore di mercato e il costo fiscalmente riconosciuto delle attività e passività che fuoriescono dal regime d'impresa, intendendosi per "valore di mercato" il prezzo che sarebbe stato pattuito tra soggetti indipendenti operanti in condizioni di libera concorrenza. Dunque, la capacità contributiva è da collegare non tanto allo spostamento di valori in quanto tale, ma piuttosto al momento di realizzazione di quei valori che emergono dal calcolo operato ai fini dell'individuazione della plusvalenza da tassare.

3.2.7 Considerazioni critiche sul coordinamento tra la exit tax e il regime PEX: il principio di diritto n. 10 dell'Agenzia delle Entrate dell'11 maggio 2021 e la circolare Assonime n. 16/2021

Analizzato il regime della exit tax, è bene ora porre l'attenzione su un'altra criticità della disciplina in esame, oggetto di un vivace dibattito anche in tempi recenti e culminato, dapprima, nel principio di diritto n. 10 emanato dall'Agenzia delle Entrate l'11 maggio 2021 e, successivamente, nella circolare n. 16 pubblicata da Assonime il 25 maggio 2021. Si tratta del coordinamento tra il regime dell'exit tax e quello della Participation exemption (PEX) in situazioni in cui oggetto di delocalizzazione all'estero sia un compendio aziendale costituito (anche o prevalentemente) da partecipazioni. Il regime PEX, disciplinato dall'art. 87 TUIR, prevede l'esclusione dai ricavi soggetti a tassazione IRES delle plusvalenze relative a determinate azioni o quote di partecipazioni, in presenza di determinati requisiti. Questi ultimi sono individuati dalla norma citata, e sono:

- a) ininterrotto possesso dal primo giorno del dodicesimo mese precedente quello dell'avvenuta cessione considerando cedute per prime le azioni o quote acquisite in data più recente;
- b) classificazione nella categoria delle immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso;

c) residenza fiscale o localizzazione dell'impresa o ente partecipato in Stati o territori diversi da quelli presenti nelle c.d. black list;

d) esercizio da parte della società partecipata di un'impresa commerciale.

Dunque, come si è visto nei paragrafi precedenti, il trasferimento all'estero di un'impresa residente in Italia determina, da un punto di vista fiscale, il realizzo dei valori latenti a livello aziendale e, di conseguenza, la loro immediata tassazione. I motivi di questa scelta e le ragioni di politica legislativa su cui essa si fonda sono stati già affrontati nei paragrafi precedenti e pertanto ad essi si rimanda. Tuttavia, se si è già analizzato il concetto di plusvalenza e quello di "valore di mercato", è bene ora soffermarsi sul concetto di "azienda", dal momento che per rispondere al quesito posto poc'anzi è necessaria individuarne l'esatta portata oggettiva, e la dottrina è storicamente divisa in merito a tale aspetto.

Dal punto di vista codicistico, l'art. di riferimento è l'art. 2555 c.c., il quale definisce l'azienda come "il complesso dei beni organizzato dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa". Dunque, come osservato da alcuni autori³²⁹, essa rappresenta un organismo di diritto separato e autonomo dalla persona dell'imprenditore e oggetto di libero scambio nel mercato. Dal punto di vista dottrinale, ci sono invece due correnti di pensiero circa l'esatta natura oggettiva dell'azienda: la c.d. "concezione unitaria" dell'azienda, e la c.d. "concezione atomistica".

Secondo la prima concezione³³⁰, l'azienda può e deve essere considerata come un unico "bene", il quale sia distinto e al di sopra dei singoli beni che la compongono. Tale concezione, come osserva altra dottrina³³¹, presenterebbe alcune criticità alla luce della considerazione che, per talune categorie di beni, sono previste regole ad hoc per le quali è impossibile non trattarli in modo separato dall'azienda nel suo complesso. A conferma di ciò, si pensi all'art.

³²⁹ In tal senso, Buonocore, *Manuale di diritto commerciale*, 2005.

³³⁰ In tal senso, F. Ferrara, *La teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, 1945.

³³¹ Russo, *Holding: trasferimento di sede all'estero e difficile coordinamento con la pex*, in "Bilancio e reddito d'impresa" n. 6 del 2017.

2556 c.c. il quale, al comma 1, nel disciplinare il trasferimento d'azienda, prevede che sia "salva l'osservanza delle forme stabilite dalla legge per il trasferimento dei singoli beni che compongono l'azienda". Dall'altra parte, invece, c'è la c.d. concezione atomistica dell'azienda, dove quest'ultima è considerata come l'insieme di una pluralità di beni giuridici, ciascuno dei quali, però, non perde la sua distinta valenza oggettiva, declassando in questo modo l'unificazione operata dall'art. 2555 c.c. a una mera operazione formale.

Ebbene, l'amministrazione finanziaria ha dimostrato, negli ultimi anni, di aderire alla c.d. concezione unitaria dell'azienda. Già nel 1997 il Ministero delle Finanze, nella circolare 19 dicembre 1997, n. 320/E, si esprimeva nel senso che "l'azienda deve intendersi quale *universitas* dei beni materiali, immateriali e dei rapporti giuridico-economici suscettibili di consentire l'esercizio dell'attività di impresa". Successivamente, con la circolare n. 6/E del 13 febbraio 2006, al paragrafo 5.2, l'Agenzia delle Entrate si esprimeva con riferimento specifico ai casi di realizzazione dei valori compresi nel c.d. compendio azienda, comprensivo anche di partecipazioni, stabilendo che: "Il corrispettivo percepito per la cessione costituisce un valore riferito all'azienda intesa come unitario complesso di beni da cui origina una plusvalenza che non si può identificare con quella relativa alla cessione delle partecipazioni che ne fanno parte. Ne consegue che, così come concorrono alla determinazione dell'unica plusvalenza i beni merce (...) allo stesso modo anche l'eventuale plusvalenza relativa alle partecipazioni che si qualificano per l'esenzione ai sensi dell'articolo 87 del TUIR non può essere estrapolata, ma concorrerà a determinare la componente straordinaria di reddito riferibile all'intero complesso aziendale e sarà assoggettata a tassazione secondo le ordinarie regole previste dall'articolo 86 del TUIR".

Date queste premesse, l'Agenzia delle Entrate è recentemente intervenuta nuovamente sull'argomento, attraverso il già citato principio di diritto n. 10, emanato dall'Agenzia delle Entrate l'11 maggio 2021. All'interno di quest'ultimo, dopo aver richiamato e confermato le conclusioni di diritto

precedentemente raggiunte in altri provvedimenti e qui appena descritte, ha compiuto un'ulteriore operazione ermeneutica equiparando (ai fini fiscali) la plusvalenza generata dalla cessione di un bene ad un qualsiasi fattispecie realizzativa, incluso il trasferimento all'estero di un'impresa commerciale e delle altre fattispecie ad esse assimilate avente oggetto l'azienda o un ramo di essa. A conferma di ciò, sono stati richiamati due dati testuali. In primo luogo, nel nuovo art. 166 TUIR, in seguito alle modifiche apportate dal decreto legislativo 29 novembre 2018, n. 142, emanato in attuazione della direttiva ATAD, si impone in relazione alla plusvalenza che assume rilievo ai fini dell'imposta che essa sia "unitariamente determinata", in base ai criteri già descritti nel paragrafo precedente. Inoltre, l'Agenzia ha richiamato la relazione illustrativa del D.M. 2 luglio 2014, laddove si fa riferimento alla plusvalenza "unitariamente intesa", e specifica che tale locuzione è da intendersi "non solo in termini di quantificazione della stessa come differenza tra il valore complessivo dei beni ed il costo fiscale complessivo dei medesimi, ma anche quale richiamo alla sostanziale unitarietà dell'oggetto del trasferimento che non consente una valorizzazione atomistica delle componenti dell'azienda, ancorché prevalenti". Dunque, alla luce di tali considerazioni, l'Agenzia delle Entrate ha concluso nel senso che "qualora oggetto di delocalizzazione all'estero sia un compendio aziendale, anche se costituito prevalentemente da partecipazioni, per le ragioni di coerenza sistematica esaminate in precedenza, valorizzate dalla Circolare n. 6/E del 2006 come principio di carattere generale, il regime PEX astrattamente applicabile alle partecipazioni ricomprese nel suddetto compendio non trova applicazione".

Poco dopo tale intervento dell'Agenzia delle Entrate, è intervenuta sul tema anche Assonime, con la già citata circolare n. 16/2021. In quest'ultima, sono state criticate le conclusioni fin'ora analizzate. Dapprima, si è evidenziato che la ratio dell'istituto della PEX sia di evitare la doppia imposizione degli utili prodotti dalla società partecipata. Pertanto, tale insieme di regole dovrebbe operare non solo con riferimento alla cessione isolata di una partecipazione ma

anche con riferimento alla cessione combinata di una partecipazione e di un compendio aziendale. Infatti, se lo scopo della PEX è quello di assoggettare una sola volta il reddito riconducibile alla partecipazione, le eventuali vicende relative alla riallocazione successiva della partecipazione stessa dovrebbero essere irrilevanti ai fini tributari. Alla luce di tali considerazioni, Assonime ha concluso che il principio di unitarietà della plusvalenza, e di conseguenza anche quello di unitarietà del relativo compendio aziendale, dovrebbero cedere il passo in caso di partecipazioni rientranti nel compendio alla luce di una più generale coerenza del sistema impositivo. Dunque, sembrerebbe potersi evincere che Assonime condivide, al pari dell' Agenzia delle entrate, la visione unitaria del compendio aziendale, ma ciò nonostante ritiene che tale principio ceda il passo in una situazione come quella in esame.

A parere di chi scrive, la soluzione a questo quesito è da ricollegare ad una terza e ulteriore concezione dell'azienda, che è definita da alcuni autori³³² come la c.d. "posizione intermedia", e che è probabilmente la più idonea a descrivere la realtà fattuale ed economica della quesitone in esame. Secondo tale concezione, il rapporto che si instaura tra i singoli beni che costituiscono l'azienda, di carattere complementare, produce due effetti di natura economica molto rilevanti. In primo luogo, genera ricchezza: tramite l'esercizio dell'attività di impresa, infatti, viene generato nuovo valore economico che nessuno dei singoli beni che costituiscono l'azienda potrebbe generare in via autonoma. Ma c'è di più: se operassimo una proporzione tra l'apporto che il singolo bene offre nella produzione della citata nuova ricchezza e il valore del singolo bene, vedremmo che il primo è maggiore del secondo. E questo ci porta al secondo effetto economico: il citato rapporto che si instaura tra i singoli beni consente a ciascuno di essi di aumentare il proprio valore, proprio alla luce del fatto che essi sono inseriti in questo modo in un meccanismo aziendale che ne fortifica e valorizza l'autonoma rilevanza economica. E da tale ultimo assunto, si può

³³²Russo, Holding: trasferimento di sede all'estero e difficile coordinamento con la pex, in "Bilancio e reddito d'impresa" n. 6 del 2017.

dunque intuire che tale “surplus” economico sarà valido e concreto solo finché tale bene continuerà a permanere nel complesso aziendale, con la conseguenza che laddove esso fosse rimosso o spostato altrove tornerebbe ad assumere il suo originale (e dunque, inferiore) valore.

Addirittura, secondo parte della dottrina³³³, tale surplus potrebbe emergere non solo in senso attuale, ma anche semplicemente prospettico, ipotizzando di avere (da un punto di vista concettuale) un’azienda anche se il complesso organizzato non è ancora “in esercizio”, ossia non si sono istaurati rapporti con la clientela. A parere di chi scrive, di tali ultime considerazioni non si può non tener conto da un punto di vista fiscale e nella scelta, dunque, delle modalità di tassazione più idonee.

In tal senso, è interessante riprendere un passaggio della già citata circolare n. 16/2021 di Assonime, laddove si è subordinata la validità delle conclusioni sopra descritte, in merito all’applicabilità del regime in PEX in caso di cessione mista di partecipazioni inserite in un compendio aziendale, alla circostanza che: “ (...) la plusvalenza relativa alla partecipazione sia oggettivamente determinabile (...)”. Da tale ultima locuzione probabilmente si può evincere che gli autori della citata circolare non risultano così avulsi dalle considerazioni svolte poc’anzi, e che dunque vi sia una consapevolezza di fondo circa la difficoltà di riuscire a distinguere il valore del singolo bene da quello del complesso aziendale, specialmente laddove il primo sia inserito e legato in maniera profonda al secondo.

Una critica che ci si potrebbe aspettare verso quanto appena detto potrebbe riguardare la validità delle conclusioni a cui si è giunti rispetto alla profonda differenza che vi è tra i beni intesi nel senso classico del termine, come res materiale, il cui apporto nell’attività di impresa è fisicamente tangibile e matematicamente calcolabile, e le partecipazioni, quale bene immateriale. Tuttavia, a parere di chi scrive, tali critiche non coglierebbero nel segno, e non terrebbero conto di alcune complesse dinamiche del diritto societario. Si dia il

³³³ Buonocore, Manuale di diritto commerciale, 2005.

caso in cui la società Alfa possieda il 60% delle partecipazioni di Beta. È intuibile come laddove la società Alfa decidesse di vendere l'intero insieme di partecipazioni, piuttosto che una parte di essa, il valore delle singole partecipazioni sarebbe maggiore alla luce, ad esempio, dei poteri in sede assembleare che il possesso congiunto di ciascuna di esse potrebbe fornire.

Dunque, è da ritenere che sia il già citato rapporto che si instaura tra i singoli beni dell'azienda e il conseguente maggior valore creato il vero ostacolo che rende non condivisibili le conclusioni a cui è giunta Assonime. Anche perché tale rapporto potrebbe crearsi anche tra beni diversi, ossia tra beni materiali e immateriali. Dunque, anche laddove si riuscisse, come auspicato da Assonime, a “determinare oggettivamente la plusvalenza relativa alla partecipazione”, tale operazione non sarebbe comunque sufficiente a isolare il valore della singola partecipazione rispetto al valore del complesso aziendale, né a determinarne l'oggettivo aumento di valore rispetto ad un eventuale calcolo da operare sul bene considerato “singolarmente”.

Inoltre, a parere di chi scrive, c'è un'altra circostanza che assume rilevanza nel dibattito di cui trattasi e di cui l'Agenzia delle Entrate non ha tenuto conto, ossia la distinzione tra Holding “dinamica” e holding “statica”.

Le Holding “dinamiche”, oltre alla mera detenzione delle partecipazioni, svolge anche un'attività di intervento nella vita delle società controllate. Inoltre, come osservato anche da Assonime³³⁴, si distingue anche tra Holding di gestione “pura” e holding di gestione “operativa”, in quanto quest'ultime svolgono attività di tipo ausiliare. Al contrario, la c.d. holding statica svolge un'attività di mera detenzione, senza intervenire in alcun modo nell'attività delle controllate, e la CGUE ha escluso più volte³³⁵ che in questi casi sia configurabile l'esercizio di un'attività economica.

Ebbene: nel caso della Holding dinamica, dovrebbe risultare applicabile l'art. 166 TUIR. Nel secondo caso, invece, come evidenziato anche da parte della

³³⁴ Assonime, circolare n. 67 del 31 ottobre 2007.

³³⁵ In tal senso, si veda Causa C-222/04.

dottrina³³⁶, dal momento che non è configurabile un'attività economica non dovrebbe essere nemmeno ipotizzabile l'esistenza di un complesso aziendale. Dunque, in caso di trasferimento all'estero, non risulterà applicabile la exit tax, e dunque l'art. 166 TUIR, ma piuttosto dovrà applicarsi la disciplina fiscale prevista per ciascun singolo bene rientrante nella holding statica. Di conseguenza, risulterà applicabile il regime PEX in presenza dei requisiti previsti dalla relativa norma.

Per concludere l'analisi fin qui svolta, si vuole qui riportare una considerazione di chi scrive. Forse già altri autori avranno trattato l'argomento, ma non avendone trovato traccia nel lavoro di ricerca che precede la stesura del presente elaborato, ci si limiterà ad un'analisi personale e non comparatistica.

Come si è visto in precedenza, se da una parte la ratio della norma è riconducibile ad una corretta ripartizione della potestà impositiva tra Stati, dall'altra il suo obiettivo è garantire la concreta tassazione di determinati asset e valori societari nello Stato dove essi si siano generati e siano maturati. A tal fine, ad essere tassato non è il singolo valore di un bene ma la plusvalenza generata in base alle operazioni matematiche descritte in precedenza.

Poniamo ora l'attenzione sulle partecipazioni societarie. Come ci insegna il diritto societario, esse sono porzioni di capitale sociale detenuti da determinati soggetti, la cui disciplina dipende in gran parte dal tipo di società cui esse si riferiscono.

Dunque, il valore di tali partecipazioni è strettamente connesso alla vita economica di una certa società, ed esso crescerà o diminuirà nel tempo a seconda degli eventi economico-giuridici che si susseguiranno nella sfera giuridica di tale società.

Poniamo ora il caso che una società Alfa detenga tramite una holding partecipazioni in una società Beta, residente in un secondo stato, e che decida di spostarla in un terzo stato. Ai fini del calcolo della plusvalenza, bisognerà

³³⁶ Russo, Holding: trasferimento di sede all'estero e difficile coordinamento con la pex, in "Bilancio e reddito d'impresa" n. 6 del 2017.

valutare se, rispetto al momento dell'acquisto, le partecipazioni detenute dalla holding avranno aumentato il loro valore. Ma se ciò è avvenuto, significa che la società Beta avrà aumentato il proprio capitale sociale, generando valore all'interno del suo Stato di residenza³³⁷. Dunque, applicando le regole della exit tax, nell'ambito dell'operazione di trasferimento di tali partecipazioni nel terzo stato ad opera di Alfa, questo valore aggiuntivo andrebbe tassato nello stato di origine di Alfa. Tuttavia, se è vero che l'obiettivo della exit tax è garantire la concreta tassazione di determinati asset e valori societari nello Stato dove essi si siano generati e siano maturati, allora essi non dovrebbero essere tassati nello stato di origine di Alfa, ma nello stato di Beta, dal momento che è proprio attraverso l'attività di impresa svolta da Beta nei suoi confini nazionali che essi si sono generati.

Una via d'uscita da tale criticità ermeneutica potrebbe essere rappresentata dalla volontà di attribuire rilevanza fiscale alle capacità imprenditoriali di Alfa la quale, investendo su Beta, ha di fatto intuito quali partecipazioni gli avrebbero garantito una futura plusvalenza. Tuttavia, a generare tale valore aggiuntivo non sarebbe comunque stata l'intuizione (antecedente sia da un punto di vista cronologico che fattuale) di investire su Beta, bensì gli eventi che successivamente e concretamente hanno di fatto generato la plusvalenza.

In conclusione, a parere di chi scrive ciò che forse potrebbe risolvere tale criticità potrebbe essere la differenza evidenziata in precedenza tra holding dinamica e holding statica, sottolineando come nel primo caso sarebbero state le scelte gestorie e imprenditoriali relative a Beta compiute da Alfa nel suo stato di residenza a generare ricchezza nello stato di Beta, e di conseguenza potrebbe affermarsi che la ricchezza sia stata generata nello da Alfa all'interno del suo stato di residenza. Nel secondo caso, invece, ai fini fiscali, si dovrà necessariamente attribuire rilevanza fiscale alla già citata intuizione imprenditoriale di Alfa anche se tale conclusione presenta, a parere di chi scrive, qualche criticità.

³³⁷ Nell'esempio, al fine di semplificare si considererà Beta come una società ad attività puramente domestica.

3.2.8 Le altre misure ATAD

La terza misura di cui si occupa la Direttiva è la c.d. GAAR³³⁸. È da evidenziare che una simile previsione era già emersa con riferimento a specifiche misure, quali la Direttiva Madre Figlia o la Direttiva sulle fusioni, ma qui per la prima volta viene inserita con riferimento alla tassazione sulle società nel suo complesso³³⁹. Tale disposizione prescrive agli stati membri di disapplicare una o più disposizione laddove, con riferimento a una determinata operazione, emerga che essa “è 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”³⁴⁰.

È lampante, in questa disposizione, il collegamento con la copiosa giurisprudenza della CGUE sull'argomento, confermato anche dall'”Explanatory Memorandum” della prima proposta ATAD³⁴¹. A tale ultimo fine, si segnala anche una recentissima sentenza della Corte di Giustizia, causa C-115/16, laddove è stata affermata l'esistenza di un principio generale di divieto di pratiche abusive anche nel settore delle imposte dirette, seppur queste ultime non siano completamente armonizzate a livello europeo.

Ai fini della GAAR, bisogna operare un test in due fasi. In primo luogo, con riferimento all'aspetto soggettivo, bisognerà valutare se l'intenzione di contribuente era quello di costituire un'operazione al solo fine di ottenere un vantaggio fiscale. Successivamente, dal punto di vista oggettivo, bisognerà valutare invece se le ragioni economiche sottese ad una determinata operazione rispecchino la realtà economica. A tal fine è bene citare un'importante sentenza della CGUE, Cadbury Schweppes, laddove si è affermato, con riferimento al divieto di abuso del diritto in ambito europeo, che un accordo riflette la "realtà

³³⁸ General Anti Avoidance Rule.

³³⁹ “Introduction to European Tax Law on Direct Taxation”, Lang Pistone, Sixth Edition, 2020.

³⁴⁰ Art. 6 ATAD.

³⁴¹ COM (2016) 26 della Commissione.

economica" se mira a svolgere una "vera" attività economica. Tuttavia, si segnalano alcune differenze applicative con riferimento a tale principio, laddove la CGUE per stabilire il carattere fittizio di una determinata operazione economica a volte faceva riferimento al suo "unico scopo"³⁴², altre volte allo "scopo principale"³⁴³ ed altre allo "scopo essenziale"³⁴⁴, anche se è da sottolineare che non sempre è agevole in concreto riuscire a risalire alle corrette dinamiche di una certa operazione economica.

La quarta fattispecie disciplinata dalla Direttiva ATAD è quella delle CFC, decisamente rilevante per i gruppi societari con società controllate all'estero. La ratio dell'istituto e le basi giuridico-fattuali su cui si fonda sono già state trattate nel precedente capitolo e si rimanda a quest'ultimo. È bene evidenziare che, ai fini della Direttiva, per poter applicare le normativa CFC devono essere soddisfatte due condizioni previste dal paragrafo 1 dell'art. 7³⁴⁵, ed anche in questo caso il reddito è attribuito al contribuente in maniera proporzionale alla partecipazione detenuta e in ogni caso la norma è disapplicata se la società controllata estera svolge un'attività economica sostanziale sostenuta da personale e attrezzature locali³⁴⁶.

Ai fini del calcolo del reddito della controllata, si applicheranno le disposizioni di cui all' art. 8 della Direttiva ATAD, tra cui è sicuramente rilevante la previsione per cui tali redditi sono calcolati in conformità delle norme della legge sull'imposta societaria dello Stato membro in cui il contribuente è residente a fini fiscali o è situato.

³⁴² Causa C-14/16.

³⁴³ C-425/06.

³⁴⁴ C-255/02.

³⁴⁵ nel caso di un'entità, il contribuente, da solo o insieme alle sue imprese associate, detiene una partecipazione diretta o indiretta di oltre il 50 per cento dei diritti di voto o possiede direttamente o indirettamente oltre il 50 per cento del capitale o ha il diritto di ricevere oltre il 50 per cento degli utili di tale entità; e b) l'imposta sulle società realmente versata sui suoi utili dall'entità o dalla stabile organizzazione è inferiore alla differenza tra l'imposta sulle società che sarebbe stata applicata all'entità o alla stabile organizzazione nell'ambito del sistema di imposizione delle società vigente nello Stato membro del contribuente e l'imposta sulle società realmente versata sui suoi utili dall'entità o dalla stabile organizzazione.

³⁴⁶ Se la società controllata estera è residente o situata in un paese terzo che non è parte contraente dell'accordo SEE, gli Stati membri possono decidere di astenersi dall'applicazione di tale previsione.

Infine, vi è la disposizione sui disallineamenti ibridi. Tale fenomeno è dovuto alla presenza nel mercato unico europeo di sistemi legislativi fiscali differenti dei vari stati membri, e tali differenze spesso portano ad una diversa caratterizzazione di taluni “strumenti” in situazioni transfrontaliere con possibili fenomeni di elusione e l’ottenimento di indebiti vantaggi fiscali³⁴⁷. In particolare tale fenomeno si concretizza nella diversa qualificazione del medesimo pagamento, entità, strumento finanziario o stabile organizzazione in differenti sistemi fiscali. Le principali e più ricorrenti fattispecie sono quelle in cui vi sia una doppia deduzione, come nel caso in cui un medesimo componente negativo di reddito sia soggetto a deduzione fiscale in due differenti Paesi membri o vi sia una deduzione di un determinato elemento negativo di reddito senza una corrispondente inclusione del relativo componente positivo nell’altro stato membro. In ogni caso, la casistica inerente tale fenomeno risulta spesso molto articolata e complessa, e non è oggetto di questa trattazione. È importante tuttavia evidenziare come la Direttiva ATAD risolva tali disallineamenti in due modi, applicando in caso di doppia deduzione il rimedio per cui la deduzione si applica unicamente nello Stato membro in cui detto pagamento ha origine, mentre nel caso di deduzione senza relativa inclusione, lo Stato membro del contribuente dovrà negare la deduzione di detto pagamento.

Infine, è utile fare un cenno in merito al recepimento di tale Direttiva ad opera degli Stati membri. Esso sarebbe dovuto avvenire entro il 31 dicembre 2018, anche se alcune misure sono state successivamente differite³⁴⁸. In linea generale, la CGUE ha più volte ribadito³⁴⁹ che una Direttiva non può essere direttamente utilizzata contro un privato o portare a quest’ultimo effetti sfavorevoli laddove non recepita, mentre al contrario il privato potrebbe avvantaggiarsi delle disposizioni di una Direttiva anche laddove non recepita³⁵⁰.

³⁴⁷ Cristiana Fiorelli, www.europeiunite.eu, “il consiglio approva la clausola antiabuso per i gruppi societari” .

³⁴⁸ Ad esempio, il termine per il recepimento della exit tax è stato differito al 31 dicembre 2019 mentre quello per le disuguaglianze ibride è stato esteso al 31 dicembre 2019, quello per l’ATAD 2 al 2020.

³⁴⁹ Si veda, ad esempio, da ultimo la sentenza resa nella causa C-605/15.

³⁵⁰ Anche se tale “vantaggio” non può essere ottenuto con finalità fraudolente, come chiarito nella causa causa C-196/04, Cadbury Schweppes.

Questo principio è determinante nel caso della Direttiva ATAD poiché la gran parte delle disposizioni sono sfavorevoli ai contribuenti e non potranno essere utilizzate dall'amministrazione finanziarie per contestare condotte fraudolente finché non saranno recepite.

Da ultimo, è intervenuta la Direttiva 2017/952 del Consiglio del 29 maggio 2017 ,c.d. "ATAD 2", che modificato la Direttiva ATAD con riferimento ai Disallineamenti da ibridi. Tra le novità introdotte, si segnala l'estensione della normativa relativa alle situazioni di disallineamenti ai paesi terzi, estendendo tale disciplina anche alle stabili organizzazioni di entità residenti in paesi terzi, e l'inclusione, ai fini della disciplina sui disallineamenti, nella definizione di "impresa associata" delle situazioni in cui "un'entità faccia parte del medesimo gruppo consolidato del contribuente, sia un'impresa nella quale il contribuente eserciti un'influenza significativa sulla gestione o un'impresa che eserciti un'influenza significativa sulla gestione del contribuente"³⁵¹.

3.3 Parent-Subsidiary Directive

3.3.1 Introduzione

La Direttiva³⁵² 2011/96/UE del Consiglio del 30 novembre 2011 è dedicata espressamente ai gruppi di società, in particolare ai gruppi di società multinazionali che comprendono soggetti appartenenti a stati membri diversi. Nello specifico, si occupa di disciplinare il fenomeno della distribuzione transfrontaliera di dividendi, in occasione del quale si può assistere ad una doppia non imposizione, derivante dalla combinazione dell'esenzione dei dividendi operante nello stato membro della società Madre e della deducibilità dei medesimi dividendi nello stato membro della controllata o una doppia imposizione, derivante dalla tassazione ad opera di entrambi gli stati membri della capogruppo e della controllata. Storicamente, il problema della doppia

³⁵¹ Art. 1, paragrafo 2, lett. c, Direttiva ATAD 2.

³⁵² C.d. Direttiva Madre.Figlia.

imposizione può presentarsi sotto una duplice forma: la c.d. doppia imposizione giuridica, laddove si verifica la tassazione dello stesso “evento” a carico di uno stesso soggetto, in questo caso la percezione del dividendo, oppure la c.d. doppia imposizione economica, laddove lo stesso utile viene ad essere tassato presso due soggetti diversi. Tale obiettivo si rende necessario al fine di “creare nell’Unione condizioni analoghe a quelle di un mercato interno e per assicurare così il buon funzionamento del mercato interno”³⁵³, in quanto evitare fenomeni di doppia (non)imposizione è un presupposto fondamentale ai fini di tale risultato. Tale problema è avvertito anche a livello di politiche fiscali extra-UE, laddove esso è risolto tramite le c.d. convenzioni contro le doppie imposizioni. In ogni caso, tale Direttiva del 2011 è il risultato di un processo normativo cominciato con una prima proposta nel 1969, con la quale si mirava ad agevolare il funzionamento dei gruppi tra società di stati diversi tramite l’armonizzazione della disciplina in merito alla tassazione dei dividendi tra società madri e società figlie³⁵⁴. Tuttavia, per una prima bozza di proposta culminata in un vero e proprio atto normativo si è dovuto attendere il 1990 con la Direttiva 90/435/CEE del Consiglio, del 23 luglio 1990, relativa al regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi. Tale atto finale si discostava dalla proposta iniziale per due motivi. Anzitutto, il progetto di proposta del 1969 prevedeva esclusivamente il metodo di esenzione mentre la versione finale della Direttiva lasciava agli Stati membri la libertà di decidere tra l’esenzione e il metodo del credito indiretto al fine di evitare la doppia imposizione. In secondo luogo, la versione finale della Direttiva non conteneva alcuna opzione per la società Madre di consolidare gli utili della controllata estera, al fine di rendere tale società comparabile a una stabile organizzazione estera³⁵⁵. In ogni caso, come si legge anche al considerando 6 della Direttiva, tale intervento si era reso necessario in quanto le varie disposizioni nazionali che disciplinavano le relazioni tra società madri e figlie

³⁵³ Considerando 4 della Direttiva.

³⁵⁴ Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini, Anna Sfondrini, 2004, "Manuale di fiscalità Internazionale", IPSOA.

³⁵⁵ "Introduction to European Tax Law on Direct Taxation", Lang Pistone, Sixth Edition.

variavano sensibilmente ed erano in generale meno favorevoli rispetto alle relative disposizioni nazionali, rendendo così meno conveniente operare con strutture a carattere transfrontaliero. Successivamente, sono intervenute poi diverse modifiche volte ad adeguare la normativa vigente ai mutamenti economici e ad alla copiosa giurisprudenza della CGUE³⁵⁶. La prima modifica si è avuta nel 2003 con la Direttiva 2003/123/CE, auspicata già a partire dal 2001 con la comunicazione della Commissione intitolata “Tassazione delle società nel mercato interno”³⁵⁷. Le principali novità introdotte riguardavano l’estensione del campo di applicazione della Direttiva alle stabili organizzazioni, la graduale riduzione al 10% (inizialmente prevista al 20% nella proposta originaria)³⁵⁸ della soglia minima di partecipazione, il trattamento dei profitti derivanti da società controllate che sono considerate trasparenti ai fini fiscali nello Stato del genitore e l’abolizione dei regimi transitori e speciali. Proprio alla luce di tali numerose modifiche si è avvertita l’ esigenza di giungere ad una rifusione, avvenuta, poi, con l’attuale testo del 2011, il quale è stato infine ulteriormente modificato dalla Direttiva 2014/86 / UE del Consiglio dell'8 luglio 2014 e dalla Direttiva 2015/121 del Consiglio del 27 gennaio 2015 che hanno modificato rispettivamente i paragrafi 4³⁵⁹ e 1 e 2 della Direttiva, introducendo la c.d. “clausola anti abuso”, la quale da gran parte della dottrina³⁶⁰ è ritenuta coerente con i principi sanciti dalla CGUE nella famosa sentenza Cadbury Schweppes. Tale ultimo intervento³⁶¹ si è reso necessario a causa dei c.d. piani fiscali aggressivi adottati dalle multinazionali al fine di sfruttare a loro vantaggio le disposizioni delle Direttive, grazie anche ai c.d. strumenti ibridi³⁶². Questi ultimi, infatti, permettevano (e in certi casi, permettono) con riferimento

³⁵⁶ Sul ruolo della CGUE in ambito normativo si rimanda al paragrafo precedente.

³⁵⁷ COM (2001) 582.

³⁵⁸ Maurizio Lauri, Fabio Lonardo, 1990, "Problematiche fiscali del Mercato Unico Europeo", Cerardi.

³⁵⁹ In particolare, la modifica dell’art. 4 si era necessaria anche a seguito della decisione della Corte di giustizia del 6 maggio 2008 in merito alla causa C-133/06.

³⁶⁰ Rossi L., Fical G., “Modifiche antielusive alla Direttiva Madre Figlia”, Corriere Tributario, n. 22, 2015.

³⁶¹ Tale intervento risulta, tra l’ altro, coerente con la raccomandazione n. 2 dell’Action 2 del progetto BEPS.

³⁶² Cipollina S., “I redditi nomadi delle società multinazionali nell’economia globalizzata”, Rivista di Diritto Finanziario e Scienze delle Finanze, n. 1, Giuffrè, 2014.

al alcuni tipi di finanziamenti di operare una deduzione nello Stato membro della società Figlia, sulla base della legislazione fiscale di quello Stato, e contemporaneamente esentare da tassazione nello stato membro della società Madre, sulla base della legislazione fiscale dello Stato in cui quest'ultima aveva la sede.³⁶³

3.3.2 Ambito soggettivo

L'art. 2 della Direttiva chiarisce l'ambito soggettivo della norma, stabilendo che con l'espressione "società di uno stato membro" ci si riferisce a quelle società le quali, cumulativamente, soddisfino i seguenti requisiti: (i) assumono una delle forme elencate nell'allegato I³⁶⁴ della Direttiva³⁶⁵; (ii) hanno la residenza, secondo la relativa legislazione nazionale, nello stato in cui sono considerate società secondo una delle forme di cui al punto (i) e non sia considerata residente in uno stato extra-UE ai sensi di un DTC³⁶⁶; (iii) siano soggette ad una delle imposte di cui all'allegato II³⁶⁷ della Direttiva³⁶⁸. La prima cosa che si può notare osservando il suddetto art. 2 è che, sebbene non menzionato tra i requisiti soggetti, debba sussistere il presupposto per cui la società Madre sia l'effettiva beneficiaria dei dividendi. Tale assunto è stato, tra l'altro, implicitamente confermato anche in alcune recenti pronunce della CGUE nelle c.d. Cause Danesi³⁶⁹, in cui si è affermato che laddove il beneficiario effettivo dei dividendi pagati dalla società controllata è residente a fini fiscali in uno Stato terzo, lo Stato di origine può rifiutare di applicare l'esenzione alla fonte anche laddove

³⁶³ Scardino C., "Clausola anti-abuso nella Direttiva sulle società madri e figlie", *Fiscalità e Commercio Internazionale*, n. 5, 2015.

³⁶⁴ Come osservato da Carlo Garbarino, 2004, "Aspetti internazionali della riforma fiscale", *EGEA*, vi è anche una c.d. "clausola residua" che consente l'applicazione della Direttiva a qualsiasi società costituita ai sensi della legge di tali paesi e soggetta all'imposta sulle società, seppur non presente in tale elenco.

³⁶⁵ Le quali, ai fini del diritto italiano, sono le società denominate «società per azioni», «società in accomandita per azioni», «società a responsabilità limitata», «società cooperative», «società di mutua assicurazione», nonché gli enti pubblici e privati la cui attività è totalmente o principalmente commerciale.

³⁶⁶ Convenzione contro la doppia imposizione.

³⁶⁷ Anche qui è indicata una c.d. "clausola residua", che consente l'applicazione della Direttiva anche con riferimento ad imposte diverse ma equivalenti a quelle elencate.

³⁶⁸ In Italia, l'imposta sul reddito delle società.

³⁶⁹ Cause riunite C-116/16 e C-117/16

non rilevasse la presenza di alcun abuso. Sul concetto di “beneficiario effettivo” si tornerà più avanti.

Inoltre, dal dettato normativo di cui al punto (iii) si può evincere anche un altro dato, cioè che laddove il contribuente sia soggetto all'imposta sul reddito delle società ma sia esente o abbia la possibilità di esercitare un'opzione per un'esenzione dalla suddetta imposta, tale Direttiva non potrà trovare applicazione. Tale assunto è stato confermato anche da una recente sentenza della CGUE, causa C-448/15, in cui appunto si sono escluse dall'ambito applicativo della Direttiva le società che non sono effettivamente tenute a pagare una delle imposte elencate, ma su questo si tornerà in seguito.

3.3.3 Le criticità della nozione di controllo

Sebbene le disposizioni della Direttiva Madre-Figlia siano espressamente indirizzate ai gruppi di società, in particolare ai gruppi di società multinazionali che comprendono soggetti appartenenti a stati membri diversi, la lettura dell'art. 3 lascia qualche perplessità. Si è analizzato, nei precedenti capitoli, la nozione di controllo rilevante ai fini del gruppo, sia con riferimento alla corretta applicazione delle relative disposizioni codicistiche della normativa italiana sia con riferimento all'applicazione di taluni istituti tributari. Ebbene, ai fini dell'applicazione della Direttiva Madre-Figlio si è giunti a definire la nozione di controllo in termini decisamente “morbidi” laddove si richiede³⁷⁰ quale requisito per poter ricoprire il ruolo di società Madre una percentuale minima di controllo del 10%³⁷¹. La differenza rispetto a molte discipline nazionali degli stati membri, con particolare riferimento a quella italiana e all'art. 2359³⁷² c.c., è evidente. A parere di chi scrive, tale asimmetria può essere spiegata in 3

³⁷⁰ Art. 3 della Direttiva Madre-Figlia.

³⁷¹ Tale percentuale assume valore sia come partecipazione diretta che come partecipazione tramite una stabile organizzazione situata in un altro Stato membro.

³⁷² Per l'analisi del concetto di controllo rilevante ai fini del diritto italiano si rimanda al primo capitolo, basta in questa sede ricordare che ai sensi dell'art. 2359 c.c. si ha controllo nel momento in cui: 1. le società in cui un'altra società, dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2. le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3. le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali.

diversi modi. In primo luogo, potrebbe ipotizzarsi che il legislatore europeo abbia voluto, tramite la Direttiva Madre-Figlia, favorire la neutralità di talune operazioni transfrontaliere ai fini della creazione del suddetto mercato unico europeo, non con riferimento ai gruppi ma con riferimento alle società operanti nel contesto europeo. Tuttavia, se così fosse, la norma violerebbe il principio di uguaglianza laddove concederebbe i vantaggi fiscali derivanti dall'applicazione della Direttiva soltanto a taluni operatori economici, escludendo immotivatamente coloro che non detengono la suddetta partecipazione pari almeno al 10% nei confronti dei quali continueranno a verificarsi fenomeni di doppia imposizione³⁷³. In secondo luogo, si potrebbe ipotizzare che il legislatore, sempre ai fini della creazione del mercato unico europeo e della neutralità delle operazioni transfrontaliere, abbia voluto stabilire un limite molto basso per poter garantire un'applicazione quanto più estesa possibile dei vantaggi fiscali di cui trattasi. In ultima istanza, si potrebbe semplicemente concludere che, come già evidenziato nel primo paragrafo di questo capitolo, il legislatore europeo sia ben lontano dal comprendere la complessità del fenomeno di gruppo, a tal punto da ritenere sussistente tale agglomerato semplicemente con una partecipazione nelle società controllate del 10%. Inoltre, crea ancora più stupore la considerazione che nel testo della Direttiva non si faccia mai espressamente riferimento alla possibilità di raggiungere tale percentuale in maniera indiretta, e tale possibilità troverebbe addirittura conferma nella comunicazione del 2011 della Commissione, COM 2011 714. A prescindere da queste considerazioni, la ratio di fondo di tale previsione probabilmente è corretta, poiché la neutralità del sistema fiscale europeo ha (giustamente) carattere preponderante nelle politiche normative fiscali (e non) del legislatore europeo. Tuttavia, ragionando con riferimento al diritto societario europeo, bisognerebbe scegliere con più parsimonia l'utilizzo di taluni termini.

³⁷³ The Internal Market and Double Taxation of Cross-Border Dividends, in MAISTO, Taxation of Intercompany Dividends.

È da evidenziare, tuttavia, che il legislatore europeo ha inserito nel testo della Direttiva alcuni “correttivi”, concedendo agli stati membri la possibilità di applicare due deroghe al criterio della partecipazione minima al 10%, anche se esse si rilevano probabilmente inutili e non sufficienti a mitigare le critiche sopra evidenziate. In primo luogo, gli stati membri possono prevedere, in sostituzione del criterio della partecipazione nel capitale della controllata, quello del diritto di voto³⁷⁴. Inoltre, è possibile per gli Stati Membri subordinare l'applicazione della Direttiva a un periodo di detenzione ininterrotto di almeno due anni. Tale ultimo correttivo, in particolare, è finalizzato ad evitare manovre elusive quali il prestito di titoli, volte ad ottenere il regime fiscale più favorevole previsto dalla Direttiva. Con riferimento a tale ultimo aspetto, si segnala una sentenza della CGUE³⁷⁵ nel caso *Denkavit-Vitic-Voormeer*, in cui si è chiarito che laddove si applica il correttivo del periodo minimo di detenzione e al momento di distribuzione degli utili tale periodo non sia ancora trascorso, gli stati sono liberi di scegliere tra il concedere immediatamente l'esenzione e revocare i benefici se il periodo di detenzione non è rispettato e l'effettuare la ritenuta ed operare un rimborso una volta soddisfatto il requisito del periodo di detenzione.

3.3.4 Applicazione della Direttiva

L'applicazione della Direttiva Madre-Figlia comporta, per lo stato della società Madre, l'obbligo di adoperarsi per eliminare i fenomeni di doppia imposizione. A tal fine, lo stato membro potrà operare in due modi, esentando da tassazione i profitti ricevuti oppure concedere un credito imposta³⁷⁶ alla società Madre pari a quanto corrisposto dalla controllata e dalle eventuali controllate di livello inferiore³⁷⁷. Tale scelta, naturalmente, dipenderà dalla politica fiscale di quel

³⁷⁴ La ratio di tale previsione risiede nella circostanza che in molti stati è utilizzato tale criterio con riferimento al diritto di voto.

³⁷⁵ CGUE, 17 ottobre 1996, cause riunite C-283/94, C-291/94 e C-292/94.

³⁷⁶ In tal senso si veda la Circolare Consorzio studi e ricerche fiscali del Gruppo Intesa San Paolo del 12 ottobre 2016, n.3.

³⁷⁷ Sempre che ciascuna di essa rispetti i requisiti di cui agli artt. 2 e 3 della Direttiva.

determinato stato, ma comunque dovrà essere operata nel rispetto del diritto primario dell'Unione, come stabilito dalla CGUE in diverse sentenze³⁷⁸. La Direttiva prevede poi un'eccezione all'applicazione di tale regime che si verifica quando gli utili derivano dalla liquidazione della controllata. Dopo alcuni dibattiti, la CGUE ha chiarito che l'espressione "liquidazione" debba essere interpretato nel senso di "fusione" e che quindi vada applicato nel caso in cui la controllata si fonda con un'altra società. Tale conclusione è stata affermata nella sentenza della causa *Punch Grahphix*³⁷⁹, adducendo però motivazioni alquanto insoddisfacenti³⁸⁰.

Per ciò che concerne, invece, lo Stato della società Figlia, l'art. 5 della Direttiva Madre-Figlia prevede l'obbligo di astenersi dall'applicazione della c.d. ritenuta alla fonte, evitando così il fenomeno di doppia imposizione, dapprima sotto forma di imposta sulle società nelle mani della controllata e successivamente al momento della distribuzione degli utili. A tal proposito, è interessante evidenziare che con la Direttiva 2003/123/CE è stato rimosso il presupposto della partecipazione minima del 25% da parte della società Madre previsto per la disapplicazione della ritenuta.

Nel testo della Direttiva, tuttavia, non è possibile rinvenire una nozione compiuta di "ritenuta alla fonte", pertanto al fine di ricostruire i caratteri specifici dell'istituto viene in aiuto, come spesso accade, la CGUE. In particolare, nella sentenza resa nelle cause riunite C-338/08 e C-339/08³⁸¹, la Corte ha dichiarato che al fine di poter considerare un'imposta sul reddito riscossa nello Stato Membro della controllata quale "ritenuta alla fonte" devono sussistere cumulativamente 3 requisiti: (i) l'evento da cui scaturisce l'imposta è il pagamento di dividendi o di altro reddito derivante dal possesso di azioni; (ii)

³⁷⁸ Si veda, in tal senso, CGUE, 11 settembre 2014, causa C-47/12.

³⁷⁹ CGUE, 18 ottobre 2012, causa C-371/11.

³⁸⁰ In particolare: (i) la proposta di Direttiva è stata presentata dalla Commissione europea lo stesso giorno della Direttiva sulle fusioni e che (ii) entrambe le direttive hanno lo stesso obiettivo di abolire restrizioni, svantaggi o distorsioni derivanti in particolare dalle disposizioni fiscali degli Stati membri per le operazioni contemplate da tali direttive, che disciplinano diversi tipi di cooperazione transnazionale tra le società.

³⁸¹ *P. Ferrero e C. SpA contro Agenzia delle Entrate e Ufficio di Alba e General Beverage Europe BV v Agenzia delle Entrate.*

la base imponibile è il reddito derivante da tali azioni; (iii) il soggetto passivo è il possessore delle azioni. Tale approccio è sintomatico di come il Diritto dell'Unione abbia bisogno, con riferimento ai vari istituti, di scostarsi dalle varie definizioni nazionali per poter essere efficace, privilegiando un approccio secondo il principio della “*substance over form*”, e tale regola vale a maggior ragione per i tributi la cui natura dovrà dunque essere individuata sulla base alle caratteristiche oggettive in base alle quali sono riscossi e sui presupposti soggettivi su cui si fonda.

Infine, meritano un approfondimento le dinamiche giuridico-fiscali che si creano nelle situazioni disciplinate alle lett. c e d del paragrafo 1 dell'art. 1 della Direttiva.

In particolare, la lettera c prevede che la Direttiva si applichi anche agli utili percepiti da stabili organizzazioni di società-Madre di altri Stati membri e provenienti dalle società figlie di quest'ultime residenti in uno Stato membro diverso da quello in cui è situata la stabile organizzazione. In questo caso si avrà dunque una situazione “a triangolo”, in cui gli obblighi previsti si possono evincere dalla lettura in combinato disposto degli artt. 1 e 4 della Direttiva. Infatti, lo Stato membro della società Madre è obbligato a eliminare la doppia imposizione secondo le regole già viste sopra, lo Stato membro della società Figlia dovrà fare la medesima cosa con riferimento agli utili distribuiti alla stabile organizzazione, e infine lo Stato membro della stabile organizzazione, infine, dovrà a sua volta evitare fenomeni di doppia imposizione applicando le regole del caso.

Naturalmente, laddove la stabile organizzazione fosse residente in un paese extra-UE, tale meccanismo non sarebbe applicabile.

Ai sensi della lettera d, paragrafo 1 dell'art. 1 della Direttiva, il medesimo meccanismo previsto con riferimento alla situazione di cui alla lettera c del medesimo paragrafo sarà applicabile alla situazione in cui la società Madre e la società Figlia siano residenti nello stesso stato con la stabile organizzazione, invece, residente in uno stato terzo. Resta dunque non regolato il caso in cui la

stabile organizzazione si trovi nello stesso stato membro della società controllata con la società Madre situata in un altro stato membro. Secondo una parte della Dottrina³⁸², tale situazione non rientrerebbe nell'ambito di applicazione della Direttiva con la conseguenza che gli Stati membri non sarebbero obbligati ad evitare la doppia imposizione, mentre secondo altri studiosi³⁸³, invece, sarebbe vincolato solo lo stato membro della società Madre ai sensi dell'art- 4 della Direttiva. Infine, altri dubbi solleva l'applicabilità di tale Direttiva alle situazioni in cui la stabile organizzazione sia residente in uno stato extra-UE. Una parte della dottrina³⁸⁴ ritiene che in questa situazione siano tranquillamente applicabili le disposizioni della Direttiva, in quanto, in sostanza, avverrebbe una distribuzione di utili tra una società Figlia residente in uno stato membro e la sua controllante, sempre residente in uno stato membro, con la conseguenza che la circostanza che la stabile organizzazione sia residente in uno stato extra-Ue sia irrilevante. Tuttavia, a parere di scrive tale ricostruzione non convince. In primo luogo, tale approccio, che potremmo definire basato sul già citato principio della “*substance over form*”, sembrerebbe non tener conto della forte autonomia economico-organizzativo di cui godono, talvolta, alcune stabili organizzazioni, con la conseguenza che trattarle al pari “strumenti” nelle mani della società Madre non risulterebbe un approccio soddisfacente. In secondo luogo, e forse più banalmente, il tenore letterale dell'art. 2 della Direttiva lascia pochi spazi all'interpretazione laddove definisce la stabile organizzazione ai fini del testo come residente in uno Stato membro³⁸⁵.

3.3.5 La GAAR e i casi Danesi

³⁸²Mario Tenore, “Introduction to European Tax Law on Direct Taxation”, Lang Pistone, Sixth Edition.

³⁸³ Garcia Prats, Application of the Parent.-Subsidiary to Permanent Establishment, ET 1995.

³⁸⁴ Mario Tenore, “Introduction to European Tax Law on Direct Taxation”, Lang Pistone, Sixth Edition.

³⁸⁵ In particolare, è definita quale: “una sede fissa di affari situata in uno Stato membro, attraverso la quale una società di un altro Stato membro esercita in tutto o in parte la sua attività, per quanto gli utili di quella sede di affari siano soggetti a imposta nello Stato membro nel quale essa è situata ai sensi del pertinente trattato fiscale bilaterale o, in assenza di un siffatto trattato, ai sensi del diritto interno”.

Come già evidenziato prima, la Direttiva 2015/121 del Consiglio del 27 gennaio 2015, la quale ha introdotto anche³⁸⁶ nella Direttiva Madre-Figlia la c.d. GAAR³⁸⁷, la quale impone agli Stati membri di non concedere i vantaggi derivanti dall'applicazione della Direttiva a situazione che non sono "genuine" o che sono state messe in atto per ottenere un vantaggio fiscale senza rispecchiare in realtà alcuna operazione economica. In sintesi, affinché un'operazione possa rientrare nello schema giuridico-fattuale appena delineato, devono sussistere 4 condizioni³⁸⁸: (i) la presenza di uno o più accordi; (ii) tali accordi devono essere finalizzati ad ottenere un vantaggio fiscale; (iii) il vantaggio fiscale così ottenuto non è coerente con lo scopo della Direttiva; (iv) tali accordi non sono "genuini", nel senso che essi non rispecchiano in realtà nessuna operazione economica. Negli anni successivi, è intervenuta anche la CGUE, nell'ambito dei c.d. Casi Danesi³⁸⁹, la quale ulteriormente chiarito la portata della GAAR nell'ambito della Direttiva Madre-Figlia individuando alcuni indizi potenzialmente idonei a rilevare la presenza di un abuso. In primo luogo, la circostanza per cui il beneficiario effettivo, di cui si è trattato anche prima, non sarebbe il soggetto cui temporaneamente vengono trasferiti gli utili, ma un altro il quale, secondo la normativa, sarebbe stato soggetto a ritenuta alla fonte nello Stato della controllata se avesse ricevuto tali utili direttamente. Tale obbligo può essere fondato su un obbligo contrattuale ma può anche essere un "obbligazione di fatto" che risulta dall'analisi di varie circostanze fattuali. In secondo luogo, il soggetto cui vengono trasferiti gli utili non svolge un'attività economica effettiva ma si occupa di attività strumentali (quali, appunto, la successiva distribuzione di detti utili a soggetti terzi). Infine, la circostanza per cui la struttura di un determinato gruppo societario sia stata costituita o modificata in seguito all'entrata in vigore di una certa normativa che, laddove

³⁸⁶ La previsione è simile a quella già analizzata con riferimento alla Direttiva ATAD, con scopi sostanzialmente coincidenti.

³⁸⁷ General Anti Abuse Clause.

³⁸⁸ Debelva / Luts, The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive, ET 2015.

³⁸⁹ Cause riunite C-116/16 e C-117/16.

tale modifica non fosse stata applicata, avrebbe portato taluni oneri fiscali aggiuntivi alle società del gruppo.

Inoltre, con riferimento al primo dei punti appena descritti, è interessante analizzare una recente sentenza della CGUE del 7 settembre 2017, causa C-6/16, in cui la Corte si è espressa circa la compatibilità con la Direttiva Madre-Figlia della normativa francese laddove quest'ultima prevedeva la non applicabilità dei vantaggi fiscali derivanti dalla Direttiva nel caso in cui i dividendi fossero distribuiti da una società Figlia residente in Francia alla società Madre residente in un altro stato membro e a sua volta controllata da un'altra società residente in uno stato extra-UE. Tale particolare configurazione della normativa sulla distribuzione dei dividendi transfrontalieri tra stati membri è stata possibile in quanto la Direttiva, all'art. 1, prevede che "...è consentita l'applicazione di disposizioni nazionali o convenzionali necessarie per evitare le frodi e gli abusi"³⁹⁰. Di conseguenza, il legislatore francese ha previsto l'inapplicabilità dell'esonero dalla ritenuta alla fonte nel caso in esame, salvo il caso in cui tale società non fornisca la prova che la catena partecipativa non abbia come fine esclusivo o principale quello di trarre vantaggio dal suddetto esonero. In particolare, la Corte ha ritenuto che un divieto così generico fosse incompatibile ed in contrasto con il principio della libertà di stabilimento di cui all'art. 49 del TFUE. In particolare, è stata ritenuta eccessivamente gravosa la circostanza per cui sarebbe spettato al contribuente dimostrare l'assenza di finalità elusive della catena di partecipazioni costituita senza che fosse previsto a carico del Fisco francese alcun onere di dimostrazione in merito all'abuso.

In ogni caso, alla luce delle sentenze appena analizzate è opportuna una riflessione. Come abbiamo visto, CGUE ha dimostrato in queste sentenze di voler effettivamente contrastare il ricorso a pratiche elusive abusive messe in atto tramite strutture artificiali volte a sfruttare i vantaggi offerti dalla Direttiva senza concrete ragioni economiche. Tuttavia, perseguire queste encomiabile

³⁹⁰ Tuttavia, come ha correttamente osservato Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini, Anna Sfondrini, 2012, "Manuale di fiscalità Internazionale", IPSOA, le norme della Direttiva prevarranno in ogni caso sia su quelle nazionali che su quelle di natura pattizia.

obbiettivo ha come contrappeso una limitazione della libertà imprenditoriale non indifferente, laddove vengono negati i suddetti vantaggi anche a strutture imprenditoriali completamente lecite. In particolare, con riferimento alla nozione di beneficiario, si corre il rischio di confondere la nozione di “beneficiario effettivo” con quella di “beneficiario finale”. È frequente, infatti, che nell’arco della gestione imprenditoriale si decida di trasferire taluni utili a soggetti che si trovano più “in alto” nella catena delle partecipazioni, ad esempio per ragioni di politica gestoria, e non può ritenersi che tale ultimo elemento sia “*ex se*” sintomatico della presenza di accordi elusivi. Tuttavia, come hanno osservato alcuni autori³⁹¹, ipotizzare strutture intermedie risulterebbe complicato in quanto si lascerebbe all’interprete l’arduo compito di individuare periodi temporali o limiti quantitativi “consoni” per poter procedere alla distribuzione.

3.3.6 Recepimento della Direttiva in Italia e la sentenza della Cassazione n. 32255/2018

In Italia la Direttiva Madre-Figlia è stata recepita mediante la modifica dell’art. 89 TUIR e l’introduzione dell’art. 27 bis del D.p.r. 600/73, come modificato da ultimo dalla Legge del 07/07/2016 n. 122 Articolo 26³⁹² in tema di strumenti ibridi contenute nella Direttiva 2014/86/UE ed iniziando il recepimento della Direttiva 2015/121/UE contenente le nuove norme anti-abuso. La disciplina corrisponde quasi integralmente a quanto disposto dalla Direttiva, ed avendola già analizzata nei precedenti paragrafi ad essa si rimanda, con due differenze: una partecipazione minima richiesta pari al 10% e un periodo di detenzione minimo pari a un anno. Il contribuente si troverà dunque ad operare una scelta: chiedere il rimborso³⁹³ successivamente, dopo che il soggetto residente in Italia avrà applicato la ritenuta sul 5% del dividendo, con una tassazione del 1,2%.,

³⁹¹ Iannaccone A., Abuso della Direttiva Madri-Figlie: giro di vite della Corte di Giustizia, in "GT - Rivista di Giurisprudenza Tributaria" n. 4 del 2019.

³⁹² Tale modifica era diventata urgente in seguito alla procedura di infrazione 2016/0106 avviata dalla Commissione confronti dell’Italia.

³⁹³ Articolo 27-bis, comma 1, del D.P.R. 600/1973.

oppure al contrario chiedere l'applicazione immediata della ritenuta³⁹⁴. Ai fini della dimostrazione di tale requisito dovrà essere presentata sia un'autodichiarazione attestante la sussistenza dei requisiti richiesti sia un'apposita dichiarazione rilasciata dall'amministrazione finanziaria dell'altro Stato Membro che attesti il possesso dei suddetti requisiti, anche se a parere di chi scrive tale ultimo adempimento risulta eccessivamente gravoso non essendo previsto un corrispondente obbligo all'interno della Direttiva.

Si segnala, inoltre, una recente sentenza della Cassazione, n. 32255/2018 che ha creato forti critiche in cui la Suprema Corte ha negato l'applicabilità dei benefici della Direttiva ad una società Lussemburghese percipiente un dividendo da una società italiana a fronte dell'esenzione di tale dividendo da tassazione in Lussemburgo. In effetti, dal dettato normativo si evince come l'applicabilità della normativa in esame sia legata all'assoggettamento dell'impresa percipiente ad una delle imposte indicate nell'allegato I della Direttiva, e in caso di esenzione tale requisito viene a mancare almeno da un punto di vista sostanziale. Tuttavia, come sottolineato in precedenza, l'applicazione del diritto europeo non può prescindere dall'applicazione e dall'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia, pertanto al fine di valutare la corretta applicabilità della normativa da parte della Corte di Cassazione è bene far riferimento alla recente sentenza resa nel caso "Wereldhave", causa C-448/15. In tale causa, era stata sottoposta alla Corte il quesito circa l'applicabilità della Direttiva Madre-Figlia a quelle società e cui partecipazioni integrino il requisito di *holding period* e di partecipazione minima, ma siano, allo stesso tempo, soggette a imposta sui redditi con aliquota dello 0% laddove distribuiscano integralmente i profitti ai propri soci. La corte, negando l'applicabilità dei suddetti soggettivi, ha stabilito dunque la non applicabilità della Direttiva non solo in caso di esenzioni soggettive ma anche in caso di esenzioni oggettive totali³⁹⁵. Non solo: tali conclusioni sembrerebbero aprire la strada a includere nei benefici anche quelle

³⁹⁴ Articolo 27-bis, comma 3, del D.P.R. 600/1973.

³⁹⁵ Antonini Massimo e Raul-Angelo Papotti in "Corriere Tributario" n. 4 del 2019.

situazioni in cui l'esenzione totale sia "de facto", e dunque solo momentanea, laddove tali esenzioni oggettive totali dovrebbero essere attribuite ex lege per condurre alla disapplicazione della Direttiva. Alla luce di tali considerazioni, le conclusioni a cui è giunta la Suprema Corte nella già citata sentenza non sono condivisibili in quanto la società lussemburghese godeva di un'esenzione oggettiva limitata ai soli dividendi. Sembra, in effetti, che abbia mutato i citati principi espressi dalla CGUE ma in modo errato subordinando il beneficio dell'esenzione da ritenuta sugli utili di fonte italiana all'effettiva imposizione degli stessi nello Stato della società Madre. Tale interpretazione dell'art. 27-bis, tuttavia, sembra attribuire al requisito dell'assoggettamento a imposta dello stato di appartenenza una finalità antielusiva, che però non trova fondamento né dal testo della Direttiva né dalla citata sentenza Wereldhave.

Da ultimo, la Corte di Cassazione è intervenuta sul tema in una recente sentenza dove sembra aver recepito i principi descritti, nella sentenza n. 1967/2020, laddove ha affermato che: "possono usufruire della ritenuta ridotta tutte le società o enti ai quali è riconosciuta soggettività passiva ai fini delle imposte societarie, inclusi quelli che non pagano imposte in virtù di particolari esenzioni oggettive collegate alla tipologia del reddito da loro prodotto, o del luogo in cui è svolta l'attività"

3.4 Direttiva su interessi e royalties.

3.4.1 Introduzione ed evoluzione storica

Il 1 gennaio 2004 è entrata in vigore la Direttiva 2003/49/CE del Consiglio, del 3 giugno 2003, che disciplina il pagamento di Interessi e Royalties effettuati tra società appartenenti a Stati membri diversi. La *ratio* della Direttiva è da ricollegare al concetto di "mercato unico", e in particolare alla necessità di creare all'interno di quest'ultimo uguali condizioni con riferimento alle operazioni economiche che vi avvengono. Così, anche con riferimento al pagamento di interessi e royalties, si è avvertita la necessità di creare condizioni

fiscali non meno favorevoli di quelle applicabili agli stessi pagamenti effettuati tra società dello stesso Stato membro. Tale necessità si fonda sulla consapevolezza che i trattati fiscali multilaterali non sempre sono sufficienti a raggiungere la finalità appena descritta, soprattutto perché non coprono tutte le possibili situazioni soggettive, e in ogni caso non tutti gli stati membri vi hanno provveduto. La prima proposta³⁹⁶ avanzata dalla commissione risale al 1990, quando venne ideato un progetto in merito al trattamento comune applicabile ai pagamenti transfrontalieri di interessi e royalty tra società consociate in diversi Stati membri, ma in sede legislativa non si pervenne ad una soluzione soddisfacente, così come accadde nella successiva proposta della Commissione del 1998. La principale differenza che presenta il testo definitivo che poi fu adottata nel 2003 riguarda la limitazione dell'applicabilità della Direttiva a quelle società che soddisfano i requisiti di partecipazione previsti in maniera "diretta", laddove nelle proposte originali tale possibilità era estesa anche alle partecipazioni "indirette". Secondo alcuni autori³⁹⁷, tale scelta fu il frutto di un compromesso raggiunto in seguito alla preoccupazione avanzata da alcuni stati membri in merito ad un'eccessiva riduzione nel breve termine del gettito fiscale. Infine, è da sottolineare come la Commissione, nel 2011, abbiamo avanzato in una comunicazione³⁹⁸ alcune proposte di modifica della Direttiva, poi non accolte. Tra di esse, si segnala, da un lato, quella di ampliare l'elenco delle società coperte dalla Direttiva e dall'altra quella di ridurre la soglia minima di partecipazione per le società abbassandola fino al 10%, posseduta sia direttamente che indirettamente. Inoltre, si auspicava l'introduzione di una norma specifica che prevedesse espressamente la disapplicazione della Direttiva con riferimento alle società che, pur soggette ad una delle imposte di cui all'allegato, godessero di un'esenzione, in linea con la successiva giurisprudenza della CGUE nelle cause riunite C-115/16 e C-118/16.

³⁹⁶ COM (1990) 571.

³⁹⁷ Tra cui, Distaso / Russo, *The EC Interest and Royalties Directive - A comment*, ET 2004, p. 144.

³⁹⁸ COM (2011), 714.

3.4.2 Ambito soggettivo

La Direttiva è applicabile ai pagamenti effettuati da una società residente in uno stato membro o da una stabile organizzazione³⁹⁹ situata in un altro Stato membro nei confronti di una società residente in un altro Stato membro. La definizione di “società di uno stato membro” è contenuta nell’art. 3 della Direttiva, in cui in particolare è indicato che sono necessari 3 requisiti: (i) avere una delle forme indicate nell’allegato della Direttiva; (ii) essere residente ai fini fiscali in uno Stato membro e non essere , ai sensi di una convenzione sulle doppie imposizioni sui redditi conclusa con uno Stato terzo, residente ai fini fiscali al di fuori dell’ UE; (iii) essere soggetta ad una delle imposte indicate nel medesimo art. 3⁴⁰⁰. Con riferimento a tale ultima previsione, in seguito alla sentenza resa dalla CGUE nelle cause riunite C-115/16 e C-118/16, è stato chiarito che tale requisito sia da intendere in senso oggettivo e che dunque non rientri nel campo applicativo della Direttiva il pagamento di interessi o royalties resi da società soggette a esenzione dell’imposta. Dunque, uno dei vantaggi dell’applicazione generalizzata delle disposizioni della Direttiva è quello di poter ottenere tali vantaggi anche in situazioni “triangolari” o “quadrangolari” che coinvolgono, dunque, 3 o più stati membri. Tuttavia, è sempre imprescindibile il requisito dell’essere “consociate” di cui all’art. 3, in mancanza del quale saranno unicamente applicabili i tratti contro le doppie imposizioni eventualmente stipulati dagli stati membri in via autonoma.

È bene ora soffermarsi sul concetto di “società consociate”; in quanto anche in questo caso si fa utilizzo di una nozione di controllo autonoma, nella quale sicuramente sono ricomprese le società appartenenti ad un gruppo, almeno per come quest’ultimo è inteso nella legislazione italiana e in gran parte delle legislazioni nazionali degli stati membri. La Direttiva copre due forme di “associazione”: verticale e orizzontale. Nella prima, è previsto che la società che ricopre il ruolo di “pagatore” detenga una partecipazione minima diretta del

³⁹⁹ La quale è definita dalla Direttiva come: “una sede fissa di affari situata in uno Stato membro, attraverso la quale una società di un altro Stato membro esercita in tutto o in parte la sua attività”.

⁴⁰⁰ Con riferimento all’Italia, l’imposta sul reddito delle persone giuridiche.

25% nel capitale della società che risulta essere il beneficiario effettivo, ed è coperta dalla Direttiva anche la situazione inversa⁴⁰¹.

Nel secondo tipo di “associazione”, invece, prevede che una società Madre detenga una partecipazione diretta almeno del 25% sia nella società che ricopre il ruolo di “pagatore” sia in quella che risulta essere il beneficiario effettivo dei pagamenti. Anche nell’ambito della Direttiva sugli interessi e i royalties, come si era visto nella Direttiva Madre Figlia, tale requisito di partecipazione al capitale può essere sostituita con un’equivalente una partecipazione minima dei diritti di voto oppure essere vincolato ad un possesso per un periodo ininterrotto di almeno due anni. In merito a tale ultima possibilità, alcuni dubbi interpretativi potrebbero sorgere. In primis, ci si chiede se tale possesso ininterrotto debba già essere stato completato al momento del pagamento per godere dei vantaggi della Direttiva. Per rispondere a tale quesito, basti considerare che secondo molti autori⁴⁰² la decisione della CGUE resa nella cause riunite C-283/94, C-291/94 e C-292/94, che abbiamo già analizzato prima con riferimento alla Direttiva Madre-Figlia, siano applicabili anche con riferimento alla Direttiva sugli interessi e i royalties, e che quindi non è necessario che il periodo di detenzione di due anni richiesto sia terminato al momento del pagamento degli interessi o delle royalty, a condizione che esso sia successivamente completato. Un altro quesito riguarda l’effetto di talune operazioni straordinarie⁴⁰³ sul trascorrere di suddetto periodo di due anni. Secondo alcuni autori⁴⁰⁴, potrebbe assumere rilevanza il modo in cui la partecipazione è stata acquisita. Infatti, laddove quest’ultima sia acquisita a titolo particolare, il periodo di detenzione subirebbe un’interruzione in quanto in questo caso si avrebbe la fine dei legami legali tra la società cedente e quella ricevente e si creerebbe una nuova posizione giuridica. Nel caso invece di acquisizione a titolo universale delle posizioni

⁴⁰¹ Cioè, quando è la società che ricopre il ruolo di “pagatore” ad essere partecipata direttamente nella misura del 25% del capitale della società che risulta essere il beneficiario effettivo.

⁴⁰² In tal senso, si veda Distaso / Russo, *The EC Interest and Royalties Directive - A comment*, ET 2004.

⁴⁰³ Quali fusioni, scissioni etcc....

⁴⁰⁴ Dimitar Hristov, *“Introduction to European Tax Law on Direct Taxation”*, Lang Pistone, Sixth Edition.

giuridiche del cedente, invece, verrebbero acquisite tutte le attività e posizioni di quest'ultime e dunque il periodo di possesso potrebbe proseguire.

3.4.3 La nozione di beneficiario effettivo

È bene ora soffermarsi invece sul concetto di “beneficiario effettivo”. Tale concetto è rilevante anche nell’ambito della Direttiva Madre Figlia, con particolare riferimento, come abbiamo visto, alla decisione della CGUE con riferimento ai c.d. “Casi danesi”, laddove si dà un’interpretazione del concetto di “beneficiario effettivo” sostanziale e non formale. È agevolmente intuibile il motivo per cui tale concetto è di importanza fondamentale: ad esso si ricollega la dirimente questione circa lo Stato membro cui spetti effettivamente il diritto di tassare determinati utili. Il sistema giuridico in cui per la prima volta ci si è interrogati circa la nozione di “beneficiario effettivo”, o per meglio dire *beneficial owner*, è quello di common law, in contrapposizione a quello di legal owner. Tale distinzione assumeva rilevanza al fine di identificare il titolare sostanziale di una certa situazione giuridica piuttosto che quello formale, rilevante anche con riferimento a istituti quali il trust. Successivamente, nel 1977, tale nozione è stata inserita anche nel c.d. Modello OCSE, arrivando così ad un riconoscimento anche dal punto di vista del diritto internazionale e non solo limitato al contesto anglosassone. Tuttavia, della relativa disposizione vi è stata una diversa e variegata interpretazione da parte dei vari giudici nazionali, risentendo essa inevitabilmente delle varie disposizioni di diritto interno, come ad esempio in Francia laddove il *Conseil d’État*⁴⁰⁵ nel 2006, aveva interpretato il concetto di “beneficiario effettivo” alla luce delle norme antielusive dell’ordinamento francese subendo molteplici critiche da parte della dottrina che ha ritenuto tale interpretazione eccessivamente indeterminata e generica⁴⁰⁶. Dunque, è intervenuto il Comitato Affari Fiscali dell’OCSE nel 2014, il quale ha modificato il commentario del Modello OCSE chiarendo l’indipendenza

⁴⁰⁵ Il supremo Tribunale amministrativo francese.

⁴⁰⁶ A. Madec, “La clause de bénéficiaire effectif à la lumière de la révision 2014 des commentaires OCDE”, in *Revue de Droit Fiscal*, n. 47/2014.

della definizione ivi contenuta e la sua autonomia rispetto alle definizioni nazionali, eccessivamente legate alle varie differenze normative, e ribadendo il suo scopo fondamentale: l'eliminazione della doppia imposizione e la prevenzione dell'evasione e dell'elusione fiscale.⁴⁰⁷

In ambito Europeo, la Direttiva sugli interessi e i canoni contiene un'esplicita definizione di "beneficiario effettivo", distinguendo tra società e stabili organizzazioni. In realtà, nella già citata prima proposta di Direttiva del 1990 non vi era alcun riferimento a tale nozione. Il problema venne per la prima volta affrontato nella successiva proposta del 1998, laddove venne proposta una definizione molto vicina a quella oggi in vigore⁴⁰⁸. Con riferimento all'ultima, come si è detto si distingue tra società e stabili organizzazioni. Con riferimento alle prime, la Direttiva le individua quali "beneficiarie effettive" laddove esse ricevano tali pagamenti quali beneficiari finali e non come "intermediaria, agente, delegato o fiduciario di un'altra persona"⁴⁰⁹. Con riferimento alle stabili organizzazioni, invece, i presupposti consistono nella circostanza che i pagamenti di interessi o royalties "si ricolleghino effettivamente a tale stabile organizzazione" e che tali pagamenti "rappresentano redditi per i quali essa è assoggettata nello Stato membro in cui è situata ad una delle imposte enumerate nell'articolo 3, lettera a), punto iii)"⁴¹⁰. Determinante in questo senso anche gli aspetti analizzati nell'ambito dei c.d. Casi Danesi. Oltre alle questioni analizzate con riferimento alla Direttiva Madre Figlia, la Corte di Giustizia si è espressa anche con riferimento alla rilevanza che assume l'art. 11 del Modello di convenzione fiscale dell'OCSE del 1977 per la corretta interpretazione della nozione di "beneficiario effettivo", e se si

⁴⁰⁷ OCSE, *Model Tax Convention* (ultima edizione, 21 novembre 2017), Commentario all'art. 11, paragrafo 9.1.

⁴⁰⁸ Essa infatti definiva il beneficiario effettivo come: "una società di uno Stato membro o un centro permanente di attività che riceve tali pagamenti in qualità di beneficiario finale e non di agente, delegato o fiduciario di un'altra persona".

⁴⁰⁹ Art. 1, paragrafo 4 della Direttiva sugli interessi e i royalties.

⁴¹⁰ Art. 1, paragrafo 5 della Direttiva sugli interessi e i royalties.

debba tener conto dei commentari successivi⁴¹¹. La CGUE ha chiarito che la Direttiva sugli interessi e canoni si ispira al commentario OCSE e ne persegue le medesime finalità. Pertanto, si è ancora una volta confermato il ruolo del commentario OCSE quale strumento di interpretazione fondamentale delle disposizioni di diritto internazionale ed europeo. In ogni caso, lo scopo di tali disposizioni, evidentemente antielusivo, è quello di impedire di concedere i benefici della Direttiva a società di stati terzi che non avrebbero il diritto di goderne. Sempre con riferimento alla lotta alle condotte abusive, anche l'art. 5 della Direttiva è rilevante laddove sono previste due norme anti abuso applicabili dagli stati membri. In particolare, è previsto che da una parte l'applicazione della Direttiva non osta all'applicazione di norme nazionali finalizzate a prevenire frodi o abusi, dall'altra è permesso agli stati membri di revocare l'applicazione dei benefici della Direttiva in presenza di operazioni aventi come scopo principale l'evasione o l'elusione fiscale. La CGUE poi si è spinta oltre, nella causa C-299/16, laddove è stato chiarito che nel sistema legislativo dell'Unione europea esiste un principio generale per il quale le disposizioni del diritto UE non possono essere utilizzate per fini abusivi e che dunque si possono negare i vantaggi della Direttiva anche in assenza di esplicite norme del diritto interno. Sarebbe opportuno, a parere di chi scrive, che le decisioni della CGUE in merito alle definizioni di "abuso" o di "pratiche abusive" venissero applicate con una certa coerenza e uniformità giuridica, anche con riferimento a direttive diverse, al di garantire maggiore certezza del diritto. Per esempio, la clausola anti abuso presente nella Direttiva Madre Figlia, analizzata prima, differisce testualmente dalle disposizioni appena analizzate con riferimento alla Direttiva su interessi e canoni, e questo potrebbe portare a dubbi interpretativi in merito al fatto che esse abbiano o meno uguale portata. In tal senso, è auspicabile un chiarimento legislativo o un intervento della CGUE.

⁴¹¹ Stando al commentario OCSE, il beneficiario effettivo è definito come "colui che è il beneficiario effettivo dei flussi reddituali, quando il percettore dei redditi gode del semplice diritto di utilizzo dei flussi reddituali e non sia obbligato a retrocedere gli stessi ad un altro soggetto, sulla base di obbligazioni contrattuali o legali".

3.4.4 Applicazione della Direttiva

La previsione fondamentale consiste nell'esonero dell'imposta operata dallo Stato del pagatore sugli interessi pagati alla società ricevente e l'imposizione esclusiva operata dallo Stato Membro in cui è residente il soggetto individuato quale beneficiario effettivo del pagamento. In merito alla nozione di Interessi e royalties presente nella Direttiva⁴¹², essa sembra non discostarsi molto da quella offerta all'interno del modello OCSE, ma le successive esclusioni elencate all'art. 4⁴¹³ della Direttiva segnano una differenza netta tra le due discipline. Nonostante tali differenze, secondo alcuni autori⁴¹⁴ dovrebbe essere la CGUE a svolgere un ruolo di raccordo, mentre secondo altri autori il diritto UE dovrebbe mantenere una certa indipendenza ed essere comunque interpretato in modo autonomo⁴¹⁵. Tra le esclusioni di cui al suddetto art. 4, particolare rilevanza assume quella di cui al paragrafo 1, lett. a, ossia i "pagamenti considerati utili distribuiti o capitale rimborsato ai sensi della legislazione dello Stato d'origine". Dalla lettura di tale disposizione, in combinato con quelle di cui alle lettere successive del medesimo articolo, si evincerebbe, secondo alcuni autori⁴¹⁶, che la Direttiva sugli interessi e royalties non copre né i pagamenti di interessi ai quali è applicabile la rispettiva regola della thin capitalization⁴¹⁷ né il rimborso

⁴¹² In particolare, per interessi si intendono "i redditi da crediti di qualsiasi natura, garantiti o non da ipoteca e recanti o meno una clausola di partecipazione agli utili del debitore e, in particolare, i redditi derivanti da titoli e da obbligazioni di prestiti, compresi i premi collegati a detti titoli; le penali per tardivo pagamento non sono considerate interessi"; mentre per "royalties" si intendono i compensi di qualsiasi natura percepiti per l'uso o la concessione in uso del diritto di autore su opere letterarie, artistiche o scientifiche, comprese le pellicole cinematografiche, e il software, di brevetti, marchi di fabbrica o di commercio, disegni o modelli, progetti, formule o processi segreti o per informazioni concernenti esperienze di carattere industriale, commerciale o scientifico; sono considerati canoni i compensi per l'uso o la concessione in uso di attrezzature industriali, commerciali o scientifiche.

⁴¹³ In particolare, la Direttiva non deve applicarsi in caso di: (i) pagamenti considerati utili distribuiti o capitale rimborsato ai sensi della legislazione dello Stato d'origine; (ii) pagamenti relativi a crediti recanti una clausola di partecipazione agli utili del debitore; (iii) pagamenti relativi a crediti che autorizzano il creditore a rinunciare al suo diritto agli interessi in cambio del diritto a partecipare agli utili del debitore; (iv) pagamenti relativi a crediti che non contengono disposizioni per la restituzione del capitale o per i quali il rimborso debba essere effettuato trascorsi più di 50 anni dalla data di emissione.

⁴¹⁴ Thömmes / Fuks (eds.), *Corporate Tax Law CE*, 2004.

⁴¹⁵ Van Dongen, *Thin capitalization legislation and the UECorporate tax directives*, 2012.

⁴¹⁶ Van Dongen, *Thin capitalization legislation and the UECorporate tax directives*, 2012.

⁴¹⁷ Tale manovra consiste nel trasformare utili di impresa in interessi o altri proventi deducibili in capo al debitore e soggetti a una tassazione più favorevole grazie al regime fiscale del soggetto percettore.

del capitale⁴¹⁸, né diverse forme di strumenti finanziari ibridi. È interessante anche il paragrafo 2 del medesimo art. 4⁴¹⁹, la cui ratio ispiratrice sembra richiamare la logica fondante dell'istituto del transfer pricing.

Infine, merita un cenno la sentenza della CGUE del 21 luglio 2011, causa C-397/09⁴²⁰, in cui è stata ritenuta compatibile con la Direttiva su interessi e royalties una normativa, quale quella tedesca, che prevedeva che gli interessi pagati da una società tedesca a una società residente in un altro stato membro⁴²¹, seppur soggette ad esenzione in base alla Direttiva su interessi e royalties, potevano rientrare nella base imponibile di un'altra imposta, nello specifico l'imposta sul reddito da attività produttive vigente in Germania. Questa sentenza è significativa poiché aiuta a comprendere ancora di più la ratio della Direttiva, finalizzata ad uniformare le condizioni di scambi economici all'interno del mercato interno ma non incidente sulle politiche nazionali dei vari stati membri. In ogni caso, l'art. 9 della Direttiva contiene una clausola generale per la quale le disposizioni in essa contenute non pregiudicano l'applicazione delle disposizioni nazionali o convenzionali già vigenti le quali concedano un trattamento più vantaggioso della Direttiva stessa.

3.4.5 Recepimento della Direttiva in Italia

Per ciò che concerne l'Italia, la Direttiva sugli interessi e i royalties è stata recepita con il Decreto legislativo 30 maggio 2005, n. 143 che ha introdotto l'art. 26 quater nel D.p.r. 600/73, modificato da ultimo da Decreto-legge del 06/07/2011 n. 98. Tale intervento ha avuto una portata decisamente innovativa nell'ordinamento italiano in quanto prima di esso non vi era una normativa ad hoc e le Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni si limitavano

⁴¹⁸ Il capitale rimborsato è esente da tassazione in molti stati membri, ma secondo la Direttiva tali somme potrebbero essere tranquillamente soggette ad una ritenuta alla fonte.

⁴¹⁹ Secondo tale paragrafo, " l'importo degli interessi o dei canoni sia superiore all'importo che sarebbe stato convenuto dal pagatore e dal beneficiario effettivo in assenza dei rapporti in questione, le disposizioni della presente Direttiva si applicano esclusivamente a quest'ultimo importo, se previsto".

⁴²⁰ Causa Scheuten Solar Technology GmbH.

⁴²¹ Nel caso specifico, Paesi Bassi.

ridurre l'impatto della ritenuta alla fonte e non a eliminarlo completamente.⁴²² La disciplina applicata è quasi identica a quella descritta Direttiva, con l'aggiunta che la percentuale minima di partecipazione al capitale è sostituita con quella di diritti al voto⁴²³, e che tale partecipazione debba essere detenuta almeno per un anno. La ratio di tale scelta è stata illustrata nella Circolare n. 47/E del 2005 dell'Agenzia delle Entrate, in cui essa è stata ricollegata alla riforma del diritto societario italiano per cui italiano è venuta meno la regola di proporzionalità fra conferimento e partecipazione. Inoltre, è interessante osservare come anche per il nostro Legislatore il concetto di beneficiario effettivo abbia assunto rilevanza decisiva. In particolare, oltre a richiamare integralmente all'art. 26 quater del D.p.r. 600/73 le disposizioni antielusive previste dalla Direttiva, si possono osservare ulteriori specificazioni sia nella già citata Circolare n. 47/E del 2005 dell'Agenzia delle Entrate, laddove è specificato che “occorre che la società che percepisce gli interessi o i canoni tragga un proprio beneficio economico dall'operazione posta in essere”, sia dalla successiva Circolare n. 41/E 5 agosto 2011, laddove è stato affermato che “a tal fine può essere necessario considerare sia i profili economici e contrattuali delle operazioni poste in essere, sia la presenza di una adeguata struttura che la capacità di gestione dei rischi finanziari”. Inoltre, in seguito alle c.d. “sentenze Danesi” di cui si è trattato in precedenza, sono da rilevare alcuni rilevanti interventi anche nel nostro ordinamento in merito alla nozione di beneficiario effettivo, tra cui si segnala una recente nota di Assonime⁴²⁴, in cui sono contenute alcune riflessioni della società su tale ultimo tema alla luce delle c.d. “sentenze danesi”. In primo luogo, viene sottolineato preliminarmente come in una normativa dove è prevista come obbligatoria la tassazione dello stato dell'ente che riceve il pagamento forse sarebbe superfluo definire il concetto di beneficiario effettivo. Del resto, una simile dinamica (ma in senso

⁴²² Bonarelli Piero in "Fiscalità Internazionale" n. 4 del 2005.

⁴²³ Nello specifico, quelli esercitabili nell'assemblea ordinaria prevista dagli articoli 2364, 2364-bis e 2479-bis del codice civile.

⁴²⁴ Nota Assonime 13/2020.

diametralmente opposto) è rinvenibile anche nella Direttiva Madre-Figlia laddove non è presente una disposizione finalizzata all'individuazione della figura in esame semplicemente perché l'investitore, come tale, non deve essere tassato né nello Stato della fonte né nello Stato della residenza. Tuttavia, tale obiettivo si rende necessario nella Direttiva sugli interessi e i royalties al fine di evitare di far rientrare nella categoria del beneficiario effettivo le c.d. "società intermedie" e gli enti trasparenti.

Dunque, il criterio cardine da analizzare ai fini dell'individuazione del beneficiario effettivo è la piena disponibilità economica del pagamento effettuato, ma tale espressione non deve essere intesa in senso eccessivamente tecnico, ma con riferimento a quei soggetti che ricevendo i pagamenti ne possono disporre liberamente secondo i propri "compiti istituzionali". In tale ultimo senso si è espressa recentemente anche la Corte di Cassazione nella sentenza n. 14756 del 10 luglio 2020⁴²⁵. Inoltre, al fine di tale indagine la CGUE sottolinea come non si possa non tener conto dei risultati ermeneutici raggiunti in sede OCSE, laddove è affermato che non è necessario che il beneficiario effettivo sia anche il proprietario formale/giuridico del credito, come confermato anche nel commentario 2017, in quanto questi ultimi possono essere anche soggetti diversi⁴²⁶. Come si legge nella sentenza resa nei c.d. casi danesi, tale previsione risulta fondamentale per contrastare i fenomeni di interposizione soggettiva nell'ambito dei pagamenti di interessi e canoni e del c.d. "treaty shopping". Tuttavia, tale chiave di lettura non sembra essere stata recepita dall'Agenzia delle Entrate, laddove nella Risoluzione n. 88 del 2019 viene negato lo status di beneficiario effettivo degli interessi ad una società per la circostanza che, medio tempore, era priva della proprietà legale e della disponibilità del credito da cui gli interessi derivavano⁴²⁷, laddove però tale

⁴²⁵Dove è stato stabilito che "anche una subholding "pura" può essere considerata beneficiario effettivo" in quanto "la circostanza che la società percipiente detenga, tra le proprie attività, unicamente delle partecipazioni di controllo, così come l'eventualità che essa stessa sia a sua volta controllata interamente da altra società non residente in uno Stato stipulante non comprovano, di per sé, l'artificiosità ovvero la strumentalità della medesima".

⁴²⁶ Par. 10.2 del Commentario all'art. 11, edizione 2017.

⁴²⁷ La risoluzione dell'AdE n.88 del 2019 riguarda un'operazione di merger leveraged by out (c.d. MLBO) e, cioè, di acquisizione con indebitamento della società target, seguita dalla fusione. La società ALFA, residente in altro Stato

privazione aveva appunto carattere meramente provvisorio. Tale ultima conclusione viene fondata su un passaggio della circolare n. 47 /E del 2005 in cui veniva sancito che “la società riveste la qualifica di beneficiario effettivo qualora abbia la titolarità nonché la disponibilità del reddito percepito” e “tragga un proprio beneficio economico dall’operazione di finanziamento posta in essere”, da cui deriva che lo status di beneficiario effettivo sarebbe integrato solo in presenza dei presupposti congiunti della titolarità giuridica e del possesso economico del credito. Tuttavia, tale indirizzo ermeneutico può dirsi oggi superato alla luce delle c.d. “sentenze danesi” e pertanto sarebbe auspicabile un cambio di passo da parte dell’Agenzia delle Entrate,

Al fine invece dell’indagine circa i criteri da analizzare per la sua corretta individuazione, Assonime ritiene condivisibile il requisito indicato nelle sentenze danesi del “subject tax” per il quale assume rilevanza anche l’eventuale tassazione su un margine di profitti “congruo e coerente con lo svolgimento di funzioni economicamente apprezzabili” a carico del soggetto che riceve i pagamenti. Tale conclusione si basa sull’assunto che l’aver subito la tassazione nel Paese di residenza sul predetto margine non sarebbe di per sé compatibile con l’ipotesi di una mera interposizione che non reca al contribuente alcun reale vantaggio fiscale.

Infine, la Circolare di Assonime si sofferma sulla differenza tra i casi di semplice mancanza dei presupposti per il riconoscimento dello status di beneficiario effettivo e i casi in cui sia stato posto in essere un abuso in tal senso. Infatti, condividendo l’analisi svolta dalla CGUE, viene osservato come la seconda ipotesi integri una fattispecie ben più grave rispetto alla prima, e che nel caso di semplice assenza dei requisiti dovrebbe essere possibile chiedere l’applicazione delle ritenute sull’ammontare degli interessi al netto degli oneri

membro, finanzia a debito (shareholding loan) la controllata italiana di nuova costituzione – Newco – che acquisisce a debito la target italiana. Alfa cede in garanzia il credito relativo allo shareholding loan al rappresentante (e mandatario con rappresentanza) degli obbligazionisti sottoscrittori di un altro prestito obbligazionario emesso da Newco per acquisire sul mercato ulteriore provvista per finanziare l’operazione di MLBO. La cessione in garanzia del credito è finalizzata a garantire il completo adempimento del prestito obbligazionario; il relativo contratto attribuisce alla cedente ALFA il mandato, revocabile in caso di default, a gestire e incassare i crediti che verranno riassegnati ad ALFA quando saranno stati adempiuti i diritti degli obbligazionisti (Circolare Assonime 13/2020).

finanziari di diretta imputazione. Tale distinzione non è tuttavia di immediata percezione, in quanto come correttamente osservato da Note e Studi Assonime n. 17 del 2016 “non vi è alcuna contiguità e/o sovrapponibilità tra lo status di beneficiario effettivo e la qualità di costruzione genuina, nel senso che è ben possibile immaginare un ente che in relazione a determinati flussi non sia il beneficiario effettivo e che, ciononostante, sia da considerare una costruzione del tutto genuina”. A conferma di ciò, viene inoltre evidenziato che nel nostro ordinamento sono previste alcune specifiche ipotesi in cui un’operazione di finanziamento, nonostante i soggetti coinvolti non possiedano i requisiti previsti ai sensi della Direttiva sugli interessi e i canoni, sia ritenuta non abusiva e anzi meritevole di un trattamento agevolato. È il caso, ad esempio, disciplinato dal comma 8-bis dell’art. 26-quater del D.P.R. n. 600 del 1973, introdotto dall’art. 23, comma 1, del D.L. 6 luglio 2011, n. 98, in cui è prevista una ritenuta del 5% sugli interessi corrisposti da una società italiana a una consociata estera residente in un altro Stato dell’Unione europea nei casi in cui, pur in presenza di tutti i requisiti formali previsti dalla Direttiva 2003/49/CE, la società che riceve il pagamento non sia in grado di dimostrare adeguatamente il proprio status di beneficiario effettivo.

Dunque, per poter distinguere tra le due fattispecie, ritiene Assonime che elemento determinante sia la possibilità di individuare all’interno dell’Unione, anche con un approccio “look through”, un beneficiario effettivo in possesso dei requisiti di operatività della Direttiva sugli interessi e i canoni. In caso contrario, si sarebbe potenzialmente in presenza di un abuso realizzato tramite l’intervento di una società “intermedia” a tutti gli effetti.

Capitolo 4 - Futuri progetti normativi in tema di fiscalità di gruppo

4.1 Le attuali prospettive in tema di fiscalità di gruppo

Alla luce dell'analisi svolte finora, si è dunque evidenziato il successo sempre crescente della struttura del gruppo societario nell'economia moderna, non solo in Italia anche nel resto d'Europa e del mondo. Tale fenomeno presenta un carattere prettamente transfrontaliero e multinazionale, sia con riferimento alla struttura organizzativa che riguardo al carattere delle sue attività economiche. L'avvento delle nuove tecnologie, della globalizzazione e di un'economia ormai dipendente da internet hanno amplificato tali dinamiche, lasciando i vari governi nazionali quasi disarmati di fronte alle politiche di fiscalità aggressiva messi in atto dai grandi gruppi. Non è un mistero, infatti, che negli ultimi anni i grandi gruppi si siano ampiamente giovati delle lacune normative in materia, sfruttando anche i lunghi tempi necessari ai vari governi per trovare soluzioni comuni e

condivise. Solo attraverso queste ultime, infatti, si potrà colpire con disposizioni fiscali adeguate questo nuovo tipo di economia, nella consapevolezza che le iniziative, seppur lodevoli, dei singoli Stati siano insufficienti. Nei prossimi due capitoli si analizzeranno le due proposte legislative attualmente in discussione in sede europea concernenti la tassazione dei redditi delle società, con particolare riferimento ai gruppi, ossia la CCCTB e la c.d. Web Tax. C'è ancora da discutere in merito al loro esatto perimetro applicativo, sia oggettivo che soggettivo, e ci si auspica che nei prossimi anni si possa arrivare ad una soluzione condivisa dai vari Stati Membri, nella convinzione che solo in questo modo si possa effettivamente contrastare i fenomeni elusivi connessi a questo tipo di attività.

4.2 La CCCTB

4.2.1 Introduzione ed evoluzione storica

La CCCTB, ossia la “La base imponibile consolidata comune per le società”, è una proposta legislativa in materia fiscale, ad oggi non ancora realizzata, concernente un nuovo gruppo di regole per il calcolo del reddito imponibile delle società residenti negli Stati Membri e delle succursali situate nell'UE di società di paesi terzi appartenenti ad un gruppo transfrontaliero, con il conseguente consolidamento⁴²⁸ dei risultati del gruppo a livello europeo. Essa nasce dall'esigenza di superare le divergenze esistenti tra i vari regimi fiscali presenti all'interno del mercato unico europeo⁴²⁹. Tale progetto comparve per la prima volta nella Comunicazione della Commissione europea intitolata "Verso un mercato interno senza ostacoli fiscali"⁴³⁰, in cui vennero avanzate una serie di proposte al fine di risolvere quello che era considerato “il principale

⁴²⁸ Con la parola “consolidamento” si fa riferimento al fenomeno che avviene anche nell'ambito del consolidato nazionale, laddove il gruppo viene trattato come una singola entità a fini fiscali.

⁴²⁹ Scardino C. , La UE rilancia la base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società (CCCTB), in "Fiscalità e Commercio Internazionale" n. 3 del 2016.

⁴³⁰ COM (2001) 582.

problema delle imprese che operano nel mercato unico”, cioè conformarsi a normative fiscali differenti⁴³¹. Tra le proposte avanzate, tra cui venne segnalata anche la necessità di una maggiore tempestività nell’applicare i principi sanciti dalla CGUE nei suoi provvedimenti, venne inserito anche questo ambizioso progetto fiscale, il quale venne poi ripreso in seguito nella Comunicazione della Commissione intitolata "Analisi annuale della crescita: progredire nella risposta globale dell'UE alla crisi"⁴³², in cui tale misura venne elencata tra quelle indispensabili al fine di stimolare la crescita e creare posti di lavoro. Anche prima di tale ultima iniziativa si può rilevare qualche spinta in tal senso: si pensi al c.d. “Rapporto Van den Tempel”, in cui l’omonimo studioso aveva teorizzato una proposta di Direttiva che si fondava su un’aliquota unica sull’imposta delle società compresa tra il 45% ed il 55%, anche se tale proposta non venne mai concretizzata, e ancora prima il Rapporto Neumark del 1962 ed il Rapporto Ruding del 1992 in merito alla circostanza per cui le differenze tra le varie legislazioni nazionali rappresentano un ostacolo al funzionamento del mercato comune⁴³³. Per avere la prima vera e propria proposta di Direttiva, definita da alcuni autori⁴³⁴ come la “naturale convergenza tra i diversi sistemi tributari odierni” si è dovuto attendere il 2011, nella c.d. “Proposta di CCCTB 2011”⁴³⁵, con riferimento alle società residenti negli Stati Membri delle succursali situate nell'UE di società di paesi terzi appartenenti a un gruppo transfrontaliero, comprese le PMI, in una proposta che venne definita da più autori come “epocale”⁴³⁶. Proprio con riferimento a quest’ultime, come indicato nella Comunicazione della Commissione intitolata "Riesame dello "Small

⁴³¹ Drazèn Rakic, *Imposizione Diretta: Imposte sulle persone fisiche e sulle società. Note tematiche sull’Unione Europea*, 2019.

⁴³² COM (2011) 11.

⁴³³ In tal senso, Romoli - Venturi, *Breve storia di quindici anni di lavori nel campo dell’armonizzazione delle imposte delle Comunità economiche europee*, in *Tributi*, 1980 e Mayr V., *Il “Rapporto Ruding” sull’armonizzazione fiscale nella CEE*, in *“Corriere Tributario”*, n. 30.

⁴³⁴ Si veda Avi Yonah V., *International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime*, Cambridge University Press, 2007.

⁴³⁵ Direttiva COM (2011) 121.

⁴³⁶ Canè Daniele, *La proposta di Direttiva per una CCCTB: una analisi per principi*, *Rassegna Tributaria* 6/2012.

Business Act" per l'Europa"⁴³⁷, tale iniziativa avrebbe potuto aiutare le PMI ad operare in ambito internazionale ed europeo e a sfruttare a pieno le potenzialità del mercato unico. Al fine di coadiuvare la Commissione in questo arduo compito venne istituito un "gruppo di lavoro" che coinvolgeva i membri delle varie amministrazioni fiscali nazionali ed alcune autorevoli figure provenienti dal mondo accademico. Tale ultima circostanza non stupisce: una proposta così complessa e che mettesse d'accordo tutti i legislatori nazionali non era di facile elaborazione, e presupponeva una serie di competenze trasversali non facilmente raggiungibili dai singoli esperti del settore. Inoltre, tale proposta sarebbe dovuto essere compatibile con i principi fondamentali dei vari sistemi normativi nazionali i quali, seppur aventi origine comune e simile impostazione, possono differire su singoli aspetti e necessitare di un confronto che solo un gruppo di questo tipo poteva offrire⁴³⁸. Dunque, i principali problemi a cui si cercava di ovviare tramite la suddetta proposta erano gli elevati costi da sostenere con riferimento agli adempimenti connessi all'applicazione dei c.d. "prezzi di trasferimento"⁴³⁹, la circostanza per cui la possibilità di compensare le perdite a livello transfrontaliero fosse non sempre consentita e in ogni caso applicata non in maniera omogenea all'interno del mercato unico e l'inadeguatezza delle convenzioni contro la doppia imposizione ad operare senza essere coordinate. Inoltre, attenta dottrina⁴⁴⁰ osservava come un altro vantaggio ottenuto tramite una simile iniziativa sarebbe potuto essere quello di un forte risparmio in termini di oneri amministrativi sia per i contribuenti che per le varie amministrazioni fiscali nazionali, secondo alcuni⁴⁴¹ calcolati in un risparmio pari addirittura al 62% dei costi di espansione attualmente stimabili.

⁴³⁷ COM(2011) 78 del 23 febbraio 2011.

⁴³⁸ In particolare, tale gruppo si riunì 13 volte fino al 2008.

⁴³⁹ Tale istituto è ritenuto dalla Commissione ancor più gravoso con riferimento ai gruppi transfrontalieri particolarmente "integrati", in quanto è proprio qui che esso mostrerebbe le sue principali criticità laddove risulta inadeguato a rispecchiare le reali condizioni economiche di una determinata operazione.

⁴⁴⁰ Fantozzi, A. La ricerca "modelli di tassazione delle società e allargamento dell'unione europea": metodo di Indagine, "in economia italiana" n.2, 2007.

⁴⁴¹ Scardino C., La Ue rilancia la base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società (CCCTB), *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 3/2016

Atra parte della dottrina⁴⁴² osserva, invece, che non sarebbero da trascurare nemmeno gli effetti positivi con riferimento al sostegno alla crescita, all'occupazione e agli investimenti. In ogni caso, la base giuridica di una simile proposta era, naturalmente, il già citato art. 115 TFUE riguardo l'armonizzazione in tema di tassazione diretta.

In tale proposta del 2011, la base imponibile da calcolare a livello di gruppo avrebbe dovuto seguire alcune regole comuni concordate anticipatamente dai vari Stati Membri. Il risultato così ottenuto sarebbe stato poi successivamente attribuito alle varie società appartenenti al gruppo in base ad una formula che avrebbe dovuto tener conto di fattori quali lavoro, capitale e vendite. Successivamente, i vari Stati membri avrebbero poi applicato la loro potestà impositiva con riferimento agli utili attribuibili alle società ivi residenti. Tale ultimo passaggio, in particolare, è molto importante: verrebbe consentita, infatti, l'armonizzazione normativa in materia tra gli Stati Membri senza però uniformare le varie aliquote d'imposta, garantendo così una concorrenza fiscale "leale", competitività e trasparenza. Tuttavia, è bene specificare che all'interno della Proposta della Commissione viene espressamente indicato che gli effetti di tale misure sul gettito fiscale degli Stati non sono facilmente calcolabili in maniera anticipata, e che tale effetto sarebbe in ogni caso dipeso "dalle scelte politiche nazionali riguardo a possibili adeguamenti del mix di diversi strumenti fiscali o aliquote applicate"⁴⁴³. A parere di chi scrive, tale ultima affermazione non deve essere sfuggita alle più attente amministrazioni nazionali⁴⁴⁴, ed è molto probabile che abbia (giustamente) avuto un peso non irrilevante nelle valutazioni circa l'adozione di questa iniziativa. Del resto, sarebbe abbastanza comprensibili se l'importanza dell'armonizzazione normativa e fiscale degli Stati membri passasse in secondo piano rispetto ad esigenze di bilancio⁴⁴⁵,

⁴⁴² C. Scardino, Tassazione delle società: verso la base imponibile comunitaria, in www.ipsoa.it, 2018.

⁴⁴³ Direttiva COM (2011) 121.

⁴⁴⁴ In tal senso, si veda Fargas M., Consequences of the Implementation of the CCCTB Regime on EU Member States Tax Collection: Will CCCTB Have a Dramatic or Only a Severe Effect on Public Finances?, in "Intertax", 38, 2010.

⁴⁴⁵ In tal senso, vedi: Munin N., Tax in Troubled Time: Is It the Time for a Common Corporate Tax Base in the EU?, in EC Tax Review, 2011.

mentre altri autori un tale problema assumerebbe rilevanza non tanto in termini di “riduzione” quanto di “riallocazione”⁴⁴⁶. In ogni caso, proprio con riferimento alla precisa individuazione dei fattori rilevanti ai fini della formula per l’attribuzione degli utili gli Stati Membri⁴⁴⁷ non riuscirono a trovare un compromesso, e per queste ragioni la proposta naufragò senza essere mai realizzata.

4.2.2 La disciplina contenuta nella proposta del 2016

Tuttavia, la Commissione non ha desistito e nel 2016 ha avanzato due nuove proposte di Direttive⁴⁴⁸, nell’ambito delle iniziative REFIT⁴⁴⁹, una per l’imposta sulle società (CCTB) e una per la base imponibile consolidata comune per l’imposta sulle società (CCCTB) approvate con emendamenti il 15 marzo 2018 dal parlamento europeo⁴⁵⁰. Si segnala, in tal senso, anche il recente documento “Analisi annuale della crescita 2018” della Commissione europea dove ha indicato tra le azioni chiave che necessitano di un’implementazione a livello europeo l’adozione di misure anti-abuso, la riforma del sistema dell’IVA e il rilancio del progetto CCTB. Anche in dottrina in quegli anni non ha mai smesso di interessarsi alla problematica, e si segnalano diversi interventi⁴⁵¹ volti ad evidenziare le criticità della coesistenza di discipline nazionali non uniformi in materia. Al fine di evitare che tale proposta fallisse come nel 2011 la Commissione operò due accorgimenti. In primo luogo, organizzò una consultazione pubblica al fine di ricevere pareri e suggerimenti dai soggetti interessati. Se da una parte gli enti pubblici focalizzavano maggiormente

⁴⁴⁶ Dragonetti, Piacentini, Sfondrini, *Manuale di Fiscalità Internazionale*, 2019.

⁴⁴⁷ In particolare, paesi come l'Irlanda e il Regno Unito.

⁴⁴⁸ COM (2016) 683 e COM (2016) 685.

⁴⁴⁹ REFIT fa parte dell'iniziativa "Legiferare meglio" della Commissione e assicura che la legislazione dell'UE offra i benefici previsti ai cittadini, alle imprese e alla società, eliminando nel contempo la burocrazia e riducendo i costi. Un altro obiettivo è semplificare la legislazione europea e renderla più comprensibile.

REFIT è integrata nella preparazione dei programmi di lavoro annuali della Commissione, ciascuno dei quali contiene proposte di nuove iniziative e una verifica della qualità della legislazione vigente nell'UE.

⁴⁵⁰ Valente P., *Manuale di Politica Fiscale dell'Unione Europea e degli Organismi Sovranazionali*, Eurilink University Press, Roma, 2017.

⁴⁵¹ In tal senso, C. Scardino, *La UE rilancia la base imponibile consolidata comune per l’imposta sulle società (CCCTB)*, in "Fiscalità e Commercio Internazionale" n. 3 del 2016.

l'attenzione sull'impatto che tale iniziativa avrebbe avuto sulle attività di iniziative fiscali, le imprese evidenziavano l'importanza di ridurre i costi amministrativi⁴⁵². Inoltre, si decise di optare per un approccio bifasico, dapprima con l'armonizzazione delle regole sul calcolo della base imponibile e successivamente procedendo con il consolidamento. Tuttavia molti autori⁴⁵³ ponevano l'attenzione sull'importanza di rendere tale sistema obbligatorio, e non facoltativo come inizialmente previsto nelle precedenti iniziative, anche al fine di una maggiore armonizzazione. Come è stato correttamente osservato in dottrina⁴⁵⁴, infatti, laddove si optasse per rendere tale disciplina facoltativa risulterebbe improbabile che le multinazionali che riducono al minimo gli utili imponibili tramite la pianificazione fiscale aggressiva scelgano di aderire alla CCCTB. In ogni caso, è bene ora operare l'analisi delle principali regole previste.

La direttiva si applica alle società che rivestono una delle forme di cui all'allegato 1 della proposta e siano soggette ad una delle imposte sul reddito delle società di cui all'allegato 2 o ad un'imposta analoga introdotta successivamente. Con riferimento al concetto di "gruppo" è necessario che la holding detenga almeno il 50% dei diritti di voto e più del 75% delle azioni o più del 75% dei diritti ai profitti, e tali soglie devono essere mantenute nell'arco di tutto l'esercizio fiscale. Sono inoltre comprese nel gruppo le stabili organizzazioni sia della società madre che della società figlie residenti in uno stato membro e di quelle extra UE. L'obbligatorietà della disciplina è prevista solo con riferimento a quei gruppi con ricavi consolidati complessivi superiori a 750.000.000 euro nell'esercizio finanziario precedente l'esercizio finanziario pertinente. L'effetto principale del consolidamento è la somma della base imponibili dei singoli partecipanti del gruppo in un'unica base imponibile. Al

⁴⁵² Valente P., Vantaggi fiscali per le società nella proposta di Direttiva UE sulla Base Imponibile Comune, in "Corriere tributario" n. 16 del 2011.

⁴⁵³ Romano B., Imponibile unico Ue obbligatorio sopra i 750 milioni, in "il Sole 24 Ore" Norme e Tributi, Edizione del 21 ottobre 2016.

⁴⁵⁴ Claudia Scardino, La UE rilancia la base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società (CCCTB), in "Fiscalità e Commercio Internazionale" n. 3 del 2016.

risultato così ottenuto verrà poi applicata la già citata formula di ripartizione che tiene conto dell'attività economica svolta in ciascun territorio, la quale fu uno dei principali motivi di criticità con riferimento alla precedente proposta del 2011, che si fonda⁴⁵⁵ ora su tre fattori quali lavoro, attività e vendite per destinazione, e mira a garantire che i profitti vengano tassati effettivamente nel luogo dove essi sono generati al fine di rispettare la potestà impositiva degli stati membri. Con riferimento specifico al fattore "lavoro", è da rilevare che alcuni autori⁴⁵⁶ hanno sottolineato la possibilità di utilizzarlo quale "fattore di mitigazione del prelievo", nel senso di attribuire una "potenzialità riduttiva" ai salari erogati ai dipendenti ove superiori ad un salario minimo ritenuto dall'Unione "socialmente equo". Agli stati membri resterà comunque il compito di stabilire le varie aliquote nazionali⁴⁵⁷, anche se alcuni autori hanno sottolineato di opportunità di individuare comunque una soglia minima con riferimento all'aliquota applicabile⁴⁵⁸. Dunque non ha rilevanza dove siano stati prodotti i profitti perché il gruppo verrà considerato come un unico e distinto soggetto, e l'imputazione avverrà soltanto sulla base della formula di ripartizione⁴⁵⁹, da alcuni⁴⁶⁰ ritenuto più una scelta "di comodo" che effettivamente congrua, con il conseguente abbandono sia del principio OCSE dell' "independent person" sia dell'intero apparato applicativo del transfer pricing⁴⁶¹. È da evidenziare che mentre nel 2011 per tale calcolo veniva preso come riferimento lo stato patrimoniale, in questa nuova proposta assume rilevanza il conto economico⁴⁶², ed è inoltre previsto i profitti e le perdite derivanti da operazioni intragruppo sono ignorati ai fini del calcolo della base

⁴⁵⁵ In tal senso, si veda anche Servizi studi del Senato della Repubblica Dossier Europei, Base imponibile comune per l'imposta sulle società: proposte CCTB e CCCTB, 2017 n. 44.

⁴⁵⁶ Pepe F., Dal diritto tributario alla diplomazia fiscale. Prospettive di regolazione giuridica delle relazioni fiscali internazionali, 2020.

⁴⁵⁷ In tal senso, si veda Confindustria, Pacchetto fiscalità delle imprese: Le novità della Commissione, 2016.

⁴⁵⁸ Spengel, Common Corporate Consolidated Tax Base – Don't Forget the Tax Rates, in EC Tax Review, 2007.

⁴⁵⁹ Tale criterio territoriale, tuttavia, è sta

⁴⁶⁰ Avi yonah – Sartori - Marian, International Income Taxation, 2011.

⁴⁶¹ Nota Assonime 15/2017.

⁴⁶² Grandinetti M., I principi di derivazione dell'IRES, CEDAM, 2016.

imponibile consolidata⁴⁶³. Tuttavia, è bene specificare che la disciplina del transfer pricing continua a trovare applicazione con riferimenti ai rapporti con le c.d. “società collegate” nei confronti delle quali il rapporto societario non è così intenso da rientrare nelle soglie previste ai fini della CCCTB ma comunque abbastanza significativo da giustificare l’applicazione di tale disciplina. La ripartizione assume rilevanza anche con riferimento alla ripartizione della ritenuta di imposta tra gli Stati Membri concernente gli interessi e i canoni versati da un membro del gruppo ad un soggetto esterno al gruppo. Per ciò che concerne invece le plusvalenze non ancora realizzate al momento di ingresso nel gruppo e successivamente acquisite, è previsto che lo Stato membro di appartenenza ha il diritto di tassarle nella misura in cui esse siano state create nel suo territorio. Le perdite già conseguite ma non ancora imputate possono essere compensate in base alla percentuale assegnata a detto membro del gruppo e secondo la normativa nazionale, e lo stesso criterio sarà seguito in caso di scioglimento del gruppo. Con riferimento invece agli oneri finanziari eccedenti, essi e l’EBITDA sono calcolati per l’intero gruppo e comprendono i risultati di tutti i membri del gruppo. Infine, è prevista per le imprese la possibilità di beneficiare di un sistema c.d. a “sportello unico” (*one-stop-shop*) per la compilazione delle dichiarazioni fiscali e la possibilità di promuovere l’attività di ricerca e sviluppo tramite la previsione di incentivi fiscali.⁴⁶⁴ In ogni caso, è da segnalare con riferimento al c.d. “sportello unico” che sia il Ministero delle finanze che Assonime hanno espresso dubbi con riferimento a tale possibilità, in quanto il timore è che le imprese italiane possano porre in essere manovre

⁴⁶³ Dalla base imponibile sono da inoltre da escludere: i contributi ricevuti per l’acquisizione, la costruzione o il miglioramento delle attività immobilizzate; I proventi derivanti dalla cessione di paniere di attività di cui articolo 37 della 685/2016; Le plusvalenze generate da cessioni di azioni purché il contribuente abbia mantenuto una partecipazione minima del 10 % del capitale e del 10% dei diritti di voto della società nel corso dei 12 mesi precedenti la cessione ad eccezione dei proventi derivanti dalla cessione di azioni detenute ai fini della negoziazione; la distribuzione di profitti ricevuti, a condizione che il contribuente abbia mantenuto una partecipazione minima del 10% del capitale della società distributrice per 12 mesi consecutivi, ad eccezione della distribuzione degli utili derivanti da azioni detenute ai fini della negoziazione.

⁴⁶⁴ Della Rovere Antonella e Francesca Pecorari, Verso una base imponibile comune consolidata per le imprese UE, in "il fisco" n. 18 del 2018.

finalizzate a posizionare il contribuente principale in Stati meno attrezzati all'attività di indagine ed accertamento⁴⁶⁵.

4.2.3 Osservazioni critiche in merito alla proposta di Direttiva sulla CCCTB

È opportuno ora operare alcune riflessioni in merito alla normativa in esame, anche al fine di comprendere l'opportunità di alcuni aspetti di tale disciplina. In primo luogo è da sottolineare che, come da sempre avviene nelle società più evolute, le normative esistenti (in ogni settore del diritto) nascono per risolvere problemi della realtà socio-economica, i quali sono logicamente preesistenti alle decisioni legislative che ne scaturiscono. Con riferimento specifico alla disciplina della CCCTB, è evidente che essa sia nata da esigenze nate nel contesto europeo di una nuova economia, dettata dal mercato unico, che travalica i confini nazionali dei singoli stati membri. Inoltre, tale ultima dinamica deve far fronte a una sempre maggiore globalizzazione, e come hanno osservato alcuni autori⁴⁶⁶, si può avvertire negli ultimi anni una “criticità tra globalizzazione economica e globalizzazione giuridica”. Con tale espressione si fa riferimento alla circostanza per cui la prima procede ad una velocità maggiore rispetto alla seconda, e tale disparità porta come conseguenza principale che quest'ultima non sempre riesce a stare al passo con l'altra e a normativizzarne tutti gli aspetti. E con riferimento alla CCCTB tale rischio, a parere di scrive, sarà sempre più amplificato ed evidente se si continuerà a rimandare una così importante riforma, specialmente con riferimento al già citato e complesso fenomeno degli “hybrid mismatches”, in continua evoluzione. Anche perchè la misura della CCCTB, per quanto rivoluzionaria nel contesto europeo, presenta il limite di essere circoscritta agli Stati Membri, e tale circostanza fattuale potrà portare problematiche in futuro con riferimenti ai rapporti con Paesi Terzi. In ogni caso, viste le difficoltà presenti per la

⁴⁶⁵ Daniele Canè, La proposta di Direttiva per una CCCTB: una analisi per principi, Rassegna Tributaria 6/2012.

⁴⁶⁶ Rossi G. , Se globale è la finanza e non la legge, *IlSole24Ore*, 26 maggio 2013.

creazione di una normativa anche solo europea, è perfettamente comprensibile che un progetto ancora più grande risulti ad oggi impensabile e probabilmente troppo prematuro, ma tali riflessioni non possono essere ignorate in una valutazione complessiva del fenomeno.

Un altro limite della disciplina che a parere di chi scrive potrebbe risultare problematico nel breve/medio periodo è quello del necessario nesso territoriale che deve sussistere tra la singola società del gruppo e lo Stato Membro che esercita la potestà impositiva. Come è stato osservato in dottrina⁴⁶⁷, infatti, diventa sempre più necessario un complesso di norme volte a stabilire criteri idonei a ripartire i poteri impositivi in modo coerente con gli attuali fattori che generano ricchezza, con particolare riferimento alle c.d. “imprese innovative”. Come osservato anche da Assonime⁴⁶⁸, tale ultima criticità viene in rilievo soprattutto con riferimento a fenomeni quali la tecnologia o i robot, i quali potrebbero essere in futuro i veri fattori determinanti a cui legare la presenza di un’impresa in un determinato territorio: in particolare si pone l’attenzione sulla possibilità che la presenza di un’impresa in un determinato mercato o territorio da cui genera elevanti proventi possa essere negata per il solo fatto di un’assenza fisica della medesima, con conseguente impossibilità per quel determinato Stato di esercitare la sua (legittima) potestà impositiva. Alcuni autori⁴⁶⁹ hanno proposto di risolvere tale problema con l’inserimento di disposizioni ad hoc nella Direttiva sulla CCCTB, mentre in un’altra nota Assonime⁴⁷⁰ ha evidenziato come anche l’OCSE si stia adoperando in tal senso e, nei lavori cui partecipano più di 137 Stati, stia proponendo un nuovo “nexus”, per l’allocazione dei profitti negli Stati in cui la ricchezza si forma, che sia distinto e separato rispetto all’attuale concetto di stabile organizzazione e che trascenda anche il bilancio di esercizio della singola società. Tuttavia, a parere di chi

⁴⁶⁷ Gasparri T., Stati sovrani e imprese multinazionali alla sfida del fisco, tra sostanza e trasparenza, in “www.fiscoequo.it”, 19 ottobre 2017.

⁴⁶⁸ Assonime nota 15/2017.

⁴⁶⁹ Claudia Scardino, La UE rilancia la base imponibile consolidata comune per l’imposta sulle società (CCCTB) in “Fiscalità e Commercio Internazionale” n. 3 del 2016.

⁴⁷⁰ Note Assonime 21/2020.

scrive ciò non sarebbe sufficiente. Come evidenziato prima, la globalizzazione e la tecnologia procedono spedito e qualunque tipo di approccio normativo si decida di adottare, fermo restando i tempi biblici necessari per il dibattito a cui i politici europei ci hanno abituato, potrebbe avere un'efficacia limitata nel tempo. A parere di chi scrive, sono necessarie due condizioni per poter adeguatamente colmare tale lacuna: in primis, un approccio non prettamente politico, ma multidisciplinare, con la creazione di un tavolo di confronto che preveda esperti di ogni settore coinvolto, perché nessuna branca del mondo scientifico o giuridico può risolvere tale problema in maniera autonoma; in secondo luogo, una revisione periodica della disciplina con confronti continui e frequenti tra gli esperti appena menzionati, snellendo la burocrazia e velocizzando i processi normativi. Non vi è dubbio che un simile approccio risulterebbe decisamente innovativo per l'attuale sistema normativo, nazionale ed europeo. Del resto, la CCCTB ha sollevato preoccupazioni già nelle recenti versioni con riferimento alle limitazioni di sovranità che comporterebbe⁴⁷¹. Tuttavia, a parere di chi scrive il nodo cruciale spesso non è offrire risposte giuste, ma porsi le domande giuste. Se ci si domanda, infatti, se la soluzione appena prospettata, con uno snellimento delle procedure e il coinvolgimento di soggetti non appartenenti al mondo politico, rischierebbe di portare limitazioni di sovranità, la risposta è affermativa. Ma la domanda corretta da porsi, probabilmente, è se ha ancora senso preoccuparsi di concetti quali "sovranità nazionale" con riferimento a fenomeni così transnazionali (o per meglio dire globali) che nessun governo può gestire autonomamente. Basti pensare alla recente crisi da Covid-19, dove le decisioni politiche più importanti sono state prese con il supporto del mondo accademico-scientifico. Tale circostanza è stata avvertita da alcuni come critica nei confronti della legittimazione di tali scelte, ma probabilmente il legislatore da solo non sarebbe stato in grado di gestire un'emergenza sanitaria senza il giusto supporto di esperti del settore.

⁴⁷¹ In tal senso, si veda Pistone P., *Double Taxation: Selected Issues of Compatibility with European Law, Multilateral Tax Treaties and CCCTB*, in AA.VV., *Double Taxation within the European Union*, Kluwer Law International, Series on international taxation, 2010.

Un'altra riflessione è da operare con riferimento alla proposta della Commissione di operare approccio bifasico, dapprima con l'armonizzazione delle regole sul calcolo della base imponibile e successivamente procedendo con il consolidamento. Tale approccio, infatti, correrebbe il rischio di ottenere un'attuazione soltanto parziale di alcuni dei migliori vantaggi offerti da tale proposta quali la compensazione transfrontaliera automatica delle perdite e l'eliminazione dei prezzi di trasferimento, dei relativi oneri amministrativi e della doppia imposizione. Un rischio analogo si correrebbe nel caso in cui si consentisse un recepimento frazionato della proposta: come hanno osservato alcuni autori⁴⁷², si correrebbe il rischio di creare "un'Europa a due velocità", con un gruppo di Stati fiscalmente integrati all'interno dei quali le imprese possono agire libere da costrizioni e un'altra parte di Stati che conservano i propri regimi.

È bene ora soffermarsi sul rapporto tra la proposta di Direttiva sulla CCCTB e il complesso normativo. Come osservato nel precedente paragrafo, la base normativa su cui si fonda tale proposta è il già citato art. 115 TFUE. Secondo quest'ultimo " il Consiglio deliberando all'unanimità....stabilisce direttive volte al riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno", laddove per riavvicinamento si intende "quel procedimento volto all'eliminazione delle disparità esistenti in due o più sistemi giuridici, al fine di stabilire una disciplina legislativa comune su materie specifiche"⁴⁷³. Alle luci di tali considerazioni, non vi sono dubbi che la speciale procedura di cui all'art. 115 TFUE sia consona per questo tipo di iniziativa, dal momento che l'armonizzazione in tema di imposte dirette è il principale obiettivo di questa misura, anche se parte della dottrina⁴⁷⁴ ha osservato che "pur potendo apparire il mezzo con cui la fiscalità

⁴⁷² Munin, *Tax in Troubled Times: Is It the Time for a Common Corporate Tax Base in the EU?*, in *EC Tax Review*, 3, 2011.

⁴⁷³ Roccatagliata, *Diritto tributario comunitario*, in Uckmar, *Diritto tributario internazionale*, coordinato da, CEDAM, 2005.

⁴⁷⁴ Coppola P., *Il fisco come leva ed acceleratore delle politiche di sviluppo*, 2016.

comunitaria intende estendersi anche al settore delle imposte dirette, rimane circoscritta, a ben vedere, alle ipotesi di tassazione dei redditi transazionali prodotti dal medesimo soggetto passivo, e finisce per costituire, dunque, più propriamente, uno strumento alternativo a quelli già vigenti volti ad eliminare la doppia imposizione giuridica nei Paesi europei”. Nonostante qualche voce contraria, si può dunque concludere che tale Direttiva sia in linea anche con il principio di Sussidiarietà in quanto solo un’azione collettiva può offrire garanzie per risolvere i problemi in esame. Infatti, come osservato da alcuni autori⁴⁷⁵, gli accordi unilaterali e le altre misure specifiche hanno rilevato una forza modesta contro i fenomeni in esame e non sono dunque idonei a risolvere in maniera autonoma il problema.

Con riferimento invece al principio di Proporzionalità, a parere di chi scrive ci sono due elementi che depongono in senso favorevole. In primo luogo, aver lasciato agli Stati la libertà di decidere la soglia di aliquota applicabile permette di mantenere un certo livello di concorrenza (genuina) fiscale, e di non esorbitare rispetto agli obiettivi prefissati⁴⁷⁶. Del resto, alcuni autori⁴⁷⁷ hanno correttamente osservato che la differenza rilevabile tra gli Stati membri nella misura di aliquote applicabile dipende in gran parte delle diverse necessità in termini di gettito fiscale, la quale è a suo volta strettamente connessa alla quantità e alla qualità di servizi pubblici erogati. Dunque, un eventuale progetto di allineamento delle aliquote nazionali non può non tener conto di tale dinamica. Inoltre è innegabile che, con riferimento ai tributi in generale, l’aliquota da applicare rappresenta un dato di immediata percezione per gli operatori economici, ed è dunque uno degli elementi capaci di incidere maggiormente sulle scelte di allocazione delle risorse. In secondo luogo, l’aver aderito ad alcune spinte della dottrina⁴⁷⁸ circa l’obbligatorietà della misura è

⁴⁷⁵ Perrone A., *Tax competition e giustizia sociale nell’unione europea*, 2019.

⁴⁷⁶ Anche se, come analizzato prima, alcuni autori premono per l’individuazione di una soglia minima. In tal senso, Spengell, *Common Corporate Consolidated Tax Base – Don’t Forget the Tax Rates*, in *EC Tax Review*, 2007.

⁴⁷⁷ Procopio M., *Il sistema tributario italiano*, Tomo II, Parte Speciale, 2018.

⁴⁷⁸ Si veda in tal senso Romano B., *Imponibile unico Ue obbligatorio sopra i 750 milioni*, in “*il Sole 24 Ore*” *Norme e Tributi*, Edizione del 21 ottobre 2016.

stata mitigata dalla limitazione di prevederla solo in caso di superamento di talune soglie. In questo modo la misura risulta maggiormente apprezzabile per le imprese medio-piccole, dal business prevalentemente domestico, che non avrebbero così tanti benefici dall'applicazione di tale disciplina, senza tuttavia perdere l'opportunità di applicarla dietro espressa richiesta⁴⁷⁹. Inoltre, secondo alcuni autori⁴⁸⁰ un altro elemento da apprezzare della disciplina in esame è che essa tiene conto delle novità apportate nell'ordinamento europeo dalla Direttiva ATAD, applicandole già all'interno delle sue disposizioni in modo uniforme, riducendo così il rischio di un recepimento difforme da parte degli Stati membri⁴⁸¹.

Tuttavia, la CCCTB con le norme attualmente previste non offrirebbe una soluzione strutturale ad alcune delle sfide importanti nella tassazione delle imprese dell'economia digitale. Nel prossimo capitolo si analizzerà tale ultima problematica, ed è importante sin da subito evidenziare che a rendere la CCCTB inadeguata per questo sfida è la circostanza per cui essa è resa obbligatoria soltanto per le grandi multinazionali. Inoltre la definizione di stabile organizzazione nella CCCTB segue quella attualmente applicata a livello internazionale e le regole di allocazione degli utili presentano alcune criticità con riferimento ai profitti derivanti da attività digitali.

4.2.4 La CCCTB e i possibili effetti sui consolidati nazionali.

Una volta analizzata la disciplina della c.d. CCCTB e dei principi europei in materia di fiscalità di gruppo, è bene ora porsi alcune domande in merito alle conseguenze che potrebbe portare nei vari ordinamenti nazionali europei (con riferimento particolare a quello italiano) l'approvazione di tale proposta. Come abbiamo visto, almeno negli anni iniziali tale normativa diventerebbe obbligatoria soltanto per i gruppi di società che raggiungano le soglie indicate dalla Direttiva, raggiungendo dunque solo parzialmente il più volte citato

⁴⁷⁹ Benedettelli e Lamandini, *Diritto societario europeo e internazionale*, 2017.

⁴⁸⁰ Leone M., *XXIX Congresso Nazionale, Movimento federalista europeo*, 2019.

⁴⁸¹ Si pensi, ad esempio, alla deducibilità degli oneri finanziari.

obbiettivo di neutralizzare le differenze tra le normative fiscali dei vari Stati membri. Tuttavia, è bene domandarsi che effetto avrebbe tale normativa sui consolidati fiscali previsti dalle normative nazionali una volta che la sua applicazione sia resa obbligatoria per tutti i tipi di gruppi. Con ogni probabilità, le disposizioni nazionali dovrebbero inevitabilmente cedere il passo alla disciplina di rango europeo, ma non è affatto scontato che gli obiettivi di politica fiscale perseguiti dal legislatore nazionale con i consolidati nazionale e mondiale continuino ad essere raggiunti allo stesso modo. Per meglio comprendere tale criticità, si pensi all'attuale assetto normativo della proposta di CCCTB, in cui la regola applicabile ai fini dell'esatta individuazione del perimetro soggettivo si basa su un criterio quantitativo, legato al superamento di determinate soglie. Laddove in futuro si voglia estendere tale sistema di regole anche a gruppi di minori dimensioni, riducendo inevitabilmente le soglie attualmente previste, si creerebbe dunque un meccanismo automatico di inclusione nella c.d. *fiscal unit* al raggiungimento di esse. A prescindere però che si decida di legare tali soglie a parametri connessi ai ricavi o alle partecipazioni detenute, è evidente che in assenza di un meccanismo come quello del "all in all out", previsto dal consolidato mondiale, i rischi di fenomeni elusivi sarebbero concreti, secondo la medesima ratio già analizzata nel Capitolo 2. Probabilmente, alcuni sottolineerebbero come le regole sulla CCCTB che portano ad una migliore allocazione delle potestà impositive nazionali attraverso i tre fattori quali lavoro, attività e vendite per destinazione, unite all'uniformità di regole sul calcolo della base imponibile, dovrebbero risolvere il problema alla radice. Infatti, risulterebbe così indifferente da un punto di vista fiscale per una certa società esercitare la propria attività in uno Stato piuttosto che in un altro. Tuttavia, a parere di chi scrive, sarebbero comunque ipotizzabili pratiche elusive volte ad ottenere vantaggi fiscali attraverso la costituzione di entità aggregative che non superino le eventuali soglie previste e, così facendo, godere dei vantaggi ottenibili dalle politiche di gruppo senza subire gli effetti economici della relativa tassazione. Tali

problematiche hanno da sempre rappresentato la maggiore preoccupazione dei legislatori nazionali, e sono state proprio esse ad ispirare le norme sulla tassazione di gruppo. Al contrario, la preoccupazione del legislatore europeo sembra essere concentrata sul disciplinare correttamente la divisione della potestà impositiva tra gli Stati Membri, e forse proprio per questo non sembra aver tenuto conto delle problematiche citate poc' anzi nella proposta di Direttiva sulla CCCTB, in quanto non si rinvengono ad oggi disposizioni innovative nella direzione appena citata. Ma non solo: alcuni Stati Nazionali, con speciale riferimento quelli ove risiedono le più grandi società operanti nel mercato unico, riscontrerebbero in questo modo un gettito fiscale minore dovuto a tale maggiore “distribuzione” della potestà impositiva. E tale ultima previsione, che nasce proprio con l'obbiettivo di far coincidere la realtà economica di talune operazioni con i relativi effetti fiscali, potrebbe in realtà ottenere l'effetto contrario. Basti pensare al fatto che molte società figlie, residenti in stati a fiscalità minore proprio per ottenere vantaggi tributari, sono state costituite in quel determinato luogo per esercitare un'attività strettamente connessa a quella del gruppo, e senza quest'ultimo esse non avrebbero mai visto la luce. E se da una parte è condivisibile l'assunto per cui la circostanza di aver generato ricchezza con le risorse di un determinato territorio non può escludere completamente quest'ultimo dall'esercizio della potestà impositiva, è pur vero che non si può trascurare l'elemento fattuale per cui senza la strategia complessiva di gruppo da cui tale attività deriva non si sarebbero mai generate le ricchezze di cui trattasi. Una simile conclusione, era stata osservata anche nel paragrafo precedente con riferimento alla ratio della disciplina delle CFC. Dunque, se l'obbiettivo del legislatore europeo è quello di creare un assetto normativo in relazione alle imposte societarie dei grandi (e non) gruppi che possa sostituire validamente gli istituti nazionali, bisognerà operare due attente valutazioni. In primo luogo, stabilire regole di individuazione soggettiva idonee ad evitare fenomeni elusivi, e in questo senso la semplice previsione di soglie rilevanti non sembra congrua all'obbiettivo prefissato. In secondo luogo,

rivedere il concetto di potestà impositiva, quantomeno alla luce delle complesse dinamiche di gruppo fin qui analizzate, delle quali non si può non tener conto nella corretta ideazione di regole di politiche fiscali redistributive.

Ma c'è un'altra criticità che, a parere di chi scrive, potrebbe comportare problemi non da poco nell'applicazione dell'istituto della CCCTB concernenti le possibili pratiche antielusive di cui abbiamo trattato in precedenza con riferimento alle dinamiche infragruppo. Al fine di poter valutare la liceità o meno di un determinato comportamento rispetto alla norma tributaria di riferimento, infatti, bisogna valutare diversi elementi e, anche se tale analisi giuridica non è oggetto di questa trattazione, ci è utile qui rilevare che tra essi assume particolare importanza la c.d. *ratio legis* della norma di riferimento, come osservato anche da parte della dottrina⁴⁸². Naturalmente, non è sempre agevole risalire alla ratio del legislatore con riferimento a talune complesse disposizioni, ma è probabile ipotizzare che il legislatore nazionale abbia voluto, tramite i consolidati nazionale e mondiale, contrastare le pratiche elusive messe in atto dai gruppi societari, come abbiamo osservato nel secondo capitolo. Ebbene: dal momento che la ratio della CCCTB è, come abbiamo visto, differente, in caso di estensione generalizzata di quest'ultima anche ai gruppi di minori dimensioni probabilmente anche l'analisi circa la liceità di taluni futuri comportamenti sarà differente. Infatti, il parametro di riferimento non sarà più l'eventuale abuso della forma societaria di gruppo ma la corretta distribuzione della potestà impositiva tra gli Stati Membri.

Con tale ultima affermazione, non si vuole certo sostenere che diverranno legittimi taluni comportamenti palesemente elusivi, ma è possibile ad oggi ipotizzare che per le c.d. situazioni "borderline" i giudici tributari dovranno operare un lavoro esegetico non indifferente al fine di far coincidere le nuove disposizioni sulla CCCTB con l'originale intento della disciplina sui consolidati nazionali.

⁴⁸² Giusti G., Assenza di sostanza economica e indebito vantaggio fiscale nel nuovo abuso del diritto tributario, in Dir. Prat. Trib., 4/2018.

Infine, come si vedrà nel prossimo paragrafo, anche l'effetto della c.d. digital economy renderà necessario un ulteriore ripensamento di tale assetto di regole, che si rivelano oggi ancor più bisognose di un intervento correttivo.

4.3 Web Tax e le nuove sfide dell'economia digitale

4.3.1 La definizione di “Digital economy” e le sue problematiche

La più grande sfida che nel breve-medio termine il diritto tributario dovrà affrontare concerne la tassazione dell'economia digitale e di conseguenza delle grandi imprese che fondano quasi interamente la loro attività su questo tipo di business.

In primo luogo, bisogna cercare di definire il concetto di “economia digitale” al fine di comprendere gli esatti confini della problematica in esame. Purtroppo tale compito non è di agevole riuscita, sia per la complessità del fenomeno sia per sua continua evoluzione che va di pari passo con lo sviluppo di nuove tecnologie e di nuovi sistemi digitali. In tal senso, si registrano diversi tentativi provenienti non solo dal mondo accademico giuridico. Si rileva un report del Fondo Monetario Internazionale⁴⁸³, in cui si riporta che *“Digitalization encompasses a wide range of new applications of information technology in business models and products that are transforming the economy and social interactions. Digitalization is both an enabler and a disruptor of businesses. The lack of a generally agreed definition of the “digital economy” or “digital sector” and the lack of industry and product classification for Internet platforms and associated services are hurdles to measuring the digital economy. This paper distinguishes between the “digital sector” and the increasingly digitalized modern economy, often called the “digital economy,” and focuses on the measurement of the digital sector. The digital sector covers the core activities of digitalization, ICT goods and services, online platforms,*

⁴⁸³ IMF, Policy Papers, 2018.

and platform-enabled activities such as the sharing economy”, ma anche l’OCSE si è cimentato in quest’ardua sfida⁴⁸⁴, laddove ha definito la digital economy come “*a combination of manufacturing and service industries that capture, transmit and display data and information electronically*”. Con riferimento invece al contesto prettamente europeo, la Commissione⁴⁸⁵ la definì come: “*L’attività di contrattazione elettronica di beni e servizi, la distribuzione di contenuti digitali in rete, il trasferimento elettronico di fondi, azioni, e polizze elettroniche, i servizi postvendita, le aste commerciali in rete, le attività di vendita diretta al consumatore, gli appalti pubblici*”.

Spostandosi invece nel campo prettamente dottrinale, si possono rilevare diversi approcci. Il primo a interrogarsi circa questa nuova nozione fu l’economista Tapscott⁴⁸⁶, il quale tentò un approccio “descrittivo” che provasse a delineare la digital economy attraverso l’analisi dei suoi aspetti peculiari che la differenziassero da quella classica⁴⁸⁷. Altri autori⁴⁸⁸ invece pongono l’attenzione sugli “strumenti” attraverso cui questo particolare tipo di attività viene svolta, individuando in essi il principale discrimen rispetto ai modi più “tradizionali” di fare economia, mentre per altri⁴⁸⁹ la vera problematica risiede nelle differenze sempre più sfumate e di difficile interpretazione tra componenti infrastrutturali, applicazioni e dati.

A prescindere da come la si voglia definire, ben presto ci si rese conto che non sarebbe stato semplice costruire un sistema normativo adeguato a questo nuovo tipo di economia, e con particolare riferimento al campo tributario ci fu

⁴⁸⁴ OCSE, OECD Digital Economy Outlook, OECD Publishing, Paris, 2015.

⁴⁸⁵ Comunicazione della Commissione Europea, COM(97) 157 del 15 aprile 1997.

⁴⁸⁶ Tapscott D., , The Digital Economy: Promise and Peril of the Age of Networked Intelligence, McGraw Hill, 1996.

⁴⁸⁷ In particolare, Knowledge; digitization; virtualization; molecularization; integration/Internetworking; disintermediation; convergence; innovation; presumption; immediacy; globalization; discordance.

⁴⁸⁸ Guelfi – Giacosa, Le aziende della net economy, 2003: “*Le attività economiche realizzate dalle imprese nell’economia digitale sono comuni a quelle delle ere economiche precedenti: la produzione e la commercializzazione di beni e servizi. La novità dell’economia digitale è rappresentata dagli “strumenti” attraverso i quali tali attività possono essere svolte. Questi strumenti derivano, infatti, da nuove tecnologie digitali che sono state introdotte dalla rivoluzione digitale in atto*”.

⁴⁸⁹ Palestini Stefano, 2017. Tassazione diretta e indiretta della digital economy. Amministrazione e finanza, n.10. IPSOA.

addirittura chi⁴⁹⁰, con occhio lungimirante, la definì come “tax termite”, riferendosi alle incertezze che essa avrebbe generato nei vari sistemi fiscali nazionali.

Tale tema assume ancora più rilevanza se si pensa che la dimensione di tale fenomeno è decisamente cresciuta in questi anni anche a causa della pandemia da Covid-19, la quale ha decisamente incrementato la mole di transazioni digitali e conseguentemente i ricavi che da esse derivano. In linea generale, i principali fattori da cui derivano le criticità appena esposte possono essere individuati nella spiccata immaterialità, da un rilevante numero di transazioni transfrontaliere e dalla presenza di articolate strutture societarie internazionali che comportano difficoltà in merito alla loro esatta individuazione⁴⁹¹. A tal proposito tornano prepotentemente in evidenza le problematiche già evidenziate in precedenza con riferimento ai limiti dell’attuale sistema tributario che necessita ancora di un legame “fisico” tra l’organizzazione di un’impresa e la sua tassazione.

4.3.2 Contesto normativo

Numero istituzioni si sono occupate della problematica in esame, con risultati non sempre soddisfacenti, e un numero sempre crescente di autori⁴⁹² hanno in questi anni evidenziato la necessità di un intervento urgente e coordinato delle principali autorità in materia fiscale. Il problema fondamentale risiede nella circostanza che le attuali norme tributarie, in particolare quelle sull’imposta delle società, si basano sulla giusta premessa che i profitti dovrebbero essere tassati nel luogo dove vengono generati, ma sono poi affiancati da un insieme di disposizioni che tiene conto solo della presenza fisica di un determinato soggetto in uno Stato e non della sua effettiva “partecipazione” alla creazione del profitto. Da ciò deriva che i non residenti ai fini fiscali diventano soggetti a

⁴⁹⁰ Tanzi V., Globalization, technological developments, and the work of fiscal termites, IMF working paper, 2000.

⁴⁹¹ Molinaro G., Si definisce il quadro della tassazione italiana della ricchezza connessa all’economia digitale, in “il fisco” n. 6 del 2021.

⁴⁹² Si veda in tal senso Del Federico, “Le nuove forme di tassazione della digital economy ed i limiti delle scelte legislative nazionali: la prospettiva italiana ed europea”, in Glendi– Corasanti– Del Federico a cura di), Per un nuovo ordine tributario, Tomo I, Cedam, 2019.

imposta in un paese solo se vi hanno una stabile organizzazione, intesa nel senso classico del termine, rendendo così necessaria l'elaborazione di una nuova nozione di "presenza economia" che possa essere, da un lato, idonea ai nuovi sistemi di impresa digitalizzata, e dall'altro condivisa da un numero più possibile esteso di Stati. Solo una soluzione condivisa, per quanto complessa, potrà portare a soluzioni soddisfacenti.

In linea generale, ci si può avvicinare in due differenti modi a questa tipologia di problemi⁴⁹³. In primo luogo, si può utilizzare il c.d. "status quo approach", il quale interpreta l'economia digitale non come una realtà a se stante ma come una diversa manifestazione di quella tradizionale, con la conseguenza di cercare di adottare le soluzioni "classiche" a questa nuova fenomenologia. In secondo luogo, c'è il c.d. revolutionary approach, il quale invece prevede un approccio innovativo basato sulla ricerca di soluzioni nuove e peculiari⁴⁹⁴. Tra queste ultime, merita menzione la proposta di Assonime⁴⁹⁵ che in una nota ha proposto, sul modello della CCCTB, una imposta sui servizi digitali europea con una base imponibile comune, fondata su regole condivise e da dividere poi tra i vari stati membri in base a criteri predeterminati. Tuttavia, vista la lentezza e le difficoltà riscontrate con la CCCTB, questa soluzione appare al momento di difficile attuazione.

Attualmente, la cooperazione internazionale in tal senso si gioca su due fronti: l'OCSE, nell'ambito del progetto BEPS, e la Commissione Europea con la proposta di due Direttive⁴⁹⁶.

Per ciò che concerne l'OCSE⁴⁹⁷, il primo intervento risale addirittura agli anni 90' con un report riguardante il commercio elettronico⁴⁹⁸. Tuttavia il più

⁴⁹³ Padovani, "Web tax: quadro del dibattito internazionale e possibili scenari", in Corr. Trib., n. 4/2018.

⁴⁹⁴ Del Federico, "Digital economy e nuove forme di tassazione", in L. Del Federico - C. Ricci (a cura di) Le nuove forme di tassazione della digital economy - Analisi, proposte e materiali per il dibattito politico e istituzionale, 2015.

⁴⁹⁵ Nota 6/2019.

⁴⁹⁶ Dragonetti, Piacentini, Sfondrini, Manuale di Fiscalità Internazionale, 2019.

⁴⁹⁷ Da ultimo nel 2019 l'OCSE è tornata sull'argomento con il documento "addressing the tax challenges of the digitalisation of the economy", in cui si ribadiva la necessità intervenire in materia di tassazione dell'economia digitale sia nel campo delle imposte dirette che di quelle indirette, attraverso la coordinazione delle varie normative nazionali.

⁴⁹⁸ OCSE, Report OECD, Electronic Commerce: the challenge to tax Authorities and Taxpayers, Ottawa, 1998.

rilevante intervento è avvenuto nel 2013, a seguito di un'espressa richiesta del G20, nell'ambito del c.d. pacchetto BEPS volto a identificare azioni nazionali e internazionali al fine di affrontare l'erosione della base e il trasferimento dei profitti ideò un piano d'azione in 15 punti. Tali ultimi interventi si basavano sui c.d. "3 pilastri", concernenti la coerenza ai regimi fiscali nazionali in materia di attività transnazionali, il rafforzamento dei requisiti sostanziali alla base degli standard internazionali e l'aumento della trasparenza con riferimento particolare allo scambio di informazioni. Il Piano d'Azione n. 1 evidenziava ormai il ruolo primario che sta assumendo l'economia digitale, al punto da non poter essere più ritenuta un "appendice" di quella tradizionale quanto piuttosto una nuova manifestazione di quest'ultima. Gli attuali sistemi normativi non sono più in grado di disciplinare tali fenomeni né di sottoporli ad una tassazione adeguata e coerente con la realtà economica. Tale ultima problematica è aggravata ancora di più sia dalle differenze normative esistenti tra i vari ordinamenti nazionali sia dalla forte dematerializzazione degli asset che caratterizza l'economia digitale. Inoltre, prosegue l'OCSE, bisognerebbe ideare forme di tassazione che prescindano dalla c.d. "taxable presence" e lavorare alla definizione di una "presenza digitale significativa" di una determinata impresa nell'ambito dell'economia del territorio di uno Stato, diverso da quello di residenza, o di una "stabile organizzazione virtuale"⁴⁹⁹.

Per ciò che concerne l'Unione europea, invece, un primo timido passo si è avuto nel 2011 con la già citata proposta di direttiva sulla CCCTB, in cui veniva affrontato il tema della tassazione delle grandi multinazionali operanti principalmente nel settore digitale. Successivamente, è tornata sul tema con la comunicazione⁵⁰⁰ del 2015 intitolata "Un regime equo ed efficace per l'imposta societaria nell'Unione Europea", con la nuova proposta di CCCTB del 2016 e da ultimo con la comunicazione⁵⁰¹ del 2017 intitolata "Un sistema fiscale equo

⁴⁹⁹ Senato della Repubblica, Dossier n. 13, https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DOSSIER/0/941275/index.html?part=dossier_dossier1.

⁵⁰⁰ Comunicazione n. 302.

⁵⁰¹ Comunicazione n. 547.

ed efficace nell'Unione Europea per il mercato digitale”, e tali interventi hanno aperto la strada alle due proposte di Direttive del 2018, che si analizzeranno nei prossimi paragrafi. Queste ultime consistono in una prima proposta, c.d. “a lungo termine”, che consiste nell’incorporare la tassazione dell’economia digitale in un sistema ad ampio spettro concernente l’imposta sulla società, e una seconda proposta a breve termine consistente nella tassazione degli utili delle società dell’economia digitale, tramite una ritenuta alla fonte o un prelievo sui ricavi generali dalla fornitura di servizi digitali.

4.3.3 Criticità delle proposte della Commissione europea

La proposta della Commissione “a breve termine” prevede “un sistema comune d’imposta sui ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali da parte di soggetti passivi”⁵⁰², e nonostante essa sia stata definita come “temporanea” è stata definita da alcuni autori come la misura che potrebbe avere il maggiore impatto sull’economia digitale⁵⁰³.

Tale iniziativa si è resa necessaria alla luce dei lunghi tempi necessari per arrivare a una soluzione “globale” e per la circostanza che solo pochi Stati hanno iniziato a elaborare normative in materia le quali, laddove non coordinate o armonizzate a livello unionale⁵⁰⁴, rischiano di essere vane e di dar luogo ad una frammentazione inaccettabile del mercato unico europeo⁵⁰⁵. Tale frammentazione assume rilevanza non solo ai fini del mercato europeo, ma pone questioni anche in tema di disparità per gli operatori economici che operano nell’unione europea. Come hanno osservato alcuni autori, infatti, una simile applicazione disomogenea finirebbe per penalizzare le imprese residenti nei paesi che attuano queste misure spingendoli di fatto a spostare la loro sede verso

⁵⁰² Com (2018) 148 final.

⁵⁰³ Di Tanno T., Web Tax provvisoria ma inevitabile, in “Il Sole 24 Ore”, 16 aprile 2019.

⁵⁰⁴ Sul punto, Zullo A., Web tax: una lettera in chiave comunitaria, in Corr. Trib., 2018.

⁵⁰⁵ Di Tanno, La Web Tax Europea, p-2, 2018.

gli Stati più “permissivi”⁵⁰⁶. A tal proposito, si segnala che alcuni Stati non hanno ben accolto tale iniziativa, seppur in minoranza, e probabilmente tale atteggiamento è collegato alle loro già citate autonome iniziative in materia. Alcune di esse, infatti, consistevano in alcuni ruling favorevoli ai contribuenti che di fatto alteravano il principio di libera concorrenza del mercato unico europeo, e secondo alcuni autori erano contrari alle norme contro gli aiuti di Stato⁵⁰⁷. Tale proposta, dunque, consiste in un’imposta indiretta⁵⁰⁸ indirizzata a tassare solo una parte di servizi digitali e solo taluni soggetti rispondenti a determinati requisiti. Nello specifico, essa ricomprende fenomeni quali la collocazione su un’interfaccia digitale di pubblicità che mira agli utenti di tale interfaccia, la messa a disposizione degli utenti di un’interfaccia digitale multilaterale che permette loro di trovare altri utenti e di interagire con essi, e che può anche agevolare le corrispondenti cessioni di beni o prestazioni di servizi direttamente tra gli utenti, e la trasmissione di dati raccolti sugli utenti e generati dalle attività degli utenti sulle interfacce digitali⁵⁰⁹. Dal punto di vista soggettivo, al fine di rientrare nel campo di applicazione della Direttiva, deve trattarsi di entità con un ammontare complessivo di ricavi ovunque realizzati non inferiore a euro 750.000.000 e l’importo totale dei ricavi imponibili ottenuti dall’entità nell’Unione durante l’esercizio finanziario pertinente deve superare gli euro 50 000 000. Con riferimento a tale ultimo aspetto, non è ben chiaro nella Direttiva quale dovrebbe esser l’Amministrazione nazionale di riferimento, ipotizzandosi anche in questo caso il già citato “one stop shop”. Con riferimento invece al luogo in cui tali profitti vengono generati, e dunque al fine della corretta ripartizione della potestà impositiva tra stati membri⁵¹⁰, si

⁵⁰⁶ Zucchetti – A. Tardini – O. Lanfranchi, The Italian ‘Web Tax’: The New Administrative Procedure for Multinational Enterprises to Disclose Hidden Permanent Establishments in Italy, in *International Transfer Pricing Journal*, 24 (2017), n. 5.

⁵⁰⁷ In tal senso, l’intervento del Commissario UE P. Moscovici, in *Il Sole-24 Ore* del 23 ottobre 2015 e del DG della Commissione UE alla competizione J. Laitenberger nella conferenza tenuta a Bruxelles il 10 ottobre 2017.

⁵⁰⁸ Sulla sua definizione quale “imposta indiretta” si veda Galli G. - Boccadutri S., *Web tax*, la proposta UE è un passo avanti ma ancora troppi limiti, in *“Sole24 Ore”*, 2018.

⁵⁰⁹ Tommassini A., *Colpiti la pubblicità digitale, i social ed i motori di ricerca*, in *“Il Sole 24 Ore”*, 16 Gennaio 2019.

⁵¹⁰ In tal senso, si veda Nadalutti M. - Zanardi S., *Web Tax con versamento unico e imponibile legato agli utenti*, in *“Il Sole 24 Ore”*, 18 novembre 2019.

prevede l'utilizzo del c.d. indirizzo IP, intendendosi per quest'ultimo "un'etichetta numerica che identifica univocamente un dispositivo detto host collegato a una rete informatica che utilizza l'Internet Protocol come protocollo di rete"⁵¹¹. Tuttavia, alcuni autori⁵¹² hanno criticato la natura "ufficiale" di tale elemento al fine dell'individuazione degli utenti, in quanto non si tratta di un criterio la cui valenza è universalmente riconosciuta, ma a parere di chi scrive tale assunto non è dirimente in quanto, ai fini della tassazione delle società digitali, non rileva l'esatta identità degli utenti ma soltanto la loro posizione, pertanto l'indirizzo IP può ben aiutare in tal senso.

Per ciò che concerne i gruppi societari, è bene chiarire che tali soglie devono intendersi come riferite al complessivo volume d'affari del gruppo nel suo insieme all'interno dell'Unione europea. A parere di chi scrive, la scelta di individuare una soglia così elevata per l'applicazione della norma è da ritenere opportuna. In tal modo, infatti, da una parte non si vanno a penalizzare le PMI che hanno un volume di affari non in grado di incidere in maniera determinante sul mercato unico, mentre dall'altro lato si potrebbe iniziare a colpire le grandi multinazionali in tempi ristretti. Tuttavia, qualche dubbio in più sollevano quelle che dovrebbero essere le regole di accertamento con riferimento alle suddette soglie. È stato infatti osservato da più parti⁵¹³ che la Direttiva nulla dispone in tal senso, e che a fronte di sfide "nuove" per le amministrazioni fiscali sarebbe necessari strumenti adeguati a questa nuova realtà tecnologica. L'aliquota sarà applicata nella misura del 3% sui ricavi realizzati dal soggetto al lordo dei costi e al netto dell'IVA e di altre imposte indirette, e come si è evidenziato la tassazione sarà ripartita tra i vari Stati Membri in base al luogo di residenza dei soggetti⁵¹⁴ che hanno contribuito a creare tale valore, anche se tale criterio ha creato qualche difficoltà applicativa⁵¹⁵.

⁵¹¹[https://www.mioip.it/#:~:text=Un%20indirizzo%20IP%20\(dall'inglese,Protocol%20come%20protocollo%20di%20ret](https://www.mioip.it/#:~:text=Un%20indirizzo%20IP%20(dall'inglese,Protocol%20come%20protocollo%20di%20ret)
[e](#)

⁵¹² Galimberti A., La Web Tax al 3% colpisce i grandi intermediari, in "Il Sole 24 Ore", 18 ottobre 2019.

⁵¹³ Fondazione Bruno Visentini, consultazione dell'Agenzia delle sulla Proposta di Direttiva in esame, 2018.

⁵¹⁴ In tal senso, Assonime, "Fiscalità Internazionale: le nuove linee di intervento...", Circolare n.19/2018.

⁵¹⁵ In tal senso, Fondazione nazionale commercialisti, La fiscalità dell'economia digitale . Problematiche e scenari possibili, 2018.

La seconda proposta di Direttiva⁵¹⁶, c.d. a lungo termine, stabilisce invece una serie di norme per la tassazione delle società che una significativa presenza digitale⁵¹⁷, finalizzate a tassare gli utili laddove tali imprese hanno una forte interazione con i loro utenti. Con riferimento a tale ultimo concetto, l'ECOFIN⁵¹⁸ aveva segnalato la necessità di attribuire alle norme in tema di prezzi di trasferimento e di attribuzione degli utili un ruolo centrale per affrontare il problema della tassazione dell'impresa digitale. In ogni caso, secondo Assonime⁵¹⁹, tali norme dovranno essere al più presto integrate con le relative disposizioni delle proposte di CCTB e CCCTB. Tale ultimo assunto è stato condiviso da alcuni autori⁵²⁰ i quali hanno evidenziato che il coordinamento appena citato è indispensabile al fine di poter adeguare la normativa vigente ai frequenti mutamenti della fiscalità nell'economia digitale. Tale proposta, dunque, si applica a tutte le imprese, residenti nell'Unione europea e non, le cui attività consistano in tutto o in parte nella fornitura di servizi digitali tramite un'interfaccia digitale e che superino le soglie⁵²¹ individuate dall'art. 4 della Direttiva in esame. Con riferimento al dato territoriale, è da evidenziare che tale Direttiva si applicherebbe anche ai soggetti extra UE, superando la criticità rilevata nel paragrafo precedente con riferimento alla CCCTB, la cui applicabilità invece era limitata ai territori europei. Con riferimento invece all'ambito oggettivo, è bene rilevare che contrariamente alle conclusioni raggiunte in sede OCSE⁵²², il reddito di tali attività è soltanto uno dei parametri che possono rilevare per l'applicazione del

⁵¹⁶ COM (2018) 147.

⁵¹⁷ Tomassini I A. - Sandalo A., L'iniziativa della Commissione UE sulla tassazione dell'economia digitale, in *Corr. Trib.*, 2018.

⁵¹⁸ ECOFIN, conclusioni del 5 dicembre 2017.

⁵¹⁹ Circolare n. 19 del 1° agosto 2018.

⁵²⁰ In particolare, Leo M., in "La tassazione dell'economia digitale sulle due sponde dell'Atlantico: spunti di riflessione dalla circolare Assonime", in *il fisco*, 2018, n. 37

⁵²¹ In particolare: la parte dei ricavi totali ottenuti nel corso di tale periodo d'imposta e derivanti dalla fornitura di tali servizi digitali a utenti situati nello Stato membro considerato nel corso di detto periodo d'imposta è superiore a 7 000 000 EUR; il numero di utenti di uno o più di tali servizi digitali che sono situati nello Stato membro considerato nel corso di tale periodo d'imposta è superiore a 100 000; il numero di contratti commerciali per la fornitura di servizi digitali che sono conclusi nel corso di tale periodo d'imposta da parte di utenti situati nello Stato membro considerato è superiore a 3 000.

⁵²² In particolare, con l'iniziativa BEPS.

tributo, in quanto quest'ultimo troverà applicazione anche laddove “il numero di utenti di uno o più di tali servizi digitali che sono situati nello Stato membro considerato nel corso di tale periodo d'imposta è superiore a 100 000”, attribuendo così rilevanza anche al numero di utenti⁵²³. Tale ultima circostanza ha tuttavia suscitato diverse critiche, in quanto una parte della dottrina⁵²⁴ la quale ha osservato che non si può attribuire agli utenti del servizio rilevanza tributaria in quanto essi sono soltanto “fruitori passivi” e non compiono alcun atto di volontà in tal senso. Tuttavia, a parere di chi scrive, tale assunto non convince. In primo luogo, tale conclusione non tiene conto dell'effettivo funzionamento di talune piattaforme digitali, la cui rilevanza dipende direttamente dal numero di utenti che ne usufruiscono. Alcune di esse, inoltre, non forniscono direttamente servizi digitali ai propri utenti ma sfruttano i dati di questi ultimi per trarne profitti, e in tale ultimo caso risulta ancor più evidente il nesso tra numero di utenti e rilevanza (economia e di volume) che quella determinata impresa possiede all'interno del mercato. Inoltre, è da evidenziare quanto detto da G. Frasoni⁵²⁵ in merito al concetto di stabile organizzazione con riferimento all'economia digitale, laddove ha paragonato i big data degli utenti ad asset dal valore strategico quale il petrolio o altre risorse naturali, al punto da ritenere che dall'acquisizione dei primi in un determinato territorio dovrebbe derivare la presenza di una stabile organizzazione in un determinato territorio. E tale ultima circostanza dovrebbe prescindere dal volume di ricavi (apparentemente e formalmente) conseguiti, e dunque non essere necessariamente legata al dato fattuale del pagamento effettivamente eseguito

⁵²³ Brauner Y. - Pistone P., Some Comments on the Attribution of Profits to the Digital Permanent Establishment, “in so far as the role of users becomes that of active customers of a digitalized business, attracting at least a portion of such income to the country of the users is, in our view, reasonable”, in Bulletin for international taxation, 2018.

⁵²⁴ Becker J. - Englisch J., Taxing Where Value is Created: What's “User Involvement” Got to Do With It?, in Intertax, 2019.

⁵²⁵ Frasoni, “La proposta estone di una web tax basata sul numero dei clienti: stabile organizzazione virtuale o reale?”, in Riv. dir. Trib.

dall'utente in questione⁵²⁶. In questa direzione, altri autori⁵²⁷ hanno correttamente osservato che questo nuovo asset, i dati degli utenti appunto, rappresentano una nuova forma di ricchezza, peculiare, il cui valore sarebbe difficile da tassare nell'immediato ma dal sicuro valore futuro. Pertanto, si dovrebbe concepire un'imposta di tipo patrimoniale, e non reddituale, da applicare nello stato di residenza dei soggetti i cui dati vengono raccolti e non nello stato della successiva loro monetizzazione. Con riferimento invece alla definizione di servizio digitale, al netto delle molteplici interpretazioni dottrinali del termine, ai fini della Direttiva essa è contenuta all'art. 3⁵²⁸, paragrafo 5. Si segnala, infine, che il Parlamento europeo nel dicembre 2018 ha proposto alcune modifiche da apportare alla Direttiva in esame. Con riferimento a quella "momentanea", l'abbassamento della soglia al di sopra della quale le imprese dovrebbero pagare l'imposta da 50 milioni a 40 milioni di euro e l'ampliamento della base imponibile, con attrazione dei servizi di fornitura di contenuti digitali quali video, audio, giochi o testi, nonché trattamento e vendita di dati raccolti dagli utenti e generati dalle loro attività sulle interfacce digitali; con riferimento alla presenza digitale significativa, è stato proposto un nuovo criterio ai fini della sua determinazione, ossia quando il volume di dati sotto forma di contenuti digitali raccolti dal contribuente in un esercizio fiscale superiore al 10% dei contenuti digitali complessivi memorizzati dal gruppo.

⁵²⁶ Gelosa G., Postal M., Solidoro A., La fiscalità nell'economia digitale. Problematiche e scenari possibili, Documento di Ricerca del Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili pubblicato in data 28 maggio 2018.

⁵²⁷ Carinci A., La fiscalità dell'economia digitale: dalla web tax alla (auspicabile) presa d'atto di nuovi valori da tassare, in "il fisco" n. 47 del 2019.

⁵²⁸ In particolare, essi sono definiti come: a) la fornitura di prodotti digitali in generale, compresi software, loro modifiche e aggiornamenti; i servizi che veicolano o supportano la presenza di un'azienda o di un privato su una rete elettronica, quali un sito o una pagina web; i servizi automaticamente generati da un computer attraverso internet o una rete elettronica, in risposta a dati specifici immessi dal destinatario; la concessione, a titolo oneroso, del diritto di mettere in vendita un bene o un servizio su un sito internet che operi come mercato online, in cui i potenziali acquirenti fanno offerte attraverso un procedimento automatizzato e in cui le parti sono avvertite di una vendita attraverso posta elettronica generata automaticamente da un computer; le offerte forfettarie di servizi internet (Internet service packages, ISP) nelle quali la componente delle telecomunicazioni costituisce un elemento accessorio e subordinato (in altre parole, il forfait va oltre il semplice accesso a internet e comprende altri elementi, quali pagine con contenuto che danno accesso a notizie di attualità, informazioni meteorologiche o turistiche, spazi di gioco, hosting di siti, accessi a dibattiti online, o qualsiasi altro elemento simile); i servizi elencati nell'allegato II.

4.3.4 L'iter normativo della Web Tax in Italia

Come osservato nel capitolo precedente, le iniziative europee sulla c.d. web tax si affiancano a quelle prettamente nazionali, anche se solo alcuni Stati Membri hanno provveduto in tal senso. Tra questi ultimi, l'Italia si è distinta per essere stata tra i primi ad avviare l'iter legislativo per l'inserimento di una norma ad hoc.

La prima proposta in tal senso era stata inserita in un emendamento nella Legge di Stabilità del 2014, ma di tale disposizione è stato disposto prima il rinvio al 1° luglio 2014 e poi la definitiva abrogazione ad opera del d.l. 6 marzo 2014, n. 16.⁵²⁹ Successivamente, con il d.l. 50/2017 si è introdotta una c.d. “web tax transitoria”, la quale però non era una vera e propria imposta quanto piuttosto una procedura di cooperazione tra imprese estere del settore e l'amministrazione finanziaria finalizzata a calcolare in maniera anticipata la misura degli importi dovuti in considerazione dell'attività svolta sul territorio italiano. Si trattava, in sostanza, di una misura “tampona”, nell'attesa che venisse adottata a livello internazionale una soluzione più stabile e omnicomprensiva⁵³⁰. Essa, in sostanza, permetteva ai gruppi multinazionali di definire i debiti pregressi delle proprie stabili organizzazioni in Italia con la possibilità di beneficiare di una serie di agevolazioni quali l'abbattimento delle sanzioni al 50%, la non punibilità del reato di omessa dichiarazione e la possibilità del c.d. adempimento collaborativo a prescindere dal volume d'affari o di ricavi della stabile organizzazione⁵³¹.

Dunque, per avere una vera e propria “imposta” si dovrà attendere la Legge di Bilancio del 2018⁵³², la quale aveva istituito un'imposta sulle transazioni digitali relative a prestazioni di servizi effettuate tramite mezzi elettronici, applicabile

⁵²⁹ Sul punto, Iaselli G. – A. Tomassini, ‘Web-tax’ in cerca di autore, in *Corr. trib.*, 2014, 297

⁵³⁰ Della Valle in *"il fisco"* n. 16 del 2018.

⁵³¹ Santoro S. - Presidente aggiunto del Consiglio di Stato, in *"Diritto e Pratica Tributaria"* n. 2 del 2020.

⁵³² Essa inoltre, ha modificato l'art. 162 TUIR, slegando il concetto di stabile organizzazione da una sede fissa materiale, introducendo una definizione più in linea con la nuova economia digitale.

a partire dal 1 gennaio 2019. L'importanza di una simile iniziativa. Tale imposta si sarebbe dovuta applicare alle imprese che erogano un servizio digitale⁵³³, sia residenti che non, le quali effettuano nel corso dell'anno solare un numero di transazione superiore a 3000 unità, con un aliquota del 3%, anche se alcuni autori hanno sollevato dubbi circa la costituzionalità di tale norma laddove non era prevista con precisione l'esatta portata del termine "prestazioni di servizi effettuate tramite mezzi elettronici"⁵³⁴. L'imposta sarebbe stata prelevata nel momento del pagamento del corrispettivo da parte dei soggetti che usufruiscono del servizio, con successivo obbligo di rivalsa sui soggetti prestatori, ad eccezione del caso in cui i soggetti prestatori avessero indicato, con le formalità previste, di non superare il predetto limite delle 3000 unità di transazioni. Tuttavia, tale imposta non venne mai attuata. Era previsto un decreto ministeriale che ne stabilisse l'esatto perimetro e portata entro il 30 Aprile 2018, ma non fu mai emanato.

Successivamente, con la Legge di bilancio 2019⁵³⁵ venne abrogata la citata "imposta sulle transazioni digitali" e venne istituita la c.d. "imposta sui servizi digitali". Essa si applica a tutti i soggetti, anche non residenti, che prestano servizi digitali ed hanno un ammontare complessivo di ricavi pari o superiore a 750 milioni di euro, di cui almeno 5,5 milioni realizzati nel territorio italiano per prestazione di servizi digitali, e l'aliquota è sempre del 3%. Non risulta difficile cogliere la ratio di una simile disposizione: la capacità economica viene qui ritenuta un indice della capacità di queste grandi imprese di attirare un gran numero di clienti, rappresentando quest'ultimo presupposto necessario affinché tali modelli di business siano redditizi⁵³⁶. Rispetto alla web tax del 2018, i ricavi di riferimento sono considerati per attività di ogni tipo, e non solo quelli concernenti le attività digitali. Inoltre, è chiara l'influenza su tale iniziativa

⁵³³ Ad esclusione dei soggetti che hanno aderito al regime forfettario e dei soggetti che hanno aderito al regime di vantaggio per l'imprenditoria giovanile e lavoratori in mobilità.

⁵³⁴ Tomassini A. , "L'incerta corsa alla tassazione dell'economia digitale", in Corr. Trib., n. 3/2018.

⁵³⁵ L. 30 dicembre 2018, n. 145.

⁵³⁶ Eugenio della Valle in "il fisco" n. 16 del 2018.

legislativa della proposta di Direttiva⁵³⁷ “temporanea” della Commissione europea, la quale emerge con riferimento all’ambito soggettivo della norma, che è quasi coincidente con quella della proposta europea⁵³⁸, e d’altronde alcuni autori hanno interpretato anche tale norma italiana come “temporanea”, nell’attesa sempre di un intervento sovranazionale⁵³⁹. Tale imposta sui servizi digitali è stata poi modificata dalla Legge di Bilancio del 2020, il quale ha sostanzialmente introdotto alcune ipotesi di esclusione dall’applicazione della norma, confermandone il campo applicativo ai ricavi derivanti dalla prestazione di servizi digitali, e ha introdotto il comma 49 bis il quale prevede che “I commi da 35 a 49 sono abrogati dalla data di entrata in vigore delle disposizioni che deriveranno da accordi raggiunti nelle sedi internazionali in materia di tassazione dell’economia digitale”. Per ciò che concerne la localizzazione dei dispositivi che utilizzano un determinato servizio digitale, ai fini dell’applicazione dell’imposta, si utilizzerà il già citato indirizzo IP del dispositivo, o altro sistema di geo localizzazione. Con riferimento invece agli adempimenti che derivano dall’applicazione della norma, la Legge di bilancio 2020 ha previsto che per le società appartenenti al medesimo gruppo la possibilità di delegarli ad una singola società del medesimo, mentre i soggetti privi di stabile organizzazione nel territorio italiano nominare un rappresentante fiscale ai fini dei suddetti adempimenti. Tuttavia, con riferimento al concetto di “gruppo”, è bene evidenziare che non si fornisce una definizione precisa, né tanto meno si fa riferimento alle norme civilistiche analizzate nel primo capitolo, creando così un’inspiegabile vuoto normativo a cui si dovrà porre rimedio in via interpretativa⁵⁴⁰. Infine il tanto atteso provvedimento attuativo è

⁵³⁷ Com (2018) 148 final.

⁵³⁸ In particolare, è prevista l’applicazione nel caso di: veicolazione su un’interfaccia digitale di pubblicità mirata agli utenti della medesima interfaccia; messa a disposizione di un’interfaccia digitale multilaterale, che consente agli utenti di essere in contatto e di interagire tra loro, anche al fine di facilitare la fornitura diretta di beni o servizi; trasmissione di dati raccolti da utenti e generati dall’utilizzo di un’interfaccia digitale.

⁵³⁹ Tomassini - A. Di Dio, “Web tax sui servizi digitali: soluzione transitoria in attesa delle decisioni dell’OCSE”, in *Corr. Trib.*, n. 4/2019.

⁵⁴⁰ In tal senso, Purpura Andrea - Dottorando di ricerca in Scienze economiche, aziendali e giuridiche Università degli Studi di Enna, *Tassazione dell’economia digitale tra lo stallo della comunità internazionale e la necessità di un’armonizzazione fiscale europea*, in *"Diritto e Pratica Tributaria"* n. 5 del 2019.

arrivato il 15 gennaio 2021, da parte del Direttore dell’Agenzia delle Entrate⁵⁴¹, il quale circoscrive l’ambito oggettivo della norma, chiarisce alcuni aspetti tecnici circa il calcolo della base imponibile delle modalità di pagamento del tributo, e soprattutto chiarisce l’esatta portata di alcune definizioni, tra cui è rilevante sicuramente quella di “interfaccia digitale”, intendendosi per tale “qualsiasi *software*, compresi i siti *web* o parte di essi e le applicazioni, anche mobili, accessibili agli utenti attraverso cui sono prestati i servizi digitali dai soggetti passivi dell’imposta”. Da ultima è intervenuta il 23 marzo il 2021 una Circolare dell’Agenzia delle Entrate⁵⁴² che ha ulteriormente chiarito alcuni aspetti della nuova imposta sui servizi digitali. Tra questi ultimi, si evidenzia l’analisi eseguita dall’Agenzia circa i rapporti tra questa nuova imposta e le Convenzioni contro le doppie imposizioni. In particolare, si è sottolineata la sua natura di imposta indiretta e la circostanza che dunque, non rientrando essa nell’ambito applicativo delle suddette convenzioni, l’eventuale assoggettamento dei medesimi ricavi a imposte sui servizi digitali applicate sia dall’Italia sia da altri Stati non attribuisce al soggetto passivo un diritto al riconoscimento del credito d’imposta, pur in presenza di una Convenzione contro le doppie imposizioni.

4.3.5 Le criticità della disciplina italiana sulla web tax

È bene ora operare alcune riflessioni in merito all’iter normativo italiano della web tax, per individuare punti di forza e criticità della relativa disciplina.

Il primo elemento che viene in rilievo è sicuramente il cambio di presupposto soggettivo della norma, consistente nel passaggio da un criterio quantitativo di utenti di un determinato servizio ad un criterio afferente i ricavi dell’impresa. Nel paragrafo precedente, si è visto come diversi autori si siano espressi favorevolmente sul primo criterio, il quale ha sicuramente il pregio di dar rilevanza a fattori quali il valore commerciale dei dati degli utenti e il

⁵⁴¹Provvedimento n. 13185/2021.

⁵⁴² Circolare n. 3 del 23 marzo 2021.

funzionamento effettivo delle piattaforme digitali. Tuttavia non tutta la dottrina è concorde sul punto. Alcuni autori⁵⁴³, ad esempio, sottolineano come applicare tale criterio di imposizione porterebbe a risultati iniqui, per cui ci si troverebbe a tassare imprese di dimensioni minori le quali hanno un maggior numero di utenti con cui intrattengono rapporti di lieve entità economica piuttosto che grandi imprese le quali possiedono un minor numero di utenti ma con un volume complessivo di affari decisamente maggiore. Sulla stessa linea si rileva anche un'altra parte della dottrina⁵⁴⁴, la quale in merito ad un'evenienza simile ha addirittura sollevato dubbi di costituzionalità alla luce di alcune criticità con il criterio di capacità contributiva ex art. 53 Cost. A parere di chi scrive, tale ultima considerazione può risultare coerente solo con riferimento a determinati tipi peculiari di servizi, pertanto una soluzione potrebbe essere quella di differenziare ulteriormente, magari con una norma ad hoc, tra servizi differenti ed evitare simili risultati iniqui. In ogni caso, a prescindere da tali considerazioni, è indiscutibile che, in un'ottica di politica fiscale generale, il criterio legato al numero degli utenti vada a penalizzare le imprese residenti rispetto ai grandi gruppi multinazionali.

Come hanno evidenziato alcuni autori⁵⁴⁵, infatti, se da una parte l'imposta sui servizi digitali potrebbe aiutare a colpire quell'enorme volumi di affari non coperti dalle imposte "tradizionali", potrebbe dall'altra creare uno svantaggio competitivo per le imprese residenti laddove si applicasse il criterio del numero degli utenti. I ricavi dei grandi gruppi internazionali sarebbero così sottoposti in Italia all'imposta in esame, laddove ne ricorrano i presupposti, mentre continuerebbero a scontare un carico fiscale decisamente più basso con riferimento ad altri tipi di imposte semplicemente tramite la localizzazione dei loro asset "fisici" in paesi a fiscalità privilegiata. Al contrario, le imprese residenti subirebbero l'ulteriore aggravio dell'imposta in esame che si aggiungerebbe, tuttavia, al carico fiscale già non indifferente in vigore in Italia.

⁵⁴³ Gabelli M. in "Fiscalità e Commercio Internazionale" n. 3 del 2018.

⁵⁴⁴ Della Valle in "il fisco" n. 16 del 2018.

⁵⁴⁵ Avolio D. e Pezzella D. in "il fisco" n. 6 del 2018.

Alcuni autori⁵⁴⁶, alla luce di tali ultime considerazioni, ritengono che l'aliquota non troppo elevata rappresenti un tentativo del legislatore di mediare tra opposte esigenze, fiscali e delle piccole imprese residenti, ma a parere di chi scrive tale problematiche non sono così dirimenti. Si finirebbe, infatti, per confondere due problematiche differenti, quali la necessità di tassare i ricavi sempre più grandi dell'economia digitale e quello delle differenze tra sistemi fiscali. È innegabile che questi ultimi rappresentino motivo di forti iniquità tributarie, ma non per questo si deve rinunciare a tassare le grandi multinazionali nel breve/medio periodo, con la speranza che nel lungo periodo si possa arrivare a una soluzione condivisa anche a livello internazionale. In questa ultima direzione sembra anche mirare il legislatore italiano, laddove ha previsto all'art. 49 bis che "I commi da 35 a 49 sono abrogati dalla data di entrata in vigore delle disposizioni che deriveranno da accordi raggiunti nelle sedi internazionali in materia di tassazione dell'economia digitale". In tal senso si era espressa anche autorevole dottrina⁵⁴⁷ e, senza dimenticare le premesse fattuali da cui si è partiti in questa analisi, bisogna sottolineare che visto il carattere prettamente transfrontaliero di tali attività essa rappresenta l'unica soluzione soddisfacente al momento⁵⁴⁸.

In ogni caso, a prescindere da quale presupposto soggettivo si decida di applicare, c'è un altro problema che rischia di vanificare gli sforzi fatti in sede legislativa. Come hanno osservato alcuni autori⁵⁴⁹, le grandi imprese potrebbero traslare l'imposta sui servizi digitali sui consumatori finali, azzerando così i costi fiscali che avrebbero dovuto sostenere. Tuttavia, come detto prima, anche questa criticità non è così dirimente, in quanto si rischia di confondere problematiche differenti, e in ogni caso sarà poi il mercato, con le sue tradizionali regole non scritte sulla concorrenza, a riequilibrare la situazione.

⁵⁴⁶ Avolio D. e Pezzella D., op. cit.

⁵⁴⁷ Antonini – Toschetti, Web tax e obsolescenza degli attuali sistemi impositivi, in *Corr. trib.*, 2017.

⁵⁴⁸ Una clausola di questo tipo era stata auspicata anche da Assonime nella nota 15/2020.

⁵⁴⁹ Beatrice Bonini e Giampaolo Galli, La web tax italiana: prospettive e problemi, in *Osservatorio CPI*, 25 gennaio 2020.

Per completare l'analisi, è bene ora operare una riflessione sul c.d. criterio territoriale di attribuzione dei ricavi, con ovvio riferimento alla potestà impositiva degli Stati.

Come si è visto, il criterio per determinare la localizzazione dei dispositivi che utilizzano un determinato servizio digitale, e dunque il luogo dove i profitti vengono generati, è quello del c.d. indirizzo IP. Tuttavia, anche tale criterio non è esente da possibili criticità. In primo luogo, autorevole dottrina⁵⁵⁰ ha evidenziato la necessità per l'amministrazione finanziaria di istituire forme di controllo finalizzate a impedire che gli utenti, tramite la dissimulazione della localizzazione del loro dispositivo, possano comportare un'alterazione dei corretti principi di potestà impositiva derivanti dalla norma in esame. Tale considerazione, a parere di chi scrive, assume valore anche con riferimento a quei casi "genuini" che però potrebbero portare a conseguenza non dissimili. Per meglio comprendere quanto si sta dicendo, è bene osservare come l'indirizzo IP ponga problemi di coordinazione anche con la tutela della privacy degli utenti. Alcuni autori⁵⁵¹ hanno infatti osservato che il Considerando n. 30 del GDPR dispone che "Le persone fisiche possono essere associate a identificativi online prodotti dai dispositivi, dalle applicazioni, dagli strumenti e dai protocolli utilizzati, quali gli indirizzi IP, marcatori temporanei(cookies) o identificativi di altro tipo, quali i tag di identificazione a radiofrequenza. Tali identificativi possono lasciare tracce che, in particolare se combinate con identificativi univoci e altre informazioni ricevute dai server, possono essere utilizzate per creare profili delle persone fisiche e identificarle". Da ciò ne deriva che talune imprese in possesso di "altre informazioni" potrebbero fare un uso indebito dell'indirizzo IP, e a parere di chi scrive le grandi multinazionali rientrano sicuramente tra i soggetti per cui tale rischio sussiste maggiormente. Dunque, è necessario che le imprese oggetto di quest'imposta facciano un uso

⁵⁵⁰ Molinaro G., Si definisce il quadro della tassazione italiana della ricchezza connessa all'economia digitale, in "il fisco" n. 6 del 2021.

⁵⁵¹ Giuseppe Molinaro op. cit.

congruo degli indirizzi IP e che le amministrazioni finanziarie predispongano adeguati strumenti per vigilare su queste dinamiche.

In definitiva, come hanno ironicamente osservato alcuni autori⁵⁵², nel tentativo di abbandonare i vecchi sistemi di attribuzione dei profitti basati su concetti “fisici” (come la presenza dell’impresa in un determinato territorio) al fine di adeguarli al nuovo contesto dell’economia digitale, si è finiti per ricorrere ugualmente ad un criterio di tipo fisico, come la presenza dell’utente in un territorio. Dunque, “si passa così da una territorialità in funzione dell’impresa ad una in funzione del mercato o se si vuole dalla tassazione all’origine a quella di destinazione”⁵⁵³.

⁵⁵² Della Valle E. , L’imposta sui servizi digitali: tanto tuonò che piovve in "il fisco" n. 5 del 2020.

⁵⁵³ Eugenio della Valle, op. cit.

CONCLUSIONI

All'inizio della presente trattazione si erano evidenziate le difficoltà riscontrabili nel ricostruire una disciplina unitaria del fenomeno di gruppo, sia dal punto di vista civilistico che tributario. Con l'intento di riassumere gli esiti più rilevanti conseguiti nel presente elaborato, non può che evidenziarsi in primo luogo come il legislatore italiano e quello europeo, pur condividendo l'infausto risultato di non essere ancora giunti a una descrizione compiuta del fenomeno di gruppo, abbiano affrontato il problema con approcci differenti. Il primo sembra essersi preoccupato maggiormente delle dinamiche di controllo infragruppo, pur tuttavia non sottovalutando la tutela dei terzi, mentre il secondo si è focalizzato su quest'ultimo aspetto, dimostrando però una visione limitata del fenomeno di gruppo e di tutte le sue possibili modalità di manifestazione. È auspicabile, dunque, un'accelerazione normativa su questo fronte, con la consapevolezza che il fenomeno di gruppo continua ad evolversi e ad adattarsi ad una realtà in rapido cambiamento, e che ad oggi non risultano affatto sufficienti gli sforzi normativi eseguiti in questa direzione. Come si è visto, infatti, il gruppo di società è un'entità soggettiva giuridico/economica ormai molto diffusa, ed è uno strumento di aggregazione sempre più utilizzato dalle imprese. E la circostanza per cui non si è ancora arrivati al riconoscimento nel nostro ordinamento (e in quello europeo) del gruppo quale soggetto unitario, capace di superare la soggettività delle singole società appartenenti al gruppo stesso, crea tensioni anche dal punto di vista tributario. Infatti, da ciò deriva che anche su un piano fiscale manchi questo tipo di nozione giuridica, risultando dunque difficile poter ipotizzare un nuovo tipo di soggettività passiva tributaria senza poterla ancorare ad un'entità compiutamente definita dal diritto civile vigente. Tuttavia, tale mancanza non ha impedito al legislatore tributario di inserire negli ultimi anni una serie di strumenti a disposizione della Holding e delle controllate che hanno reso la costituzione di un gruppo una scelta molto conveniente. Si fa riferimento, ad esempio, all'istituto del consolidato nazionale, o a quello del Gruppo IVA. Tali soluzioni, come si è detto, sono state

frutto di talune spinte sovranazionali, e hanno consentito un maggior allineamento tra il sistema fiscale italiano e quello dei più importanti paesi membri dell'Unione Europea, che già disponevano di una normativa riguardo la tassazione di gruppo. E questo fattore si rileva determinante non solo in tema di "modernità" di un sistema rispetto ad un altro, ma è decisivo anche nelle valutazioni delle grandi multinazionali con riferimento all'allocazione delle loro risorse, che dunque sono più invogliate a investire nell'Italia. La dinamica appena trattata è rinvenibile anche nel sistema unionale, laddove negli ultimi anni si rilevano diverse misure normative volte ad armonizzare le disposizioni nazionali in tema di tassazione di talune operazioni di gruppo. È indubbio, infatti, che la creazione di un mercato unico senza barriere all'interno dei territori UE è condizione imprescindibile ai fini dell'integrazione politica ed economica, e risulta pertanto indispensabile disciplinare adeguatamente fenomeni dal carattere prettamente transfrontaliero come talune operazioni infragruppo quali il pagamento di dividendi, interessi e royalties.

Tuttavia, nell'elaborare misure volte all'armonizzazione delle legislazioni nazionali, il legislatore europeo sembra non aver trascurato la lotta alle misure di contrasto delle politiche fiscali aggressive, volte a sfruttare le differenze tra i diversi sistemi tributari nazionali al fine di sopportare un minore carico impositivo. In particolare, tale obiettivo si sta perseguendo dapprima con l'approvazione della Direttiva ATAD, e poi con le proposte, attualmente in discussione, di una CCCTB e di una web tax europea. In tal senso, anche la CGUE sta svolgendo un ruolo determinante, grazie alle sue decisioni che "razionalizzano" e "riordinano" una disciplina europea che, per quanto ben concepita, necessita di interventi per evitare di subire distorsioni dovute ai diversi recepimenti nazionali. Emblematici, in tal senso, i c.d. Casi Danesi.

Nel contesto appena delineato, negli ultimi anni è poi subentrato il tema della c.d. digital economy, che ha creato problemi ai legislatori tributari di tutto il mondo. In particolare, tale problematica tocca da vicino il fenomeno dei gruppi societari, poiché sono proprio questi ultimi ad operare in maniera rilevante in

questo nuovo settore economico. Non è un caso, infatti, che le principali misure fiscali fin'ora introdotte sul tema siano destinate principalmente ai gruppi societari.

Sarà dunque compito del legislatore, nel prossimo futuro, risolvere le problematiche ancora irrisolte del fenomeno di gruppo, sia dal punto di vista della costruzione di una nozione unitaria, sia dal punto di vista delle questioni tributarie, ed offrire una risposta coerente e che tenga conto di tutte le criticità appena descritte non sarà facile. Come si è visto, a parere di chi scrive sono necessarie due condizioni per poter adeguatamente intervenire: in primis, un approccio non prettamente politico, ma multidisciplinare, con la creazione di un tavolo di confronto che preveda esperti di ogni settore coinvolto, perché nessuna branca del mondo giuridico può risolvere tale problema in maniera autonoma; in secondo luogo, una revisione periodica della disciplina con confronti continui e frequenti tra gli esperti, snellendo la burocrazia e velocizzando i processi normativi. Non vi è dubbio che un simile approccio risulterebbe decisamente innovativo per l'attuale sistema normativo, nazionale ed europeo, ma a parere di chi scrive il nodo cruciale spesso non è offrire risposte giuste, ma porsi le domande giuste. Se ci si domanda, infatti, se la soluzione appena prospettata, con uno snellimento delle procedure e il coinvolgimento di soggetti non appartenenti al mondo politico, rischierebbe di portare limitazioni di sovranità, la risposta è affermativa. Ma la domanda corretta da porsi, probabilmente, è se ha ancora senso preoccuparsi di concetti quali "sovranità nazionale" con riferimento a fenomeni così transnazionali (o per meglio dire globali) che nessun legislatore nazionale può gestire autonomamente.

BIBLIOGRAFIA

- Aigner H-J., Scheurle U., Stefaner M., General report, pp. 15-62, in LANG, M. (a cura di), CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law EUCOTAX Series on European Taxation, Kluwer Law International, 2004.
- Albano G. e Marani M., Nuove CFC senza obbligo di interpello preventivo, in Corriere tributario, 2015.
- Aloisi Barbara e Carabellese Piermauro, Il consolidato fiscale in Germania, Olanda, Spagna e Regno Unito, in "Corriere tributario" n. 45, 2002.
- Antonini Massimo e Raul-Angelo Papotti in "Corriere Tributario" n. 4 del 2019.
- Antonini – Toschetti, Web tax e obsolescenza degli attuali sistemi impositivi, in Corr. trib., 2017.
- Arnold and P. Dibout, “Limits of the use of low-tax regimes by multinational business”, 2001.
- Artina Raffaele, Dalmaggioni Mascia, in "Pratica fiscale e professionale" n. 41 del 2007.
- Attardi, Gruppo IVA: regime delle responsabilità, in "il fisco" n. 26 del 2018.
- Avi Yonah V., International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime, Cambridge University Press, 2007.
- Avi yonah – Sartori - Marian, International Income Taxation, 2011.
- Avolio D. e Pezzella D. in "il fisco" n. 6 del 2018.
- Bader, R.G., CFC Legislation in the European Union and the Alternative CSC Concept, tesi di dottorato presso l'Università di Tilburg, 2012.

- Bagarotto E. M., La disciplina in materia di controlled foreign companies alla luce delle modifiche apportate dalla legge di stabilità 2016 e nell'attesa dell'attuazione della "Direttiva anti-beps", in *Diritto e pratica tributaria*, 2017.
- Ballancin A., Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere controllate: profili ricostruttivi nella crisi dei paradigmi impositivi tradizionali, in C. Sacchetto (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, CEDAM, 2016.
- Bartolomucci S., L'ambito soggettivo di applicazione della controlled foreign companies legislation, alcune problematiche interpretative ed applicative della norma, *Il Fisco*, 2002.
- Becker J. - Englisch J., Taxing Where Value is Created: What's "User Involvement" Got to Do With It?, in *Intertax*, 2019.
- Beghin M., Le opportunità del consolidato nazionale nella nuova imposta sulle società, in *Corriere tributario*, n°28/2003, pag. 2281.
- Beghin M., Il consolidato nazionale, in F. TESAURO (a cura di), *Imposta sul reddito delle società*, Bologna, 2007, pp. 656-659.
- Beghin M., L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto, CEDAM, Padova, 2013.
- Beghin M., La revisione del bilancio nella disciplina del "consolidato mondiale": profili funzionali e aspetti problematici della bozza di testo unico predisposta dal Ministero dell'economia e delle finanze, in *Riv. Dir. Trib.*, 2003.
- Beghin M., Note minime a proposito dell'interpello nella disciplina del c.d. "consolidato mondiale, 1287.
- Benedetto A., IVA di gruppo: l'opzione trova spazio nel nuovo mod. IVA 2017, in "Pratica fiscale e professionale" n. 8 del 2017.
- Bonarelli Piero in "Fiscalità Internazionale" n. 4 del 2005.

- Bonelli, Conflitto di interesse nei gruppi di società, in Giur. comm., 1992.
- Bottero S., in "Pratica Fiscale e Professionale" n. 41, 2019.
- Brauner Y. - Pistone P., Some Comments on the Attribution of Profits to the Digital Permanent Establishment, “in so far as the role of users becomes that of active customers of a digitalized business, attracting at least a portion of such income to the country of the users is, in our view, reasonable”, in Bulletin for international taxation, 2018.
- Buonocore, Manuale di diritto commerciale, 2005.
- Burelli, Art. 130, in AA.VV., Commentario breve alle leggi tributarie, cit., III, pag. 71.
- Campobasso, Diritto commerciale, nona edizione.
- Canè Daniele, La proposta di Direttiva per una CCCTB: una analisi per principi, Rassegna Tributaria 6/2012.
- Carinci A., La fiscalità dell’economia digitale: dalla web tax alla (auspicabile) presa d’atto di nuovi valori da tassare, in "il fisco" n. 47 del 2019.
- Cassandro, I gruppi aziendali, Bari, Cacucci, 1988.
- Cassazione, ordinanza n. 19991 del 27 luglio 2018
- Cassazione, sentenza del 27 novembre 2003, n. 18113.
- Cassazione, sentenza del 29 agosto 2007, n. 18219.
- Cass. Civile, Sez. Trib., Sent. 5 agosto 2015, n. 16399.
- Cassazione, sentenza del 18 settembre 2015, n. 18392.
- Cassazione, sentenza del 16 dicembre 2015, n. 25281.
- Cassazione, sez. V, sentenza del 22 aprile 2016, n. 8130.

- Cassazione, sentenza del 25 giugno 2019, n. 16948.
- Cassazione, Sez. Trib, sentenza del 13 febbraio 2020, n. 3598.
- Cassazione, sentenza del 30 luglio 2020, n. 16366.
- Celli-Paoloni, Dall'economia d'azienda all'economia dei gruppi aziendali, Torino, Giappichelli, 370 ss.
- Ceriana, L'interpello nella disciplina del consolidato nazionale, in Corr. Trib., 2004.
- CGUE, causa C-6/64.
- CGUE, Causa C-81/87.
- CGUE, cause riunite C-283/94, C-291/94 e C-292/94.
- CGUE, causa C-255/02.
- CGUE causa C-196/04.
- CGUE, causa C-425/06.
- CGUE, cause riunite C-338/08 e C-339/08.
- CGUE, causa C-397/09.
- CGUE, causa C-371/10.
- CGUE, causa C-480/10.
- CGUE, causa C-85-11 e C-86/11.
- CGUE, causa C-371/11.
- CGUE, causa C-47/12.
- CGUE, cause C-39/13, C-40/13 e C-41/13.
- CGUE, causa C-448/15.

- CGUE, causa C-605/15.
- CGUE, causa C-14/16
- CGUE, cause riunite C-116/16 e C-117/16.
- CGUE, Causa C-405/18.
- CGUE, causa C-558/19, Pizzarotti & C.
- Cipollina S., “I redditi nomadi delle società multinazionali nell’economia globalizzata“, Rivista di Diritto Finanziario e Scienze delle Finanze, n. 1, Giuffrè, 2014.
- Circolare Assonime n. 65 del 18 dicembre 2000.
- Circolare Assonime n. 67 del 31 ottobre 2007.
- Circolare Assonime n. 33 del 17 dicembre 2014.
- Circolare Assonime, n.19/2018.
- Circolare Assonime n. 16/2021.
- Circolare Consorzio studi e ricerche fiscali del Gruppo Intesa San Paolo del 12 ottobre 2016, n.3.
- Circolare dell’Agenzia delle Entrate del 16 novembre 2000, n. 207/E.
- Circolare dell’Agenzia delle Entrate del 20 dicembre 2004, n. 53/E.
- Circolare dell’Agenzia delle Entrate 16 marzo 2005, n. 10/E.
- Circolare dell’Agenzia delle Entrate del 2008, n. 47/E.
- Circolare dell’Agenzia delle Entrate del 4 agosto 2016, n. 35/E.
- Circolare dell’Agenzia delle Entrate del 26 settembre 2016, n. 40/E.
- Circolare dell’Agenzia delle Entrate n. 19/E/2018.

- Circolare dell’Agenzia delle Entrate del 23 marzo 2021, n. 3.
- Committeri Gian Marco - Scifoni Gianfilippo in "Corriere tributario" n. 8 del 2005.
- Conclusioni dell’avvocato generale L.A. Geelhoed, 29 giugno 2006, nella causa presso la Corte di giustizia, C-524/04 e dell’avvocato generale J. Kokott, 12 maggio 2016, nella causa C-593/14, Masco Denmark.
- Confindustria, Pacchetto fiscalità delle imprese: Le novità della Commissione, 2016.
- Coppola P., Il fisco come leva ed acceleratore delle politiche di sviluppo, 2016.
- Cordeiro Guerra R., Riflessioni critiche e spunti sistematici sulla introducenda disciplina delle controlled foreign companies (art. 127-bis del TUIR), in Rassegna tributaria.
- Corderiro Guerra, “La disciplina del transfer price nell’ordinamento Italiano”, in Riv. Dir. Trib., 2000.
- D’Abruzzo, Il consolidato fiscale nel progetto di riforma», in Amministrazione & Finanza, n. 24/2002, p. 13.
- D’Alfonso Gianluigi, La Finanziaria 2008 interviene sul consolidato fiscale in "A&F" n. 3 del 2008.
- D’Alfonso F., La disciplina del Gruppo IVA, in "L’IVA" n. 11 del 2019.
- Debelva / Luts, The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive, ET 2015.
- De capitani G. e Dal Col M., Le nuove CFC: questioni aperte alla luce della recente evoluzione normativa e amministrativa, in Fiscalità e commercio internazionale, 2017.
- De Graaf/Visser, ATA Directive: Some observation regarding formal aspects, EC Tax Rev., 2016.
- De Petris, Rivista dei Dottori Commercialisti, fasc.4, 1 AGOSTO 2020, pag. 642.

- Del Federico, “Le nuove forme di tassazione della digital economy ed i limiti delle scelte legislative nazionali: la prospettiva italiana ed europea”, in Glendi– Corasanti– Del Federico a cura di), Per un nuovo ordine tributario, Tomo I, Cedam, 2019.
- Del Federico, “Digital economy e nuove forme di tassazione”, in L. Del Federico - C. Ricci (a cura di) Le nuove forme di tassazione della digital economy - Analisi, proposte e materiali per il dibattito politico e istituzionale, 2015.
- Della Valle E., Il transfer price nel sistema di imposizione sul reddito, in Riv. dir. trib. I, 2009.
- Della Valle, G. Melis, “Possono essere ripresi a tassazione gli interessi relativi ad un finanziamento infruttifero erogato a consociate estere comunitarie”, in Dir. Prat. Trib. Int., 2007, 2, 509.
- Della Valle in "il fisco" n. 16 del 2018.
- Della Valle E. , L'imposta sui servizi digitali: tanto tuonò che piovve in "il fisco" n. 5 del 2020.
- Della Rovere Antonella e Francesca Pecorari, Verso una base imponibile comune consolidata per le imprese UE, in "il fisco" n. 18 del 2018.
- Della Rovere, Pecorari, Valente, Nuova disciplina dell'exit tax: estensione dell'ambito applicativo e richiamo al valore di mercato, in "il fisco" n. 4 del 2019.
- Di felice – E. M. Simoncelli, La regolamentazione dei rapporti tra le società aderenti al consolidato nazionale: il contratto di consolidamento, in Riv. Dott. Comm., 2004.
- Di Stefano e Andrea Porcarell Le nuove disposizioni in tema di exit tax, in "Amministrazione e Finanza" n. 3 del 2019.
- Di Tanno T., Web Tax provvisoria ma inevitabile, in “Il Sole 24 Ore”, 16 aprile 2019.
- Di Tanno, La Web Tax Europea, p-2, 2018.

- Dimitar Hristov, “Introduction to European Tax Law on Direct Taxation”, Lang Pistone, Sixth Edition.
- Distaso / Russo, The EC Interest and Royalties Directive - A comment, ET 2004.
- Docclo, The European Union.s Ambition to Harmonize Rules to Counter the Abuse of Member State ‘s Disparate Tax Legislation, 2017.
- Dominici Christian e Tavoletti Ernesto, Gruppi multinazionali: effetti della scelta del consolidato mondiale, in "Azienda & Fisco" n. 14 del 2005.
- Dragonetti A., Valerio Piacentini, Anna Sfondrini, 2004, "Manuale di fiscalità Internazionale", IPSOA, 2019.
- Drazèn Rakìc, Imposizione Diretta: Imposte sulle persone fisiche e sulle società. Note tematiche sull’Unione Europea, 2019.
- ECOFIN, conclusioni del 5 dicembre 2017.
- Fagarazzi Andrea, Il consolidato fiscale mondiale in "Pratica contabile" n. 2 del 2004.
- Fantozzi, A. La ricerca “modelli di tassazione delle società e allargamento dell’unione europea”: metodo di Indagine, ”in economia italiana” n.2, 2007.
- Fargas M., Consequences of the Implementation of the CCCTB Regime on EU Member States Tax Collection: Will CCCTB Have a Dramatic or Only a Severe Effect on Public Finances?, in “Intertax”, 38, 2010.
- Falsitta, Manuale di diritto tributario, parte speciale, Padova 2014, Cedam.
- F. Ferrara, La teoria giuridica dell’azienda, Firenze, 1945.
- Ficari V., «Prime osservazioni su programma imprenditoriale di gruppo e consolidato fiscale nel disegno di legge delega per la riforma tributaria», in Boll. Trib., n. 7/2003.
- Fiorelli C., www.europeiunite.eu , “il consiglio approva la clausola antiabuso per i gruppi societari” .

- Fondazione Bruno Visentini, consultazione dell’Agenzia delle sulla Proposta di Direttiva in esame, 2018.
- Fondazione nazionale commercialisti, La fiscalità dell’economia digitale . Problematiche e scenari possibili, 2018.
- Florestano Funari in "Le Società" n. 5 del 2005, pag. 636.
- Frasoni, “La proposta estone di una web tax basata sul numero dei clienti: stabile organizzazione virtuale o reale?”, in Riv. dir. Trib.
- G. Tablet, M. Greggi, La disciplina delle c.d. “Società controllate e collegate estere” nell’ordinamento italiano, in Studi tributari europei, 2014.
- Gabelli M. in "Fiscalità e Commercio Internazionale" n. 3 del 2018.
- Galgano, I gruppi di società, Utet, 2001.
- Galgano e Sbisà, Direzione e coordinamento di società, in Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano a cura di De Nova, Libro quinto.
- Galimberti I A., La Web Tax al 3% colpisce i grandi intermediari, in “Il Sole 24 Ore”, 18 ottobre 2019.
- Galli G. - Boccadutri S., Web tax, la proposta UE è un passo avanti ma ancora troppi limiti, in “Sole24 Ore”, 2018.
- Gallo, La soggettività tributaria nel pensiero di G.A. MICHELI, in Rass. Trib. n. 3 del 2009.
- Gambino, Responsabilità amministrativa nei gruppi societari, in Giur. comm., 1993.
- Garbarino, Manuale di tassazione internazionale, p. 1107.
- Garbarino, Consolidato mondiale, 2012.

- Garbarino Carlo, Rapporti del consolidato mondiale con il consolidato nazionale e il regime di trasparenza, in "Corriere tributario" n. 24 del 2006.
- Garcea A., Exit ed entry tax: i componenti reddituali soggetti al principio di cassa in "Corriere Tributario" n. 4, 2020.
- Garcia Prats, Application of the Parent.-Subsidiary to Permanent Establishment, ET 1995.
- Gasparri T., Stati sovrani e imprese multinazionali alla sfida del fisco, tra sostanza e trasparenza, in "www.fiscoequo.it", 19 ottobre 2017.
- Gelosa G., Postal M., Solidoro A., La fiscalità nell'economia digitale. Problematiche e scenari possibili, Documento di Ricerca del Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili pubblicato in data 28 maggio 2018.
- Germani A., "Exit tax senza sospensione per la società che lascia l'Italia", in "Il focus del Sole", inserto de Il sole 24 ore, 2019.vc
- Ghiselli, L'interpello nella disciplina del consolidato mondiale, in Boll. Trib., 2004.
- Giancola B., Il Gruppo Iva, pag. 38, 2018.
- Giurisprudenza Commerciale, fasc.5, 2014, pag. 979 Autori: Ludovico G. Rossi.
- Giuseppe Settanni e Manuela Ruggi, Giurisprudenza Commerciale, fasc.2, 1 APRILE 2019, pag. 245.
- Grandinetti, L'IVA di gruppo tra esigenze di armonizzazione europea e profili di diritto interno, in Rass. Trib. N. 4 del 2012.
- Grandinetti M., I principi di derivazione dell'IRES, CEDAM, 2016.
- Grundmann, European Company Law. Organization, Finance and Capital Markets, 2nd ed., Intersentia, Cambridge, 2012.

- Guelfi – Giacosa, *Le aziende della net economy*, 2003.
- Iaia R., *The “interest limitation rule” della direttiva anti elusione,*, in *"Diritto e Pratica Tributaria"* n. 6 del 2018, pag. 2455.
- Iannaccone A., *Abuso della Direttiva Madri-Figlie: giro di vite della Corte di Giustizia*, in *"GT - Rivista di Giurisprudenza Tributaria"* n. 4 del 2019.
- Iaselli G. – A. Tomassini, *‘Web-tax’ in cerca di autore*, in *Corr. trib.*, 2014.
- IMF, *Policy Papers*, 2018.
- Ingraio G., *La riforma dell’IRES e la legislazione sulle Controlled Foreign Companies*, in Beghin M. (a cura di), *Saggi sulla riforma dell’Ires. Dalla relazione Biasco alla Finanziaria 2008. Quaderni della Rivista di Diritto Tributario*, Milano, 2008.
- Ingraio, *In tema di tassazione dei gruppi d’imprese ex dlgs 12 dicembre 2003*, n. 344, *istitutivo dell’IRES*, in *Rass. trib.*, n. 2/2004, p. 569.
- *Intervento del Commissario UE P. Moscovici*, in *Il Sole-24 Ore* del 23 ottobre 2015.
- *Intervento del DG della Commissione UE alla competizione J. Laitenberger nella conferenza tenuta a Bruxelles il 10 ottobre 2017.*
- Irace, *Direzione e coordinamento di società*, in *La riforma delle società* (a cura di) Sandulli e Santoro, Torino, 2003.
- Izzo b. *“Il requisito del controllo rilevante per l’accesso al consolidato”* *Corriere tributario* n.43 del 2009.
- Izzo B. in *"Corriere tributario"* n. 2 del 2010.
- Lamandini, *“Il controllo”*, 1995.
- Lang Pistone, *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation, Sixth Edition*, 2020.

- Lauri M., Fabio Lonardo , "Problematiche fiscali del Mercato Unico Europeo", Cerardi. 1990.
- Lenaerts / Gutiérrez-Fons, The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law, Common market law review 47/6, 2010.
- Lenzi, Stevnato, Lupi, Le perdite di consociate estere nell'IRES: il consolidato mondiale e il principio "all in, all out", in Dial. Dir. Trib., 2004.
- Leo, Le imposte sui redditi nel testo unico, Milano, 2011, Tomo II.
- Leo, in "La tassazione dell'economia digitale sulle due sponde dell'Atlantico: spunti di riflessione dalla circolare Assonime", in il fisco, 2018, n. 37
- Leone M., XXIX Congresso Nazionale, Movimento federalista europeo, 2019.
- Livia Salvini, Diritto tributario delle Attività economiche, 2019.
- Lo Cascio, "Il nuovo diritto societario", Giuffrè, 2012.
- Lovisolo, Gruppo di imprese e imposizione tributaria, Padova, 1985, pp. 4-5.
- Maccuro D., Consolidato nazionale e transfer pricing domestico, in Fiscooggi, rivista telematica, 2005.
- Madec A., "La clause de bénéficiaire effectif à la lumière de la révision 2014 des commentaires OCDE", in Revue de Droit Fiscal, n. 47/2014.
- Maisto, Profili internazionalistici dell'imposizione delle imprese nella delega per la riforma tributaria, in Riv. Dir. Trib., 2003.
- Maisto, Controlled Foreign Company Legislation, Corporate Residence and Anti-Hybrid Arrangement Rules, in Bulletin for International Taxation, 2014.
- Marchisio, Rivista di Diritto Tributario, fasc.1, 2014, pag. 89.
- Marino, Brevi note sul trasferimento di sede all'estero, in Dir. Prat. Trib., 1993.

- Marino, Contributo allo studio dei rapporti di gruppo attraverso le relazioni di controllo, in Riv. Dir. Trib., 2004.
- Marongiu, Il consolidato fiscale nazionale tra norme di attuazione, prassi e decreto attuativo, in Dir. Prat. Trib., 2005.
- Marongiu, L'istituto del consolidato fiscale nell'esperienza tedesca dell'Organschaft, in Riv. Dir. Trib., 2004, IV, p. 202.
- Marongiu, La responsabilità per i tributi e per le sanzioni nel consolidato fiscale nazionale, in Tributimpresa, 2004.
- Mastroberti Antonio in "Azienda & Fisco" n. 21 del 2007.
- Mastroberti Raffaele in "Pratica fiscale e professionale" n. 43 del 2016.
- Mayr V., Il “Rapporto Ruding” sull’armonizzazione fiscale nella CEE, in “Corriere Tributario”, n. 30.
- Miele, Russo, “La exit tax ‘perde’ la sospensione del prelievo sulle plusvalenze”, in Corriere Tributario n. 36, 2018.
- Miele, Sura, Bontempo, Fabi, Bilancio e Reddito d’impresa, 2020.
- Mignoli, Interesse di gruppo e società a sovranità limitata, in Contratto e impresa, 1986.
- Miraulo A., Doppia imposizione internazionale, Giuffrè Editore, Milano, 1990.
- Molinaro G., Si definisce il quadro della tassazione italiana della ricchezza connessa all’economia digitale, in "il fisco" n. 6 del 2021.
- Montalenti, Sociedades cotizadas, mercados financieros y relaciones con los inversores, 2015.
- Moratti S., Riv. dir. fin., fasc.2, 2008, pag. 241.

- Moretti M., Controlled foreign companies: alcune riflessioni di carattere sistematico alla luce delle modifiche introdotte dal decreto internazionalizzazione e dalla legge di stabilità 2016, in *Diritto e pratica tributaria internazionale* 2017.
- Morri S. e Guarino S., CFC e libertà di stabilimento tra normativa italiana e garanzie europee, in *Corriere tributario*, 2016, 32/33.
- Munin N. , Tax in Troubled Time: Is It the Time for a Common Corporate Tax Base in the EU?, in *EC Tax Review*, 2011.
- Nadalutti M. - Zanardi S., Web Tax con versamento unico e imponibile legato agli utenti, in “*Il Sole 24 Ore*”, 18 novembre 2019.
- Nota Assonime 13/2020.
- Nota Assonime 6/2019.
- Nota Assonime 15/2017.
- Note e Studi n. 15 del 2009, Commenti in relazione all’articolo 13 del D.L. 1° luglio 2009, n.78, Osservazioni del tavolo interassociativo Abi - Ania - Assonime – Confindustria.
- Nussi, Trasferimento della sede e mutamento della residenza fiscale: spunti in tema di stabile organizzazione e regime dei beni d’impresa, in *Rass. Trib.*, 1996
- OCSE, “Harmful tax competition: an emerging global issue”, Parigi, 1999.
- OCSE, Model Tax Convention (ultima edizione, 21 novembre 2017), Commentario all’art. 11, paragrafo 9.1.
- OCSE, OECD Digital Economy Outlook, OECD Publishing, Paris, 2015.
- OCSE, documento “addressing the tax challenges of the digitalisation of the economy”, 2019.

- OCSE, Report OECD, Electronic Commerce: the challenge to tax Authorities and Taxpayers, Ottawa, 1998.
- OIC, Documento 05-2006, n. I2, par. 1.2.1.
- Onida, Le dimensioni del capitale d'impresa, Milano, Giuffrè, 1939.
- Padovani, “Web tax: quadro del dibattito internazionale e possibili scenari”, in Corr. Trib., n. 4/2018.
- Paganuzzi, La CFC legislation, pp. 343-364, in Sacchetto C. (a cura di), Principi di diritto europeo e internazionale, Giappichelli.
- Palestini Stefano, 2017. Tassazione diretta e indiretta della digital economy. Amministrazione e finanza, n.10. IPSOA.
- Papotti R. e Zorzi G., La detrazione delle imposte assolte all'estero dalle CFC, in Corriere tributario, 2017, 39.
- Pellicchia M., Rivista di Diritto tributario (supplemento online), 2020.
- Pepe F., Dal diritto tributario alla diplomazia fiscale. Prospettive di regolazione giuridica delle relazioni fiscali internazionali, 2020.
- Perrone A., Tax competition e giustizia sociale nell'unione europea, 2019.
- Pessina C., Bollo C., Riforma fiscale. Alcuni aspetti del consolidato nazionale, in Il fisco, n°43/2003.
- Picolli A., Il consolidato fiscale nazionale, seconda edizione, in I quaderni della scuola di alta formazione, pag. 70.
- Pistone P. , Double Taxation: Selected Issues of Compatibility with European Law, Multilateral Tax Treaties and CCCTB, in AA.VV., Double Taxation within the European Union, Kluwer Law International, Series on international taxation, 2010.
- Procopio M., Il sistema tributario italiano, Tomo II, Parte Speciale, 2018.

- Purpura Andrea - Dottorando di ricerca in Scienze economiche, aziendali e giuridiche Università degli Studi di Enna , Tassazione dell'economia digitale tra lo stallo della comunità internazionale e la necessità di un'armonizzazione fiscale europea, in "Diritto e Pratica Tributaria" n. 5 del 2019.
- Relazione finale della Commissione di Studio sulla imposizione fiscale sulle società”, (c.d. Commissione Biasco), parte II, Cap. 3, par. 2.9.
- Relazione illustrativa al D.Lgs. n. 344/2003.
- Relazione tecnica al decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50.
- Risoluzione dell’Agenzia delle Entrate 12 agosto 2005, n. 123.
- Risoluzione 15 marzo 2007, n. 52/E dell’Agenzia delle Entrate.
- Risoluzione dell’Agenzia delle Entrate 27 agosto 2009, n. 240.
- Risoluzione dell’Agenzia delle Entrate del 2019, n.88.
- Rizzardi, L’exit tax nel vicolo cieco della mancanza di regole comuni, in Corriere tributario n.21, 2013.
- Roccatagliata, Diritto tributario comunitario, in UCKMAR, Diritto tributario internazionale, coordinato da, CEDAM, 2005.
- Romano B., Imponibile unico Ue obbligatorio sopra i 750 milioni, in “il Sole 24 Ore” Norme e Tributi, Edizione del 21 ottobre 2016.
- Romoli - Venturi, Breve storia di quindici anni di lavori nel campo dell’armonizzazione delle imposte delle Comunità economiche europee, in Tributi, 1980.
- Rondinelli, “Il processo di armonizzazione del diritto societario europeo”.
- Ronge, German Tax Reform 2003, in Intertax, 8/9, 2003, p. 281.

- Rossi G. , Se globale è la finanza e non la legge, *IlSole24Ore*, 26 maggio 2013.
- Rossi L., Ficai G., “Modifiche antielusive alla Direttiva Madre Figlia”, *Corriere Tributario*, n. 22, 2015.
- Russo, Exit ed entry tax al restyling: le modifiche post Decreto ATAD, in *Bilancio e reddito d’impresa* n. 3, 2019.
- Russo, Holding: trasferimento di sede all’estero e difficile coordinamento con la pex, in "*Bilancio e reddito d'impresa*" n. 6 del 2017.
- Santoro S. - Presidente aggiunto del Consiglio di Stato, in "*Diritto e Pratica Tributaria*" n. 2 del 2020.
- Saponaro “Scambio di informazioni fiscali nell’Unione europea” Trento, 2012.
- Scardino C., “Clausola anti-abuso nella Direttiva sulle società madri e figlie”, *Fiscalità e Commercio Internazionale*, n. 5, 2015.
- Scardino C. , La UE rilancia la base imponibile consolidata comune per l’imposta sulle società (CCCTB), in "*Fiscalità e Commercio Internazionale*" n. 3 del 2016.
- Scardino C., La Ue rilancia la base imponibile consolidata comune per l’imposta sulle società (CCCTB), *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 3/2016
- Scardino C., Tassazione delle società: verso la base imponibile comunitaria, in www.ipsoa.it, 2018.
- Schiavone, *Reddito di società di capitali*, 2021.
- Scifoni G., Holding intermedia e credito d’imposta indiretto su dividendi di fonte black list, in *Corriere tributario*, 2017.
- Senato della Repubblica, Dossier n. 13.
- Servizi studi del Senato della Repubblica Dossier Europei, Base imponibile comune per l’imposta sulle società: proposte CCTB e CCCTB, 2017 n. 44.

- Simoni F., La determinazione del reddito della controllata estera e gli effetti sul reddito d'impresa del socio residente, p. 5 della relazione al convegno sulle Cfc organizzato da Paradigma a Milano il 30 e 31 maggio 2000.
- Simoni, Il riconoscimento fiscale dei gruppi d'impresa: analisi e confronto dei due modelli previsti dalla riforma Tremonti», in Boll. trib., n. 11/2003, p. 812.
- Sinergia Consulting Group, L'imposta sul reddito delle società, Il Sole 24 Ore, 2004, p. 272.
- Smit, The Anti-Tax-Avoidance Directive (ATAD) in: Terra / Wattel (eds.), European Tax Law, 2019.
- Spengel, Common Corporate Consolidated Tax Base – Don't Forget the Tax Rates, in EC Tax Review, 2007.
- Stancati, Il consolidato mondiale, in AA.VV., Imposta sul reddito delle società (IRES).
- Stevanato D., Controlled Foreign Companies: concetto di controllo ed imputazione del reddito, in Rivista di diritto tributario, 2000.
- Stevanato, Delocalizzazioni produttive e metamorfosi della disciplina CFC: dalla tassazione dei <> alla penalizzazione dei <>, in AA.VV., Lo strumento tributario contro la delocalizzazione produttiva: decreto anticrisi e modifiche alle CFC, in Dialoghi Tributari.
- Stevanato, Il consolidato fiscale nazionale, in AA.VV., La tassazione delle società nella riforma fiscale, cit., Milano, 2004.
- Tapscott D., , The Digital Economy: Promise and Peril of the Age of Networked Intelligence, McGraw Hill, 1996.
- Tenore M., "Introduction to European Tax Law on Direct Taxation", Lang Pistone, Sixth Edition.

- Terzani, Il bilancio consolidato, Torino, Giappichelli, 2015.
- Tesauro, 2013, "Istituzioni di diritto tributario" 2-Parte Speciale nona edizione, UTET giuridica.
- Thömmes / Fuks (eds.), Corporate Tax Law CE, 2004.
- Tinelli, Il "bilancio" consolidato fiscale nazionale nella disciplina dell'IRES, in F. PAPAREILA.
- Tombari, Giur. comm., fasc.1, 2004, pag. 61.
- Tomassini A. in "Dialoghi Tributari" n. 1 del 2010.
- Tomassini A. , "L'incerta corsa alla tassazione dell'economia digitale", in Corr. Trib., n. 3/2018.
- Tomassini A., Colpiti la pubblicità digitale, i social ed i motori di ricerca, in "Il Sole 24 Ore", 16 Gennaio 2019.
- Tomassini - A. Di Dio, "Web tax sui servizi digitali: soluzione transitoria in attesa delle decisioni dell'OCSE", in Corr. Trib., n. 4/2019.
- Tomassini A. - Sandalo A., L'iniziativa della Commissione UE sulla tassazione dell'economia digitale, in Corr. Trib., 2018.
- Tramontana, 1995, "L'economia italiana nella prospettiva del Mercato Unico Europeo", Edizioni scientifiche italiane.
- Turril, Riforma fiscale: disciplina del consolidato mondiale, in Dir. prat. Trib., 2006
- Uckmar, Manuale di Diritto tributario internazionale, 2009
- Valente, Esterovestizione e residenza, Milano, Ipsoa, 2008, 47-48
- Valente, Ires e consolidato: profili nazionali, comunitari e internazionali, in "il fisco" n. 15 del 2004.

- Valente P., *Controlloed foreing Companies*, 2001.
- P. Valente, *Vantaggi fiscali per le società nella proposta di Direttiva UE sulla Base Imponibile Comune*, in "Corriere tributario" n. 16 del 2011.
- Valente P. , *Manuale di Politica Fiscale dell'Unione Europea e degli Organismi Sovranazionali*, Eurilink University Press, Roma, 2017.
- Van Dongen, *Thin capitalization legislation and the UECorporate tax directives*, 2012.
- Tanzi V., *Globalization, technological developments, and the work of fiscal termites*, IMF working paper, 2000.
- Zattoni, *Economia e governo dei gruppi aziendali*, Milano, Egea, 2000, 52 ss.
- Zizzo, *Osservazioni in tema di consolidato nazionale*, in Riv. Dir. Trib., 2004.
- Zucchetti – A. Tardini – O. Lanfranchi, *The Italian 'Web Tax': The New Administrative Procedure for Multinational Enterprises to Disclose Hidden Permanent Establishments in Italy*, in *International Transfer Pricing Journal*, 24 (2017), n. 5.
- Zullo A., *Web tax: una lettera in chiave comunitaria*, in *Corr. Trib.*, 2018.