

Dipartimento
di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Tributario

La tassazione delle multinazionali tra evasione ed elusione: paradisi fiscali e focus sul sistema olandese

Prof. Fabio Marchetti

RELATORE

Prof. Federico Rasi

CORRELATORE

Enrica Ferilli - Matr. n. 149803

CANDIDATO

Anno Accademico 2021/2022

*A mio nonno,
per avermi insegnato la dedizione
e la determinazione.*

“Le radici devono avere fiducia nei fiori”

Maria Zambrano

Indice

Introduzione.....	6
--------------------------	----------

Capitolo 1:

Il disordine normativo nelle definizioni nazionali e internazionali di Stati a fiscalità privilegiata

1.1 La Convenzione OCSE “ <i>International Harmful Tax Competition – An Emerging Global Issue</i> ” del 1988 e la sua evoluzione.....	9
1.2 La ripartizione tra <i>white list</i> , <i>grey list</i> e <i>black list</i> e il ruolo dell’art. 26 del Modello OCSE.....	19
1.3 Il Modello OCSE e il Modello ONU per le convenzioni contro le doppie imposizioni.....	27
1.4 L’impegno dell’OCSE nel contrasto all’erosione della base imponibile: il progetto <i>Base Erosion and Profit Shifting</i>	31
1.5 <i>Blacklist</i> delle giurisdizioni non cooperative ai fini fiscali del Consiglio dell’Unione Europea del 2017 e i suoi aggiornamenti.....	39
1.6 La definizione di regimi fiscali privilegiati nell’ambito delle imposte sui redditi: l’art. 47 bis del T.U.I.R.	45
1.7 Il fenomeno delle <i>Controlled Foreign Companies</i> e la disciplina dell’art. 167 T.U.I.R.	51
1.8 La presunzione di cui all’ art. 2 T.U.I.R. comma 2 bis e il rimando al decreto del Ministro dell’Economia e delle Finanze del 04/05/1999.....	62
1.9 Le società <i>offshore</i> e la presunzione di esterovestizione.....	69

Capitolo 2:

Le principali modalità di elusione ed evasione realizzate mediante società offshore

2.1 <i>Aggressive Tax Planning</i>	76
2.2 Le società di comodo.....	80

2.3 Le operazioni straordinarie.....	85
2.4 Il <i>trust</i>	90
2.5 Il <i>Transfer Pricing</i> e i casi <i>Amazon</i> e <i>Apple</i>	94
2.6 Cenni su IVA e le frodi carosello.....	103

Capitolo 3:

Focus sul sistema fiscale nei Paesi Bassi

3.1 La peculiare situazione all'interno dell'UE di Olanda, Lussemburgo e Irlanda.....	109
3.2 Il <i>Dutch - Irish Double Sandwich</i>	115
3.3 I rapporti bilaterali tra Paesi Bassi e Antille Olandesi nelle strategie di <i>tax planning</i>	120
3.4 Il quadro normativo nei Paesi Bassi e gli aspetti problematici.....	123
3.4.1 Il meccanismo di <i>Participation Exemption</i> (PEX) nel sistema fiscale olandese e la tassazione delle società <i>holding</i>	127
3.4.2 Evoluzioni nell'imposta sui redditi: il meccanismo di trattenuta per dividendi e <i>royalties</i>	134
3.4.3 La tassazione di gruppo e la giurisprudenza europea (<i>Dutch Fiscal Unity</i>)	140
3.4.4 <i>Tax ruling</i> e aiuti di Stato: il celebre caso <i>Starbucks</i>	144
3.5 La disapplicazione dell'art. 17 OCSE e la (non) tassazione di artisti e sportivi	150
3.6 Il recepimento del <i>Multilateral Instrument</i> (MLI)	154
3.7 L'implementazione delle direttive ATAD nel sistema olandese	158

Capitolo 4:

Nuove prospettive

4.1 Le problematiche inerenti alla *digital economy* e le prospettive europee.....164

4.2 La *web tax* nazionale.....169

4.3 Nuove prospettive e *Global Minimum Tax*.....174

Conclusioni181

Bibliografia186

Sitografia.....199

Casistica202

Prassi.....205

Introduzione

La capacità impositiva rappresenta, anche storicamente, uno dei principali strumenti con cui viene esercitata la sovranità nazionale e, come corollario, permette la definizione dei rapporti commerciali a livello internazionale. L'imposizione, sebbene ovunque improntata, almeno a livello teorico, a ragioni di equità, assume connotazioni differenti e discordanti sul piano internazionale, in grado di creare delle vere e proprie "falle di sistema".

In questo contesto, tra le principali nozioni del diritto tributario, vi è la differenza tra evasione ed elusione. Mentre la prima consiste in una diretta ed effettiva violazione della normativa tributaria, con conseguenti sanzioni in ambito amministrativo e penale, la seconda assume un carattere più sfumato, spesso di difficile accertamento, andando a valutare quella che è l'intenzione del contribuente nel porre in essere un determinato atto o transazione. Difatti, qualora il solo (o principale) scopo di tale operazione consiste nel ricevere un (seppur legittimo) vantaggio fiscale, si ha elusione.

Nel momento in cui il soggetto contribuente è costituito da gruppi multinazionali, di fatto vi sono sempre plausibili ragioni economiche che accompagnano le operazioni realizzate, anche se tali ragioni, in concreto, rappresentano dei meri scudi rispetto ad intenti palesemente elusivi.

A questo punto, come si può permettere l'effettiva ed al contempo equa tassazione di questi colossi?

Tale problematica non è nuova per il legislatore fiscale, ma assume una sempre maggiore rilevanza e complessità, nell'ambito di un mutato contesto socioeconomico, in cui il palcoscenico dei traffici giuridici è diventato il *web*. Le transazioni diventano, così, evanescenti ed intangibili, al pari dell'imposizione fiscale sulle stesse.

Vi è, poi, un ulteriore e principale complessità in questi schemi di *tax avoidance* portati avanti dalle multinazionali. Ci si riferisce all'interposizione di soggetti in giurisdizioni con fiscalità agevolata, i c.d. paradisi fiscali.

Il problema, nonché fulcro dell'elaborato, è la corretta individuazione di tali paesi.

Difatti, è innegabile che la capacità impositiva, nonché la scelta dell'aliquota applicabile siano espressioni della sovranità nazionale e, secondo i principi base del diritto costituzionale e del diritto internazionale, gli Stati nell'esercizio della propria sovranità, non vedono limiti, se non quello del rispetto dell'altrui capacità impositiva e del rispetto del principio di capacità contributiva, rappresentato, nel nostro ordinamento, dall'art. 53 della Costituzione.

Se da un lato, quindi, gli Stati sono in linea di principio liberi di perseguire la politica fiscale che ritengono più opportuna, dall'altro, nel fare ciò, non devono essere pregiudicate le ragioni impositive ed economiche degli altri Paesi. Corollario di ciò è certamente il generale divieto di doppia imposizione, perseguito mediante le convenzioni contro le doppie imposizioni, che costituiscono la base della fiscalità internazionale.

Sul punto è fondamentale rilevare, però, come la stessa prefazione al Modello OCSE, il più importante e diffuso modello di trattato fiscale, definisca come tali convenzioni abbiano un duplice scopo: prevenire tanto la doppia imposizione, quanto la doppia non imposizione.

Ancora, è importante rilevare come, se generalmente la potestà impositiva è espressione della sovranità nazionale ed in quanto tale è sottoposta alla discrezionalità del legislatore, nell'ambito dell'Unione Europea gli Stati membri hanno accettato una limitazione di tale sovranità, al fine di realizzare il progetto di armonizzazione sovranazionale.

Questo, però, solo in linea di principio. Nell'ambito della tassazione diretta non c'è alcuna sostanziale uniformità, permettendo, così, l'esistenza di veri e propri paradisi fiscali all'interno dell'Unione.

Ciò rappresenta una contraddizione in termini: l'obiettivo principale del progetto unionale è quello di raggiungere un piano di effettiva concorrenza di mercato. Com'è possibile garantire tale obiettivo, se non sono applicate le stesse condizioni di partenza, rappresentate, per l'appunto, da un medesimo livello impositivo?

Al fronte di tale fallimento del progetto di armonizzazione europea, dettato da ragioni prettamente politiche, si crea un vero e proprio vuoto normativo. Gli Stati membri, vincolati all'implementazione delle direttive, non possono qualificare come paradisi fiscali altri Stati membri, che di fatto perseguono politiche fiscali di corsa al ribasso.

Come conseguenza, non vi è un'unitaria definizione di *tax heavens*, sebbene molteplici fonti in ambito nazionale e sovranazionale qualificano diversamente le varie giurisdizioni, con un approccio limitato e secondo obiettivi contingenti, lasciando spazio ad un vuoto di tutela delle ragioni erariali.

Di fronte al vuoto normativo, i soggetti che ne beneficiano sono le multinazionali, che continuano, così, a rafforzare la propria posizione sul mercato.

Questo elaborato affronterà tali temi, in particolar modo approfondendo la politica fiscale perseguita dai Paesi Bassi, principale "paradiso" dell'Unione, grazie ad un lavoro di ricerca svolto *in loco*, in particolar modo presso l'archivio dell'*Internation Bureau of Fiscal Documentation* (IBFD), sito ad Amsterdam.

Capitolo 1

Il disordine normativo nelle definizioni nazionali e internazionali di Stati a fiscalità privilegiata

1.1 La Convenzione OCSE “*International Harmful Tax Competition – An Emerging Global Issue*” del 1998 e la sua evoluzione

La necessità di un coordinamento a livello sovranazionale in materia fiscale si pone come un’esigenza primaria per i diversi Stati, *in primis* a garanzia del contribuente, al fine di evitare fenomeni di doppia imposizione (e quindi istituendo tramite convenzioni internazionali delle *distributive rules*, norme distributive della capacità impositiva dei diversi Stati).

Un’ulteriore finalità speculare e complementare rispetto al divieto di doppia imposizione è perseguita a livello internazionale nell’interesse primario dell’Erario (e, solo in maniera indiretta del contribuente) e riguarda, invece, la cooperazione internazionale ai fini dell’individuazione dei c.d. “paradisi fiscali”. Tale cooperazione internazionale permette, da un lato, la garanzia per il contribuente di non essere assoggettato a tassazione concorrente di più Stati che vedano come presupposto la stessa ricchezza, dall’altro si scorgono le conseguenze anche macroeconomiche della concorrenza fiscale sleale e, dunque, la necessità di una maggiore e migliore cooperazione internazionale a riguardo.

In particolare, la concorrenza fiscale deve essere definita necessariamente come un fenomeno globale: all’interno di questa cornice i vari Stati mutano costantemente le proprie politiche tributarie per il raggiungimento, oltre ad obiettivi interni, principalmente di un “clima fiscale” per gli investimenti. Un primo passo verso la convergenza

internazionale ai fini fiscali è sicuramente rappresentato dal Rapporto OCSE (OCED) del 1998¹ e dai suoi aggiornamenti.

È necessario, difatti, sottolineare il ruolo (anche storico) di tale organizzazione in proposito. L'OCSE (o OCED: *Organization for Economic Cooperation and Development*) appartiene al novero delle organizzazioni internazionali di settore istituite nell'ambito dell'ONU al fine di operare in specifici ambiti aventi rilevanza internazionale (quali, tra le altre, FAO, UNICEF, WHO, UNESCO). È stata istituita con la Convenzione internazionale di Parigi del 14 dicembre 1960, ratificata con Legge 28 marzo 1962, n. 232, con l'obiettivo di favorire un coordinamento delle varie economie nazionali e, dunque, la creazione di un mercato globale fondato sulla libera concorrenza. Per arrivare a tale obiettivo è, quindi, necessario che siano eliminati gli ostacoli di natura giuridica ed economica alla libertà di circolazione delle merci, dei servizi, dei capitali e dei lavoratori.²

In seno all'OCSE ha acquistato particolare rilevanza l'attività svolta dal *Committee on fiscal affairs* (Comitato per gli affari fiscali)³, istituito

¹ OCSE, "*Harmful tax competition. An emerging global issue*", 1998

² L'OECD (*Organization for Economic and Co-Operation Development*), in italiano OCSE, è un'organizzazione internazionale che attualmente l'OCSE comprende un totale di 36 Paesi e svolge prevalentemente una funzione consultiva per il coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, nonché si occupa della risoluzione di problematiche comuni. La sede centrale dell'OCSE si trova a Parigi, in Francia.

³ Il Comitato Affari Fiscali opera attraverso diversi gruppi e sotto-gruppi di lavoro e si occupa dei più rilevanti aspetti della fiscalità internazionale, tra i quali:

- l'aggiornamento periodico del modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni in materia;
- la raccolta ed elaborazione dei dati relativi alle entrate fiscali e contributive dei Paesi membri;
- la ricerca degli strumenti volti a contrastare la concorrenza fiscale dannosa l'evasione e l'elusione fiscale;
- la liberalizzazione dell'accesso alle informazioni bancarie a fini fiscali;
- la promozione dello scambio di informazioni in materia fiscale;
- la definizione di direttive e linee guida in materia di prezzi di trasferimento di beni e servizi tra imprese

fin dal 1956 (e operante sotto questo nome dal 1971) come commissione speciale delegata ad affrontare l'intreccio dei vari sistemi fiscali a livello internazionale e il modo in cui essi, spesso, interferiscono nei rapporti commerciali. Avendo natura pattizia di convenzione internazionale, si inserisce nel quadro ordinamentale italiano attraverso il primo comma dell'art. 117 della Costituzione,⁴ in cui si prevede espressamente la prevalenza delle norme pattizie su quelle interne di rango legislativo.⁵

Il Rapporto⁶ si propone lo scopo di studiare come i c.d. “paradisi fiscali” e i “regimi fiscali preferenziali dannosi”, globalmente indicati come “pratiche fiscali dannose”, influenzino lo svolgimento e la localizzazione delle attività finanziarie e dei servizi, erodano le basi imponibili degli altri paesi, distorcano i commerci e i modelli di investimento e minino l'equità, la neutralità e la generale accettazione sociale dei sistemi fiscali, come si può leggere nel quarto paragrafo di introduzione al Rapporto⁷.

-
- appartenenti allo stesso gruppo multinazionale situate in Paesi diversi;
 - le elaborazioni di linee guida internazionali in materia d'imposizione indiretta e sui consumi.

⁴ Costituzione Italiana, art. 117 comma 1: “*La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.*”

⁵ Sebbene la clausola di cui all'art. 117, le convenzioni internazionali non hanno automaticamente forza di legge nell'ordinamento, ma è sempre necessario il c.d. ordine di esecuzione: diviene, perciò, esecutiva nel nostro ordinamento solo in seguito a ratifica da parte del Presidente della Repubblica (art. 87) e previa autorizzazione da parte delle Camere (ai sensi dell'art. 80), dal momento che questo tipo di convenzioni comportano di base variazioni di legge e oneri finanziari.

⁶Studio Tributario DLP:
<https://www.studiotributariodlp.it/index.php/avvocato-tributarista/item/265paradisi-fiscali>

- ⁷ Gli obiettivi principali indicati nel Rapporto erano i seguenti:
- Stabilire delle linee guida sui regimi preferenziali dannosi;
 - Istituire un Forum sulle pratiche fiscali dannose;
 - Creare una lista dei paradisi fiscali entro un anno dalla prima seduta del Forum;

Il postulato sulla cui base si sviluppa l'intero studio è che la concorrenza fiscale sleale indebolisca l'economia globale e ponga in discussione la fiducia dei contribuenti nell'integrità dei sistemi fiscali. Si riconoscono, inoltre, i limiti delle misure adottate su base unilaterale o bilaterale: data la multilateralità intrinseca dell'argomento in questione, la concorrenza tributaria non regolamentata interessa necessariamente una pluralità di Stati. Le misure adottate, invece, singolarmente dalle singole giurisdizioni vedono come conseguenza un ulteriore danno all'Erario e, dunque, all'economia dello Stato, dal momento che quest'ultimo sarà visto in maniera meno concorrenziale per gli investimenti di capitale (esteri e non).

Il fine del costante lavoro portato avanti dall'Organizzazione è, quindi, quello di creare un quadro generale comune nell'ambito del quale i paesi possano operare individualmente o collettivamente per porre un freno alle pratiche fiscali dannose di alcune giurisdizioni. L'OCSE rileva come lo studio debba essere collocato nel contesto del ruolo della stessa in un mondo sempre più globalizzato, essendo impossibile scindere il fenomeno in questione da valutazioni propriamente economiche e di politica economica: la progressiva liberalizzazione del commercio e degli investimenti sul piano internazionale è stata la più rilevante forza trainante della crescita economica e del miglioramento del tenore di vita, motivo per cui si deve necessariamente porre l'accento sull'interrelazione tra commercio, investimenti e fiscalità.

Queste considerazioni portarono nel 1998 all'approvazione del Rapporto "*Harmful tax competition. An emerging global issue*" da parte del Consiglio dell'OCSE (con astensione di Svizzera e Lussemburgo), composto da 82 pagine, 19 raccomandazioni e i criteri per l'individuazione dei *tax heavens*. Venne, altresì, incaricato il Comitato Affari Fiscali (CFA)

-
- Definire delle raccomandazioni per poter agire sulle legislazioni nazionali e sugli accordi fiscali.

per il dialogo con i paesi terzi al fine di istituire un *level playing field*.⁸ Da un punto di vista strutturale, difatti, il Rapporto si compone di tre capitoli, articolati in 171 paragrafi.

Il primo capitolo riguarda (titolato "*Competizione fiscale: un fenomeno globale*") le conseguenze negative connesse alla competizione fiscale tra gli Stati, delineando le motivazioni economiche, sociali e politiche alla base del Rapporto.

Il secondo Capitolo ("*Fattori per l'identificazione dei paradisi fiscali e le pratiche fiscali privilegiate dannose*") indica i requisiti per verificare se uno Stato o un territorio possa essere ricompreso nella categoria dei *tax havens* o degli *harmful preferential tax regimes*.

Infine, il terzo Capitolo (titolato "*Reazione alla competizione fiscale dannosa*") contiene un'analitica analisi delle misure e delle iniziative prospettate dall'OCSE, tra cui rientrano anche le Raccomandazioni.

In primis, il Rapporto distingue le *harmful tax practices* in due categorie: *harmful preferential tax regimes* (regimi fiscali preferenziali potenzialmente dannosi) e *tax havens* (veri e propri paradisi fiscali), senza, però, dare alcuna definizione delle due categorie in esame. Tale distinzione assume particolare importanza ai fini dell'applicazione del Rapporto, poiché alcune Raccomandazioni si applicano solo ai paradisi fiscali, mentre le linee-guida si applicano solo ai regimi fiscali preferenziali dannosi.

In tale contesto, i *tax heavens* venivano definiti come giurisdizioni in cui:

⁸ L'idioma *level playing field* (letteralmente "uguaglianza delle condizioni di gioco") si usa per indicare un concetto di equità, non che ogni giocatore abbia le stesse possibilità di successo, ma che tutti giochino secondo le stesse regole. Si intende, quindi, da un punto di vista più propriamente economico, un regime di effettiva concorrenza ed uguaglianza.

- vi è un livello di imposizione sostanzialmente nullo (“*no or only nominal taxes*”)⁹;
- non vi è un effettivo scambio di informazioni con altri Paesi (“*lack of effective exchange of information*”);
- non vi è trasparenza nelle previsioni legislative e prassi amministrative (“*lack of transparency*”)¹⁰;
- i benefici e le agevolazioni fiscali vengono concessi a prescindere dalla verifica sulla genuinità ed effettività dell’attività svolta (“*no substantial activities*”).¹¹

Da tali elementi, la definizione di paradisi fiscali che emerge dal Rapporto del 1998 si basa su due fondamentali valutazioni: il livello impositivo e la cooperazione fiscale.¹² Ciò portò ad un ampio dibattito tra i vari Stati e fu uno degli elementi che condusse ad un parziale ripensamento di detta impostazione nella *black list* del 2000, la quale

⁹ Tale requisito rappresenta di base una condizione necessaria per l’identificazione di ciascun paradiso fiscale. Viene talora considerata come condizione sufficiente nel caso in cui, a livello internazionale, tale Paese sia considerato idoneo a far eludere le tassazioni dei Paesi di origine da parte di soggetti non residenti.

¹⁰ La mancanza di un effettivo scambio di informazioni, così come la mancanza di trasparenza, (indicate rispettivamente al secondo e terzo punto) comportano, tra l’altro, che i paradisi fiscali rappresentino frequentemente una destinazione per flussi di denaro provenienti da attività illegali, quali l’evasione e il riciclaggio (*money laundering*). Tale condizione, risulterà fondamentale ai fini dell’individuazione dei paradisi fiscali secondo la normativa UE (vd par. 1.4 e 1.5), che, difatti, parla di “giurisdizioni non cooperative”.

¹¹ L’assenza di attività sostanziali svolte sul territorio è un indice palese per l’individuazione delle giurisdizioni che cercano di attrarre capitali per motivi esclusivamente fiscali, senza fornire un adeguato ambiente legale e/o commerciale e senza offrire altri vantaggi economici che potrebbero attirare investitori e imprese.

¹² A. Persiani a cura di L. Salvini, “*Diritto Tributario delle Attività Economiche*”, Giappichelli 2019

considera esclusivamente il livello di cooperazione è riconfermata nella tripartizione tra *black list*, *white list* e *grey list* del 2009.¹³

Dall'esegesi del Rapporto, ne deriva che i paradisi fiscali così delineati assolvono principalmente alle funzioni di *money boxes* (scatole per il denaro), di localizzazione di capitali impiegati in investimenti passivi, di imputazione contabile dei *paper profits* (profitti non ancora realizzati) e garantiscono la segretezza bancaria, proteggendo, quindi, i contribuenti dalle autorità fiscali dei paesi d'origine.

Per quanto invece concerne gli *harmful preferential tax regimes*, questi vengono delineati come giurisdizioni che, seppure presentino imposte sul reddito in grado di produrre un elevato gettito fiscale, al loro interno prevedono anche norme agevolative in grado di creare una forma di concorrenza fiscale dannosa, dal momento che sono idonee ad attrarre attività economiche e finanziarie. Si tratta, dunque, di disposizioni aventi carattere preferenziale, che permettono di non applicare le imposte o di

¹³ In un rapporto pubblicato nel 2000, l'OCSE ha identificato un certo numero di giurisdizioni come paradisi fiscali secondo i criteri che aveva stabilito. Tra il 2000 e l'aprile 2002, 31 giurisdizioni hanno preso impegni formali per implementare gli standard di trasparenza e scambio di informazioni dell'OCSE.

Sette giurisdizioni (Andorra, il Principato del Liechtenstein, la Liberia, il Principato di Monaco, la Repubblica delle Isole Marshall, la Repubblica di Nauru e la Repubblica di Vanuatu) non hanno preso impegni per la trasparenza e lo scambio di informazioni in quel momento e sono state identificate nell'aprile 2002 dal Comitato per gli affari fiscali dell'OCSE come paradisi fiscali non cooperativi. Tutte queste giurisdizioni si sono successivamente impegnate e sono state rimosse dalla lista dei paradisi fiscali non cooperativi. Nauru e Vanuatu hanno preso i loro impegni nel 2003 e la Liberia e le Isole Marshall nel 2007.

Nel maggio 2009, la commissione per gli affari fiscali ha deciso di rimuovere tutte e tre le rimanenti giurisdizioni (Andorra, il Principato del Liechtenstein e il Principato di Monaco) dalla lista dei paradisi fiscali non cooperativi alla luce dei loro impegni ad attuare gli standard OCSE di trasparenza e di effettivo scambio di informazioni e il calendario che hanno stabilito per l'attuazione. Di conseguenza, nessuna giurisdizione è attualmente elencata come un paradiso fiscale non cooperativo dalla commissione per gli affari fiscali.

applicarle in misura ridotta a determinati soggetti o in relazione a determinate tipologie di reddito.¹⁴

Non tutti i regimi fiscali preferenziali sono dannosi; a tale proposito, il Rapporto menziona un particolare *test* per giungere a tale qualificazione: allorché vi sia la combinazione di un regime fiscale di esenzione o particolarmente agevolato con uno o più degli altri fattori chiave e, qualora applicabili, di altri (che potremmo definire “elementi complementari”), il regime può qualificarsi come “potenzialmente” dannoso.

Il Rapporto del 1998 segnala quali sono i principali criteri identificativi dei regimi fiscali preferenziali (potenzialmente) dannosi; specificamente menziona, quale elemento fondamentale, la presenza di un regime fiscale di esenzione o particolarmente agevolato, che comporti la presenza di un livello impositivo ridotto o nullo, il quale deve trovarsi combinato con uno o più dei c.d. “fattori chiave” o degli “elementi complementari” individuati dal medesimo Rapporto.¹⁵

I fattori chiave (*key factors*) indicati dal Rapporto sono:

- la presenza di un regime di isolamento *ring-fenced*,¹⁶ attraverso la previsione esplicita o implicita della sua applicabilità ai soli soggetti non residenti o il divieto per i soggetti beneficiari di operare con soggetti residenti;
- la mancanza di un effettivo scambio di informazioni;

¹⁴ Rapporto Nens. 2009

¹⁵ Rapporto Fondazione Luca Pacioli, “*La lotta dell’OCSE alla concorrenza fiscale dannosa dopo il rapporto del 2001: lo stato dell’arte e i possibili sviluppi*, Studio n. 1”, 2002

¹⁶ Per *ring-fencing* si intende l’isolamento, parziale o totale, del regime fiscale privilegiato dal sistema fiscale e dall’economia del Paese che ha istituito tale regime. Il *ring-fencing* può assumere varie forme, ad esempio un Paese potrebbe escludere i suoi residenti dai benefici connessi al regime preferenziale, o potrebbe impedire alle imprese multinazionali che beneficiano di tale regime di operare sul mercato domestico (OCSE, “*Harmful tax competition. An emerging global issue*”, 1998).

- l'assenza di trasparenza nelle procedure amministrative.

Accanto a tali fattori chiave, il Rapporto indica elementi complementari che possono essere d'ausilio nell'identificazione degli *harmful preferential tax regimes*, tra i quali rilevano l'artificiale definizione della base imponibile, la non adesione ai principi internazionali in materia di *transfer pricing*¹⁷, la totale esenzione dei redditi di fonte estera, l'accesso ad un ampio spettro di trattati internazionali contro le doppie imposizioni, la possibilità che le aliquote fiscali o le basi imponibili possano formare oggetto di negoziazione con l'autorità fiscale, l'impenetrabilità del segreto bancario, la promozione del regime fiscale preferenziale come strumento di riduzione delle imposte su base internazionale, l'incoraggiamento di operazioni poste in essere esclusivamente per ragioni fiscali (*tax driven*).

Il Rapporto contiene, altresì, tre gruppi di informazioni: le prime riguardanti le legislazioni nazionali degli Stati, il secondo gruppo riguarda le convenzioni contro le doppie imposizioni ed il terzo, invece, è finalizzato ad intensificare la cooperazione internazionale in materia fiscale.

In seguito all'emanazione del Rapporto in questione, l'OCSE fu invitata a proseguire il suo lavoro in questo ambito, stante la già analizzata e necessaria interrelazione tra fiscalità e scambi commerciali internazionali, e ciò condusse in un primo momento alla creazione di un "Forum sulle Pratiche Fiscali Dannose", il quale ha richiesto a ciascuno Stato membro di svolgere un'autovalutazione dei propri regimi fiscali agevolativi alla luce dei criteri evidenziati nel Rapporto del 1998; in parallelo, venivano svolte verifiche incrociate tra paesi da parte di Gruppo di Studio a ciò designati.

¹⁷ Il *transfer pricing* è una tecnica volta a spostare reddito tra un Paese ed un altro attraverso l'applicazione, nelle operazioni infragruppo, di corrispettivi più elevati o più bassi di quelli che sarebbero fissati tra imprese indipendenti. (vd. par. 2.5)

Quest'opera di raccolta dati e valutazione portò (insieme alle critiche concernenti i criteri identificativi dei *tax heavens*) alla redazione di un ulteriore Rapporto nel 2000. Detto Rapporto, al fine di essere il più completo possibile, ha elencato tutti i regimi fiscali preferenziali che possano essere considerati come “potenzialmente” dannosi: tale qualificazione “è stata attribuita allorché un regime abbia caratteristiche che suggeriscono che lo stesso ha il potenziale per essere una pratica fiscale dannosa, ancorché non sia ancora stato compiuto un accertamento di carattere più generale per determinare se il regime, al di là delle sue potenzialità, è in concreto dannoso”.

Ulteriormente, gli effetti economici indicati nel Rapporto del 1998 non sono Stati verificati e pertanto nel Rapporto del 2000 l'OCSE si riserva di svolgere una selezione per identificare, nell'ambito dei regimi “potenzialmente dannosi”, quelli “effettivamente dannosi” e per assistere gli Stati membri nel modificarli adeguatamente. Si noti come il numero di giurisdizioni che rientrano nella lista dei paradisi fiscali sono 35 e risultano indentificati 47 regimi fiscali potenzialmente dannosi, ma, essendo la lista costruita per categorie di attività, alcuni regimi sono ripetuti ove consentano agevolazioni in relazione a più attività, e quindi constano di 61 voci. Si può osservare, tuttavia, a tal proposito, che le società *holding* non sono prese in considerazione.

Il lavoro svolto dall'OCSE non può affatto essere considerato sporadico. A testimonianza di ciò, si è assistito, negli anni successivi alla redazione del Rapporto, ad una continua opera di dialogo con le giurisdizioni che costituiscono regimi fiscali privilegiati (o, comunque, non cooperativi). In particolare, si può citare il *Memorandum of Understanding* (2000), con lo scopo di facilitare il dialogo con i 35 paesi non OCSE elencati nella *black list*.

Sempre nello stesso mese, l'OCSE ha deciso di prendere parte a tre conferenze regionali al fine di facilitare il dialogo con le giurisdizioni *off-shore*. In seguito a queste, altri tre paesi hanno assunto l'impegno a

riformare il loro sistema fiscale. Nel suo sforzo di raccogliere il maggior numero di adesioni al Memorandum, l'OCSE ha promosso il dialogo con i paradisi fiscali, creando il "Nuovo Forum Fiscale Globale" nel gennaio 2001.

In seguito agli attentati dell'11 settembre 2001, l'OCSE ha parzialmente modificato il proprio *modus operandi*, concentrandosi maggiormente sulle fonti di finanziamento al terrorismo, ciò comportando, nell'analisi dei paradisi fiscali, un maggiore focus sul rispetto della trasparenza e dello scambio di informazioni.

1.2 La ripartizione tra *white list*, *grey list* e *black list* e il ruolo dell'art. 26 del Modello OCSE

In occasione del G20 di Londra del 2009¹⁸ (e dell'intenzione dei 20 Paesi più importanti di realizzare ulteriori misure per l'implementazione

¹⁸Il Summit dei Leader dei G-20 sui mercati finanziari e l'economia mondiale si è tenuto a Londra il 2 aprile 2009. Il Ministero delle Finanze inglesi ha prodotto e presentato un programma di lavori per il Summit articolato su tre punti principali:

1. Coordinamento di azioni macroeconomiche per rivitalizzare l'economia globale, per stimolare crescita ed occupazione - rivedere le misure prese ed i possibili passi successivi;
2. Riforma e miglioramento del settore finanziario e dei sistemi economici - continuare la linea del Summit di Washington
3. Riforma delle istituzioni finanziarie internazionali - Fondo Monetario Internazionale, Forum Stabilità Finanziaria e Banca Mondiale.

In particolare, tra i lavori preparatori si cita il *Summit* dei *leader* europei, tenutosi a Berlino nel febbraio 2009, in cui venne deciso che i mercati, le istituzioni finanziarie e gli assetti finanziari creati su larga scala, nonché i fondi speculativi, sarebbero stati assoggettati a controlli appropriati. Inoltre, furono

dei principi di trasparenza e cooperazione e per combattere i paradisi fiscali e le giurisdizioni non cooperative), l'OCSE ha pubblicato un *Progress Report*¹⁹ sullo stato di implementazione degli *standard* di trasparenza e di scambio di informazioni nelle 84 giurisdizioni considerate.

L'incontro tra le venti potenze mondiali si è tenuto all'indomani del crollo finanziario dovuto alla crisi del 2008, per cui la necessità di riequilibrare la concorrenza fiscale mondiale tornò nuovamente al centro del dialogo politico ed economico mondiale: nell'ambito del G20 venne annunciata la fine dell'era del segreto bancario e, nuovamente, i vari Stati si impegnarono nell'implementazione degli *standard* internazionali di trasparenza e di cooperazione informativa.²⁰

Nel 2009²¹ venne così completamente ristrutturato il Forum Mondiale sulla Trasparenza Fiscale, che si compone sia di giurisdizioni appartenenti all'OCSE, sia al di fuori della stessa (ma che si siano impegnate nell'implementazione degli standard al suo interno definiti). Da

chieste sanzioni severe contro i paradisi fiscali, nonché contro i paesi che ne ostacolano la scoperta. Infine, venne chiesto il raddoppio dei fondi disponibili del FMI.

¹⁹ Jeffrey Owens, capo del Centro fiscale dell'OCSE e *Pascal Saint-Amans*, capo del segretariato del Forum globale, hanno informato i giornalisti su:

- L'aumento del numero di accordi firmati e la loro qualità e pertinenza.
- L'impatto sulla conformità fiscale nel mondo
- I prossimi passi, compresi i tempi e i risultati delle revisioni tra pari e il ruolo dei paesi in via di sviluppo nella lotta contro i paradisi fiscali.

²⁰ C. HJI Panayi, "*Advanced Issues in International and European Tax Law*", Hart, 2015

- ²¹ Gli obiettivi del *Forum* sanciti nel 2009 erano, per l'appunto, di:
- Concordare la ristrutturazione del Forum Globale dell'OCSE per ampliare il numero dei suoi membri e garantire la loro partecipazione su un piano di parità;
 - Accordarsi su come stabilire un processo approfondito di revisione tra pari per monitorare e rivedere i progressi compiuti verso un pieno ed efficace scambio di informazioni;
 - Identificare meccanismi per accelerare la negoziazione e la conclusione di accordi per lo scambio di informazioni e per permettere ai paesi in via di sviluppo di beneficiare del nuovo ambiente fiscale più cooperativo

allora, dunque, l'OCSE ha pubblicato report periodici sullo stato di implementazione degli standard così delineati.

In particolare, nella versione del 2009, venivano distinte una *white list* (per i Paesi che avessero stipulato almeno 12 accordi specifici sullo scambio di informazioni), una *grey list* (per gli Stati che si fossero impegnati politicamente per il raggiungimento di detti standards, senza ancora averne dato attuazione) e una *black list* (per gli Stati che non avessero ancora manifestato alcun impegno in tal senso).

Questa classificazione ha comportato che già nei mesi successivi, molti dei paesi inclusi nella *grey list* abbiano iniziato le pratiche per la stipulazione di ulteriori accordi alla luce dell'art 26 del Modello OCSE (nella versione del 2006) realizzando una vera e propria inversione di tendenza.

Vi è da analizzare, inoltre, l'importanza del Modello OCSE (e, nello specifico, dell'art. 26 dello stesso) nel realizzare questa progressiva opera di contrasto ai paradisi fiscali.

Tale modello costituisce la base ed il paradigma delle varie convenzioni contro le doppie imposizioni concluse tra gli Stati; la grandissima diffusione di quest'ultimo è data dalla preferenza che la maggior parte degli Stati accorda ai criteri di collegamento soggettivo (quali la residenza o la nazionalità), oltre, ovviamente, all'autorevolezza dell'Organizzazione, il che ne ha portato all'utilizzo anche da parte di Stati non facenti parte dell'OCSE.

Sul punto, è stato fondamentale il ruolo svolto dal *Committee on Fiscal Affairs*, che, tra le varie opere, ha predisposto, difatti, tale Modello OCSE di convenzione contro le doppie imposizioni internazionali nel 1963, prendendo spunto dai modelli già predisposti in passato in seno alla Società delle Nazioni (Modello di Città del Messico del 1943 e Modello di Londra del 1946), al fine di coniare uno strumento normativo che potesse essere assunto come modello (o bozza) per la stipulazione di future e

ulteriori convenzioni fra gli Stati, nonché come spunto per la modifica e il coordinamento delle Convenzioni già esistenti. Al modello si affianca un Commentario, che chiarifica le disposizioni, mediante l'illustrazione e interpretazione delle disposizioni del Modello, considerando anche casi pratici.

Dato il costante impegno dell'OCSE in materia, sono state redatte più revisioni del Commentario (1977, 1992, 1997, 2000, 2005). In relazione a tali revisioni si è posto il problema di stabilire se l'efficacia temporale delle modifiche così introdotte (sia del Modello, che del Commentario) possa essere considerata retroattiva.²²

In particolare, ci si chiede se, con riguardo alle Convenzioni stipulate successivamente, dette revisioni siano soggette ad un tipo di interpretazione statica ovvero dinamica; pertanto, il quesito riguarda la possibilità di fare applicare le disposizioni contenute nelle revisioni anche a convenzioni stipulate antecedentemente alle stesse o meno.

L'OCSE ha in più occasioni ribadito la tesi dell'interpretazione dinamica delle revisioni, ma la dottrina prevalente non è concorde.²³ Una tesi intermedia è quella secondo cui potrebbe essere attribuita efficacia retroattiva solo alle “revisioni meramente interpretative”, pertanto detta efficacia sarebbe accordata alle sole modifiche che si limitano ad esplicitare il contenuto già ricompreso, seppur in modo implicito, nelle clausole che compongono il Modello, e non, invece, alle “revisioni innovative”, che modificano *ex post* l'ambito di applicazione o la portata

²² M. Santamaria, “*Fiscalità internazionale*”, Giuffrè editore, 2009

²³ La dottrina, difatti, analizza come sia difficile pensare che gli Stati firmatari di una data convenzione, al tempo della stipulazione, possano aver tenuto conto delle clausole del Modello OCSE così come risultanti dalle revisioni non ancora intervenute del modello e del commentario, e si è perciò schierata a favore della tesi dell'interpretazione statica delle revisioni (Antonini, Guglielmini).

preceittiva delle clausole, nonché anche a quelle revisioni che introducano perfino nuove clausole in precedenza non previste.

Il Modello e il Commentario OCSE hanno riscontrato una grande diffusione nella prassi operativa, seppur sollevando dubbi in dottrina e giurisprudenza concernenti l'individuazione della base giuridica su cui fondare il ruolo del Commentario. A tal proposito, si deve concludere che questo costituisca semplicemente un autorevole strumento di interpretazione.

Specificatamente sul ruolo del Commentario, si è espressa anche recentemente la quinta sezione della Corte di Cassazione, con ordinanza n. 10706 del 17 aprile 2019, che si pone in conformità con i precedenti giudizi della stessa Corte.²⁴ Per la Corte, il Commentario al Modello OCSE assume un ruolo interpretativo: questo costituisce una raccomandazione diretta ai paesi facenti parte dell'Organizzazione e, difatti, il giudice di legittimità ne ha fatto soventemente uso al fine di attribuire significato alle disposizioni pattizie. Tuttavia, questa ricostruzione giurisprudenziale non appare soddisfacente da parte della dottrina²⁵, la quale cerca di ricondurre l'applicabilità del Commentario all'art. 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, il quale permette di non far valere le clausole generali di cui all'articolo antecedente qualora queste comportino un significato ambiguo ed oscuro, utilizzando, invece, mezzi complementari di interpretazione.

²⁴ M. Moretti, *“Trattati contro le doppie imposizioni, valenza del “Modello OCSE” ai fini interpretativi e soggetti ammessi a beneficiare delle disposizioni convenzionali in una recente decisione della Cassazione”*, Rivista di Diritto Tributario, 2019

²⁵ F. Engelen, *“Interpretation of Tax Treaties under International Law”*, IBFD, 2004

Tuttavia, sul punto non vi è unicità di vedute, per cui si preferisce aderire alla tesi che vede il Commentario come autorevole strumento di interpretazione e non autonoma fonte normativa.²⁶

Si può notare, difatti, come anche in questo settore, si assista ad una progressiva destrutturazione del sistema delle fonti del diritto, ricorrendo sempre più frequentemente a strumenti di *soft-law* che, seppur non giuridicamente vincolanti, sono ampiamente utilizzati, specialmente sul piano internazionale, tanto da essere considerati, di fatto, come vincolanti. Proprio sfruttando questa enorme flessibilità, gli strumenti di *soft law*, infatti, permettono di realizzare una sempre maggiore armonizzazione e cooperazione nei commerci e nelle relazioni tra Stati, per cui, se da un punto di vista teorico questi strumenti rimangono come semplici raccomandazioni per gli Stati, l'effetto nel concreto è una totale e ossequiosa applicazione degli stessi, dal momento che, di fatto, l'utilizzo di differenti paradigmi comporterebbe un maggiore isolamento a livello internazionale, andando ovviamente ad intralciare il traffico commerciale e degli investimenti.

Avendo compiuto tale *excursus* sul ruolo del Modello e del Commentario, si pone rilievo sull'art 26 del Modello, che costituisce il vero e proprio perno per la cooperazione fiscale internazionale, e, dunque, permette l'inclusione nelle categorie di *white* e *grey lists*.

Tale disposizione prevede l'obbligo per gli Stati contraenti di scambiarsi non solo le informazioni ritenute necessarie, ma, più in generale, quelle presumibilmente rilevanti sia per la corretta attuazione della convenzione, sia per l'applicazione delle normative domestiche relative alle imposte di qualsiasi genere e denominazione.

Vi è da sottolineare come l'art. 26, al pari di altre previsioni del Modello OCSE, sia stato oggetto di una progressiva evoluzione nel tempo, tanto da portare ad un sostanziale allargamento degli obblighi informativi.

²⁶ A. Persiani a cura di L. Salvini, “*Diritto Tributario delle attività economiche*”, Giappichelli, 2019

Non tutte le convenzioni concluse dall'Italia, però, sono in linea con le più recenti versioni di detto articolo. L'art. 26 è stato totalmente riscritto nel 2005 e si concretizza in cinque paragrafi, gli ulteriori aggiornamenti sono pubblicati dall' OCSE negli "Updates".²⁷

Il primo paragrafo ne delimita il perimetro applicativo: la portata potenziale dello scambio di informazioni tributarie è completamente indipendente da quella degli altri articoli del Modello OCSE e può, teoricamente, fornire una base giuridica per lo scambio di informazioni riguardanti la totalità dei contribuenti e delle imposte.

Inoltre, lo stesso par. 1 stabilisce lo standard della "*foreseeable relevance*", cioè la prevedibile rilevanza dell'informazione oggetto dello scambio. Tuttavia, se da un lato questa previsione (insieme al combinato disposto dei paragrafi 5, 5.1, 5.2 e 5.3 del Commentario) porta ad un sistema di informazioni scambiate il più ampio possibile, dall'altro va controbilanciato con il divieto delle c.d. "*fishing expeditions*".²⁸

La linea di demarcazione tra informazioni speculative e non è spesso molto grigia ed incerta, proprio in questo ambito, difatti, il ruolo del Commentario è quantomai chiarificatore. In ogni caso, il fatto che l'informazione tributaria scambiata si riveli poi effettivamente utile è di per sé irrilevante: per essere classificabile come "prevedibilmente rilevante" (*foreseeable relevant*) è sufficiente che sia ragionevolmente tale al momento della richiesta.

Secondo quanto previsto dal par. 9 del Commentario, la regola posta dalle disposizioni in esame permette di classificare lo scambio secondo tre diverse modalità: scambio su richiesta, scambio automatico (in cui manca

²⁷ E. Traversa, F. Cannas, "Lo scambio di informazioni tributarie: gli Updates dell'art 26 del Modello OCSE ed i progressi in direzione dello scambio automatico come standard internazionale", Rivista trimestrale di diritto tributario, Giappichelli editore, 2016

²⁸ Il c.d. "*fishing expeditions*", da intendersi come richieste generalizzate di informazioni, non specificatamente riferite ad uno o più contribuenti e basate su un mero sospetto di evasione fiscale.

una specifica richiesta ma tale scambio avviene in modo continuo e regolare sulla base di un precedente accordo tra gli Stati) e scambio spontaneo (in cui vengono scambiati direttamente i dati considerati utili, senza una preventiva richiesta o accordo). Vi è, tuttavia, da sottolineare come l'art. 26 non limiti la possibilità di scambiare le informazioni tributarie nelle sole tre forme citate, essendo gli Stati liberi di accordarsi su altre modalità, quali, ad esempio, le verifiche simultanee, le verifiche tributarie all'estero e gli scambi di informazioni relative ad un settore industriale.

Il secondo paragrafo dell'art 26 stabilisce l'obbligo di confidenzialità sulle informazioni scambiate, le quali, perciò, devono essere tenute segrete nello Stato ricevente, analogamente alle informazioni ottenute mediante la normativa interna. Le informazioni ricevute potranno essere comunicate soltanto ai soggetti incaricati all'accertamento e alla riscossione e nell'ambito di procedimenti o decisioni di ricorsi inerenti alle imposte per cui è avvenuto lo scambio.

Il paragrafo 3 dell'articolo 26 stabilisce tre eccezioni al quadro generale delineato nei primi due, e contiene un elenco di situazioni in cui lo scambio di informazioni non può essere realizzato, e cioè quando implichi:

- atti non conformi alle leggi, ovvero alle pratiche amministrative di uno degli Stati contraenti;
- lo scambio di informazioni non ottenibili in base alle leggi o nel corso dei "normali procedimenti amministrativi" di uno degli Stati contraenti;
- la divulgazione di segreti industriali o aziendali, la violazione del segreto professionale, ovvero rischi per "l'ordine pubblico".

Scopo di tali limitazioni è quello di far sì che lo scambio di informazioni tributarie si svolga in una cornice di legalità e "normalità" rispetto al diritto interno degli Stati coinvolti. Vi è da considerare, però, come lo stesso Consiglio OCSE sproni a leggere tale disposizione con

approccio pragmatico, evitando che tali limiti si trasformino in un ostacolo puramente formale all'efficienza e all'efficacia dello scambio.

I paragrafi 4 e 5 dell'art. 26 sono stati aggiunti nel 2005, ed hanno come scopo principale quello di impedire allo Stato destinatario della richiesta di scambio di opporvi determinate tipologie di legislazione nazionale. Nello specifico, l'informazione richiesta non può essere negata:

- solo perché lo Stato alla quale è richiesta non ha un interesse proprio nello scambio;
- perché l'informazione è detenuta da un istituto bancario, un'istituzione finanziaria, "un'agenzia", ovvero una fiduciaria.

Le disposizioni contenute in questi due paragrafi prevalgono su quelle contenute nel paragrafo 3, e sono una chiara dimostrazione dell'attuale tendenza dell'OCSE a contrastare il segreto bancario.

Vi è da sottolineare come, invece, nell'ambito della normativa europea sulla totalità dei rapporti bancari e finanziari (delineata dalla Direttiva 2011/16/UE e dall'operatività a partire dal biennio 2017/2018 dell'accordo "*Common Reporting Standard*") si persegue la strada dello scambio automatico di informazioni.

1.3 Il Modello OCSE e il Modello ONU per le convenzioni contro le doppie imposizioni

Data la crescente diffusione delle Convenzioni contro le imposizioni, le quali recepiscono le disposizioni del Modello OCSE, nel 1980 le Nazioni Unite hanno provveduto a stilare un proprio e indipendente modello, ponendo una maggiore attenzione sull'economia dei Paesi in via di sviluppo, in seguito ad un lavoro decennale dell'*UN*

Economic and Social Council (ECOSOC), ripubblicato nelle versioni aggiornate del 2001 e 2011.²⁹

Tale Convenzione è redatta dall'*UN Tax Committee*³⁰, commissione composta da individui nominati dal Segretario Generale in seguito all'individuazione da parte dei rispettivi governi (pertanto con una maggiore garanzia di democraticità e uguaglianza del sistema), i quali, tuttavia, non agiscono in quanto rappresentanti dello Stato di appartenenza, ma costituiscono un *team* di esperti indipendenti.³¹

Nonostante il Modello ONU segua la struttura e la numerazione della corrispettiva versione OCSE, la concezione alla base è diametralmente opposta. Se da un lato gli obiettivi intrinseci dei vari modelli sono necessariamente gli stessi (evitare, dunque, fenomeni di doppia imposizione e di abuso del diritto), dall'altro gli strumenti utilizzati a tal fine possono realizzare visioni distinte di politica economica.

Vi è, tuttavia, da sottolineare come di fatto i diversi Stati non recepiscano *in toto* e in maniera asettica l'uno o l'altro modello, ma, nell'esercizio di sovranità che permette la stipula delle convenzioni internazionali, vengono applicate clausole appartenenti ad entrambi i modelli.³²

²⁹ K. Vogel, E. Reimer, A. Rust, "*Klaus Wogel on Double Taxation Convention*", Wulter Kluwer, 2015

³⁰ Originariamente denominato "*Ad Hoc Group of Experts*", nel 2004, in seguito alla Risoluzione ECOSOC 2004/69, è stato rinominato ed è stata specificata la funzione del gruppo di "*tenere sotto controllo e aggiornare, se necessario, il modello di convenzione delle Nazioni Unite sulla doppia imposizione tra paesi sviluppati e paesi in via di sviluppo*". Il gruppo di esperti ad hoc era composto da membri provenienti dall'America Latina, America, Africa, Asia ed europei. Il gruppo di esperti ad hoc aveva anche osservatori del Fondo Monetario Internazionale (FMI), *l'International Fiscal Association*, l'OCSE, *l'International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD)* e altre organizzazioni internazionali.

³¹ M. Lang, P. Pitone, A. Rust, J. Schuch, C. Staringer, "*The UN Model Convention and Its Relevance for the Global Tax Treaty Network*", IBFD, 2017

³² Difatti, sebbene il Modello OCSE sia quello maggiormente recepito, un esempio può essere dato dal fatto che le varie convenzioni bilaterali all'Art. 12 (*Royalties*), nella maggior parte dei casi, rimandino al Modello ONU, dal

Di base, in ogni caso, il Modello OCSE predilige attribuire la capacità impositiva allo Stato di residenza (in base, dunque, a criteri di collegamento soggettivi e pragmatici del reddito al soggetto), mentre il Modello ONU permette una maggiore ripartizione del cumulo fiscale tra i paesi coinvolti. Ciò, difatti, è un'applicazione delle diverse concezioni che caratterizzano i due modelli: mentre il modello OCSE si basa sulla visione di *Capital Export Neutrality* (CEN), il Modello ONU predilige il *Capital Import Neutrality* (CIN).

Il modello di *Capital Export Neutrality* (CEN) cerca di identificare le condizioni in cui l'investimento è allocato in modo efficiente e comporta che i residenti di qualsiasi nazione sopportino lo stesso onere fiscale, indipendentemente da dove scelgono di investire. Il modello di *Capital Import Neutrality* (CIN), al contrario, riguarda il risparmio: tutti gli investimenti effettuati in un dato paese sono sottoposti alla stessa aliquota marginale d'imposta, indipendentemente dalla residenza dell'investitore.³³

Le principali differenze che derivano da questa divergenza di fondo riguardano gli art. 3, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 16, 18, 21, 15 e il filo che unisce tutte queste disposizioni è, come già detto, la maggiore attenzione riservata alla tassazione nel paese in cui il reddito si è formato. Un rilevante esempio è con riferimento alla stabile organizzazione di cui all'art. 5: il Modello ONU permette un'applicazione ad una più ampia gamma di ipotesi. Difatti, ad esempio, confrontando le versioni contemporanee dei due modelli (Modello ONU del 2001 e Modello OCSE 2000) la possibilità di un *building site*, cioè di una stabile organizzazione derivante dalla costruzione di edifici, comporta requisiti meno stringenti nel Modello

momento che quest'ultimo introduce una capacità impositiva concorrente degli Stati, e non esclusiva dello Stato di residenza, come invece avviene nel modello OCSE.

³³ D. A. Weisbach, *"The Use of Neutralities in International Tax Policy"*, University of Chicago Law School, 2014.

ONU, quali un più ampio scopo applicativo e termini più brevi, al fine di garantire una maggiore *Source State Taxation*.

Anche il Modello ONU si accompagna di un proprio Commentario, il cui ruolo è speculare rispetto al corrispettivo OCSE.

Vi è da notare, comunque, come l'ultima versione del Modello ONU sia stata pubblicata nel 2001, mentre l'OCSE ha pubblicato successivi aggiornamenti al proprio modello nel 2003.

Un ulteriore punto di analisi può essere dato dal fatto che il Modello OCSE, nella sua versione del 2003, contiene una serie di cambiamenti che risultano di interesse anche per i paesi in via di sviluppo, primo tra tutti l'inclusione dell'art. 27, riguardante l'assistenza tra i vari Stati nella fase di riscossione.³⁴ Tale strumento, difatti, specialmente se valutato in maniera congiunta con l'art. 26 sullo scambio di informazioni, permette una maggiore cooperazione fiscale, al fine di garantire il fine primo di lotta a fenomeni di evasione, garantendo, dunque, un maggiore gettito anche a quei paesi in via di sviluppo, le cui economie risentono maggiormente di questo tipo di pianificazione fiscale aggressiva.

L'art. 26 nel Modello ONU non contiene però una vera obbligazione per gli Stati di scambiare la documentazione necessaria (che nel contesto OCSE ed europeo avviene, invece, nel limite del “prevedibilmente rilevante”), se non in una limitata ipotesi fornita dal Commentario. Dalla consolidata prassi applicativa, tuttavia, emerge come uno Stato non possa trattenere le informazioni semplicemente affermando che lo Stato richiedente non è riuscito a dimostrare di non essere in grado di applicare le disposizioni pertinenti senza le informazioni così richieste.³⁵

³⁴ B. Kusters, “*The United Nations Model Tax Convention and Its Recent Developments*”, IBFD, 2004

³⁵ F. A. Garcia Prats, “*Exchange of Information Under Article 26 of The Un Model Tax Convention*”, Bulletin for International Taxation, IBFD, 1999

Sarebbe pertanto utile e chiarificatore un aggiornamento del modello in esame, anche per permettere un adeguamento delle Convenzioni stipulate dai paesi in via di sviluppo ad un mutato contesto globale, economico e politico, sempre maggiormente globalizzato e integrato.

1.4 L'impegno dell'OCSE nel contrasto all'erosione della base imponibile: il progetto *Base Erosion and Profit Shifting*

Avendo avuto riguardo al ruolo centrale del Modello OCSE³⁶ nel contrasto ai fenomeni di doppia imposizione da un lato, e di elusione o evasione fiscale dall'altro, non si può prescindere dalla fondamentale influenza svolta dal progetto *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS), concluso per la prima volta con il report del 2013 e che ha portato ad ingenti modifiche sia al Modello, sia al Commentario.

Facendo seguito a tale rapporto, l'OCSE ha pubblicato, il 19 luglio 2013, il suo piano d'azione composto da 15 misure che mirano a contrastare la problematica dell'erosione della base imponibile e del trasferimento degli utili.³⁷

In particolare, con l'acronimo BEPS ci si riferisce alle strategie di pianificazione fiscale che sfruttano le lacune e le discrepanze nelle legislazioni per spostare artificialmente i profitti in luoghi in cui il livello impositivo è estremamente basso, se non del tutto assente, ovvero compiendo artificiose delocalizzazioni in assenza di alcuna attività

³⁶ Vd. par. 1.2

³⁷Studio Societario e Tributario Caporale:
<http://www.mrcaporale.it/dir/index.php/category/oecd-organization-for-economic-cooperation-and-development/beps-base-erosion-and-profit-shifting/>

economica effettiva, o ancora, erodendo le basi imponibili attraverso deduzioni di componenti negative di reddito.

Tali fattispecie, solo in alcuni casi costituiscono effettivamente un illecito sanzionato dall'ordinamento (e, quindi, realizzano una vera e propria evasione fiscale), molto più spesso si tratta di casi di elusione, per cui diventa molto più difficile per le varie Amministrazioni finanziarie accertare e contrastare tali fenomeni, specialmente nel momento in cui si tratta di attività che coinvolgono più Stati. Questa situazione mina l'equità e l'integrità dei sistemi fiscali, dal momento che le imprese operanti oltre i confini nazionali possono usare questo tipo di strategie per ottenere un vantaggio competitivo rispetto alle altre.³⁸

Per tale motivo, il G20 ha sostenuto il piano d'azione e il progetto è diventato un progetto congiunto, in cui tutti gli Stati del G20 e dell'OCSE hanno partecipato ai lavori tecnici in maniera paritaria, fino alla pubblicazione dei rapporti finali nel 2015.

Difatti, a seguito di tali raccomandazioni, è stata emanata la direttiva (UE) 2016/1164 del Consiglio, del 12 luglio 2016 (cosiddetta *Anti Tax Avoidance Directive – ATAD 1*) che fa parte del pacchetto antielusione (*Anti Tax Avoidance Package*) varato dalla Commissione Europea per introdurre negli Stati membri un insieme di misure di contrasto alle pratiche di elusione fiscale.³⁹

I rapporti finali del progetto BEPS contengono, come visto, anche disposizioni volte a modificare le vigenti convenzioni bilaterali per evitare le doppie imposizioni. In particolare, L'azione 15 del BEPS *Action plan* prevede l'introduzione di un accordo multilaterale per implementare le

³⁸ Per consultare i report OCSE vd.: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/> ;
<https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>

³⁹ Il recepimento di tale direttiva (e della c.d. direttiva ATAD 2) ha comportato una sostanziale modifica alla previgente legislazione nazionale, specialmente in materia di *Controlled Foreign Companies* (vd. par. 1.6 e 1.7)

proposte di modifica delle convenzioni sulle doppie imposizioni previste da altre azioni del BEPS *Action plan*. I principali propositi a riguardo sono di neutralizzare gli effetti di disallineamento derivanti da alcuni strumenti e strategie ibride⁴⁰, di prevenire l'abuso dei trattati e di impedire l'elusione artificiosa dello status di stabile organizzazione e migliorare l'efficienza dei meccanismi di risoluzione delle controversie.⁴¹

Alcune di queste disposizioni convenzionali costituiscono standard minimi, la cui attuazione è posta sotto esame nell'ambito di valutazioni tra pari ("*peer reviews*") effettuate dall' "*Inclusive Framework for BEPS*"⁴², che conta attualmente 140 giurisdizioni.

Al fine di adeguare in tempi brevi e in modo economicamente efficiente le convenzioni esistenti (si contano più di 3500 a livello mondiale), è stata elaborata una Convenzione multilaterale per l'attuazione di misure relative alle convenzioni fiscali finalizzate a prevenire l'erosione

⁴⁰ Sulle strutture ibride, l'OCSE ha pubblicato altresì il report "*Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*" nel 2012. Gli accordi (o strutture) ibridi (ibride) possono essere ricondotti alle seguenti tipologie:

- strumenti finanziari ibridi
- entità ibride
- trasferimenti finanziari ibridi
- entità con doppia residenza.

Gli obiettivi perseguiti con questo tipo di strutture sono di ottenere la doppia deduzione in entrambi gli Stati coinvolti, ovvero di ottenere la deduzione in uno Stato e la non tassazione nell'altro Stato, o ancora di generare indebiti crediti d'imposta per imposte pagate all'estero.

⁴¹ Coerentemente, la direttiva (UE) 2017/952 del Consiglio del 29 maggio 2017 (ATAD 2) ha apportato modifiche alla direttiva 2016/1164, allo scopo di contrastare i cd. disallineamenti da ibridi (Azione BEPS 2) che coinvolgono i Paesi terzi, ovvero le differenze di trattamento fiscale a norma delle leggi di due o più giurisdizioni fiscali per ottenere una doppia non imposizione.

⁴² *L'Inclusive Framework on BEPS* permette ai paesi e alle giurisdizioni interessate di lavorare con l'OCSE e i membri del G20 sullo sviluppo di standard su questioni relative al BEPS e di rivedere e monitorare l'attuazione del pacchetto BEPS.

della base imponibile e il trasferimento degli utili (“Convenzione BEPS”), la quale si accompagna di una nota esplicativa (“*Explanatory Statement*”).

Per arrivare alla redazione della Convenzione, è stato dapprima elaborato un rapporto sulla fattibilità, pubblicato nel 2014, il quale ne prevede la coesistenza con le diverse convenzioni bilaterali già sviluppate.

L’adesione alla Convenzione BEPS è facoltativa, ma fortemente caldeggiata dall’OCSE e dal G20. Difatti, al fine di incentivare l’adesione, all’interno della Convenzione si rinvengono disposizioni idonee a garantire una certa flessibilità nell’applicazioni, anche tenuto conto delle necessarie differenze normative e ordinamentali rinvenibili tra i vari Stati.

La Convenzione BEPS, dunque, è una convenzione internazionale a sé stante, che costituisce il fondamento per la modifica delle convenzioni bilaterali esistenti, la cui revisione è dunque possibile senza un nuovo protocollo di modifica che coinvolga i due Stati.

Nell’ambito del progetto OECD/G20 BEPS è stato istituito, tramite l’*Action 15* il *Multilateral Instrument*. In particolare, l’utilità di questo strumento si ravvisa nell’approccio estremamente pragmatico e flessibile, tale da permetterne l’applicazione anche a Stati che non abbiano ratificato il BEPS o che basino le proprie convenzioni internazionali sul Modello ONU.⁴³

Il *multilateral treaty (MLI)* in esame è composto di 39 articoli suddivisi in sette capitoli.⁴⁴

⁴³ M. Lang, P. Pistone, A. Rust, J. Schuch, “*The OECD Multilateral Instrument for Tax Treaties: Analysis and Effects*”, INTERTAX, Wolters Kluwer, 2018

⁴⁴ I capitoli riguardano:

1. Scopo e interpretazione dei termini;
2. Disallineamenti Ibridi;
3. Abuso dei trattati;
4. Uso evasivo ed elusivo delle stabili organizzazioni (PE);
5. *Dispute Resolution*;
6. Arbitrato;
7. Disposizioni finali.

L'art. 1, rubricato "*Campo di applicazione*", difatti, stabilisce che la Convenzione modificherà tutti gli accordi fiscali coperti, cioè tutte le convenzioni bilaterali notificate da entrambi gli Stati al c.d. depositario, il Segretario Generale dell'OCSE ("*Covered Tax Agreement*").⁴⁵ Il settimo capitolo, contiene un insieme di disposizioni finali che disciplinano aspetti più propriamente formali, quali la possibilità di sollevare riserve, l'entrata in vigore, il rapporto con le convenzioni successive, la modifica ed il recesso. I capitoli centrali (2-6) recano in primo luogo le disposizioni che si intendono introdurre nelle convenzioni bilaterali. Tali disposizioni corrispondono, in larga parte, alle raccomandazioni (e proposte alternative) contenute nelle diverse azioni del BEPS *Action plan*.

Vengono, poi, individuate le norme pattizie destinate ad essere sostituite. Detta individuazione è operata dalle cd. *compatibility clauses*, che disciplinano il rapporto tra le singole disposizioni dei *Covered Tax Agreements* e il trattato multilaterale. Tale operazione avviene, quindi, non citando direttamente le disposizioni del Modello OCSE, ma con clausole generali e aperte, in questo modo idonee ad includere anche le convenzioni che non ricalcano strettamente il Modello.

In terzo luogo, è analizzata la modalità con cui i vari Stati possano esprimere delle riserve. La disciplina rispecchia i *minimum standards* del BEPS, che più di 90 Stati (facenti parte del *BEPS Inclusive Framework*) si sono impegnati reciprocamente ad implementare nel 2016. Dall'esegesi della Convenzione sembrerebbe che non sia possibile formulare riserve diverse da quelle espressamente elencate e, pertanto, la possibilità di esprimere riserve riguarderebbe prevalentemente quelle disposizioni del trattato multilaterale che non concernono detti *minimum standards*. Il trattato, per garantire una maggiore flessibilità e, di conseguenza, una

⁴⁵ Crazzolaro A., "*Il Trattato Multilaterale BEPS è self-executing?*", *Rivista di Diritto Tributario* supplemento online, Pacini Giuridica, 2017

maggior diffusione, funziona secondo un modello di *opting-out*: esso opera nella sua interezza se viene sottoscritto senza riserve; per il tramite delle riserve, tuttavia, lo Stato firmatario può escludere singole disposizioni dal rilevante ambito di applicazione. Le riserve devono, in ogni caso, essere riferite a tutte le *Covered Tax Agreement* dello Stato che le appone.

L'Italia ha notificato 84 convenzioni tra cui alcune non ancora in vigore all'epoca (le convenzioni con Barbados, Gabon, Kenya, Mongolia e Romania, oltre ai protocolli di modifica del trattato stipulato con le Filippine e con l'India). Tra i trattati notificati ve ne sono anche di stipulati con Paesi che non hanno aderito alla Convenzione Multilaterale BEPS. In questi casi l'operatività della Convenzione BEPS è subordinata all'adesione alla stessa da parte dell'altro Paese.

In dottrina, è sorto l'interrogativo circa la possibilità di considerare la Convenzione in esame come *self-executing*⁴⁶, ossia direttamente applicabile e, dunque, idonea ad incidere direttamente sulla sfera giuridica soggettiva dei singoli individui. A differenza del Modello OCSE e del suo commentario, la Convenzione in esame non rappresenta (solo) uno strumento per l'interpretazione delle convenzioni bilaterali esistenti, ma è, altresì, finalizzato a creare norme giuridiche operanti tra i diversi Stati contraenti e, quindi, all'interno degli ordinamenti degli stessi. In Italia l'introduzione delle Convenzioni contro le doppie imposizioni nel sistema delle fonti avviene mediante rinvio: il legislatore ordina l'osservanza delle norme convenzionali operando un rinvio ad esse, dando ad esse pieno vigore all'interno dello Stato ed equiparandole alle norme interne. È ragionevole, quindi, attendersi che il medesimo *iter* sarà seguito con riferimento al trattato multilaterale.

⁴⁶ A titolo esemplificativo, si considerano, invece, sempre *self-executing* i Trattati e i Regolamenti di origine europea.

Il trattato riguarda solo i *Covered Tax Agreements*. Gli Stati contraenti devono notificare al depositario del trattato multilaterale le convenzioni bilaterali che essi intendono fare rientrare nell'ambito applicativo del trattato multilaterale e le disposizioni di ciascuna convenzione bilaterale notificata che si intendono modificare. In tale prospettiva, si pone la questione se sia necessaria una legge di ratifica ed esecuzione per ogni *Covered Tax Agreement* che rientra nell'ambito di applicazione del trattato Multilaterale, ovvero se sia sufficiente, a tal fine, la legge di ratifica ed esecuzione del Trattato Multilaterale.

Se, da un lato, l'art. 1 della Convenzione sembra indicare che essa sia idonea ad incidere direttamente sulle posizioni giuridiche soggettive dei singoli (considerazione avvalorata dall'art 31 della Convenzione di Vienna⁴⁷ sul diritto dei Trattati del 1979, nel quale si legge che il testo è l'elemento primario per l'interpretazione dei trattati), dall'altro taluna parte delle dottrina⁴⁸ ha notato come le *compatibility clauses* sarebbero spesso estremamente generiche, peccando di precisione e chiarezza. Tale

⁴⁷ Convenzione di Vienna, art 31, "Regola Generale per l'Interpretazione":

1. *Un trattato deve essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo.*

2. *Ai fini dell'interpretazione di un trattato, il contesto comprende, oltre al testo, preambolo e allegati inclusi:*

a) *ogni accordo relativo al trattato e che sia intervenuto tra tutte le parti in occasione della sua conclusione;*

b) *ogni strumento disposto da una o più parti in occasione della conclusione del trattato ed accettato dalle altre parti in quanto strumento relativo al trattato.*

3. *Verrà tenuto conto, oltre che del contesto:*

a) *di ogni accordo ulteriore intervenuto tra le parti circa l'interpretazione del trattato o l'attuazione delle disposizioni in esso contenute;*

b) *di ogni ulteriore pratica seguita nell'applicazione del trattato con la quale venga accertato l'accordo delle parti relativamente all'interpretazione del trattato;*

c) *di ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni fra le parti.*

4. *Si ritiene che un termine o un'espressione abbiano un significato particolare se verrà accertato che tale era l'intenzione delle parti.*

⁴⁸ S. Benz, ISR,1/2017, pag. 27

vaghezza potrebbe essere valorizzata per sostenere la tesi secondo cui il trattato multilaterale non sarebbe *self-executing*, in quanto violerebbe il principio della determinatezza, spesso valorizzato al fine di valutare la natura *self-executing* delle norme internazionali pattizie.⁴⁹

Tuttavia, quest'ultima posizione non appare convincente per la dottrina maggioritaria, la quale ritiene che la necessità di uno specifico protocollo integrativo si presenti esclusivamente con riferimento ai casi in cui la convenzione bilaterale da modificare si discosti in maniera significativa dal Modello OCSE (e dal Commentario).⁵⁰

A tal proposito, si noti come attualmente l'Italia non abbia ancora recepito con legge interna la Convenzione multilaterale e, pertanto, non ha nemmeno depositato il c.d. "strumento di ratifica".

⁴⁹ La Corte di Giustizia dell'Unione europea, ad esempio, nella sentenza pronunciata nella causa C-366/10 ha negato la natura *self-executing* di una disposizione del Protocollo di Kyoto in quanto "*la disposizione sopra citata non può comunque, essere considerata come dotata di un carattere incondizionato e sufficientemente preciso tale da*

ingenerare per il singolo il diritto di farla valere in giudizio".

Se si seguisse la tesi appena prospettata (secondo cui il trattato multilaterale non sarebbe *self-executing*),

dovrebbe essere stipulato per ogni singola convenzione bilaterale un protocollo di modifica, il quale dovrebbe

poi essere ratificato. In alternativa, potrebbero essere gli Stati contraenti a porre rimedio alla predetta indeterminatezza attraverso apposite norme di adattamento dell'ordinamento nazionale al trattato multilaterale.

⁵⁰ Rimane il fatto che la notifica di un *Covered tax Agreement* è possibile anche dopo il deposito dello strumento di ratifica del trattato multilaterale (art. 29, comma 5). Pertanto, uno Stato firmatario del trattato multilaterale, finché non abbia raggiunto un accordo con l'altro Stato contraente sull'esatto testo delle modifiche da apportare ad una determinata Convenzione, potrebbe esimersi dal notificare quella Convenzione come *Covered Tax Agreement*. A tale proposito vi sarebbe anche la possibilità di stipulare un nuovo trattato bilaterale tra le parti contrattuali comprensivo delle disposizioni del trattato multilaterale per le quali gli Stati contraenti si sono impegnati. Anche in tale caso sarebbe necessaria la notifica al depositario del trattato multilaterale. Tali *escamotage*, tuttavia, si rivelerebbero estremamente *time-consuming*, violando apertamente l'obiettivo principale (di speditezza) perseguito dal trattato multilaterale.

Come dichiarato dall'OCSE stesso, il progetto BEPS è di grande importanza per i paesi in via di sviluppo dal momento che le entrate erariali degli stessi sono fortemente legate all'imposta sul reddito delle società, in particolare dalle imprese multinazionali, per cui tali Paesi sono maggiormente esposti alle conseguenze di manovre erosive della base imponibile.

Alcuni economisti hanno cercato di commisurare quanto il BEPS vada ad incidere, di fatto, nell'economia dei Paesi in via di sviluppo⁵¹: le ricadute sulla base delle aliquote fiscali altrui, per esempio, emergono come da due a tre volte più grandi nei paesi a basso e medio reddito che nei paesi OCSE. Si pensi, quindi, che perdite di entrate che derivano da attività evasive ed elusive derivanti dalla localizzazione in paradisi fiscali sembrano anche più grandi al di fuori dell'OCSE: alcune stime le collocano nell'ordine di uno o due punti del PIL dei rispettivi Stati.

1.5 *Blacklist* delle giurisdizioni non cooperative ai fini fiscali del Consiglio dell'Unione Europea del 2017 e i suoi aggiornamenti

La necessità di compiere una valutazione circa il livello di cooperazione raggiunto tra le diverse giurisdizioni è stato avvertito *in primis* dai singoli Stati, difatti si pensi che nel 2014, 13 Stati membri dell'Unione Europea avevano stilato autonomamente dei criteri di classificazione a riguardo, ovviamente tutti indipendenti e in assenza di alcun'opera di coordinamento e armonizzazione a livello sovranazionale.

⁵¹ E. Crivelli, R. De Mooij, M. Keen, “*Base Erosion, Profit Shifting and Developing Countries*”, IMF Working Paper, Fiscal Affairs Department, 2015

Questa tendenza ha portato alla pubblicazione di una prima lista di giurisdizioni non cooperative da parte della Commissione Europea, tale classificazione era dettata dal fatto che i paesi ivi menzionati comparissero in almeno dieci *black list* dei singoli Stati.⁵² Tale opera era, appunto, finalizzata ad uno spontaneo avvicinamento dei criteri di classificazione da parte dei vari Stati membri, ma è stata da subito avvertita come non soddisfacente da parte degli stessi, richiedendo un approccio necessariamente unitario e sovranazionale per affrontare una problematica, quale quella delle giurisdizioni non cooperative e, dunque, dei paradisi fiscali, che si connota di una prospettiva necessariamente multilaterale.

Nel novembre 2016 il Consiglio dell'Unione Europea aveva incaricato il gruppo "Codice di condotta (Tassazione delle imprese)"⁵³, un

⁵² G. Melis, A. Persiani, "The EU Blacklist: A Step Forward but Still Much to Do", EC Tax Review, 2019

⁵³ Già nel 1997, il Consiglio e i rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, hanno adottato una risoluzione su un codice di condotta in materia di tassazione delle imprese, con l'obiettivo di contenere la concorrenza fiscale dannosa.

Il codice di condotta non è uno strumento giuridicamente vincolante, ma rappresenta un impegno politico degli Stati membri a:

- riesaminare, modificare o abolire le misure fiscali in vigore che costituiscono una concorrenza fiscale dannosa (processo di smantellamento);
- astenersi dall'introdurre di nuove in futuro (processo di mantenimento dello *status quo*).

Il codice di condotta era inizialmente incentrato sugli Stati membri dell'UE ma questi ultimi si sono impegnati anche a promuovere l'adozione dei principi di buona governance fiscale nei paesi terzi e nei territori cui non si applicano i trattati UE (cfr. il punto M del codice).

Il 9 marzo 1998, come previsto dalla risoluzione, il Consiglio "Economia e finanza" ha istituito, nell'ambito del Consiglio, un gruppo "Codice di condotta (Tassazione delle imprese)" incaricato di valutare le misure fiscali che possono rientrare nell'ambito di applicazione del codice di condotta.

Il gruppo "Codice di condotta (Tassazione delle imprese)" è composto da rappresentanti ad alto livello degli Stati membri e dalla Commissione europea. È presieduto da un rappresentante di uno Stato membro che esercita un mandato di due anni ed è assistito dal segretariato generale del Consiglio (SGC).

gruppo di lavoro del Consiglio, di svolgere i lavori preparatori per la creazione di una lista di giurisdizioni definite non cooperative ai fini fiscali “*black list*”), valutata secondo elementi differenti e autonomi rispetto a quelli che ispirano l’opera dell’OCSE. Il gruppo "Codice di condotta" ha, dunque, sottoposto al vaglio 92 giurisdizioni, selezionate in base ai legami economici con l’UE, alla stabilità istituzionale e all’importanza del settore finanziario del paese.

La relazione di analisi e valutazione ha consentito al Consiglio di adottare la prima lista UE il 5 dicembre 2017.⁵⁴ La lista (allegato I delle conclusioni del Consiglio) comprendeva 17 paesi o territori non appartenenti all’Unione europea che non avevano assunto impegni sufficienti in risposta alle preoccupazioni dell’UE. Come specifica lo stesso Consiglio, l’obiettivo di tale lista non è quello di stigmatizzare i Paesi ivi menzionati, ma di incoraggiare un cambiamento positivo nelle legislazioni e prassi fiscali dei vari Stati membri attraverso la cooperazione, dunque stimolando la redazione di ulteriori accordi internazionali.

In particolare, il Consiglio invita gli Stati membri ad adottare misure coordinate nei confronti delle giurisdizioni non collaborative, quali il monitoraggio rafforzato di alcune transazioni, un incremento dei controlli sui soggetti che beneficiano dei regimi a rischio o che hanno legami con centri *offshore*. Oltre a queste misure, i singoli Stati membri ne possono adottare altre unilateralmente, quali, a titolo esemplificativo, l’indeducibilità dei costi “*black list*”, il rafforzamento della disciplina sulle c.d. CFC (*Controlled Foreign Companies*), l’introduzione di ritenute alla fonte, l’obbligo per intermediari e consulenti fiscali di comunicare la strutturazione di operazioni potenzialmente a rischio elusione. L’obiettivo, dunque, come dichiarato dal Consiglio, è promuovere la buona *governance*

⁵⁴ Consiglio UE, *blacklist*:
<https://www.consilium.europa.eu/en/policies/eu-list-of-non-cooperative-jurisdictions/>

a livello mondiale, incentrando gli sforzi sulla lotta all'evasione e alla frode fiscale.

Il Consiglio ha sottolineato come l'opera in esame non rappresenti una valutazione compiuta *una tantum*, ma si propone di essere costantemente aggiornata. In quest'ottica, infatti, non deve stupire il fatto che dopo solo due mesi dalla pubblicazione nel dicembre 2017, sia intervenuta una sostanziale modifica alla *black list*, rimuovendo otto giurisdizioni.

Si può riscontrare, dunque, l'enorme effetto dissuasivo dato dalla pubblicazione della lista in esame. Come concreta conseguenza alla pubblicazione della stessa, si può quantificare che le imprese localizzate nei così menzionati *tax heavens* abbiano riscontrato una riduzione del valore del mercato pari a 56 miliardi di dollari.

Inoltre, tale immediata e macroscopica riduzione del valore di capitalizzazione sul mercato sia stata data dal fatto che azionisti e investitori non avevano affatto previsto che determinati paesi potessero essere citati dalla *black list*, per cui, ancora una volta, l'incertezza normativa circa i criteri di identificazione dei regimi a fiscalità privilegiata ha comportato enormi ed immediate conseguenze sui mercati.

Da un altro punto di vista, si può sottolineare, però, come di fatto non siano previste automatiche conseguenze e sanzioni per gli Stati che risultano nella *black list*, e, difatti, proprio tale aspetto è stato ampiamente criticato dalla dottrina⁵⁵, che sottolinea l'inefficacia e insufficienza delle liste così redatte al fine di porre argine ai fenomeni di evasione ed elusione fiscale riscontrati su scala mondiale.

Tale punto rappresenta uno dei principali limiti dell'opera svolta dall'Unione Europea: se, da un lato, si è sostanzialmente riscontrata l'insufficienza delle misure unilaterali dei singoli Stati nel campo in

⁵⁵ *Inter alios*, S. Latini, "Paradisi Fiscali: lista UE senza conseguenze effettive per Panama", IPSOA, 2021

esame, dall'altro l'opera compiuta a livello sovranazionale (che in astratto, è il principale modo per arginare tali fenomeni che risultano essere distorsivi della concorrenza fiscale e influenzano il traffico commerciale internazionale), rimette, ancora una volta, il potere di azionare misure concrete in tal senso ai singoli Stati.

Sono state effettuate revisioni più sostanziali nel marzo 2019 e nel febbraio 2020, in occasione della scadenza dei termini fissati a fine 2018 e fine 2019, per l'attuazione degli impegni iniziali da parte delle giurisdizioni, mentre dal 2020 la lista viene aggiornata due volte all'anno. Tale opera di aggiornamento si concretizza in un processo continuo di formulazione di criteri in linea con le norme fiscali internazionali (e, quindi, coerentemente ai già citati lavori OCSE⁵⁶), con il vaglio dei singoli Stati e promuovendo dialogo con le giurisdizioni non conformi. Si tiene, altresì, conto della concreta attuazione delle riforme, anche mediante un'attività di monitoraggio degli sviluppi, per garantire che le giurisdizioni non facciano marcia indietro sulle riforme già avviate.

L'elenco delle giurisdizioni *black list*, inserito nel documento intitolato "*December 2017 Council conclusions on the list of non-cooperative jurisdictions in taxation matters*", è stato compilato tenendo conto di tre criteri, già fissati nel 2016 dal Consiglio stesso, essi sono:

- livello di trasparenza nel sistema fiscale, valutato con riferimento all'adozione di strumenti relativi allo scambio di informazioni e dalla ratifica della Convenzione di Strasburgo del 1988;
- presenza di regimi impositivi equi, connotata dall'assenza di regimi di concorrenza fiscale dannosa o, alternativamente, di sistemi fiscali intesi ad attrarre utili che non rispecchiano un'attività economica effettiva;

⁵⁶ vd. par 1.1,1.2,1.3

- impegno nell'applicazione delle misure anti-BEPS (erosione della base imponibile e spostamento degli utili) sul trasferimento dei profitti da uno Stato all'altro.

Al fianco della lista nera, vi è, altresì, una “*grey list*” europea, rappresentata da quelle giurisdizioni che, pur non in linea con gli *standard* fiscali europei, hanno instaurato un "dialogo costruttivo con l'UE" e, per tale ragione, vengono considerati cooperativi. Questi Paesi si sono impegnati ad adeguare i propri regimi fiscali entro la fine del 2018 o, nel caso di Stati in via di sviluppo, entro il 2019. Tra queste giurisdizioni si possono citare la Svizzera, le isole Cayman, Bahamas, Jersey o Guernesey.

Nell'aggiornamento dell'ottobre 2021, i ministri dell'Economia e delle Finanze⁵⁷ dell'Unione si sono accordati per rimuovere Anguilla, Dominica e Seychelles dall'elenco delle giurisdizioni non cooperative ai fini fiscali, facendoli rientrare nella c.d. “*grey list*”. Come spiega una nota del Consiglio, le tre nazioni erano state precedentemente inserite nella *black list* perché non soddisfacevano i criteri di trasparenza ritenuti indispensabili per essere classificati almeno come “ampiamente conformi” con riguardo allo scambio di informazioni su richiesta. La rimozione è stata preceduta dalla decisione di concedere alle giurisdizioni un riesame supplementare in materia.⁵⁸

Ad oggi, dunque, le giurisdizioni non cooperative risultano essere: Samoa americane, Fiji, Guam, Palau, Panama, Samoa, Trinidad e Tobago, Isole Vergini Us e Vanuatu.

⁵⁷ Composizione del consiglio dell'UE

⁵⁸ Redazione de Il Fatto quotidiano, “*Paradisi fiscali, l'Unione europea aggiorna la black list: via Anguilla, Dominica e Seychelles. Oxfam: “Criteri deboli, mancano le Cayman”*”, 2021

1.6 La definizione di regimi fiscali privilegiati nell'ambito delle imposte sui redditi: l'art. 47 bis del T.U.I.R.

Il sistema delle fonti del diritto prevede la convergenza di fonti nazionali e sovranazionali, e, anche in questo ambito, si può riscontrare come ciò porti ad una proliferazione di normative e classificazioni dei cosiddetti paradisi fiscali. Anche nel solo microcosmo della legislazione interna si trovano diverse nozioni di paradisi fiscali, la cui specificazione dipende dalla normativa da applicare.

Al fine delle imposte sui redditi, l'analisi deve avere ad oggetto necessariamente gli articoli 47 bis e 167 del T.U.I.R.. Un primo punto di riflessione può provenire dal fatto che le opere di origine sovranazionale sopracitate (tanto provenienti dall'OCSE, quanto dall'Unione Europea) non pongono come criterio per l'individuazione delle giurisdizioni *black list* l'effettività dell'attività economica svolta *in loco*, concentrandosi maggiormente sulla cooperazione fiscale internazionale.

Tale criterio, però, risulta centrale in una concezione più puramente economica e pragmatica per l'individuazione di fenomeni di elusione e ciò non sfugge al legislatore italiano, che l'ha posto alla base delle scriminanti dall'applicazione dell'articolo 47 bis del T.U.I.R..⁵⁹

Difatti, l'art 47 bis, rubricato “*Disposizioni in materia di regimi fiscali privilegiati*”, individua in via autonoma i criteri di individuazione di detti regimi e il legislatore rinvia a tale classificazione per l'applicazione delle normative in tema di trattamento fiscale degli utili, delle plusvalenze su partecipazioni e per la delimitazione del perimetro applicativo della *branch exemption*.⁶⁰

⁵⁹ A. Persiani, a cura di L. Salvini, “*Diritto tributario delle attività economiche*”, Giappichelli, 2019

⁶⁰ Il regime di *branch exemption* è stato introdotto dal d. lgs. n. 147/2015 ed è contenuto nell'art. 168-ter TUIR. È un regime opzionale, omnicomprensivo

La disposizione di cui all'art 47 *bis*, così come novellata dal d. lgs. 142/2018 che recepisce la Direttiva cd. "ATAD 1" (n. 2016/1164/UE), nella versione modificata ed integrata dalla Direttiva cd. "ATAD 2" (n. 2017/952/UE), opera tale individuazione dei regimi fiscali privilegiati innanzitutto escludendo, al primo comma, gli Stati membri dell'UE e gli Stati membri dello Spazio Economico Europeo (SEE) con cui l'Italia abbia concluso un accordo per lo scambio di informazioni.

La Direttiva, contenente le norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno, mira ad introdurre delle misure minime di protezione contro la pianificazione fiscale aggressiva, lasciando, ovviamente, agli Stati membri dell'Unione europea l'opera di implementazione, introducendo le norme di dettaglio, tenendo conto delle peculiarità del sistema normativo, giuridico ed economico dei singoli Stati.

Si va a riscontrare, dunque, come tale opera di armonizzazione europea con conseguente automatica esclusione dei sopracitati paesi, comporti una sostanziale limitazione all'ambito applicativo della normativa interna, la quale, introducendo criteri di identificazione dei regimi fiscali privilegiati diversi e autonomi rispetto a quelli di matrice europea, altrimenti potrebbe andare a ricomprendere anche Stati membri UE, facendo sorgere questioni, ancor prima che legali, puramente politiche e economiche sulla sempre maggiore integrazione europea.

È proprio tale primo comma, dunque, che permette di escludere giurisdizioni che si pongono spesso in una zona grigia (quali, ad esempio, Svizzera, Irlanda, Paesi Bassi e Lussemburgo) e che, comunque, con il loro sistema fiscale, comportano un'alterazione della concorrenza interna UE.

e irreversibile con cui le imprese residenti in Italia e aventi stabili organizzazioni all'estero possono avere l'esenzione degli utili e delle perdite di tali organizzazioni (derogando al regime ordinario di automatica imputazione alla casa madre).

Continuando l'analisi dell'art 47 bis, si compie una differenziazione a seconda che l'impresa o l'ente sia assoggettato ad una situazione di controllo da parte di un soggetto residente o localizzato in Italia, di cui all'art. 167 T.U.I.R..⁶¹ In particolar modo, l'art. 167 permette l'individuazione del c.d. *tax rate test*, ai sensi della normativa *Controlled Foreign Companies (CFC)*⁶², normativa profondamente incisa dalla riforma del 2018.

Si può considerare privilegiato, di cui all'art. 47 bis, il regime fiscale del soggetto che sia assoggettato ad una tassazione effettiva inferiore alla metà di quella che avrebbe avuto se fosse stato residente in Italia, in caso di partecipazione di controllo; qualora, invece, manchi la partecipazione di controllo, il soggetto estero si considera beneficiario di un regime fiscale privilegiato allorché il livello di tassazione nominale risulti inferiore alla metà di quello che si avrebbe in Italia.⁶³

⁶¹ Per la nozione di controllo ai fini dell'applicazione della normativa in esame, si rimanda, quindi, all'art 167 comma 2 TUIR che prevede:

“Ai fini del presente articolo si considerano soggetti controllati non residenti le imprese, le società e gli enti non residenti nel territorio dello Stato, per i quali si verifica almeno una delle seguenti condizioni:

a) sono controllati direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciaria o interposta persona, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, da parte di un soggetto di cui al comma 1;

b) oltre il 50 per cento della partecipazione ai loro utili è detenuto, direttamente o indirettamente, mediante una o più società controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile o tramite società fiduciaria o interposta persona, da un soggetto di cui al comma 1”

⁶² Vd. par. 1.7

⁶³ Per confrontare il livello di tassazione nominale, per l'Italia si devono considerare l'Ires (senza addizionali) e l'Irap; mentre per lo Stato estero bisogna valutare le imposte sui redditi societari da individuare facendo riferimento, qualora esistente, alla Convenzione contro le doppie imposizioni, tenendo conto anche delle eventuali imposte di natura identica o analoga intervenute in sostituzione di quelle menzionate espressamente nella Convenzione (circolare 35/E/2016 dell'agenzia delle Entrate).

Ai fini di detta analisi (e, dunque, in assenza di una situazione di controllo), per espressa menzione del 47 *bis* comma 2 lettera b, si deve, altresì, tenere conto anche di eventuali regimi speciali, tali da intendersi come derogatori rispetto alle ordinarie regole dell'ordinamento estero (o in virtù della loro temporaneità o perché riservati ad una cerchia ristretta di soggetti individuati in funzione dell'attività, dei requisiti dimensionali o della collocazione territoriale).

Tale previsione potrebbe essere letta nel senso che non sarebbero regimi speciali tutti quelli di natura strutturale riconosciuti alla generalità dei contribuenti, tuttavia l'Agenzia delle Entrate, con circolare n. 35/2016⁶⁴ (e recepito dal principio di diritto n. 16/2019⁶⁵), individua come regimi speciali quelli che:

- si applicano alla generalità dei contribuenti che integrano i requisiti soggettivi o oggettivi richiesti dalla norma istitutiva del regime;
- 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.

Il comma 2, inoltre, successivamente alla distinzione tra situazione di controllo e in mancanza di essa, prosegue stabilendo il già citato criterio dell'effettività, elemento tipico della legislazione italiana in materia di fiscalità privilegiata. Difatti, sono previste due esimenti all'integrale concorrenza del reddito formato all'estero che altrimenti si avrebbe, dato l'art. 89 comma 3 T.U.I.R., trattandosi di paesi a fiscalità privilegiata, per gli utili provenienti da partecipazioni dirette in imprese o enti residenti o

⁶⁴ Agenzia delle Entrate, circolare n. 35/2016, disponibile presso: <https://www.camera.it/temiap/allegati/2016/08/05/OCD177-2302.pdf>

⁶⁵ Agenzia delle Entrate, principio di diritto n. 16/2019, disponibile presso: <https://www.assolombarda.it/servizi/fisco/documenti/principio-di-diritto-n-16-del-29-aprile-2019>

localizzati in Stati a fiscalità privilegiata o, in caso di possesso indiretto, qualora derivino da partecipazioni di controllo, di cui all'art. 167 comma 2, da far valere mediante interpello disapplicativo all'amministrazione tributaria, ai sensi dell'art. 11, comma 1, lett. b, l. n. 212/2000, così come richiamato dal terzo e ultimo comma dell'art 47 *bis* in esame.

La prima di queste esimenti (art 47 *bis* comma 2 lett. a, richiamata anche con riferimento alla disciplina CFC dall'art 167 comma 5) riguarda, dunque, l'effettività: se il soggetto non residente dimostra di svolgere attività economica effettiva, mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali, gli utili non concorrono a formare il reddito nell'esercizio in cui sono percepiti, in quanto esclusi dalla formazione del soggetto ricevente per il 50% del loro ammontare.

L'esimente in esame si applica esclusivamente ai dividendi e non anche alle plusvalenze, nonostante sia pacifico che essi possano essere considerati come due facce della stessa medaglia e, dunque, economicamente equivalenti: in un'ipotesi teorica di economia perfetta, una società può decidere di erogare i dividendi tra i soci o imputarli a capitale, se avviene quest'ultima ipotesi e se l'anno successivo viene venduta la società, i soci avranno un guadagno pari al valore della quota più gli utili imputati a capitale, per cui ci sarà una plusvalenza esattamente uguale al dividendo non erogato l'anno precedente e, quindi, esattamente uguale al caso in cui la società avesse erogato i dividendi in questione.

L'altra esimente citata dal 47 *bis* (sempre assoggettata ad interpello disapplicativo⁶⁶, per cui l'onere della prova spetta sempre al contribuente)

⁶⁶ L'interpello disapplicativo è regolato dall'art. 11, c. 2, Legge n. 212/2000 e rappresenta l'unica tipologia di interpello che sia effettivamente obbligatoria per il contribuente. Egli, per disapplicare una determinata norma tributaria finalizzata ad evitare l'elusione fiscale (escludendo, quindi, l'applicazione di deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta o altre posizioni soggettive del soggetto passivo altrimenti ammesse dall'ordinamento tributario), deve inoltrare una richiesta all'Amministrazione in un termine di 120 giorni.

Nei casi in cui non sia stata resa risposta favorevole dall'Amministrazione, il contribuente ha comunque la possibilità di dimostrare che nella particolare

trova il suo ambito di applicazione tanto con riferimento ai dividendi, quanto alle plusvalenze. Essa prevede un'esclusione del 95% di tale ricchezza nel caso in cui si dimostri che da tale partecipazione non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori a regime fiscale privilegiato (di cui al comma 1, per cui esclusi dall'UE o dallo Spazio Economico Europeo, che non superano il *tax rate test*).

In entrambi i casi di applicazione delle esimenti in esame opererà, comunque, la regola generale che prevede l'indeducibilità dei costi connessi alla gestione ordinaria delle partecipazioni, ad eccezione dei costi sostenuti per l'acquisto del diritto di usufrutto (o altro diritto analogo) sulle partecipazioni societarie.

La novità più rilevante introdotta con l'art. 47 *bis* T.U.I.R. dal d.lgs. 142/2018, risiede nel fatto che il legislatore ha voluto, quindi, distinguere il caso in cui il soggetto residente detenga il controllo dell'impresa o entità estera (assumendo che in questo caso possa disporre delle informazioni necessarie per la più complessa verifica circa la determinazione dell'aliquota di tassazione effettiva estera) dal caso in cui il soggetto residente non abbia il controllo dell'entità estera, prevedendo la più semplice verifica dell'aliquota nominale di tassazione dell'entità estera.

Quindi, ben potrebbe essere che la stessa società, risulti essere allo stesso tempo a fiscalità privilegiata e non, e ciò a seconda del risultato della verifica condotta sul livello di tassazione effettivo o nominale. La *ratio* di questa distinzione può essere rinvenuta nel fatto che si presume che il soggetto che abbia una partecipazione di controllo abbia accesso ad una gamma di informazione estremamente più ampia e dettagliata rispetto al soggetto che abbia una partecipazione meramente minoritaria, per il quale sarebbe molto più difficile, quindi, andare a stabilire il livello di tassazione effettiva.

fattispecie gli effetti elusivi non possono verificarsi anche nelle successive fasi dell'accertamento, sia in sede amministrativa che contenziosa.

1.7 Il fenomeno delle *Controlled Foreign Companies* e la disciplina dell'art. 167 T.U.I.R.

La normativa riguardante i regimi fiscali privilegiati è strettamente collegata alla disciplina delle già citate *Controlled Foreign Companies* (di cui all'art. 167 del T.U.I.R.); si pensi, difatti, che la clausola di effettività è sostanzialmente ripresa come esimente nel quinto comma dell' art. 167 T.U.I.R. e, più in generale, ai fini dell' individuazione dei regimi fiscali privilegiati si rimanda al *tax rate test* in materia CFC, per cui il campo di applicazione delle due disposizioni in esame è sostanzialmente il medesimo.

In linea di principio, le regole di tassazione prevedono che il reddito conseguito oltre frontiera da parte della società controllata estera (*Controlled Foreign Companies*) sia imputato, al ricorrere di determinate condizioni, al soggetto residente in Italia che controlla il soggetto economico non residente. La normativa CFC italiana (così come risulta dalle modifiche apportate, tra le varie, dalla direttiva ATAD, “*Anti Tax Avoidance Directive*”) prevede una particolare forma di tassazione per trasparenza del reddito del soggetto controllato estero in capo al socio controllante italiano, a prescindere dall'effettiva percezione del reddito da parte di quest'ultimo.

Difatti, nel suo originario disegno (nella versione antecedente al d.l. n. 78/2010), la normativa CFC era diretta a contrastare la pratica del *tax deferral* all'estero: in particolare, si voleva limitare il fenomeno delle delocalizzazioni finalizzate a conseguire un differimento della tassazione dell'utile attraverso la sua produzione mediante *subsidiaries* localizzate in Stati a fiscalità privilegiata. In questi casi, difatti, la tassazione avverrebbe solo al momento di rimpatrio dell'utile (cioè quando il reddito prodotto dal soggetto estero viene giuridicamente trasferito al soggetto controllante italiano).

Tuttavia, in seguito alle modifiche alla normativa in esame apportate nel 2010, tale disciplina si applica pure alle società controllate localizzate

anche al di fuori dei *tax heavens*. Difatti, per effetto del recepimento della Direttiva ATAD (in particolare Direttiva cd. “ATAD 1” n. 2016/1164/UE, così come modificata ed integrata dalla Direttiva cd. “ATAD 2” n. 2017/952/UE, nel seguito denominata anche “Direttiva” o “Direttiva ATAD”) in Italia è stata radicalmente modificata la disciplina CFC esistente: la vecchia distinzione tra CFC *black* e *white list* scompare, con la previsione di un’unica disciplina CFC applicabile sia alle controllate residenti in Paesi della UE o SEE con scambio di informazioni, sia alle controllate residenti in Paesi terzi.⁶⁷

Per cui, all’originaria finalità della normativa in esame, si aggiunge quella di contrasto all’abuso dello strumento societario in ambito internazionale, vale a dire del ricorso a società controllate di natura fittizia, costituite al solo fine di realizzare trasferimenti apparenti del soggetto passivo e della sua attività produttiva. Quest’ultima finalità è, tra l’altro, l’unica perseguita e accettata dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea con riguardo alle normative CFC e tale valutazione, avviene tenuto conto dei principi sui cui si fonda l’Unione e del ruolo che la Corte è chiamata a svolgere.

Difatti, la Corte si ritrova a dover indirettamente armonizzare sistemi fiscali estremamente differenti tra loro, per cui possiamo vedere come, di fatto, sia stata la protagonista nelle *policy* fiscali dell’Unione nelle ultime decadi. In particolare, il concetto alla base dello stesso progetto di Comunità Europea (ancor prima dell’Unione, quindi) è proprio quello di creare uno spazio economico senza frontiere di alcun tipo, e da ciò derivano diversi corollari dal punto di vista fiscale e tributario, spesso molto controversi per la dottrina. Tra questi vi è sicuramente l’impossibilità di citare come paradisi fiscali Stati appartenenti all’Unione (come già analizzato nel primo comma dell’art. 47 *bis*), principio che dovrebbe discendere, a sua volta, da un’armonizzazione delle politiche

⁶⁷ V. A. Paciello, “*Direttiva ATAD: nuovo regime CFC e modifiche alla tassazione dei dividendi black list*”, Diritto Tributario Italiano, 2020

finanziarie (e fiscali) dei vari Stati membri, tali da poter creare effettivamente l'auspicato piano di piena e libera concorrenza.

Tuttavia, nella pratica si nota come sul piano *in primis* politico, gli Stati membri siano restii a delegare la propria sovranità, specialmente in materia fiscale.⁶⁸ Da ciò deriva, come si accennava in precedenza, alla sussistenza di un sistema composito di giurisdizioni estremamente differenti tra loro e la cui differenza va necessariamente a intralciare il traffico commerciale.

Altro corollario della visione che è posta alla base dell'Unione, è il celeberrimo divieto di discriminazione e diritto di stabilimento (*ex art. 54 TFUE*), che, da un punto di vista economico, si intreccia necessariamente con le già citate enormi differenze dei vari sistemi fiscali. Difatti, proprio avendo riguardo alla normativa CFC, si può comprendere il consolidato orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia, per la quale la disciplina in esame non può ostacolare i processi di delocalizzazione reale delle imprese (finché, dunque, sia effettivamente svolta un'attività economica).

Nel celebre caso *Cadbury Schweppes*⁶⁹ del 2006, dunque, la Corte ha affermato che l'inclusione nella base imponibile di utili realizzati da

⁶⁸ Altra lampante testimonianza di ciò può essere, ad esempio, riscontrata nel fatto che nell'IVA, nonostante essa sia un'imposta armonizzata, di derivazione e, in qualche modo anche di finalità europea, l'elemento caratterizzante del quantum dell'aliquota sia comunque frutto di una valutazione compiuta dai singoli Stati.

⁶⁹ Massime della sentenza in questione (C-196/04):

“1. La mera circostanza che una società residente crei uno stabilimento secondario, per esempio una controllata, in un altro Stato membro non può fondare una presunzione generale di frode fiscale, né giustificare una misura che pregiudichi l'esercizio di una libertà fondamentale garantita dal Trattato. Per contro, una misura nazionale che restringe la libertà di stabilimento è giustificata da motivi di lotta a pratiche abusive quando concerne specificamente le costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica, finalizzate ad eludere la normativa dello Stato membro interessato e, in particolare, ad eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale.

2. Gli artt. 43 CE e 48 CE devono essere interpretati nel senso che ostano all'inclusione, nella base imponibile di una società residente in uno Stato

una società estera controllata localizzata in un altro Stato membro è incompatibile con il principio della libertà di stabilimento, nonostante tali utili siano soggetti a un livello impositivo inferiore rispetto a quello applicato nello Stato della controllante, a meno che tale inclusione non riguardi “*costruzioni di pure artificio*”.

Da questo *input* sovranazionale deriva la modifica compiuta dal d.l. n. 78/2010, che, eliminando ogni riferimento al livello impositivo del paese della controllata e, dunque, ai *tax heavens*, di fatto recepisce *in toto* la ricostruzione compiuta dalla Corte di Lussemburgo.

Inoltre, la Corte di Cassazione, con sentenza n. 25281 del 16 dicembre 2015⁷⁰, è stata chiamata, per la prima volta, a pronunciarsi in merito alla compatibilità dell’art 167 del T.U.I.R. con l’art. 54 TFUE e le convenzioni internazionali per evitare le doppie imposizioni. In tale sentenza, la Suprema Corte recepisce puntualmente quanto affermato nel

membro, degli utili realizzati da una società estera controllata stabilita in un altro Stato allorché tali utili sono ivi soggetti ad un livello impositivo inferiore a quello applicabile nel primo Stato, a meno che tale inclusione non riguardi costruzioni di puro artificio destinate ad eludere l'imposta nazionale normalmente dovuta. L'applicazione di una misura impositiva siffatta deve perciò essere esclusa ove da elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi risulti che, pur in presenza di motivazioni di natura fiscale, la controllata è realmente impiantata nello Stato di stabilimento e ivi esercita attività economiche effettive.

⁷⁰Il ricorso della società si fonda su tre motivi. Il primo si basa sul termine di risposta dell’interpello che non sarebbe stato osservato correttamente dall’Amministrazione finanziaria. Il secondo motivo guarda al possibile contrasto della normativa CFC con il diritto dell’UE e, in particolare, con la libertà di stabilimento disciplinata dagli artt. 49 e 54 TFUE. Il terzo ed ultimo motivo si basa sulla possibile violazione della normativa CFC della Convenzione tra Italia e Cipro per evitare le doppie imposizioni e prevenire le evasioni fiscali in materia di imposte sul reddito ratificata con legge 10 luglio 1982 n. 564. In particolare, secondo la ricorrente gli articoli 5 e 7 della Convenzione, incentrati rispettivamente su stabile organizzazione e utili delle imprese e che consentono la tassazione degli utili delle società nello Stato della residenza a meno che non sia identificabile una stabile organizzazione nello Stato della fonte, impedirebbero la tassazione in Italia di “*redditi privi di qualsiasi collegamento con il territorio dello Stato*” e dunque impedirebbero l’applicazione dell’art. 167 TUIR.

2006, non considerando, però, che la giurisprudenza comunitaria sembra porre in relazione la costruzione di puro artificio con l'elusione dell'imposta nazionale, condizione quest'ultima che non è espressamente rinvenibile nella normativa italiana.

Ritorna, quindi, l'acceso dibattito in dottrina su quale sia l'effettiva finalità della normativa CFC, se il differimento dell'imposizione nazionale o l'erosione della base imponibile. Tuttavia, nel corso del giudizio, era stata sollevata una richiesta di rinvio pregiudiziale per la violazione del principio di proporzionalità, nella misura in cui non consente di dimostrare il carattere non elusivo della fattispecie posta in essere, per cui è plausibile ritenere che se la Corte avesse appoggiato la tesi dell'erosione della base imponibile, avrebbe accolto la richiesta di rinvio formulata dal contribuente.

Vi è, altresì, da sottolineare che nei molteplici lavori compiuti dall'OCSE in materia di erosione della base imponibile e trasferimento degli utili (BEPS), la normativa CFC viene considerata idonea a tale finalità, mentre non vi si pronuncia circa la finalità elusiva delle manovre concernenti soggetti controllati esteri, ma riconoscendo che questa possa avere rilevanza nelle legislazioni nazionali.

In ogni caso, il quadro normativo di riferimento è rappresentato dall'art. 167, comma 8 *ter*, T.U.I.R., il quale introduce una specifica esimente, prevedendo che la disposizione contenuta nel comma precedente non si applica *“se il soggetto residente dimostra che l'insediamento all'estero non rappresenta una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale”*.

Sullo specifico tema, la Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 6 ottobre 2010, n. 51/E, nel fornire utili chiarimenti in ordine alla definizione di costruzione societaria di puro artificio, richiama la sentenza *Cadbury v. Schweppes* e specifica come una costruzione societaria non sia da considerare meramente artificiosa ove *“da elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi risulti che, pur in presenza di motivazioni di*

natura fiscale, la controllata è realmente impiantata nello Stato di stabilimento e ivi esercita attività economiche effettive". Inoltre, la circostanza che le attività corrispondenti agli utili della società estera controllata ben avrebbero potuto essere effettuate anche da una società stabilita sul territorio dello Stato membro in cui si trova la società residente *"non può permettere di concludere per l'esistenza di una costruzione di puro artificio"*.

Per comprendere pienamente la normativa che risulta dall'art. 167, specificatamente con riguardo ai suoi presupposti applicativi, è necessario compiere un passo indietro e valutare i due grandi modelli internazionali per la redazione di norme aventi ad oggetto il controllo di soggetti esteri: il *jurisdictional approach* e il *transactional approach*. La Direttiva ATAD recepisce tali modelli e li propone come alternativi ai fini del disegno della disciplina CFC:

- l'approccio cd. *transactional*, secondo il quale, al ricorrere dei presupposti di applicazione della disciplina, soltanto i redditi cd. passivi (*passive income*, cioè *capital gains* e *royalties*, di origine anglosassone, da cui, difatti deriva questo modello) devono essere imputati al soggetto controllante residente, in proporzione alla sua quota di partecipazione agli utili. Si tratta di redditi che non derivano tanto dall'esercizio di un'attività economica, quanto alla produttività insita nel capitale o in beni immateriali, quali cespiti estremamente mobili e, dunque, facilmente collocabili presso società estere. Al contribuente spetta la possibilità di disapplicare la disciplina dimostrando che la controllata estera svolge un'attività economica sostanziale sostenuta da personale, attrezzature, attivi e locali;
- l'approccio cd. *jurisdictional*, secondo il quale, al ricorrere dei presupposti di applicazione della disciplina, l'intero reddito della controllata estera deve essere imputato al soggetto controllante residente, in proporzione alla sua partecipazione agli utili. Al contribuente spetta la possibilità di disapplicare la disciplina dimostrando che la controllata estera non è una costruzione fittizia

posta in essere essenzialmente per ottenere un vantaggio fiscale. In questo modello, è attribuito un valore determinante alla localizzazione dell'impresa estera partecipata in un paradiso fiscale (per cui si pone necessaria la determinazione di *black list* o, quantomeno, di criteri di identificazione dei regimi fiscali privilegiati).

Ciò premesso, la nuova disciplina CFC trova applicazione per i soggetti residenti nel territorio dello Stato (persone fisiche, società ed enti), nonché per le stabili organizzazioni di soggetti non residenti che:

- controllano direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciaria o interposta persona ai sensi dell'art. 2359 del codice civile (c.c.) (maggioranza dei voti, influenza dominante, controllo contrattuale), oppure
- detengono direttamente o indirettamente (considerando anche l'effetto demoltiplicativo), oltre il 50% della partecipazione agli utili in imprese, società ed enti non residenti nel territorio dello Stato.

Al ricorrere del presupposto soggettivo, la disciplina si applica qualora siano soddisfatte anche le seguenti ulteriori due condizioni congiuntamente:

- I soggetti controllati non residenti sono assoggettati a tassazione effettiva inferiore alla metà di quella a cui sarebbero stati soggetti qualora residenti in Italia (*tax rate test*, richiamato anche nell'art 47 bis T.U.I.R. con riguardo all'identificazione dei regimi fiscali privilegiati)
- oltre un terzo dei proventi da essi realizzati rientra in una o più delle seguenti categorie (*passive income test*, di impostazione prettamente *transactional*):
 - interessi o qualsiasi altro reddito generato da attivi finanziari;
 - canoni o qualsiasi altro reddito generato da proprietà intellettuale;
 - dividendi e redditi derivanti dalla cessione di partecipazioni;
 - redditi da leasing finanziario;

- redditi da attività assicurativa, bancaria e altre attività finanziarie;

- proventi derivanti da operazioni di compravendita di beni con valore economico aggiunto scarso o nullo, effettuate con soggetti che, direttamente o indirettamente, controllano il soggetto controllato non residente, ne sono controllati o sono controllati dallo stesso soggetto che controlla il soggetto non residente;

- proventi derivanti da prestazioni di servizi, con valore economico aggiunto scarso o nullo, effettuate a favore di soggetti che, direttamente o indirettamente, controllano il soggetto controllato non residente, ne sono controllati o sono controllati dallo stesso soggetto che controlla il soggetto non residente; ai fini dell'individuazione dei servizi con valore economico aggiunto scarso o nullo 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.

In merito alla prima delle due condizioni, si osserva che la scelta operata dal legislatore di fare riferimento ai fini dell'individuazione del Paese a fiscalità privilegiata al *tax rate* effettivo anziché a quello nominale è in linea con quanto previsto dall'art. 7, par. 1, lett. b della Direttiva ATAD e si pone in continuità con il previgente regime CFC cd. *white list* ed in discontinuità rispetto al previgente regime CFC cd. *black list*.

Al fine di verificare il *tax rate effettivo*, il confronto deve essere effettuato sul fronte della tassazione virtuale interna esclusivamente con l'imposta sul reddito delle società, IRES (attualmente al 24%).⁷¹

⁷¹ Per quanto riguarda il livello nominale di imposizione in Italia sono sorte alcune perplessità in merito all'inclusione (o meno) anche del carico impositivo rappresentato dall'IRAP. Il dubbio appare non palesemente infondato, in considerazione del fatto che, nel D.M. 21 novembre 2001, il livello di imposizione applicato in Italia era calcolato considerando anche l'IRAP. Tuttavia, con riferimento alla disciplina delle CFC di cui all'art. 167, comma 8-*bis*, del Tuir e, con specifico riguardo, al calcolo del *tax rate* effettivo, l'Agenzia delle Entrate nella Circolare 6 ottobre 2010, n. 51/E ha sostenuto che il confronto tra la tassazione effettiva estera e quella "effettiva-virtuale" interna debba essere

L'altro presupposto richiesto ai fini dell'applicazione del nuovo regime CFC è che l'impresa estera realizzi per oltre un terzo cd. proventi "passive".

L'impostazione di fondo è in linea con la previgente disciplina CFC white list, ai fini della quale era determinante il livello di tassazione effettiva (poteva succedere, dunque, che una controllata estera superasse il *test* della tassazione nominale, ma il successivo *test* della tassazione effettiva ne condizionava l'assoggettamento alla disciplina CFC *white list*). La disposizione era disapplicabile qualora il soggetto fosse stato in grado di provare che l'insediamento all'estero non rappresentasse una costruzione artificiosa volta a conseguire un vantaggio fiscale. Tale opzione disapplicativa poteva essere fatta valere direttamente in dichiarazione dei redditi, per cui l'interpello era solo facoltativo.⁷²

Ritornando ai due grandi modelli, l'Italia ha introdotto un approccio ibrido: mentre l'abbandono delle *black list* e il riferimento al *passive income test* (che si vedrà in seguito) fanno propendere per un'impostazione più vicina al *transanactional approach*, il *tax rate test* non è del tutto coerente con tale impostazione: la misurazione del livello di tassazione effettiva scontata dal soggetto non residente avviene con riferimento all'intero reddito, a prescindere dalla sua qualificazione come *active* o *passive income*. Un ulteriore elemento di vicinanza al *jurisdictional approach* riguarda la determinazione del reddito tassabile, difatti l'imposizione non viene solo anticipata sotto il profilo temporale (rispetto

condotto considerando esclusivamente le imposte sul reddito e escludendo in ogni caso l'IRAP. La differenza non è di poco conto considerato che nel primo caso il livello nominale di tassazione nel paese estero cui fare riferimento sarebbe pari al 15,7 per cento mentre nel secondo sarebbe pari al 13,75%.

(N. Bagnoli, "Stati a regime fiscale privilegiato: dalle *Black list* al *nomianal tax rate*", Rivista di Diritto Tributario, Pacini Giuridica)

⁷² M. Bargagli, "Cambiano le regole di tassazione in tema di CFC rules", Diritto tributario internazionale e dell'UE, 2018

al momento di rientro del reddito in Italia che si avrebbe in assenza della disciplina in esame), ma anche modificata nei criteri.

Al fine di allineare quanto più possibile la determinazione della base imponibile tra redditi prodotti in Italia e redditi prodotti all'estero, oggetto di imposizione non è più l'utile civilistico suscettibile di distribuzione, ma l'utile rideterminato in base alla normativa tributaria interna, quindi con le variazioni in aumento e diminuzione dell'utile o perdita riscontrata a conto economico, così come affermato dai principi di derivazione semplice e rafforzato contenuti nell'art. 83 T.U.I.R., ad eccezione del regime delle società di comodo e delle società in perdita sistemica, degli studi di settore, dell'ACE (aiuto alla crescita economica) e del regime di rateizzazione delle plusvalenze di cui all'art. 86 T.U.I.R.

L'imponibile così determinato viene assoggettato a tassazione separata, con aliquota media applicata sul reddito complessivo del soggetto residente in misura, comunque, non inferiore all'aliquota ordinaria IRES, con la possibilità di fruire del credito per le imposte pagate all'estero in via definitiva dal soggetto estero sul reddito da esso prodotto. La successiva distribuzione dei dividendi da parte del soggetto estero diviene quindi irrilevante ai fini impositivi, almeno fino a concorrenza dell'ammontare del reddito imputato per trasparenza al soggetto residente in Italia.⁷³

Ai sensi dell'art. 167, comma 5, lett. a e b, TUIR, la normativa CFC cd. "*black list*" viene disapplicata se, alternativamente:

- la società o altro ente non residente svolga un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività, nel mercato dello Stato o territorio di insediamento; per le attività bancarie, finanziarie o assicurative quest'ultima condizione si ritiene soddisfatta quando la maggior parte delle fonti, degli impieghi o dei ricavi originano nello Stato o territorio di insediamento (lett. a);

⁷³ A. Persiani a cura di L. Salvini, "*Diritto tributario delle attività economiche*", Giappichelli, 2019

- dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori a regime fiscale privilegiato (lett. b).

Tale disposizione appare del tutto in linea con l'ormai nota giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale parla di "costruzioni di puro artificio". Inoltre, in seguito delle modifiche apportate dal d. lgs. n. 147/2017, l'istanza di interpello preventivo per poter disapplicare la normativa CFC è soltanto facoltativa, potendo il contribuente scegliere se effettuare la dimostrazione delle circostanze esimenti in via preventiva ovvero se non applicare la disciplina CFC e rinviare l'onere probatorio ad un momento successivo, quale la successiva attività di controllo eventualmente intrapresa dall'Amministrazione finanziaria.

In quest'ultimo caso, il contribuente è tenuto ad effettuare in dichiarazione dei redditi un'apposita segnalazione riguardante la detenzione di partecipazioni in società estere controllate, per le quale ricorrono i presupposti applicativi della normativa in esame.

Sempre in quest'ultimo caso (cioè in mancanza di interpello disapplicativo preventivo), qualora l'Amministrazione intraprenda detta attività di controllo, è tenuta a seguire uno specifico iter procedimentale, per cui vi è dapprima l'obbligo di instaurare un contraddittorio preventivo con il contribuente, nel corso del quale, a quest'ultimo è data la possibilità di fornire le prove per la disapplicazione della disciplina CFC entro un termine di novanta giorni. In caso, poi, di emissione dell'avviso di accertamento, incombe sull'Amministrazione l'obbligo di fornire una specifica motivazione in merito alla non applicabilità della causa di disapplicazione di cui all'art. 167 comma 5 T.U.I.R.

1.8 La presunzione di cui all' art. 2 T.U.I.R. comma 2 bis e il rimando al decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze del 04/05/1999

Nell'ambito della tassazione delle persone fisiche, assume una rilevanza centrale la nozione di residenza, costituendo il presupposto della tassazione del reddito su base mondiale. In particolar modo, gli articoli 2 e 5 del T.U.I.R. definiscono i soggetti (persone fisiche) sottoposti all'imposta sui redditi:

- Le persone fisiche residenti nel territorio dello Stato per i soli redditi prodotti in Italia;
- Le persone fisiche non residenti nel territorio dello Stato per i soli redditi prodotti in Italia;
- I soci (residenti e non) di società di persone⁷⁴ residenti nel territorio dello Stato per tutti i redditi prodotti in Italia e all'estero.

Questa elencazione permette, quindi, di affermare come per i soggetti residenti valga il principio del *worldwide taxation* (per cui sono assoggettati al prelievo fiscale in Italia per gli utili ovunque prodotti, almeno in linea di principio⁷⁵), mentre per i non residenti si individua lo schema del *source taxation*, per cui si applicano le disposizioni contenute nell'art 23 T.U.I.R..

⁷⁴ Di società di persone o enti equiparati (imprese familiari, società tra professionisti). Si ricorda, inoltre, che, invece, le società di persone non residenti sono assoggettati ad IRES, ai sensi dell'art. 3 T.U.I.R.

⁷⁵ Celebre eccezione a questa impostazione e in linea con l'argomento trattato da questo scritto è rappresentata dal meccanismo della *participation exemption*, disciplinata dall'art. 87 T.U.I.R. che prevede la parziale irrilevanza fiscale delle plusvalenze relative alle cessioni di partecipazioni che presentano determinati requisiti, indipendentemente dalla presenza di uno specifico rapporto di controllo o di collegamento della partecipata. In linea di principio, tale meccanismo opera anche qualora detti redditi di capitale siano prodotti all'estero, a meno che non si tratti di uno dei paesi a fiscalità privilegiata, così come individuati dal già esaminato art. 47 *bis*.

Un meccanismo speculare opera, poi, con riguardo ai dividendi. In questo caso, però, sarà disposta l'esclusione e non l'esenzione degli stessi.

Una volta stabilito il ruolo fondante del concetto di residenza nell'ordinamento, questo viene definito all'art 2 T.U.I.R., che viene ancorato al fatto che il soggetto trascorra la maggior parte del periodo d'imposta (che nel caso dell'IRPEF coincide con l'anno solare, dunque 183/184 giorni l'anno) nel territorio dello Stato. Condizione, questa, individuata mediante il rimando a tre requisiti alternativi tra loro:

- iscrizione nell'anagrafe della popolazione residente, presso i vari comuni⁷⁶;
- domicilio (civilisticamente inteso), ovvero il centro vitale dei propri affari, e dei propri interessi morali, familiari o sociali;
- residenza (civilistica), per cui la dimora abituale.

Con l'art. 10 della legge n. 448 del 23 dicembre 1998 è stata introdotta, poi, una speciale norma antielusiva, che prevede una

⁷⁶ Tale requisito ha natura "formale" ed è costituito dalle risultanze dell'Anagrafe nazionale della popolazione residente (ANPR). Quest'ultimo è il registro nel quale sono annotate le persone che vivono in un determinato Comune italiano in un determinato momento. Configura requisito necessario per essere iscritti nell'Anagrafe comunale della popolazione residente:

- L'aver fissato la propria dimora abituale in quel Comune;
- per le persone non aventi fissa dimora, l'aver stabilito il domicilio nell'ambito di esso.

Il trasferimento della residenza all'estero per un periodo superiore a 12 mesi comporta l'obbligo di iscrizione all'AIRE (Anagrafe dei cittadini italiani residenti all'estero). L'iscrizione all'AIRE costituisce un "diritto-dovere" del cittadino, in quanto essa è condizione per l'esercizio di importanti diritti ex art. 6 della Legge n. 470/88. Ne è esempio, la possibilità di esercitare il diritto di voto per corrispondenza nel paese di residenza. L'iscrizione AIRE è obbligatoria nei seguenti casi (art. 2 Legge n. 470/88):

- In tutti quei casi in cui si sia verificato il trasferimento della residenza da un Comune italiano all'estero;
- Quando l'interessato ne faccia domanda, avendo membri del proprio nucleo familiare iscritti nell'AIRE o nell'anagrafe della popolazione residente del Comune;
- Per acquisizione della cittadinanza italiana da parte di persona residente all'estero e
- Per esistenza di cittadino all'estero giudizialmente dichiarata.

(F. Migliorini, *"Residenza fiscale delle persone fisiche: gli elementi guida"*; FiscoMania, 2021)

presunzione legale relativa⁷⁷: si considerano residenti, salvo prova contraria, i cittadini italiani cancellati dalle anagrafi della popolazione residente e trasferiti in Stati o territori individuati dall'art. 1 del Decreto del 04/05/1999⁷⁸ del Ministero delle Finanze. Tale decreto, dunque, rappresenta un primo esempio di *black list* nazionale.

Per la redazione della *black list* in esame, è stato istituito un apposito Gruppo di Lavoro, che ha comunque tenuto conto delle valutazioni in materia di *tax heavens* compiute a livello sovranazionale (considerando, dunque, sia il piano comunitario, sia il costante impegno dell'OCSE nel contrasto all'erosione delle basi imponibili), effettuando, tuttavia, un'opera di individuazione delle giurisdizioni privilegiate del tutto autonoma rispetto alle fonti di matrice europea e internazionale. Un punto di convergenza con i lavori OCSE, che può essere visto anche come linea-guida dei vari criteri di individuazione delle giurisdizioni *black list*, è il superamento della tradizionale distinzione tra i c.d. paradisi fiscali (*tax havens*) ed i Paesi che adottano regimi fiscali preferenziali (*harmful preferential tax regimes*), operando, con riguardo alle finalità del regime presuntivo introdotto, una sostanziale parificazione delle categorie.⁷⁹

Inoltre, così come afferma la relazione illustrativa dell'art. 10 della legge n. 448 del 1998, lo stesso Gruppo di lavoro ha fatto rilevare che tale

⁷⁷ Tayros Consulting, “*Black list – art. 2, comma 2-BIS del TUIR – presunzione residenza cittadini italiani cancellati dalle anagrafi della popolazione residente e trasferiti in Stati o territori individuati dall'art. 1 del Decreto del Decreto del 04/05/1999 – Min. Finanze*”, 2019

⁷⁸ La lista di cui al Decreto del 04/05/1999 – Min. Finanze ed il Decreto del 21/11/2001 – Min. Economia e Finanze rappresenta anche la lista di riferimento per la compilazione del quadro RW per quanto riguarda la detenzione di attività patrimoniali e finanziarie in paesi non collaborativi.

⁷⁹ Al riguardo, assume rilievo l'applicativo “SO.NO.RE.” (Soggetti non residenti), che consente all'Agenzia delle Entrate la selezione di persone fisiche connotate da un alto profilo di rischio di fittizio trasferimento all'estero della residenza in funzione di predeterminati criteri.

⁷⁹ Vd. par. 1.2.

lista, pur ispirandosi a quella prevista dall' art. 76, comma 7 *bis* T.U.I.R., finalizzata allo stesso modo a contrastare l'utilizzazione strumentale dei regimi fiscalmente privilegiati, se ne differenzia. Tale diversità emerge sia con riguardo ai presupposti applicativi di natura oggettiva, sia a quelli di tipo soggettivo, considerato che la nuova disposizione non trova la sua applicazione nei confronti delle imprese, ma si riferisce ai soggetti persone fisiche.

Inoltre, l'individuazione dei Paesi fiscalmente privilegiati è svincolata da qualsiasi limite, sia in ordine al livello quantitativo della tassazione e sia per quanto riguarda l'aderenza o meno all'Unione europea dei Paesi stessi.⁸⁰ Questo elemento si può considerare particolarmente prorompente, ma deve comunque essere tenuto in considerazione come il decreto in questione sia cronologicamente anteriore alle Direttive ATAD e, dunque, alla sostanziale riscrittura dell'art. 47 *bis* in tema di soggetti societari, nonostante appaia comunque peculiare che lo stesso testo normativo, il T.U.I.R., faccia riferimento a criteri di individuazione delle giurisdizioni *black list* totalmente differenti e antitetici. Tuttavia, il fatto che la normativa in esame sia antecedente a quella europea non deve trarre in inganno: comunque questa rimane applicabile e, tra l'altro, la lista di cui al Decreto del 1999 non è mai stata sostanzialmente modificata (ad eccezione di Cipro e Malta, espunti nel 2010, e San Marino nel 2014).

I criteri utilizzati riguardano, innanzitutto, il ricorrere di una bassa o inesistente forma di tassazione personale (intesa in termini di effettività e, pertanto, riferita non solo alle aliquote d'imposta nominali, ma anche alla formazione della base imponibile, agli eventuali regimi agevolativi, alle detrazioni d'imposta e alle deduzioni dal reddito complessivo). Un ulteriore criterio di qualificazione è costituito dal grado di trasparenza e di collaborazione informativa, tenendo anche conto della situazione bancaria, ai fini dell'individuazione di un'effettiva valutazione delle posizioni

⁸⁰ F. Rossi Ragazzi, "La residenza fiscale delle persone fisiche", Università di Chieti-Pescara "G. D'Annunzio", 2008

economico-fiscali. Rileva, altresì, il complesso dei poteri e delle modalità di accertamento esercitati dall'Amministrazione finanziaria locale, come pure il livello delle potestà di controllo previste al riguardo e realmente attuate, senza trascurare l'eventuale ricorso a forme individuali di definizione fiscale, improntate a criteri di discrezionalità.

La presunzione stabilita dal comma 2 *bis* dell'articolo 2 T.U.I.R., lungi dal creare un ulteriore status di residenza fiscale, i cui presupposti ricadono completamente nel comma 2 dello stesso art. 2, introduce soltanto un ulteriore criterio rivelativo ai fini dell'individuazione della residenza stessa, il quale si concretizza in una sostanziale inversione dell'onere probatorio.

L'onere della prova, quindi, incombe sul contribuente, anche quando l'emigrazione sia avvenuta transitando anagraficamente per uno Stato terzo, non ricompreso in tale decreto. In ogni caso, la Cassazione ha a più riprese affermato che ciò può essere dimostrato con ogni mezzo di prova, anche in contrasto con le risultanze dei registri anagrafici.⁸¹ A tal fine, dunque, si deve far riferimento all'orientamento della Suprema Corte, che, a proposito della determinazione del domicilio, afferma che essa “*va desunta alla stregua di tutti gli elementi di fatto che, direttamente o indirettamente, denuncino la presenza in un certo luogo di tale complesso di rapporti e il carattere principale che esso ha nella vita della persona*” (Cass. 5 maggio 1980, n. 2936).⁸²

⁸¹ Cass. 17 luglio 1967, sent. n. 1812;
Cass. 20 settembre 1979, sent. n. 4829;
Cass. 24 marzo 1983, sent. n. 2070;
Cass. 5 febbraio 1985, sent. n. 791.

⁸² Tale interpretazione è stata già seguita dall'Amministrazione finanziaria che, nel caso di un soggetto iscritto all'AIRE ed esercente attività di lavoro autonomo all'estero, ha affermato che la residenza fiscale in Italia si concretizza qualora “*la famiglia dell'interessato abbia mantenuto la dimora in Italia durante l'attività lavorativa all'estero*” o, comunque, nel caso in cui “*emergano atti o fatti*”

In generale, dunque, si propende sempre più verso un approccio maggiormente sostanzialistico, anche in linea con le diverse convenzioni internazionali.⁸³ Si ritiene, quindi, che esempi di onere probatorio per il contribuente riguardino elementi assolutamente pratici, quali i contratti di locazione, la regolare corresponsione dei relativi canone e delle spese accessorie, la stipulazione di utenze telefoniche, televisive e la congruità delle relative spese, l'esistenza di stabili legami personali, il luogo di residenza del nucleo familiare (con eventuale iscrizione ad associazioni o circoli, l'iscrizione e la frequenza dei figli minori presso istituti scolastici), ecc.

Per quanto attiene ai trasferimenti in Stati o territori diversi da quelli considerati in tale decreto, permane, invece, a carico dell'Amministrazione l'onere della prova, con i poteri e le modalità istruttorie tratteggiate nella circolare n. 304/E del 1997. Tale circolare contiene, altresì, ulteriori ed eventuali altri elementi di prova, che devono essere considerati e valutati in una visione globale, atteso che il superamento della presunzione *iuris tantum* imposta dal comma 2 *bis* non può che scaturire da una complessiva considerazione della posizione del contribuente. In sostanza, soltanto la piena dimostrazione, da parte del contribuente, della perdita di ogni significativo collegamento con lo Stato italiano e la parallela controprova di una reale e duratura localizzazione nel paese fiscalmente privilegiato, indipendentemente dall'assolvimento nello stesso paese di obblighi fiscali, attestano il venire meno della residenza fiscale in Italia e la conseguente legittimità della posizione di non residente.

Inoltre, vale la pena sottolineare che, nella prassi, gli accertamenti basati sulla residenza fiscale delle persone fisiche, anche se sorretti

tali da indurre a ritenere che il soggetto interessato ha quivi mantenuto il centro dei suoi affari ed interessi" (Ris. 14 ottobre 1988, n. 8/1329).

⁸³ A tal proposito, possono, altresì, essere citati alcuni interventi legislativi puntuali, avallati dalla giurisprudenza e dall'Amministrazione finanziaria, (quale il d.l. n. 34/2019), che impongono di far prevalere la situazione sostanziale sul dato formale.

dall'inversione dell'onere della prova, traggono, comunque, origine da una serie di elementi indiziari in possesso dell'Amministrazione finanziaria.

Vi è, poi, da considerare che, anche nel caso in cui il contribuente riesca in sede giudiziale o extra giudiziale a superare la presunzione di residenza italiana, la perdita di tale status rimane circoscritta al singolo periodo d'imposta oggetto di contestazione, in quanto, già a partire da quello successivo, il contribuente riacquista (per presunzione) la residenza fiscale italiana.⁸⁴

Da un punto di vista giudiziario, questa considerazione impedisce il ricorso al cd. "giudicato esterno", alla possibilità, cioè, che l'eventuale sentenza passata in giudicato possa estendere i suoi effetti ad un'ulteriore causa tra le medesime parti, nella quale siano eccepiti identici motivi, ma in relazione ad annualità differenti. Sul punto, infatti, sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁸⁵, affermando che il giudicato esterno può trovare spazio in materia tributaria solo ove riguardi "*gli elementi costitutivi della fattispecie che, estendendosi ad una pluralità di periodi d'imposta (ad esempio, le qualificazioni giuridiche preliminari all'applicazione di una specifica disciplina tributaria), assumono carattere tendenzialmente permanente*", non anche invece con riferimento "*ai fatti non aventi caratteristica di durata e comunque variabili da periodo a periodo (ad esempio, la capacità contributiva, le spese deducibili)*".⁸⁶

⁸⁴ È questa la diretta conseguenza della combinazione della presunzione in parola con il principio di autonomia dei periodi d'imposta, sancito all'art. 7, comma 1, TUIR, che, nell'ambito dei procedimenti aventi ad oggetto la verifica degli elementi costitutivi della residenza fiscale delle persone fisiche.

⁸⁵ Corte di Cassazione, SS.UU., sent. 16 giugno 2006, n. 13916.

⁸⁶ A. Della Carità, "*La gestione del contenzioso tributario nelle ipotesi di contestazione della residenza fiscale delle persone fisiche*", Diritto Tributario Italiano, 2020

In considerazione di ciò, la Cassazione, difatti, ha successivamente escluso l'operatività del giudicato sterno in relazione ad un procedimento avente ad oggetto la residenza fiscale estera di un cittadino italiano trasferitosi nel Principato di Monaco, posto che *“la residenza o il domicilio del contribuente, quali situazioni di fatto rilevanti a fini fiscali, sono di per sé stessi potenzialmente mutevoli nei vari anni d'imposta e richiedono volta per volta un autonomo accertamento per ciascuna annualità anche se, nell'accertamento giudiziale, possono essere coinvolti tratti storici comuni”*.⁸⁷

1.9 Le società *offshore* e la presunzione di esterovestizione

Con il neologismo “esterovestizione” si fa sostanzialmente riferimento alle tecniche di pianificazione fiscale mirate all'evasione o all'elusione dei tributi nazionali dello Stato di residenza. Queste sono adottate principalmente dai gruppi societari, creando una dissociazione tra residenza formale e residenza sostanziale di una società. Ciò avviene principalmente mediante la costituzione di società o stabili organizzazioni *offshore* in altri Stati con minore pressione impositiva, per cui l'illiceità sta proprio nella finalità di “vestire” come residente all'estero un soggetto che, invece, è solo strumentale e, quindi, appunto formale, al fine di avvantaggiarsi di un regime fiscale più vantaggioso rispetto a quello interno.⁸⁸

⁸⁷ Corte di Cassazione, sent. 21 gennaio 2015, n. 961

⁸⁸ C. Sacchetto, M. Bargagli, *“Esterovestizione societaria, disciplina tributaria e profili tecnico-operativi”*, Giappichelli, 2013

La Corte di Cassazione⁸⁹ va a ricomprendere questi comportamenti nella più ampia e generale categoria dell'abuso di diritto, definendo, infatti, le tecniche in questione come *“la localizzazione di una società in uno Stato a fiscalità più favorevole allo scopo di sottrarsi al più gravoso regime fiscale nazionale rientra tra le fattispecie che possono configurare abuso di diritto”*.

L' art. 73, comma 3 T.U.I.R.⁹⁰ va a definire i criteri per l'imputazione della residenza in Italia, per cui prevede i criteri sostanziali di collegamento delle società formalmente costituite all'estero, con il territorio dello Stato italiano. Questi, che operano alternativamente, sono:

- la sede legale; la quale si identifica con la sede sociale indicata nell'atto costitutivo o nello statuto;
- la sede dell'amministrazione; vale a dire il luogo ove viene svolta l'attività di gestione, da desumere da dati concreti quali, ad esempio, l'esistenza di uffici amministrativi o l'indicazione su documenti o fatture. In merito, la Corte di Cassazione⁹¹ ha, puntualmente affermato che per *“sede effettiva”* delle persone giuridiche *“è da intendere il luogo ove hanno concreto svolgimento le attività*

⁸⁹ Corte di Cassazione, 17 ottobre 2012, n. 2869

⁹⁰ Art. 73 comma 3 T.U.I.R. *“Ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato. Si considerano altresì residenti nel territorio dello Stato gli organismi di investimento collettivo del risparmio istituiti in Italia e, salvo prova contraria, i trust e gli istituti aventi analogo contenuto istituiti in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168 bis, in cui almeno uno dei disponenti ed almeno uno dei beneficiari del trust siano fiscalmente residenti nel territorio dello Stato. Si considerano, inoltre, residenti nel territorio dello Stato i trust istituiti in uno Stato diverso da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168 bis, quando, successivamente alla loro costituzione, un soggetto residente nel territorio dello Stato effettui in favore del trust un'attribuzione che importi il trasferimento di proprietà di beni immobili o la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari, anche per quote, nonché vincoli di destinazione sugli stessi.”*

⁹¹ Corte di Cassazione, 16 giugno 1984, sent. n. 3604

amministrative e di direzione dell'ente e si convocano le assemblee, e cioè il luogo deputato, o stabilmente utilizzato, per l'accentramento, nei rapporti interni e con i terzi, degli organi e degli uffici societari in vista del compimento degli affari e della propulsione dell'attività dell'ente". La sede dell'amministrazione può, quindi, essere considerata come il luogo dove sono assunte le decisioni più importanti e significative sotto il profilo strategico, imprenditoriale e decisionale, ovvero il luogo nel quale vengono definiti gli indirizzi strategici fondamentali dell'azienda e dal quale, di conseguenza, vengono diramate le maggiori direttive. Tale concetto ricalca sostanzialmente quanto delineato a livello internazionale dall'art. 4 del Modello OCSE⁹², creando una sostanziale uniformità di vedute riguardo al *place of management*. L'indagine in merito risulterà essere specifica e molto articolata, seguendo un approccio "case by case" riguardante l'esercizio dei poteri gestionali, per individuare, *in primis*, quali siano i soggetti cui spetta, realmente, la determinazione delle più importanti scelte strategiche dell'impresa (*key decisions*).

- L'oggetto principale dell'attività; per le società e gli enti residenti. L'oggetto esclusivo o principale dell'attività è determinato in base alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto, se esistenti in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata o registrata (articolo 73, comma 4 del DPR n. 917/86), per cui in mancanza dell'atto costitutivo o dello statuto nelle predette forme, l'oggetto principale della società o dell'ente residente è determinato in base all'attività effettivamente esercitata nel territorio dello Stato. In sostanza, l'oggetto dell'indagine dovrà individuare su quale territorio l'impresa localizza il proprio "core business", ovvero la principale attività commerciale, industriale,

⁹² L'articolo 4 (paragrafo 24.1) commentario al modello OCSE "luogo in cui sono assunte, di fatto, le principali decisioni di tipo gestionale e commerciale necessarie per la conduzione dell'insieme delle attività dell'impresa, desumibile anche dal luogo in cui si tengono i consigli di amministrazione, in cui è svolta la gestione direttiva quotidiana dell'impresa ed in cui sono tenuti i libri contabili".

amministrativa, di servizi, ecc. Con specifico riferimento alle holding di gestione di partecipazione, c.d. “*holding* dinamiche”⁹³, per individuare il luogo in cui viene realizzato l’oggetto sociale, rileva non tanto quello in cui si trovano i beni principali posseduti dalla società, quanto si deve fare riferimento alla presenza in loco per la gestione dell’attività dell’ente.⁹⁴ Nelle “*holding* statiche”, invece, mancando una rilevante attività operativa, di direzione, coordinamento e controllo, si deve fare direttamente riferimento all’oggetto principale, per cui si va a considerare il luogo dell’*asset*, per cui è un dato sostanzialmente formale: la sede della partecipata determina la residenza della società controllante.

A differenza del criterio concernente la sede legale (che è di impostazione prettamente formale), gli altri due criteri compiono una valutazione di tipo sostanziale. Tuttavia, i sopracitati criteri operano per esclusione, per cui, stante la lettura della norma in esame, l’approccio sostanzialistico (e, dunque, più coerente con le finalità antielusive) interviene solo in un secondo momento.

Di contro, il comma 5 *bis* dello stesso art. 73 è una norma che sembra avere carattere prettamente procedurale: con l’obiettivo di contrastare dette pianificazioni fiscali, il legislatore (d.l. “Bersani” n. 223/2006) ha introdotto una presunzione legale relativa, che prevede,

⁹³ Le *holding* dinamiche si distinguono dalle holding statiche, in quanto quest’ultime si limitano a detenere in modo passivo asset immateriali, anche di tipo partecipativo (es. partecipazioni in imprese controllate), mentre nelle *holding* in questione sono attività economiche autonome e distinte, tra le quali sono annoverabili: attività di direzione e coordinamento del gruppo; attività di supporto/finanziamento a servizio delle partecipate.

⁹⁴ Con riferimento al luogo ove viene effettuata l’attività principale dell’impresa, la circolare dell’Agenzia delle Entrate n. 28/E del 4 agosto 2006 afferma che “*in sede internazionale, ed in particolare nelle osservazioni contenute nel commentario all’articolo 4 del modello OCSE, l’amministrazione finanziaria si è, da sempre, preoccupata di salvaguardare i principi di effettività, richiamati nell’ordinamento domestico, ritenendo che la sede della direzione effettiva di un Ente debba definirsi non soltanto come il luogo di svolgimento della sua prevalente attività direttiva e amministrativa, ma anche come il luogo ove è esercitata l’attività principale*”.

ancora una volta, l'inversione dell'onere probatorio a carico del contribuente. Si dispone, difatti, che le società con sede all'estero, controllanti di società residenti e a loro volta controllate da soggetti residenti o da società residenti, si considerano presuntivamente residenti in Italia. Il soggetto così "esterovestito" sarà tenuto, quindi, a dichiarare in Italia (e a sopportare il carico fiscale) i redditi ovunque prodotti, in ossequio al *world wide principle*.⁹⁵ La norma in oggetto opera dal 1° gennaio 2006 e le specificazioni dei criteri applicativi sono contenute nel successivo comma 5 *ter*: la situazione di controllo deve essere rilevata alla data di chiusura dell'esercizio (o del periodo di gestione), mentre la verifica della residenza degli amministratori della società deve intendersi nel senso che la società controllata deve essere gestita per la maggior parte del periodo d'imposta da consiglieri residenti in Italia.

Per poter vincere tale presunzione, è necessario che il contribuente dimostri, che la sede dell'amministrazione si trovi effettivamente nello Stato estero e che la presenza di una holding nel territorio dello Stato e la residenza italiana dei membri del Consiglio di amministrazione, non implicano, di fatto, la sua gestione in Italia.

Il regime presuntivo in esame ha sollevato molteplici critiche in merito alla sua compatibilità con i principi cardine dell'ordinamento europeo, quali la libertà di stabilimento⁹⁶ e i principi di proporzionalità e non discriminazione. Tuttavia, da giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia, tale diritto può essere legittimamente limitato dal legislatore

⁹⁵ V.d. par. 1.7

⁹⁶ Il diritto di stabilimento (artt. 49-55 TFUE) permette il duraturo insediamento di un soggetto in uno Stato membro che offra condizioni più vantaggiose rispetto a quello di appartenenza, in assenza di vincoli o limitazioni a sfavore dello spostamento della sede societaria. Tale diritto si concretizza tanto nel diritto di intraprendere un'attività economica autonoma o costituire una società in un altro Stato (c.d. stabilimento a titolo principale), quanto nel diritto di mantenere il proprio stabilimento nello Stato di origine ed aprire un secondo centro di attività (ovvero, un'agenzia, una succursale, una filiale) in un altro Stato membro (c.d. stabilimento a titolo secondario).

nazionale se tale limitazione deriva da finalità antiabusive, ovvero deve avere lo scopo specifico di contrastare comportamenti che siano finalizzati alla creazione di costruzioni di puro artificio, “*wholly artificial arrangements*” (già citata sentenza *Cadbury v. Schweppes*).

Sul punto si è anche pronunciata la stessa Commissione Europea⁹⁷, la quale ha sancito la legittimità della normativa italiana, date le garanzie procedurali sostenute dall’Amministrazione finanziaria, quali la necessità di un articolato contraddittorio, avendo riguardo al complesso degli elementi fattuali della singola fattispecie e non limitando la possibilità del contribuente di fornire la prova contraria. Difatti, le norme di cui ai commi 5 *bis*, *ter* e *quater* dell’art. 73 del T.U.I.R., non operano mai isolatamente, ma costituiscono solo il punto di partenza per una verifica più ampia, comunque svolta nel rispetto del contraddittorio. Inoltre, si ricorda come la presunzione legale relativa non sia in alcun modo generale, fondandosi su una valutazione strettamente casistica (c.d. *case by case analysis*).

La presunzione di esterovestizione societaria è stata, inoltre, analizzata dalla Corte di Cassazione a più riprese. Dapprima con la sentenza del 7 febbraio 2013, n. 2869, che ha sostanzialmente ripreso la giurisprudenza europea in tema CFC,⁹⁸ ribadendo la clausola di effettività: ha, quindi, stabilito che, ai fini della configurabilità dell’abuso del diritto di stabilimento, si deve verificare se il trasferimento sia avvenuto o meno,

⁹⁷ Il punto era stato sollevato nel giugno 2009 dall’Associazione Italiana Dottori Commercialisti, che lamentava che: - la norma in esame, ostacolerebbe, con conseguenze discriminatorie, la scelta del *management* più idoneo ad amministrare la società, introducendo una penalizzazione per i prestatori d’opera residenti in Italia;

– non ammetterebbe la verifica, in via preventiva, della idoneità della prova contraria, con conseguente lesione del principio di certezza del diritto ed eccessivo potere discrezionale in capo all’Amministrazione finanziaria;

– il contribuente sarebbe obbligato ad adempiere all’onere di fornire mezzi di prova diversi ed ulteriori rispetto al certificato rilasciato dall’Autorità estera, attestante l’effettiva residenza

⁹⁸ Sempre con riguardo alla sentenza *Cadbury v. Schweppes* di cui al par. 1.6

ovvero se l'operazione sia meramente artificiosa, consistendo nella creazione di una forma giuridica alla quale non è corrispondente l'effettiva realtà economica.

Successivamente, con sentenza n. 14527 del 28 maggio 2019⁹⁹, ha risolto un caso presunto di esterovestizione societaria. La Cassazione ha riconosciuto che qualora il contribuente sia messo nelle condizioni di poter scegliere tra due operazioni, non è assolutamente obbligato a scegliere quella che gli comporti un maggior carico fiscale, anzi in tale diritto di scelta si concretizza la libertà di stabilimento, sempre che non si tratti di attività di puro artificio. A detta della Suprema Corte, dunque, per poter parlare di esterovestizione occorre che le decisioni strategiche vengano prese in uno Stato diverso da quello in cui è localizzata la società e che mediante tale separazione territoriale si realizzi un indebito risparmio d'imposta, non essendo sufficiente la sola valutazione sulla residenza degli amministratori.¹⁰⁰

⁹⁹ La vicenda trae origine dalla negazione, da parte del Fisco, di una richiesta di rimborso delle ritenute operate in Italia, in sede di distribuzione dei dividendi da parte di una società controllante con sede in Olanda, che, secondo la Commissione Tributaria Regionale operava effettivamente in Italia, considerando, anche, la residenza italiana degli amministratori della controllante.

¹⁰⁰ Vi è da sottolineare, tuttavia, che nella decisione in esame, la Corte ha comunque sottolineato la differenza tra il sistema fiscale italiano e quello olandese, data la particolare vantaggiosità di quest'ultimo, su cui si tornerà specificatamente nel cap. 3.

Capitolo 2

Le principali modalità di elusione ed evasione realizzate mediante società offshore

2.1 Aggressive Tax Planning

Gli strumenti della pianificazione fiscale internazionale sono rappresentati dal “complesso di iniziative di organizzazione sul piano operativo da parte di imprese, al fine di rendere ottimale, per le imprese stesse, l’onere fiscale che ne consegue, e ciò considerando le caratteristiche dei singoli ordinamenti tributari in cui operare, le interrelazioni fra gli stessi, le possibilità che l’ottimizzazione dell’onere fiscale possa essere conseguenza del lecito utilizzo delle differenze e delle interconnessioni fra gli ordinamenti. Infatti, il diritto del contribuente a scegliere la forma degli affari che consenta di limitare gli oneri fiscali è riconosciuto e garantito, rientrando nella c.d. pianificazione aziendale”.¹⁰¹

Di fronte a questa legittima utilizzazione, dunque, esiste un’ampia sfera grigia di liceità, in cui si possono celare interventi elusivi. Di base, un’operazione dimostra intento elusivo quando a livello teorico è del tutto legittima, ma è stata posta in essere con l’unico (o principale) fine di ottenere un risparmio fiscale.

Questo fenomeno di pianificazione aziendale assume sempre più spesso connotazioni internazionali, mediante l’utilizzazione di società *offshore* e, dunque, sfociando in vere e proprie situazioni di pianificazioni fiscali aggressive, nell’ambito di un diritto tributario globale.

Con diritto tributario globale, dunque, si evidenzia l’aspirazione al coordinamento delle dimensioni giuridiche positive assunte dalle norme tributarie: preso atto dell’insufficienza di un approccio isolato e individualistico dei vari Stati, si realizza una ricerca per una posizione

¹⁰¹ P. Adonnino, “*La pianificazione fiscale internazionale*”, Corso di diritto tributario internazionale, Padova, 1999

unitaria a livello internazionale, che consenta di realizzare la piena aderenza del prelievo fiscale agli obiettivi di equità e una tassazione in conformità alle manifestazioni di forza economica.¹⁰²

In questo contesto, la definizione di pianificazione fiscale aggressiva (*Aggressive Tax Planning*) assume caratteri sfumati, dal momento che questa costituisce una nozione sociale, metagiuridica, non una categoria del diritto. Non esprime, infatti, un disvalore rispetto ai valori tutelati dal nostro ordinamento, perché non viola alcuna norma. La sua anti giuridicità deriva, invece, dai suoi effetti economici deleteri per gli interessi erariali e dall'incapacità degli Stati di contrastarla efficacemente, in assenza di un "ordinamento fiscale internazionale".¹⁰³

Il concetto di *Aggressive Tax Planning* è stato, però, apertamente analizzato all'interno del BEPS.¹⁰⁴ Da tale elaborazione, è emerso come la pianificazione fiscale aggressiva rappresenti una nuova categoria di illecita sottrazione d'imposta, che sia gli Stati, sia l'UE hanno il dovere di contrastare, poiché altera, tra l'altro, il corretto funzionamento del mercato interno. Gli elementi che, dunque, caratterizzano tale nuova categoria di illecito sono:

1. lo sfruttamento delle disparità tra sistemi diversi, al fine di trarre un indebito vantaggio fiscale;
2. il disallineamento tra luogo di produzione e luogo di tassazione della ricchezza;
3. il risultato di una doppia non imposizione a livello internazionale che gli Stati interessati non hanno inteso concedere.

¹⁰² P. Pistone, "La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto tributario globale", *Rivista Trimestrale di Diritto Tributario*, Giappichelli, 2016

¹⁰³ S. Grilli, "La "pianificazione fiscale aggressiva" come non-categoria del diritto", *Diritto tributario internazionale e dell'UE*, 2018

¹⁰⁴ Vd. par. 1.4

Di fatto, il primo è l'elemento caratterizzante della pianificazione fiscale aggressiva, dal momento che non vi è espressa violazione o elusione di alcuna norma, ma sfrutta le differenze (c.d. "asimmetrie") tra i diversi sistemi giuridici.

Il secondo elemento è rappresentato dall'effetto di "disallineamento": la pianificazione fiscale aggressiva determina uno scollamento tra luogo di produzione e di tassazione del reddito, ciò indebolendo la sovranità impositiva dello Stato e provocando distorsioni nel mercato.

Il terzo elemento è la doppia non imposizione c.d. "involontaria", che ha luogo quando un dato elemento reddituale non è tassato né nella giurisdizione di origine (Stato della fonte) né in quella di residenza del percettore finale (Stato della residenza), per un difetto di coordinamento delle diverse norme interne delle giurisdizioni così coinvolte, ma non previsto dai legislatori.¹⁰⁵

Le strategie di *Aggressive Tax Planning* si realizzano, dunque, mediante "loopholes" e "gaps" nei sistemi fiscali (letteralmente, scappatoie e lacune). È importante, però, sottolineare la differenza tra le due: le prime sono considerate un'imperfezione involontaria della legge, se un contribuente approfitta di una disposizione fiscale sfruttando una "scappatoia" legislativa, il comportamento del contribuente può essere contestato dalle autorità fiscali.

Al contrario, le lacune nelle legislazioni fiscali implicano l'inapplicabilità di una norma e l'impossibilità di sopperire a tale mancanza mediante analogia. In altre parole, il confine tra scappatoie e lacune è che le prime possono essere contrastate attraverso un'attività ermeneutica, mentre le seconde no.

¹⁰⁵ P. Pistone, "*Diritto Tributario Internazionale*", Giappichelli, 2017

Da un punto di vista teorico, la differenza tra abuso fiscale e strategie di pianificazione aggressiva è chiaramente distinguibile. L'abuso fiscale è un concetto legato all'idea di "limite": questo è, in linea di principio, lecito, poiché il beneficio fiscale risulta essere coerente con i confini tracciati dalle norme impositive, benché, comunque, non coerente con l'oggetto e scopo delle stesse (*agere in fraudem legis*).

Si dice, difatti, che l'abuso fiscale non è un "*mala in se*", ma è un "*mala quia prohibita*" (cioè illegale perché proibito). Di conseguenza, l'abuso fiscale è un comportamento *intra legem*, ma non *secundum legem* (secondo la legge): il concetto di abuso costituisce la soglia oltre la quale i contribuenti non potrebbero più contare sulla protezione del principio internazionale di neutralità fiscale. Quando i contribuenti superano questa soglia, si verifica l'evasione fiscale.

Le strategie di pianificazione fiscale aggressiva, invece, seguono un'altra logica: tali strategie non vanno oltre i limiti fissati dalle norme, ma agiscono all'interno delle stesse ("*inter leges*"). Ciò dà luogo a una pianificazione fiscale "aggressiva", che consiste nello sfruttare le lacune nell'architettura delle legislazioni fiscali esistenti, i disallineamenti e le disparità (cioè le differenze risultanti dall'esercizio concomitante di due o più giurisdizioni fiscali) del sistema fiscale internazionale.

Secondo il diritto europeo e i principi OCSE, queste tecniche coinvolgono profili problematici nel momento in cui implicano un'utilizzazione "artificiale", con l'effetto di separare il reddito imponibile dalle attività che lo generano.

2.2 Le società di comodo

Una delle modalità con cui si realizzano condotte elusive ed evasive consiste nell'utilizzo di società di comodo.

L'elaborazione su tali strumenti societari deriva dalla categoria civilistica dell'abuso del diritto¹⁰⁶, da cui una vasta giurisprudenza¹⁰⁷ ha fatto nascere la categoria delle "società di comodo" all'interno del diritto commerciale.

Difatti, tale categoria definisce tutta una serie di fattispecie in cui la forma societaria è utilizzata per fini differenti rispetto a quelli che geneticamente e fisiologicamente ne governano l'acquisizione e trova un'espressa disciplina normativa nell'art. 30 della l. 23 dicembre 1994, n. 724.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Con "abuso del diritto" si tende ad indicare un limite esterno all'esercizio, potenzialmente pieno ed assoluto, del diritto soggettivo.

Nel Codice civile manca un'espressa previsione a riguardo, ma può rinvenirsi:

a) l'espressa indicazione di fattispecie abusive (art. 330, relativo all'abuso della potestà genitoriale; art. 1015, relativo all'abuso del diritto di usufrutto; art. 2793, relativo all'abuso della cosa da parte del creditore pignoratizio);

b) disposizioni sanzionatrici di alcuni atti, la cui ratio è ravvisabile nella esigenza di repressione di un abuso del diritto (art. 1059, comma 2, che impone al comproprietario, che – agendo ex se – ha concesso una servitù, di non impedire l'esercizio di tale diritto; art. 1993, comma 2, c.c.);

c) disposizioni di maggiore ampiezza, considerate valide per intere categorie di diritti (art. 833, che, pur relativo al diritto di proprietà, è stato utilizzato come norma di repressione dell'abuso dei diritti reali in genere [1]; artt. 1175 e 1375 che, attraverso la clausola della buona fede, hanno consentito in tempi recenti alla giurisprudenza, su suggerimento della dottrina più avvertita, di sanzionare, in termini di illecito contrattuale, l'abuso di diritti relativi o di credito).

¹⁰⁷ Tra le varie:

- Corte di Giustizia CE 23 marzo 2000, C 373/97;
- Corte di Cassazione, sent. n. 1506 del 18 gennaio 2022;
- Corte di Cassazione, ord. n. 16697 del 14 giugno 2021.

¹⁰⁸ R. Miceli, "*Società di comodo e statuto fiscale dell'impresa*", Pacini Giuridica, 2017, p. 18.

Nell'ordinamento tributario nazionale, tale situazione sicuramente rientra nell'ambito applicativo della norma antielusiva generale contenuta nel comma 12 dell'articolo 10 *bis* della L. 212/2000; difatti, sulla scorta del decreto legislativo 5 agosto 2015 n. 12834, abuso del diritto ed elusione fiscale vengono ad unificarsi in un unico concetto (racchiuso, per l'appunto, nell'art. 10 *bis* dello Statuto del contribuente) che ha una valenza generale, riguardando, pertanto, tutte le tipologie di tributi.¹⁰⁹

Alla luce di questo ampio quadro normativo, quando ci si riferisce alle società di comodo si fa riferimento ad una pluralità di situazioni: sia società commerciali che detengono beni patrimoniali improduttivi (cioè società “reali”, che si caratterizzano, però, da un'attività di mero godimento), sia società “fittizie” (o “fraudolente”), in cui lo schema societario viene posto in essere al fine di realizzare una condotta evasiva, sia, infine, società “abusive”, create appositamente allo scopo di eludere la normativa fiscale.

Questa pluralità di fattispecie si riversa in un vasto quadro normativo, rappresentato dall'art 37 comma 3, del d.P.R. n. 600 del 1973, regolante l'interposizione fittizia di persona nelle imposte sul reddito e che impone all'Amministrazione finanziaria l'obbligo di verificare la corretta identificazione del titolare del reddito con il reale beneficiario¹¹⁰, e dalla normativa CFC, europea e nazionale, rappresentata dalla direttiva ATAD e dall'Art. 167 del T.U.I.R..¹¹¹

¹⁰⁹ G. Petrillo, “*Le società di comodo fra elusione ed evasione*”, Rivista Semestrale di Diritto, 2019

¹¹⁰ Sul tema vi è anche la clausola del c.d. “beneficiario effettivo”, (“*beneficial ownership*”), presente quale norma antielusiva all'interno delle Convenzioni OCSE e UN con riferimento alle categorie passive di reddito, di cui agli art. 10, 11 e 12.

¹¹¹ Vd. par. 1.7

Per quanto riguarda la tipologia delle società di mero godimento, queste si qualificano alla luce di un impianto normativo basato su presupposti applicativi ed una serie di esclusioni. In particolar modo, ci si riferisce a tutte le società che:

- per un periodo di imposta non superano il *test* di operatività, ovvero per cinque periodi di imposta consecutivi presentano una dichiarazione dei redditi in perdita fiscale ovvero per quattro periodi di imposta rilevano una dichiarazione con il suddetto risultato e per un periodo di imposta dichiarano un reddito inferiore al minimo;
- a condizione che non rientrino in una delle cause di esclusione della disciplina previste dalla legge o dai Provvedimenti del Direttore dell’Agenzia delle entrate;
- a condizione che non ritengano operante nei loro confronti la clausola generale di esclusione costituita dalle “oggettive situazioni”, *ex art. 30, comma 4 bis* (l. 23 dicembre 1994, n. 724).¹¹²

Il *test* di operatività si basa su una connessione diretta e proporzionale tra indici patrimoniali e ricavi: al crescere del valore dei beni patrimoniali aumenta la redditività presunta riferibile agli stessi e la base imponibile.

Sono, altresì, soggette all’applicazione della disciplina in oggetto le società c.d. in perdita sistematica, ai sensi dell’Art. 2, comma 36 *decies* e *undicies*, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138.

La disciplina si applica anche nel caso in cui la società superi il *test* presuntivo di operatività, ma, nel periodo in esame di cinque anni, comunque risulti essere in perdita.

Al ricorrere dei presupposti applicativi, dunque, la legge introduce un meccanismo antielusivo basato su un regime presuntivo: il reddito

¹¹² In quest’ultimo caso le società potranno scegliere di presentare interpello probatorio o direttamente di non applicare tale disciplina, anche in caso di diniego espresso dell’istanza di interpello.

minimo verrà calcolato sulla base di coefficienti medi di redditività applicati sugli elementi patrimoniali considerati per il *test*.

Ai fini IRAP, per le società di comodo si presume che il valore della produzione netta non sia inferiore al reddito minimo determinato secondo le percentuali di cui sopra, aumentato delle retribuzioni per personale dipendente, dei compensi spettanti per i collaboratori coordinati e continuativi, di quelli per prestazioni di lavoro autonomo non esercitate abitualmente e degli interessi passivi.

Nonostante, dunque, la disciplina predisposta dal legislatore nazionale, una serie di fenomeni elusivi avvengono comunque sul piano internazionale, mediante l'utilizzazione delle società di comodo. Come già citato, nelle strategie di *tax avoidance*, spesso si riscontra l'interposizione di soggetti societari del tutto formali e non operativi, in giurisdizioni che presentano un regime fiscale agevolato. Sul punto, dunque, è intervenuta la disciplina europea con la normativa CFC prevista nella direttiva ATAD.

Inoltre, la Commissione europea, il 20 maggio 2021, ha indotto una consultazione pubblica, con l'intento di esplorare le modalità più convenienti per contrastare l'uso continuato di società di comodo, ovvero entità "specchio" con poca o nessuna sostanza economica, negli accordi transfrontalieri allo scopo di eludere le tasse.

La Commissione europea ha chiarito che, sebbene l'UE abbia intrapreso diverse azioni per affrontare accordi fiscali abusivi, l'uso di società di comodo continua a rappresentare un problema. Inoltre, ha aggiunto che, mentre esistono misure che riguardano la sostanza delle persone giuridiche nel contesto di specifici regimi fiscali preferenziali, non esistono misure legislative a livello europeo che definiscono i requisiti di sostanza necessari per considerare le società come "effettive".¹¹³

¹¹³ S. Latini, "In arrivo (nel 2022) una nuova direttiva UE sulle società di comodo", IPSOA, 2021

Nel dicembre 2021, la Commissione ha presentato delle proposte per il recepimento dell'accordo internazionale sulla tassazione minima delle imprese multinazionali. Nel 2022 presenterà un'altra proposta legislativa sulla trasparenza, che impone ad alcune grandi multinazionali di pubblicare le loro aliquote fiscali effettive, e l'ottava direttiva sulla cooperazione amministrativa, che fornisce alle amministrazioni fiscali le informazioni necessarie per la tassazione del cryptoattività. Mentre la presente iniziativa affronta la situazione all'interno dell'UE, nel 2022 la Commissione presenterà inoltre una nuova misura, al fine di rispondere alle sfide connesse alle società di comodo non appartenenti al territorio dell'Unione.¹¹⁴

Il 22 dicembre 2021, la Commissione europea ha pubblicato una proposta di direttiva (la c.d. Direttiva ATAD 3) che modifica la Direttiva 2011/16/EU e prevede delle disposizioni per contrastare l'uso improprio di società di comodo per fini fiscali.

Tale proposta introdurrebbe l'obbligo di rendicontazione per tutte le società che hanno residenza fiscale nell'Unione, a prescindere dalla natura giuridica, e che esercitano una attività economica minima o che non esercitano alcuna attività, escludendo la possibilità per queste società di godere di trattamenti fiscali agevolati. È previsto, inoltre, in alcuni casi, l'aumento della ritenuta alla fonte, nonché sanzioni in caso di mancata o erronea rendicontazione.

Una volta adottata detta direttiva, gli Stati membri dovranno recepire le misure in essa contenute entro il 30 giugno 2023 e farle entrare in vigore entro il 1° gennaio 2024.

¹¹⁴ Redazione, *“Uso improprio di società di comodo a fini fiscali nell'UE: la proposta della Commissione UE”*, IPSOA, 2021

Tale quadro normativo in continua evoluzione testimonia, dunque, quanto il tema delle società di comodo sia controverso e permetta ampi fenomeni elusivi.

Difatti, le nuove prospettive, insieme alle azioni di monitoraggio e scambio di informazioni sempre più presenti nel contesto europeo, rappresentano un passo in avanti a favore di una maggiore trasparenza delle società in un regime concorrenziale, nonché al fine di incentivare la tutela del contesto economico di uguaglianza e crescita economica, proprio dell'Unione europea.

2.3 Le operazioni straordinarie

Ogni qual volta vi siano problemi di imputazione della soggettività giuridica e tributaria, si possono celare situazioni elusive. Pertanto, esempio cardine di questo tipo di problemi è rappresentato dalle c.d. operazioni straordinarie.

Il legislatore, mediante la disciplina contenuta nel titolo III e capo III del T.U.I.R., persegue l'obiettivo di raggiungere la neutralità fiscale: da tali operazioni, dunque, generalmente, non dovrebbero emergere plusvalenze e/o minusvalenze.

Se da un lato, però, è perseguito tale obiettivo, dall'altro è sempre necessario garantire che, mediante tali operazioni, si voglia raggiungere un legittimo interesse imprenditoriale (“valide ragioni economiche”), e che non costituiscano, dunque, meri strumenti elusivi.

Un tipico esempio di norma antielusiva prevista dal legislatore in questo ambito è rappresentato dalla disciplina delle perdite derivanti da

operazioni di fusione.¹¹⁵ Difatti, la classica strategia elusiva in merito era rappresentata, per l'appunto prima dell'introduzione di detta disciplina, dal commercio delle c.d. bare fiscali (fusioni con società prive di capacità produttiva, poste in essere al fine di attuare la compensazione intersoggettiva delle perdite fiscali di una società con gli utili imponibili dell'altra). Tramite questa operazione, difatti, era possibile ottenere delle riduzioni significative della base imponibile, e, dunque, un significativo vantaggio fiscale.

Per far fronte a tale situazione, il legislatore è intervenuto introducendo dei limiti al riparto delle perdite, di cui all'art. 172 del T.U.I.R. e ha istituito un articolato sistema probatorio sia qualitativo che quantitativo, che si installa sullo schema generico risultante dell'art 102 del T.U.I.R. ("Ammortamento dei beni materiali").

Per quanto riguarda il riparto delle perdite, infatti, sono previsti una serie di limiti:

- il primo limite è di carattere quantitativo, prevedendo che le perdite riportabili non possano essere superiori al patrimonio netto (quale risultante dal bilancio o dalla situazione patrimoniale) sia della società incorporata che di quella incorporante;
- il secondo limite condiziona la stessa possibilità di portare a nuovo le perdite, dato che la legge richiede che i ricavi e le spese per il personale dell'ultimo esercizio non siano inferiori al quaranta per cento di quelli medi degli ultimi due esercizi;
- l'ultima limitazione è quantitativa e vieta il riporto fino all'ammontare dell'eventuale svalutazione che le partecipazioni della società

¹¹⁵ Il diritto al riporto delle perdite delle società fuse o incorporate, da parte della società risultante dalla fusione o incorporante trova la sua disciplina nell'Art. 2504 bis c.c. e nell'Art. 123 del T.U.I.R. Per la normativa civilistica, la società che risulta dalla fusione o quella incorporante subentra in tutti gli obblighi ed in tutti i diritti delle società che hanno partecipato all'operazione; il comma terzo dell'articolo 123 estende tale statuizione ai diritti ed agli obblighi relativi alle imposte sui redditi. Tra i diritti cui le suddette norme fanno riferimento rientra il diritto al riporto delle perdite pregresse.

incorporante nell'incorporanda hanno già subito (tale limite riguarda esclusivamente le fusioni in cui una società partecipante alla fusione detiene partecipazioni in un'altra).

Analoghe considerazioni devono essere svolte con riferimento alle scissioni societarie, di cui all'art. 173 del T.U.I.R..

Per quanto riguarda, invece, le operazioni di trasformazione societaria, l'Agenzia delle Entrate, con la risoluzione n. 16.5.2005 n. 60/E¹¹⁶, ha chiarito che le perdite pregresse sono riportabili anche in caso di trasformazioni progressive o regressive; dunque, anche in casi in cui si passi da una società di capitali ad un ente trasparente. Con la stessa risoluzione, è stato escluso che possano essere i soci a poter esercitare tale diritto di riporto delle perdite, ma il soggetto titolare del diritto rimane sempre la società, indipendentemente dal fatto che vesta una forma giuridica trasparente.¹¹⁷

Le operazioni straordinarie sono state, inoltre, oggetto di numerose decisioni della Corte di Lussemburgo, dal momento che la loro utilizzazione estrinseca i principi di libertà di stabilimento e piena concorrenza, tipici e propri dell'ordinamento europeo.

Difatti, il medesimo obiettivo di neutralità fiscale è perseguito a livello europeo dalla c.d. *Merger Directive*¹¹⁸. La direttiva sulle fusioni permette alle società di fondersi, dividersi, trasferire beni e scambiare

¹¹⁶ Agenzia delle Entrate, risoluzione n. 60/E del 2005, disponibile presso: https://st.ilsole24ore.com/art/SoleOnLine4/Speciali/2005/Documenti%20lunedì/3ottobre2005/RIS_16_05_05_N_60.pdf?cmd%3Dart

¹¹⁷ F. Carriolo, "L'elusione fiscale", Gruppo 24 Ore, 2009, p. 32

¹¹⁸ 90/434/EEC, così come modificata dalla 2005/19/EC

azioni ("riorganizzarsi"), attraverso i confini degli Stati membri in modo neutrale dal punto di vista fiscale, consentendo il differimento d'imposta sui beni apprezzati fino a quando tali beni sono ceduti in modo imponibile. Tuttavia, tali benefici fiscali possono essere negati se la riorganizzazione è ritenuta abusiva; difatti, gli Stati membri possono rifiutare di applicare o possono trattenere i benefici fiscali già erogati sulla base dell'art. 15(1)(a) della direttiva, qualora risulti che l'obiettivo principale (o uno degli obiettivi principali) della transazione è rappresentato dall'ottenimento di un vantaggio fiscale.¹¹⁹

Sul punto, è rilevante notare come parte della dottrina¹²⁰ constati un sostanziale fallimento della direttiva in esame nello specificare compiutamente e con precisione gli obiettivi perseguiti dalla stessa, per cui risulta sempre fondamentale il ruolo ermeneutico della Corte di Giustizia a riguardo.

Difatti, un esempio può essere fornito dai celebri casi *Leur-Bloem*¹²¹, *Kofoed*¹²² e *Zwijnenburg*¹²³, in cui la Corte di Lussemburgo non ha analizzato compiutamente la sostanza economica della transazione e il modo in cui questa si inserisca nella definizione di riorganizzazione, ma, è stato affermato il principio generale in forza del quale la direttiva sulle fusioni si applica indistintamente a tutte le fusioni, scissioni, trasferimenti di beni o scambi di azioni, indipendentemente dalle ragioni, siano esse

¹¹⁹ K. Petrosovitch, "European Union - Abuse under the Merger Directive", *European Taxation*, IBFD, 2010

¹²⁰ F. Boulonge, "Shortcomings in the European Union Merger Directive: Lessons for Future Harmonization", Intertax, Wolters Kluwer, 2016

¹²¹ C-28/95, *Leur-Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam*

¹²² C-321/05, *Hans Markus Kofoed v. Skatteministeriet*

¹²³ C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV v. Staatssecretaris van Financiën*

finanziarie, economiche o semplicemente fiscali. Come conseguenza di ciò, la Corte di Giustizia ha ritenuto, infatti, che le transazioni potessero essere qualificate formalmente sotto l'ampia definizione di riorganizzazione societaria, contenuta nella direttiva stessa, e quindi, soggette all'applicazione della norma antielusiva generale ivi contenuta, prescindendo da un'analisi di tipo sostanziale del caso concreto.

Nel caso *Kofoed*, inoltre, è stato stabilito che la previsione antielusiva di cui all'Art. 15(1) (a) riflette il generale divieto di abuso del diritto, quale principio generale dell'ordinamento europeo.

Se, tuttavia, si segue il ragionamento della Corte di Giustizia in *Kofoed*, allora, essendo la direttiva sulle fusioni una forma di legislazione secondaria, la sua norma antiabusiva:

1. deve rispettare la dottrina antiabuso sviluppata in relazione alle libertà fondamentali e
2. deve essere interpretata, per quanto possibile, in linea con il trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e i suoi obiettivi e con i principi generali del diritto dell'UE, mettendo da parte interpretazioni contrastanti.

L'incertezza normativa sulla disciplina in esame, dunque, nonostante la previsione di norme antielusive, permette comunque l'utilizzazione di zone grigie di liceità da parte delle multinazionali; difatti, nelle complesse operazioni di ristrutturazione societaria di cui si fanno protagoniste, è estremamente difficoltoso, per l'amministrazione finanziaria, andare a verificare (e contestare) l'esatta ragione per cui tali operazioni sono state poste in essere.

2.4 Il *trust*

Un ulteriore istituto che permette la realizzazione di schemi *tax avoidance* è costituito dal *trust*, la cui legittimità nel quadro ordinamentale, *in primis*, civilistico è dibattuta.¹²⁴

Il *trust* permette una segregazione patrimoniale: difatti, è lo strumento giuridico attraverso il quale il costituente, o *settlor*, trasferisce al *trustee* degli *assets* di cui è titolare, affinché questi li gestisca nell'interesse di un beneficiario o per uno scopo determinato. Con l'istituzione del *trust*, i beni fuoriescono dal patrimonio del *settlor* ed entrano nel patrimonio del *trustee*, costituendo un patrimonio separato, distinto dai restanti beni personali di quest'ultimo ed insensibile alle vicende di questi.

Strumento tipico delle giurisdizioni di *common law*, il *trust* entra nel nostro ordinamento tramite la convenzione dell'Aja¹²⁵ e ne permette un'utilizzazione distorta ai fini fiscali tramite le sue caratteristiche, che consentono un elevato livello di *privacy* e un'autonomia gestoria molto più marcata rispetto ad altri istituti. Difatti, diversamente per quanto concerne le società di capitali, nel diritto italiano, non sono previsti particolari adempimenti formali in materia di *trust*: non sono previsti obblighi di registrazione e non sono previsti registri pubblici.¹²⁶

Da ciò, dunque, dipende la sua "pericolosità" fiscale, e, cioè, dalle difficoltà nel considerare il *trust* come soggetto passivo d'imposta o meno.

Difatti, con la l. 27 dicembre 2006 n. 296 il legislatore ha inserito il *trust* tra i soggetti passivi d'imposta, in base all'art. 73 T.U.I.R., tuttavia è possibile considerarlo tale esclusivamente nel caso in cui il *trust* sia c.d.

¹²⁴ Tra i vari, L. Santoro, "Il *Trust in Italia*", Giuffrè, 2009

¹²⁵ Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, resa esecutiva l. n. 364/1989, entrata in vigore nel 1992.

¹²⁶ G. Scazzari, "Aspetti elusivi del *trust* e normativa di contrasto", Il Fisco, 2010

“opaco”, cioè nel caso in cui non siano noti i beneficiari o questi, per altre ragioni, non possono essere tassati. Laddove, invece, i beneficiari vengono individuati, il trust risulterà essere “trasparente”¹²⁷, per cui il reddito sarà direttamente imputato a questi ultimi.¹²⁸

Sulla disciplina normativa dei *trust* si inserisce, inoltre, circolare dell'Agenzia delle entrate n. 3/E del 22 gennaio 2008, che procede nel solco della n. 48/E del 7 agosto 2007. La circolare n. 3/E definisce quale elemento caratterizzante il *trust* l'esistenza dei vincoli di destinazione, che vengono definiti, in generale, come «*negozi giuridici mediante i quali determinati beni sono destinati alla realizzazione di un interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, con effetti segregativi e limitativi della disponibilità dei beni medesimi*».

Comunque, a meglio delineare il quadro normativo, presto interverrà un'ulteriore circolare dell'Agenzia delle Entrate, di cui è stata pubblicata una bozza nell'agosto 2021, che prevede chiarimenti in merito alla tassazione indiretta con riferimento al *trust*.

L'insieme di questa disciplina, pertanto, non fa che sottolineare come in un contesto di scambi commerciali e normativi sempre più globalizzati, il legislatore non può rimanere inerme rispetto alla regolazione dei vantaggi che possono derivare da una struttura così flessibile e, allo stesso tempo, dalle possibilità elusive che proprio tale flessibilità comporta.

In base a quanto detto, dunque, le utilizzazioni illegittime dei *trust* derivano principalmente dalla possibilità, mediante la segregazione del patrimonio, di occultare attività all'amministrazione finanziaria o di occultare l'identità del beneficiario effettivo.

¹²⁷ Al pari, quindi, delle società di persone.

¹²⁸ C. Todini, M. Procopio, F. Racioppi, M. Pellicchia, a cura di L. Salvini, “*Diritto Tributario delle attività economiche*”, Giappichelli, 2019

Per quanto riguarda la prima ipotesi, sul punto è intervenuto il d.l. n. 124/2019, prevedendo che, qualora esistano trust opachi in giurisdizioni privilegiate (di cui all'art. 47 *bis* T.U.I.R.) e che abbiano come beneficiari soggetti residenti in Italia, sarà possibile la tassazione dei proventi come redditi di capitale in capo al beneficiario. In particolar modo, detto decreto inserisce una presunzione relativa nel caso in cui non sia possibile distinguere tra reddito e patrimonio in virtù della quale o in base alla quale l'intero ammontare potrà essere soggetto ad imposizione come reddito di capitale, in capo al beneficiario.¹²⁹

Per quanto concerne, invece, la possibilità di individuazione del beneficiario, negli studi di fiscalità internazionale esiste il grande tema del beneficiario effettivo (c.d. "*beneficial owner*"). Tale concetto è proprio dei paesi di *common law* e nasce, difatti, proprio con riferimento al *trust*. Tuttavia, i diversi modelli di convenzioni internazionali e, dunque, i vari trattati bilaterali, hanno utilizzato tale concetto come misura antielusiva, con riferimento a tutti i redditi passivi¹³⁰: la tassazione di tali proventi non avverrà nelle mani del soggetto che immediatamente percepisce l'ammontare, ma nelle mani del soggetto che, da un'analisi sostanziale ed economica di tutte le caratteristiche del caso concreto, risulta avere l'effettivo godimento del reddito, cioè dall'inesistenza di un'obbligazione legale o fattuale di trasferire le somme ad un altro soggetto.¹³¹

Tale concetto, dunque, si qualifica tra le varie misure antielusive previste a livello internazionale, come espressamente dichiarato dal Commentario OCSE all'art. 1, pur non trovando in nessuna fonte un'espressa definizione. Sul punto, quindi, un grande interrogativo è stato

¹²⁹ R. Fo, "*Disciplina fiscale dei trust, contributi entro il 30 settembre*", Fisco Oggi, 2021

¹³⁰ Art. 10 (Dividendi), 11 (interessi) e 12 (*royalties*) dei Modelli OCSE e ONU.

¹³¹ Commentario OCSE all'Art. 10, par. 12.4

posto circa la possibilità ermeneutica di tradurlo facendo riferimento all'art. 3.2 Modello OCSE (quindi come “termine indefinito” e, dunque, facendo riferimento alla disciplina interna), ovvero come avente uno specifico ed indipendente significato nel diritto tributario internazionale.

Quest'ultima via è preferita in dottrina, per il semplice motivo che la maggior parte delle giurisdizioni di *civil law* non presenta una definizione del “beneficiario effettivo”¹³², pertanto è confermata, in base alle regole ermeneutiche della Convenzione di Vienna, il significato di tale clausola come una norma generale avente carattere antielusivo.¹³³

In particolar modo con riferimento al *trust*, dunque, il concetto antielusivo di beneficiario effettivo trova il suo massimo grado di elaborazione ed applicazione, dal momento che, in questo modo, si realizza la segregazione patrimoniale e, quindi, in qualche modo il concetto di “*dual ownership*”, proprio degli ordinamenti di *common law*, ma estremamente avulso nell'impostazione romanistica.

Tale elaborazione risulta, dunque, centrale nell'ambito del *trust*, dal momento che il principale modo con cui sono realizzati fini abusivi è costituito dal c.d. *sham trust*, ovvero *trust* simulato, che costituisce un vero e proprio caso di interposizione fittizia, e, pertanto, soggetto ad azione di nullità *in primis* dalla disciplina civilistica.

¹³² Si pensi, inoltre, che la traduzione italiana e francese del termine non rimandi nemmeno al concetto di proprietà (“*ownership*”), che è presente, invece, in lingua inglese.

¹³³ C. P. du Toit, “*Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*”, IBFD, 1999

C. Elliffe, “*The interpretation and meaning of “beneficial owner” in New Zealand*”, British Tax Review, 2009

2.5 Il *Transfer Pricing* e i casi *Amazon* e *Apple*

Il *transfer pricing* costituisce un particolare settore della fiscalità internazionale, che, mediante apposite e specifiche tecniche, permette di individuare il prezzo delle prestazioni infragruppo internazionali, andando a coniugare l'interesse dell'amministrazione finanziaria a ricevere un equo e legittimo gettito erariale e quello del contribuente, nel caso di specie dei gruppi multinazionali, di sterilizzare i rischi fiscali, in qualche modo insiti in questo tipo di operazioni.

Difatti, l'obiettivo di tale disciplina è di evitare che si possa realizzare un'erosione della base imponibile della società attraverso operazioni *intercompany* e, al contempo, evitare che possano esserci delle situazioni di doppia imposizione.

Ciò che si deve andare a verificare, dunque, è che il prezzo stabilito per questo tipo di operazioni sia *arm's length*¹³⁴, cioè coerente con le condizioni di mercato, dunque il prezzo che si avrebbe per quella determinata transazione tra due soggetti indipendenti.

Nella determinazione di tali prezzi vanno a confluire interessi confliggenti: da un lato, ovviamente, quello delle multinazionali ad avere un legittimo risparmio di imposta, mettendosi al riparo da eventuali contestazioni dell'amministrazione finanziaria, dall'altro, evitare che un prezzo troppo basso possa distorcere la concorrenza, o un prezzo troppo alto possa pregiudicare gli interessi della società controllata, e, ovviamente, anche dell'erario nella cui giurisdizione è residente tale società.

Con la disciplina del *transfer pricing* si vuole, dunque, creare un clima di certezza per gli investimenti, evitando preventivamente che possano verificarsi situazioni abusive. Tuttavia, sebbene questo sia l'intento, vi sono comunque delle situazioni in cui i gruppi multinazionali

¹³⁴ Come richiamato dal principio generale di cui all'art. 9 del Modello OCSE.

riescono artatamente a definire i prezzi di trasferimento, realizzando situazioni di elusione fiscale.

La disciplina italiana di dettaglio attualmente vigente in materia di transfer pricing non è di livello primario, ma è rappresentata dal Provvedimento del direttore dell’Agenzia delle Entrate del 23 novembre 2020¹³⁵ e dalla conseguente Circolare n. 15/E del 26 novembre 2021, che risente delle *guidelines* OCSE.¹³⁶ Si ha, quindi, una sostanziale internazionalizzazione della materia in esame, che si concretizza fondamentalmente nella definizione dei metodi di *transfer pricing* applicabili, permettendo una maggiore coerenza con l’*Action 13 BEPS*¹³⁷. Tuttavia, il principio generale che è alla base della normativa, cioè la garanzia della libera concorrenza, valutata secondo un *single entity approach*¹³⁸, è rappresentato, inoltre, dal comma 7 dell’art. 110 del T.U.I.R..

A livello europeo, inoltre, è possibile citare, a riguardo, i lavori del *Joint Transfer Pricing Forum*, istituito nel 2002, che assiste e consiglia la Commissione europea su questioni fiscali relative ai prezzi di trasferimento e lavora nel quadro delle linee guida OCSE, proponendo soluzioni pragmatiche e non legislative ai problemi relativi all’attuazione pratica delle *guidelines* OCSE.

¹³⁵ Agenzia delle Entrate, Provvedimento del 23/11/20, disponibile presso: https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/2794495/Provvedimento_0360494_del_23112020.pdf/87a55907-b275-a3b5-1bc7-a6e316b70fe

¹³⁶ AA.VV., “*Transfer pricing: qual è l’idonea documentazione anti-sanzioni*”, IPSOA, 2020

¹³⁷ In generale, la materia del transfer pricing è applicata dalle azioni 8,9,10 e 13 BEPS.

¹³⁸ Tale approccio è, altresì, adottato in materia di stabile organizzazione dall’art. 5 del modello OCSE: i profitti attribuiti a questa devono essere valutati come se la transazione coinvolgesse due soggetti tra loro indipendenti.

Inoltre, il quadro normativo nazionale prevede un regime premiale, proprio al fine di mettere al sicuro i gruppi multinazionali dal rischio fiscale, ed è rappresentato dal d.l. 471/97, art. 1, comma 6. Detto articolo definisce la c.d. *penalty protection*: le società, redigendo correttamente la documentazione richiesta dall'amministrazione finanziaria, non sono soggette alle sanzioni amministrative in caso di *tax adjustment*, che, altrimenti, andrebbero dal 90% al 180% della maggiore imposta dovuta, così come individuata in sede di accertamento.

I presupposti applicativi della disciplina in esame sono definiti dal Decreto MEF 14 Maggio 2018¹³⁹ e sono rappresentati dall'appartenenza ad un gruppo, valutato in maniera più ampia rispetto all'art. 2359 c.c.: difatti, si considerano i casi di controllo diretto, indiretto e influenza dominante, nonché la sussistenza di transazioni internazionali. Di conseguenza, non può esserci l'applicazione della disciplina di *transfer pricing* tra due società entrambi residenti in Italia.

Si deve notare, comunque, che la disciplina in esame rileva indipendentemente dal fatto che, con queste manovre, si possa sottrarre reddito imponibile in Italia allo scopo di allocarlo presso giurisdizioni a bassa fiscalità.¹⁴⁰ Difatti, la sostituzione del prezzo effettivamente pattuito tra le parti e quello *arm's length* avviene, ai fini fiscali, automaticamente, per cui è lo stesso contribuente ad avere l'obbligo di adeguarlo in sede di dichiarazione.

Sul punto, vi sono dottrina e giurisprudenza contrastanti nel ritenere che la normativa di *transfer pricing* abbia intento antielusivo o meno. A

¹³⁹Decreto MEF 14 Maggio 2018, disponibile presso: <https://www.finanze.it/export/sites/finanze/.galleries/Documenti/Varie/decreto-TP.pdf>

¹⁴⁰ A. Germani, "Metodi di *transfer pricing* a confronto su transazioni di beni e di servizi", Guida alla contabilità e bilancio, Il Sole 24 Ore, 2020

favore dei sostenitori¹⁴¹ del carattere non elusivo di tale normativa, depone la circostanza che le pratiche che concernono la determinazione dei prezzi di trasferimento sono finalizzate a trasferire artificialmente la ricchezza prodotta in giurisdizioni con un più basso livello impositivo. Spetterebbe, quindi, all'Amministrazione finanziaria provare prima il disegno elusivo e, solo in un secondo momento, procedere alla rideterminazione del prezzo; tale impostazione, però, si scontra con i dettami normativi circa le modalità di applicazione della disciplina in esame.

Secondo la ricostruzione opposta¹⁴², invece, avrebbe natura di predeterminazione normative, che permette il discostamento dal principio generale di determinazione del reddito in base ai principi effettivamente pattuiti, pur non essendo ad essa estranea una finalità antielusiva. Come conseguenza di ciò, l'Amministrazione finanziaria dovrebbe limitarsi a provare esclusivamente l'esistenza di transazioni tra imprese collegate ad un prezzo inferiore rispetto a quello di libera concorrenza.¹⁴³

Il punto di partenza nel definire il prezzo nel *transfer pricing* è rappresentato dall'individuazione esatta della transazione infragruppo, per potere così compararlo con quello che si avrebbe tra parti indipendenti. Nel fare ciò, vengono utilizzati diversi metodi, c.d. tradizionali e reddituali.

I metodi tradizionali, solitamente preferiti dalle *guidelines* OCSE, sono:

¹⁴¹ Corte di Cassazione, 13 maggio 2015, sent. n. 9709;
Corte di Cassazione, 24 luglio 2015, sent. n. 15642;
Corte di Cassazione, 31 maggio 2011, sent. n. 7343.

¹⁴² Corte di Cassazione, 15 aprile 2016, sent. n. 7493;
Corte di Cassazione, 18 settembre 2015, sent. n. 18392.

¹⁴³ A. Persiani, a cura di L. Salvini, “*Diritto tributario delle attività economiche*”, Giappichelli, 2019

- il CUP (*Comparable Uncontrolled Price*), che confronta il prezzo dato da parti indipendenti per una transazione comparabile.¹⁴⁴ Nei casi in cui i dati necessari per l'applicazione di tale metodo sono rinvenibili, quest'ultimo metodo deve essere sempre preferito;
- il RPM (*Resale Price Method*), che confronta i margini lordi di profitto, nel caso in cui la società soggetta a tale analisi sia una distributrice sul mercato;
- il *Cost Plus Method*, che si applica qualora la società sia la produttrice e confronta i costi di produzione: il prezzo *arm's length* della transazione correlata è dato dal costo di produzione o acquisto da terzi (più un margine lordo di profitto, pari a quello ottenuto da soggetti indipendenti e comparabili).

I metodi reddituali, di più complessa applicazione, sono:

- il TNMM (*Transactional Net Margin Method*), che valuta i margini netti, utilizzando dei *Profit Level Indicator* (PLI), quali il *Return on Sale* (ROS), cioè il risultato operativo medio per unità di ricavo, per le società distributrici, o il *Full Cost Markup*, che esamina l'insieme dei costi diretti e indiretti per le società produttrici;
- il *Profit Split*, che si utilizza nel caso in cui le società abbiano funzioni altamente integrate e che valuta il riparto dei profitti derivante da una determinata transazione.

Il fulcro di tale valutazione è rappresentato dall'analisi di comparabilità, che permette di individuare le società e le transazioni da confrontare con quella avvenuta tra le imprese coinvolte.

¹⁴⁴ Si distingue, inoltre, un CUP interno (il prezzo che la medesima società attribuisce per quella transazione, qualora la controparte sia un soggetto terzo), e il CUP esterno (il prezzo tra due società del tutto differenti e indipendenti).

Nell'ambito di tale valutazione, data la complessità applicativa dei metodi sopracitati, che necessariamente implicano valutazioni discrezionali, possono celarsi manovre di fatto elusive.

Un esempio di tale situazione può essere rappresentato dal caso *Starbucks*¹⁴⁵ e dal caso *Amazon*.

In quest'ultimo, la Commissione Europea ha condannato il *ruling* sottoscritto tra il Gruppo *Amazon* e l'autorità fiscale del Lussemburgo, in quanto non rispettoso dei principi di *transfer pricing* previsti dalle *guidelines* OCSE. La Commissione, infatti, ha contestato l'analisi delle funzioni, quella dei rischi ed il metodo di determinazione del prezzo derivante dall'utilizzo delle *royalties* del colosso del web; il mancato rispetto dell'*arm's length principle* si è tradotto indirettamente in un aiuto di Stato concesso da parte dell'autorità fiscale lussemburghese in favore del Gruppo *Amazon*, comportando un vantaggio fiscale quantificato in 250 milioni di euro.¹⁴⁶

Difatti, si deve sottolineare come vi sono varie modalità per la neutralizzazione del rischio di *transfer pricing* connesso alle operazioni *intercompany*. Oltre alla predisposizione della documentazione prevista dal provvedimento dell'agenzia del 2020¹⁴⁷, è possibile procedere con le più onerose procedure di *Mutual Agreement Procedure* (MAP, ex art. 25 Modello OCSE). Queste ultime, al fine di addivenire ad una risoluzione

¹⁴⁵ Vd. par. 3.4.4

¹⁴⁶ L. Accarino, "*Transfer pricing e aiuti di Stato*", Diritto tributario internazionale e dell'UE, 2020

¹⁴⁷ La *TP Documentation* prevede un *Masterfile*, il quale si focalizza sul punto di vista dell'intero gruppo, un *Local File*, dal punto di vista di ogni singola società facente parte del gruppo, e il *CbCR* (*Country by Country Report*), che contiene informazioni aggregate relative all'attribuzione globale del reddito, alle imposte pagate ed ad alcuni indicatori circa la localizzazione dell'attività economica del gruppo.

delle controversie relative ai fenomeni di doppia imposizione, coinvolgono le autorità competenti dei diversi Stati.

Vi sono, infine, le *Advanced Pricing Agreements* (APA), che costituiscono veri e propri contratti tra l'Amministrazione finanziaria ed una singola società, al fine di concordare *ex ante* il prezzo nelle transazioni infragruppo.

Quest'ultima procedura, dunque, può permettere un vantaggio fiscale selettivo, in violazione dell'art. 108 TFUE e, quindi, del divieto di aiuti di Stato, come avvenuto, per l'appunto, nel caso *Amazon*.

La decisione emessa da parte della Commissione europea, riguardo il Gruppo *Amazon*, si riferisce al periodo compreso tra il 1° maggio 2006 e il 30 giugno 2014. In seguito all'analisi del 2017¹⁴⁸, dunque, è stato affermato che:

- il *ruling*¹⁴⁹ fu sottoscritto senza una relazione fornita da parte del Gruppo *Amazon* relativa al metodo di transfer pricing utilizzato;
- il metodo utilizzato sui prezzi di trasferimento da parte del Gruppo *Amazon* non rientrava tra quelli riconosciuti dalle linee guida OCSE;
- l'importo stabilito per il pagamento delle royalties tra le società del gruppo *Amazon* (*LuxOpCo* e *LuxSCS*) non è stato, quindi, calcolato in funzione della produzione o delle vendite, ma determinato per differenza tra l'utile effettivamente conseguito e quello residuo imponibile nel Lussemburgo.

Tuttavia, nel 2021, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha smontato quanto stabilito dalla Commissione, affermando che, nel caso di specie, non si riscontra alcun effettivo vantaggio selettivo.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Decisione (UE) 2018/859

¹⁴⁹ Il *ruling* in esame confermava la scelta del metodo TNMM ed escludeva la tassazione in Lussemburgo per una delle società facenti parte del gruppo in esame, a causa della forma societaria adottata.

¹⁵⁰ T-816/17

In particolare, il Tribunale ha affermato che, quando una società fa parte di un gruppo, i prezzi delle operazioni infragrupo non sono stabiliti a condizioni di mercato. Tuttavia, quando le società integrate e le società autonome sono soggette all'imposta sulle società alle stesse condizioni in base al diritto nazionale, si può ritenere che l'utile realizzato da tale società integrata debba essere tassato come se esso derivasse da operazioni effettuate a prezzi di mercato, dunque in coerenza con *l'arms length principle*.

Una peculiarità, che può apparire come una contraddizione, del caso *Amazon* è rappresentata dal fatto che nella vicenda giudiziaria in esame, contro la Commissione, si è costituito il Granducato di Lussemburgo, il cui interesse, teoricamente, sarebbe stato quello di ricevere un gettito erariale maggiore, non di supportare il *capital flight* di *Amazon*. Questo aspetto, difatti, può essere considerato emblematico dei diversi interessi che i Paesi possono avere nel permettere ed incentivare situazioni abusive, di cui si vedrà meglio nel prossimo capitolo.

Un ulteriore caso emblematico e speculare in materia di *transfer pricing* e *tax ruling* è rappresentato dal caso *Apple*¹⁵¹. Nella celebre disputa giudiziaria, il gigante del *web* è riuscito ad avere la meglio, ponendo una battuta d'arresto alla *policy* europea di lotta alla fiscalità agevolata dei giganti del *web*. In particolar modo, il tribunale UE, nel luglio 2020, ha annullato l'ordine della Commissione, risalente al 2016, la quale accusava l'Amministrazione irlandese, tramite specifici APA, di aver concesso un trattamento preferenziale ad *Apple*, permettendo al gruppo di pagare un'aliquota inferiore all'1% sui profitti realizzati in Europa.

¹⁵¹ Trib., 17 luglio 2020, causa T-778/16 e T-892/16, Irlanda e Apple c. Commissione, ECLI:EU: T:2020:338.

In particolar modo, tra le varie contestazioni effettuate dalla Commissione, vi era la valutazione sul metodo di *transfer pricing* prescelto: era stato contestato l'applicazione del TNMM, il quale prevede, nell'attribuire i prezzi, di valutare la società che risulta meno complessa. In particolare, la Commissione ha ritenuto che le “*sedi esistenti solo sulla carta*” debbano essere considerate ai fini dell'attribuzione degli utili quali *tested party*, e, dunque, “*parte meno complessa*”, mentre le filiali irlandesi non dovrebbero essere sottoposte al TNMM.¹⁵²

La Corte di Lussemburgo ha, però, ritenuto che non esistesse alcun vantaggio selettivo, dal momento che l'autorità irlandese, tramite *tax ruling*, ha consentito al gruppo *Apple* di non imputare alle loro filiali irlandesi i redditi ottenuti dalle vendite fuori dall'America. In aggiunta “*la Commissione non è riuscita a dimostrare errori metodologici nel tax ruling contestato che avrebbe portato ad una riduzione dei profitti di Apple in Irlanda*”.¹⁵³

Tuttavia, vi è da notare come il Tribunale non consideri infondate le valutazioni compiute dalla Commissione, ma compie esclusivamente una valutazione sul *modus operandi*, dal momento che non è stato ritenuto possibile andare a qualificare un aiuto di stato sulla base di un ragionamento presuntivo *ad excludendum*, come, *a contrariis*, aveva, invece, ritenuto la Commissione.

¹⁵² G. E. Corsaro, “*Un colpo al cerchio e uno alla botte: il Tribunale conferma l'approccio della Commissione relativo al controllo ex art. 107 TFUE sui tax rulings ma annulla la decisione Apple*”, Eurojus, 2020

¹⁵³ Redazione, “*Apple vince contro la Ue, annullata la decisione sul rimborso da 13 miliardi all'Irlanda*”, Il Sole 24 Ore, 2020

2.6 Cenni su IVA e le frodi carosello

Anche nell'ambito della tassazione diretta, i rapporti internazionali, bilaterali e multilaterali, rappresentano il palcoscenico di schemi di *tax avoidance*, il cui caso più famoso è rappresentato dalla c.d. frode carosello.

154

Difatti, tale meccanismo avviene mediante l'interposizione in normali transazioni commerciali di società c.d. "cartiere"; tale triangolazione permette, dunque, la detrazione dell'IVA, che, però, rappresenta un credito d'imposta inesistente. Le caratteristiche principali di tali società sono rappresentate dall'assenza di un'effettiva attività commerciale, dalla mancata tenuta delle scritture contabili obbligatorie e dalla mancata presentazione delle dichiarazioni fiscali obbligatorie. Generalmente, poi, tali società vengono poste in liquidazione dopo pochi mesi dalla loro costituzione.

Tuttavia, il carattere transazionale di tali schemi di *tax avoidance*, rende spesso molto difficile l'accertamento di questi fenomeni evasivi.

In particolare, nel 2004, la Commissione Europea¹⁵⁵, dato l'interesse sovranazionale che coinvolge questo tipo di operazioni, ha trattato specificatamente tale tema, descrivendo la frode carosello.

Sul punto, è fondamentale la c.d. "*conduit company*" (A), la quale effettua una fornitura intracomunitaria di beni ad aliquota zero ad un "*missing trader*" (B) in un altro Stato membro. Tale ultima società (B) acquista i beni, senza versare l'IVA sull'acquisto e, successivamente, effettua una cessione interna a una terza società (C), chiamata "*broker*". In questo modo, il "*missing trader*" incassa l'IVA sulla cessione al "*broker*",

¹⁵⁴ Tale schema è noto nella letteratura giuridica, anche al di fuori del diritto tributario, per essere stato alla base della vicenda Taricco, che ha permesso alla Corte Costituzionale di pronunciarsi sulla dottrina dei c.d. controlimiti, ponendosi alla base dell'integrazione europea nel sistema delle fonti italiane.

¹⁵⁵ Report della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo del 16 aprile 2004, COM (2004) 260

risultando invisibile per le autorità fiscali e, pertanto, non versando l'IVA dovuta. A questo punto, il "broker" (C) chiede il rimborso dell'IVA sui suoi acquisti da B e, di conseguenza, la perdita finanziaria per l'erario è uguale all'IVA pagata da C a B.

In seguito, C può dichiarare una cessione intracomunitaria ad aliquota zero ad A e, successivamente, A può effettuare una cessione intracomunitaria ad aliquota zero a B, e lo schema della frode si ripete.

Inoltre, al fine di rendere più difficili le indagini sull'IVA, i beni sono spesso ceduti da B a C attraverso società intermedie, chiamate "buffer", le quali possono anche essere all'oscuro della frode. In pratica, dunque, questi tipi di frodi possono essere strutturate in modo più complesso, coinvolgendo transazioni tra diversi Stati membri e diverse società in ogni Stato membro.¹⁵⁶

Pertanto, la modalità tipica di applicazione di questo schema *di tax avoidance* è quella relativa ai c.d. scambi intracomunitari. Difatti, dal momento che non esiste un'unica aliquota IVA "identica" in tutti gli Stati, la disciplina dell'imposta è stata studiata per non ostacolare il mercato e secondo una direttiva della Comunità Europea del 1977 (la n. 388), gli scambi avvengono, normalmente, in regime di "sospensione IVA", cioè senza applicazione dell'imposta.¹⁵⁷ Tale differente livello impositivo in materia di tassazione indiretta risulta, ancora una volta, espressione delle diverse *policy* fiscali perseguite nel mercato europeo: se da un lato l'IVA rappresenta l'unica vera imposta europea, dal momento che tale gettito erariale permette il finanziamento dell'intera Unione ed è stata istituita in base alla legislazione sovranazionale, una forma di concorrenza fiscale avviene comunque mediante l'imposizione di aliquote diverse.

¹⁵⁶ J. Swinkels, "Carousal Fraud in the European Union", International VAT Monitor, IBFD, 2008

¹⁵⁷ S. Porfido, "Frodi carosello: le novità alla luce del decreto attuativo della delega fiscale", Ius in Itinere, 2017

Nelle frodi carosello, il danno erariale, assume, dunque, necessariamente una rilevanza internazionale, rendendo la problematica dell'abuso nella tassazione indiretta di prim'ordine nel panorama europeo: la Commissione Europea¹⁵⁸ stima, infatti, che le perdite combinate per frode per tutti gli Stati membri dell'UE sono tra il 12% e il 20% del potenziale gettito IVA.

La necessità di contrastare tali pratiche così largamente diffuse ha fatto sì che la Corte di Giustizia si esprimesse in termini ampi e generali in maniera antielusiva in tema di tassazione indiretta. Nel febbraio 2006, nel caso *Halifax*¹⁵⁹, infatti, la Corte ha riconosciuto il principio dell'abuso del diritto nel contesto dell'IVA.

L'abuso del diritto esiste quando operazioni specifiche, indipendentemente dalla formulazione nazionale della legislazione sull'IVA, si traducono in un vantaggio fiscale che è contrario allo scopo di tali disposizioni, e quando lo scopo essenziale delle operazioni in questione è quello di ottenere tale vantaggio fiscale.¹⁶⁰

Pertanto, viene così stabilito il principio generale in forza del quale il contribuente non può trarre un vantaggio da una situazione abusiva, e tale scopo evasivo deve essere valutato in base ad elementi oggettivi.¹⁶¹

Data la complessità del fenomeno abusivo nell'ambito IVA e, nello specifico nelle frodi carosello, la giurisprudenza in materia è ingente. Gli aspetti maggiormente problematici riguardano la difficoltà

¹⁵⁸ COM (2010) 695

¹⁵⁹ C-255/02

¹⁶⁰ Tale valutazione è speculare alle norme antielusive generali contenute dalle direttive europee e dal *Principal Purpose Test*, di cui all'art. 29(9) del Modello OCSE in materia di tassazione diretta.

¹⁶¹ R.F. van Brederode, "*Third-Party Risks and Liabilities in Case of VAT Fraud in the EU*", Intertax, 2008

nell'individuazione di tali schemi. Infatti, data la necessaria dimensione transnazionale delle pratiche elusive e data la complessità insita di tali strutture, sorgono necessariamente dei problemi probatori, sia dal punto di vista pratico, sia da quello più propriamente giuridico.

Si pensi che la rilevanza penale per tale tipo di strutture evasive è stata contestata tramite l'art. 416 del codice penale, per cui, è possibile contestare l'esistenza di una vera e propria associazione a delinquere in questi casi, oltre alla fattispecie tipica rappresentata dall'art. 2 del D.lgs. 74/2000 (*"Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti"*).¹⁶² Tale ricostruzione risulta l'unica procedibile sotto un profilo penale dal momento che, a differenza dei reati societari, i reati tributari non possono costituire la base per la responsabilità amministrativa degli enti *ex d.lgs. 231/2001*.¹⁶³

Un ulteriore punto rilevante riguarda la disciplina probatoria in materia: come già evidenziato, la difficoltà intrinseca nel provare l'esistenza delle strutture fraudolente tipiche delle frodi carosello rappresenta il principale impedimento alla repressione delle stesse. In particolar modo, infatti, la Corte di Cassazione ha affermato che *"in tema di IVA, qualora l'Amministrazione finanziaria contesti al contribuente l'indebita detrazione di fatture, relative ad operazioni inesistenti, spetta all'Ufficio fornire la prova che le operazioni commerciali oggetto di fatturazione non sono mai state poste in essere, indicando gli elementi, anche indiziari, sui quali si fonda la contestazione, mentre è onere del contribuente dimostrare la fonte legittima della detrazione o del costo, altrimenti ineducibili, non essendo sufficiente, a tal fine, la regolarità*

¹⁶² Tra i vari, si veda: Corte di Cassazione, Sez. V, Ordinanza 12-12-2019, n. 32587; Corte di Cassazione, Sez. III, sentenza del 03.12.2018 n. 53981.

¹⁶³ I. Caraccioli, *"Reati tributari e responsabilità degli enti"*, Rivista231, 2022

*formale delle scritture o le evidenze contabili dei pagamenti, trattandosi di dati e circostanze facilmente falsificabili”.*¹⁶⁴

Pertanto, si può affermare che sussista una vera e propria *probatio diabolica* in materia: nel momento in cui l'amministrazione trova la società cartiera, è possibile imputare i costi indeducibili e l'IVA indetraibile. Al contribuente spetta la prova contraria, senza però che possa utilizzare la contabilità e senza poter fare riferimento, pertanto, ai reali pagamenti.

La fittizietà dell'operazione, dunque, si desume dal fatto che i soggetti passivi sono diversi da quelli che realmente hanno posto in essere le operazioni imponibili, mentre, per dimostrare il coinvolgimento del cessionario nella frode carosello, sarebbe necessario accertare la consapevolezza della partecipazione di quest'ultimo ad un'attività illecita, dato che la buona fede di quest'ultimo è presunta.¹⁶⁵

Tuttavia, la Corte di Cassazione ha stabilito un principio controverso in materia: in presenza di obiettive condizioni di incertezza, il giudice non può esimersi dall'applicare le sanzioni tributarie se il contribuente non ha neanche fornito la prova in merito agli elementi che hanno generato il dubbio interpretativo. Se l'applicazione del regime del margine viene contestata, il contribuente deve, quindi, provare la non colpevolezza.¹⁶⁶

Sulla controversa vicenda probatoria è intervenuta, inoltre, la Corte di Lussemburgo¹⁶⁷, la quale ha affermato che in tema di disconoscimento della detrazione IVA, l'ufficio deve tener conto delle “*constatazioni di fatto e dalle qualificazioni giuridiche, da essa già effettuate nell'ambito di procedimenti amministrativi connessi avviati nei confronti dei fornitori*”

¹⁶⁴ Corte di Cassazione, Ordinanza 5 novembre 2021, n. 31931

¹⁶⁵ F. Amatucci, “*Frodi carosello e 'consapevolezza' del cessionario IVA*”, Rivista trimestrale di diritto tributario, Giappichelli, 2012

¹⁶⁶ Corte di Cassazione, 3 ottobre 2019, ord. n. 24707

¹⁶⁷ C-189/18

di tale soggetto passivo, sulle quali si basano le decisioni divenute definitive che accertano l'esistenza di una frode relativa all'IVA commessa da tali fornitori".

In altri termini, allorquando l'amministrazione ravvisi l'esistenza di una frode IVA, l'ufficio deve mettere a disposizione del soggetto coinvolto gli atti penali ed tributari riguardanti tutti i soggetti coinvolti, non potendosi ritenere sufficiente il solo richiamo o stralcio contenuto in motivazione, dei tratti essenziali della vicenda.

Prescindendo, dunque, dalle complessità procedurali in merito, si può concludere come, ancora una volta, i rapporti internazionali permettono il celarsi di schemi abusivi.

Specialmente nell'ambito delle imposte indirette, infatti, tale situazione risulta palese, essendo l'IVA l'imposta maggiormente diffusa e, al contempo, maggiormente evasa, dal momento che permette l'immediata monetizzazione dell'indebito vantaggio così ottenuto, che si traduce, inoltre, in una minore base imponibile ai fini dell'imposizione sui redditi.¹⁶⁸

¹⁶⁸ L. Salvini. *"Diritto tributario delle attività economiche"*, Giappichelli, 2019

Capitolo 3

Focus sul sistema fiscale nei Paesi Bassi

3.1 La peculiare situazione all'interno dell'UE dei “fantastici sei”

I paradisi fiscali (o meglio, le giurisdizioni non cooperative e privilegiate ai fini fiscali) indubbiamente, come analizzato, possono compromettere un'equa distribuzione della ricchezza, nell'ambito di un'economia globale. Anche all'interno della stessa Unione Europea, che dovrebbe basarsi su un regime economico effettivamente concorrenziale, si riscontrano situazioni anomale, tali da creare di fatto dei *tax heavens*.

Difatti, non essendoci una piena armonizzazione in materia di imposte dirette, né tantomeno un unico e specifico processo legislativo a riguardo¹⁶⁹, taluni Stati membri portano avanti una vera e propria politica fiscale al ribasso, dannosa per l'economia dell'intera Unione.

In merito, appare rilevante come le pianificazioni fiscali aggressive all'interno dell'Unione provochino una perdita annuale di gettito compresa tra i 160-190 miliardi di euro (se si comprendono, oltre alla delocalizzazione dei profitti anche i c.d. *tax ruling*¹⁷⁰), poco meno di 50 miliardi sono invece elusi dalle persone fisiche che portano la propria ricchezza all'estero, mentre circa 65 miliardi di euro riguardano le frodi sull'IVA transfrontaliera.¹⁷¹

¹⁶⁹ Come, invece, si assiste nell'ambito della tassazione indiretta nell'art. 113 TFUE.

¹⁷⁰ vd. par.3.8

¹⁷¹ F. Meoli, “*Paradisi fiscali in Ue: ecco quanti soldi ci sottraggono Olanda, Irlanda e Lussemburgo offrendo alle multinazionali una tassazione di favore*”, Il Fatto quotidiano, 2020

Nell'ottica interna, l'Italia subisce un *profit shifting* di 24 miliardi di euro e a causa di queste giurisdizioni, perdendo il 19% delle proprie entrate tributarie dalle imprese, ovvero 7,5 miliardi di euro, di cui 6,5 all'interno dell'Unione Europea.

Data tale palese situazione elusiva, in seguito alle rivelazioni e gli scandali fiscali emersi negli ultimi anni, dai *Lux leaks* ai *Panama Paper* (nonché i recentissimi *Pandora Papers*, svelati dall'*International Consortium of Investigative Journalists*¹⁷²), il Parlamento europeo decise di istituire una commissione speciale per analizzare maggiormente le situazioni inerenti ai crimini finanziari, all'evasione e all'elusione fiscale, nonché al riciclaggio (valutato dallo stesso Parlamento Europeo come "*l'altra faccia della frode fiscale*"), c.d. TAX 3, insediatasi il 1° marzo 2018.¹⁷³

Il 27 febbraio 2019, tale commissione ha approvato la sua proposta di risoluzione¹⁷⁴. Sulla base del lavoro di ricerca, delle audizioni e delle missioni conoscitive, il progetto di risoluzione concerne un'ampia gamma di temi.¹⁷⁵ In particolare, dai lavori della TAX3 emerge come diversi Paesi

¹⁷² Il Consorzio internazionale dei giornalisti investigativi (CIGI) (*International Consortium of Investigative Journalists* in inglese, acronimo ICIJ) è una rete internazionale con sede a Washington. Ne fanno parte 165 giornalisti investigativi disseminati in oltre 65 Paesi; lavorano insieme su temi quali "i reati transnazionali, la corruzione e l'obbligo dei rappresentanti del potere di rispondere delle loro azioni"

¹⁷³ La commissione ha operato sulla base delle risoluzioni preparate dalle commissioni speciali (*TAX2 e TAXE*) sulle decisioni anticipate in materia di *tax ruling* e altre misure analoghe per natura o effetto, nonché sulla relazione della commissione PANA e sulle approvate dal Parlamento il 13 dicembre 2017, che hanno individuato problemi in materia di regolamentazione e di monitoraggio.

¹⁷⁴ Relazione d'iniziativa: 2018/2121(INI); Commissione competente per il merito: TAX3; Relatori: Luděk Niedermayer (PPE, Repubblica ceca), Jeppe Kofod (S&D, Danimarca).

¹⁷⁵ Tra i vari, a titolo esemplificativo, la tassazione delle imprese e delle persone fisiche, l'IVA, il riciclaggio di denaro e gli aspetti internazionali, nonché questioni specifiche come il ruolo degli intermediari, la protezione degli informatori e gli aspetti e le sfide interistituzionali, che erano oggetto delle

dell'Unione “mostrano tratti di paradisi fiscali e facilitano una gestione fiscale aggressiva”.

Le problematiche inerenti ai c.d. “paradisi dell'Unione” non riguardano le aliquote, non essendo molto differenti da quelle del resto degli Stati membri, ma il complesso delle norme agevolative. Difatti, l'aliquota italiana risulta essere addirittura inferiore a quella belga (30%) e maltese (35%); andando, però, a rapportare questo dato con il complesso delle detrazioni e degli sconti fiscali esperibili nelle giurisdizioni in esame, si nota come si raggiunga il 3% in Belgio e il 5% a Malta. Possiamo trovare ancora più vantaggioso il regime presente a Cipro dove, a fronte di un'aliquota del 13%, si può scendere ad un valore prossimo allo 0 assoluto esattamente come in Irlanda. Per concludere in Lussemburgo e in Olanda rileviamo come i suddetti sconti, variano le aliquote rispettivamente dal 26% allo 0,3% e dal 25% al 2,44%.¹⁷⁶

Con riferimento a questi ultimi due paesi, difatti, si può osservare come Olanda e Lussemburgo, valutati congiuntamente, siano destinatari di una quota di investimenti diretti provenienti dall'estero maggiore di quella degli Stati Uniti, nonché ospiterebbero quasi metà di tutti gli investimenti fantasma del mondo.

Altrettanto significativi risultano i dati relativi al reddito pro-capite nei diversi paesi: a fronte di un reddito pro-capite nel 2019 in Italia pari a

risoluzioni precedenti. Oltre a tali aspetti, il lavoro della commissione in esame ha coinvolto anche i reati finanziari legati al *dividend-stripping* (pratica di comprare azioni subito prima che venga erogato un dividendo, e poi venderle quando diventa ex-dividendo, cioè quando il precedente proprietario ha effettivamente diritto al dividendo), al *coupon-washing* e a diversi casi di riciclaggio di denaro con il coinvolgimento di banche (con conseguente ritiro dell'autorizzazione bancaria) negli Stati membri dell'UE, rivelando le carenze esistenti nella lotta contro il riciclaggio di denaro e nell'attuale sistema di vigilanza finanziaria.

¹⁷⁶ B. Massaro, “Cos'è il “*profit Shifting*”? Vero dramma fiscale dell'UE che penalizza l'Italia”, Panorama, 2020

euro 28.860, si registra in Lussemburgo un reddito pro capite di 83.640, in Irlanda di 60.350 e in Olanda di euro 41.870.

Nel vuoto normativo dei trattati, il Consiglio nel 1997 ha approvato un Codice di condotta¹⁷⁷ in materia di tassazione delle imprese, con cui gli Stati membri si sono politicamente impegnati ad astenersi da pratiche fiscali dannose.

Un altro pilastro è rappresentato dalla disciplina in materia di aiuti di Stato che, nel settore in esame, può essere intesa come un divieto di concedere un trattamento fiscale favorevole selettivamente a determinate imprese, tale da distorcere la concorrenza.

Tuttavia, né il Codice di Condotta, né le norme in tema di aiuti di Stato hanno limitato in misura significativa la capacità di detti paesi di utilizzare il proprio sistema fiscale come leva competitiva sleale, con effetti negativi sull'economia e sulla coesione dell'Unione europea nel suo complesso. Gli investimenti internazionali, di conseguenza, si adattano alla geografia della concorrenza fiscale: l'Italia attira investimenti esteri diretti pari al 19% del PIL; il Lussemburgo pari a oltre il 5.760%, l'Olanda al 535% e l'Irlanda al 311%.

Tali strategie abusive sono in larga parte riconducibili alla presenza di società veicolo (*holding*): le imprese a controllo estero rappresentano oltre un'impresa su quattro in Lussemburgo, mentre generano il 73,6% del

¹⁷⁷ Il Codice è stato adottato con una Risoluzione del Consiglio dell'UE del 1° dicembre 1997 ed ha introdotto nuovi e significativi vincoli ai Paesi comunitari ed alle loro suddivisioni politiche ed amministrative.

Il cosiddetto "*tax package*" comprendeva originariamente:

- un codice di condotta "fiscale" tendente ad eliminare, entro il 1° gennaio 2003, i regimi fiscali privilegiati non giustificati da "valide ragioni economiche" o non espressamente approvati dalla Commissione europea;
- l'armonizzazione del trattamento fiscale dei proventi del risparmio tramite una ritenuta comune o un sistema di scambio di informazioni fra le varie Amministrazioni fiscali;
- l'armonizzazione del trattamento fiscale dei pagamenti di interessi e royalties fra società consociate dell'UE.

(L. Vinciguerra, "*Il Codice di condotta in materia di tassazione delle imprese*", Novità fiscali, 2013)

marginale operativo lordo complessivo prodotto dalle imprese in Irlanda, a fronte del 12,7% in Italia. A testimonianza di ciò, uno studio commissionato dal Ministero delle Finanze olandese dimostra come i soli flussi finanziari (dividendi, interessi e *royalties*) che attraversano le società di comodo olandesi ammontino a 199 miliardi di euro (il 27% del PIL del Paese).¹⁷⁸

Per far fronte a tale situazione, la stessa Commissione europea, nella Relazione annuale sulla tassazione del 2021, attribuisce ai paesi “tanti indizi” che “insieme costituiscono un corpo di prove” nel determinare se un paese è usato per implementare strategie di evasione fiscale. A questo proposito, è utile guardare agli investimenti diretti esteri (IDE), in quanto catturano gli investimenti transfrontalieri tra società collegate. Alcuni Stati membri hanno un rapporto IDE/PIL estremamente elevato: per esempio, lo *stock* di investimenti diretti esteri in Lussemburgo rappresenta circa 55 volte il PIL del paese. In misura minore, anche Cipro, Malta, i Paesi Bassi e l'Irlanda mostrano *stock* di investimenti esteri in entrata o in uscita molto più elevati rispetto alla loro produzione interna.

Gli investimenti diretti tramite società a destinazione specifica (*SPE*) possono essere un veicolo per la pianificazione fiscale. Anche in questo caso, nel 2019, Cipro, Malta, Lussemburgo e Paesi Bassi, hanno mostrato un uso significativo di società a destinazione specifica per gli investimenti diretti esteri sia in entrata che in uscita.

Vi è, inoltre, da considerare come dal 2011 la Commissione abbia espresso una grande preoccupazione per tutti i fenomeni di *dumping* fiscale; in particolare, in tale anno, era stato proposto l'impegno di istituire un regime comune per il calcolo della base imponibile delle società che operano nell'Unione. Tale impegno, tuttavia, è stato disatteso, dal momento che, a distanza di dieci anni, si evidenziano ancora tali

¹⁷⁸ R. Rustichelli, StartMagazine, “Irlanda, Olanda e Lussemburgo sono paradisi fiscali che minano l’Ue. Parola di Antitrust”, 2020

discrepanze nel sistema e, difatti, l'attuale presidenza della Commissione ha di fatto rinviato al 2023 un impegno in tal senso.

È stato, tuttavia, introdotto dalla Commissione Europea nel 2021 il “*Business in Europe: Framework for Income Taxation*” al fine di ammodernare le legislazioni fiscali europee. La comunicazione illustra, inoltre, i piani della Commissione per l'attuazione nell'Unione della riforma del quadro internazionale dell'imposta sulle società, nonché le iniziative a breve termine nel settore della tassazione delle imprese, compresa una serie di punti di azione per l'agenda della Commissione europea per i prossimi due anni:

1. Proposta legislativa per la pubblicazione delle aliquote fiscali effettive pagate dalle grandi imprese, sulla base della metodologia in discussione nel Pilastro 2 (entro il 2022);
2. Proposta legislativa che stabilisce regole per neutralizzare l'abuso di entità di comodo a fini fiscali (denominata "ATAD 3" nel Q&A della Commissione) (entro il 4° trimestre 2021);
3. Raccomandazione sul trattamento interno delle perdite (insieme alla comunicazione);
4. Proposta legislativa che crea una *Debt Equity Bias Reduction Allowance* (DEBRA) (entro il primo trimestre del 2022).¹⁷⁹

Il documento, tuttavia, riconosce che il raggiungimento della visione a lungo termine della Commissione richiederà tempo e che sono necessarie iniziative a breve termine per affrontare specifiche sfide immediate. In particolare, si nota come la mancanza di un sistema comune di imposta sul reddito delle società rappresenti uno svantaggio competitivo per il mercato europeo rispetto ai mercati dei paesi terzi.

¹⁷⁹ R. Enache “*European Commission communication on Business Taxation for the 21st century*”, Euro Tax Flash from KPMG's EU Tax Centre, 2021

Nonostante le dichiarazioni di intenti, il concreto raggiungimento di tale obiettivo appare comunque lontano, data l'opposizione degli Stati in questione e le difficoltà politiche che un progetto del genere comporterebbe.

Vi è da notare, comunque, come la regolazione della fiscalità, anche sul piano europeo, si connetta strettamente alla protezione di valori che vanno oltre alla neutralità del mercato, e dunque, ad un efficiente regime concorrenziale; tali valori sono, infatti, da identificare nella promozione di una integrazione sociale, ancor prima che economica.¹⁸⁰

In tale prospettiva, dunque, la necessità di un coordinamento effettivo a livello europeo e di un regime di concorrenza fiscale non squilibrato, si pone come mezzo a garanzia delle libertà fondamentali dei singoli.

3.2 Il Double Dutch Irish Sandwich

Avendo avuto riguardo alle discrepanze nelle giurisdizioni fiscali tra i vari Stati membri, si può evidenziare come ciò consenta differenti fenomeni di *transfer pricing*¹⁸¹ e *tax avoidance*. In particolare, una delle strategie maggiormente utilizzate dalle multinazionali¹⁸² è il c.d. *Double Dutch Irish Sandwich*: tale manovra elusiva sfrutta disposizioni agevolative dei due Stati europei coinvolti (Irlanda e Paesi Bassi), ma

¹⁸⁰ P. Boria, “*Diritto Tributario Europeo*”, Giuffrè, 2017

¹⁸¹ vd. par. 2.5

¹⁸² Anche e specialmente digitali, si pensi il celebre caso di *Google*, sebbene la società si sia impegnata a non utilizzare più detti schemi.

prevede altresì il coinvolgimento di Stati propriamente considerati *tax heavens*, quali le isole Cayman e le Bermuda.

Lo schema in esame rientra pienamente nell'ambito dei fenomeni di erosione della base imponibile e di spostamento dei profitti (BEPS, *Base Erosion and Profit Shifting*¹⁸³), dal momento che permette di evitare di incorrere in ritenute alla fonte da parte di giurisdizioni UE, mediante un complesso trasferimento da e in paesi che costituiscono più propriamente dei paradisi fiscali. Tale tecnica prevede una triangolazione fiscale tra due società irlandesi (di cui una avente una stabile organizzazione in un paradiso fiscale) e una ulteriore società in Olanda, totalmente “vuota” ed usata solo per far transitare gli utili e dunque per ridurre la base imponibile del gruppo.¹⁸⁴

Il principale meccanismo di funzionamento di tale strategia consiste nell'istituire due filiali di una società (residente in uno Stato terzo, quale, ad esempio, gli Stati Uniti, come per la maggior parte delle *web companies*) in Irlanda. La legislazione irlandese considera, ai fini dell'individuazione della residenza, il *place of effective management*¹⁸⁵ della società, cioè il luogo in cui essa è amministrata, indipendentemente dal fatto che lo Stato in questione rappresenti una giurisdizione con fiscalità agevolata o non cooperativa. Difatti, secondo il sistema fiscale irlandese, una società può essere residente nel luogo di gestione, e non dove è stata incorporata, se la società è controllata da un'altra, residente, a sua volta, in un paese che vanta un trattato contro la doppia imposizione

¹⁸³Vd. par. 1.3

¹⁸⁴ E. Capecchi, “*Double Irish with Dutch Sandwich*”, Starting Finance, 2018

¹⁸⁵ Da distinguere rispetto al mero *place of management*, citato dall'art 5.2 Modello OCSE a titolo esemplificativo per l'individuazione di una *permanent establishment*, dal momento che quest'ultima definizione appare essere più ampia. Difatti, una società può avere più *place of management* (e, dunque, più PE al ricorrere dei presupposti di cui all'art 5.1 del Modello OCSE), ma solo un *place of effective management* ai fini della residenza.

con l'Irlanda, prescindendo dal livello di effettiva imposizione di tale paese.

In questo modo, la società è considerata dallo Stato terzo (*i.e.*, gli Stati Uniti) come residente in Irlanda, sebbene ivi non sia sottoposta ad alcuna tassazione effettiva. Per cui la prima società, in realtà, si trova in uno Stato con un livello impositivo pressoché nullo e l'amministrazione finanziaria irlandese non ha il compito di verificare se effettivamente tale società sia stata sottoposta a tassazione in detto Stato.

Analizzando, poi, la seconda società istituita in Irlanda, questa deve essere di proprietà della prima società irlandese. Tale società è gestita esclusivamente in Irlanda e detiene tutti i diritti di immagine e di proprietà intellettuale della prima, per cui riceve dalla stessa i proventi registrati come *royalties* dalla prima società in Irlanda.

Sempre la seconda società, dunque, deduce tali pagamenti derivanti dalle spese dell'acquisto dei diritti di immagine, mentre qualsiasi reddito residuo della seconda società è soggetto a tassazione. Vi è, però, da considerare come solitamente tale società si trovi in una situazione finanziaria piuttosto precaria, per cui, comunque, il residuo prelievo fiscale operato in Irlanda è in ogni caso esiguo. Ovviamente, dal punto di vista degli Stati Uniti, anche tale seconda società non rileva, dal momento che è tassata in Irlanda.

A questo punto rileva la società localizzata nei Paesi Bassi. Difatti, in Olanda la tassazione sulle *royalties* e *intellectual property* (IP) è quasi dello 0% (sebbene la corporate tax sia di base del 25%).

Inoltre, per evitare la ritenuta da parte dell'Irlanda sui dividendi, la seconda società ivi costituita trasferirà i dividendi alla filiale olandese e quest'ultima ritrasferirà i dividendi al netto delle tasse alla prima società irlandese.

Tutto ciò avviene legalmente, dal momento che la Direttiva CE 2003/49 considera come esenti da tassazione gli interessi e pagamenti di

royalties fatti tra società residenti negli Stati membri UE e, in ogni caso, tale manovra è perfettamente in linea con la Convenzione contro le doppie imposizioni esistente tra Irlanda e Paesi Bassi.

L'ultimo problema rimane quello di far convergere i frutti di queste attività alla casa-madre. Le strade solitamente praticate sono:

- l'acquisto di nuove azioni emesse dalla casa-madre e l'utilizzo della società di tali *shares* per eventuali acquisizioni;
- la vendita alla società consociata di una terza società.

La tecnica appena illustrata è quella utilizzata da centinaia di aziende oltreoceano (*Apple, Google, Facebook, LinkedIn, Zynga, PayPal, eBay* ed altre), le quali decidono di approfittare astutamente dei vantaggi fiscali offerti dall'Irlanda.

Prendiamo il caso di *Google*¹⁸⁶: la società madre cede in licenza i propri diritti di immagine ad una società chiamata *Google Ireland Holdings*, con base fiscale nelle Bermuda ed una filiale a Dublino, che a sua volta concede nuovamente in licenza il medesimo *software* ad una società olandese, la quale decide di trasferirlo a *Google Ireland Ltd*. Questo singolare sistema permette di far uscire dalle casse del gruppo solo il 2,5% in tasse sulle vendite fuori dagli Stati Uniti.

Si può notare, dunque, come queste manovre siano in qualche modo incentivate da parte dei governi dei diversi Stati membri. Si pensi al caso dell'Irlanda, in cui negli anni Ottanta l'aliquota per l'imposta sul reddito delle società è passata dall'essere del 50% al 12,5% ma, nonostante ciò, le entrate per l'Erario sono aumentate, dal momento che la base imponibile è cresciuta in modo significativo, in gran parte grazie ai massicci afflussi di investimenti esteri.

¹⁸⁶ The Irish Times, "Double Irish' and 'Dutch Sandwich' saved Google \$3.7bn in tax in 2016", 2016

Tuttavia, questo tipo di pianificazione, sebbene abbia portato ad un aumento del PIL irlandese, ha comunque effetti negativi su scala mondiale, come già analizzato: l'aliquota media globale dell'imposta sulle società è stata ridotta dal 40% nel 1990 a circa il 25% nel 2017, indicando una corsa al ribasso e indicando la necessità di un coordinamento internazionale.¹⁸⁷

Il *Double Dutch Irish Sandwich* e, in generale, tutti gli schemi di *tax avoidance*, oltre a creare un effetto distorsivo della concorrenza fiscale *intra* ed *extra* UE, configurano una violazione di uno dei principi cardine del progetto europeo e del concetto stesso di mercato unico: il divieto di aiuti di Stato.

Si deve considerare, comunque, come il governo irlandese, nel 2015, si è impegnato a rimuovere le varie scappatoie nel sistema fiscale, ma comunque le grandi multinazionali sono riuscite a beneficiare di tali tecniche elusive fino al 2020. Difatti, a partire dal 1° gennaio 2015 il meccanismo del *Double Irish* non è più utilizzabile dalle nuove società che decidono di stabilirsi nel Paese, mentre quelle già operanti all'interno dei confini irlandesi devono riorganizzare la propria struttura per adeguarsi alle nuove norme entro il 2020. Inoltre, tutte le imprese registrate a Dublino, in seguito alla riforma del 2015, vengono considerate fiscalmente residenti in Irlanda.

Sul punto, inoltre, è intervenuta la versione aggiornata dell'*Innovation Box*¹⁸⁸, in seguito all'implementazione dell'*Action 5* del

¹⁸⁷ Jannick Damgaard, Thomas Elkjaer, and Niels Johannesen, “*The rise of phantom investments*”, Finance & Development, Fondo Monetario Internazionale, 2019

¹⁸⁸ Il regime di *Innovation Box* permette ai contribuenti, in breve, di optare per la tassazione degli utili attribuibili a certi beni immateriali ad un'aliquota effettiva del 5%. L'*Innovation Box* è applicabile a certi beni immateriali (i) che sono brevettati o (ii) per i quali viene concessa una dichiarazione di Ricerca e Sviluppo dal Ministero degli Affari Economici. Le perdite operative da attività immateriali incluse nell'*Innovation Box* sono completamente deducibili rispetto all'aliquota ordinaria del 25,5 per cento.

BEPS.¹⁸⁹ In primo luogo, è necessario un sostanziale collegamento tra le spese sopportate per lo sviluppo dell'IP e il beneficio fiscale del regime d'innovazione. Attraverso tale aggiornamento si vuole impedire la pratica di spostare la proprietà legale di brevetti intangibili allo scopo principale di ridurre la tassa sulle *royalties*, meccanismi alla base del *Double Dutch Sandwich*. In secondo luogo, l'aliquota dell'*Innovation Box* è stata portata al 7% nel 2018 e al 9% nel 2021.¹⁹⁰

3.3 I rapporti bilaterali tra Paesi Bassi e Antille Olandesi nelle strategie di *tax planning*

Il coinvolgimento dei Paesi Bassi in schemi di *tax avoidance* avviene, per la maggior parte dei casi, sfruttando i rapporti bilaterali che questi ultimi intrattengono ai fini impositivi con altri paesi.¹⁹¹ In particolare modo, ci si riferisce a paesi con un'economia non altrettanto sviluppata e che permettono una bassissima imposizione, tanto da essere riconosciuti a livello internazionale come veri e propri *tax heavens*.

A tal riguardo, risulta peculiare la convenzione contro le doppie imposizioni stipulata tra l'Olanda e le Antille Olandesi. Le ex-colonie continuano *de facto* a mantenere un rapporto di dipendenza economica con

¹⁸⁹ L' *Action 5* rappresenta uno dei "*minimum standards*" del progetto BEPS ("Action 5: Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking Into Account Transparency and Substance", OECD, 2015, per garantire un livello uniforme di trasparenza internazionale) stabilisce il quadro concordato per il quadro di trasparenza.

¹⁹⁰ Fondo Monetario Internazionale, "*IMF Working Paper: Capital Income Taxation in the Netherlands*", WP/21/145

¹⁹¹ Un esempio può essere visto mediante il *Double Dutch Irish Sandwich*, v.d. par. 3.2

la madre patria e ciò si evidenzia anche con riferimento al trattamento fiscale riservato alla cosiddetta “*Antilles Route*”.¹⁹²

Ci si riferisce a schemi che prevedono il coinvolgimento delle due giurisdizioni, al fine di ottenere un vantaggio fiscale; ciò è garantito mediante una comunione di intenti riscontrata in ambito tributario, realizzando, tuttavia, una competizione fiscale dannosa sul piano internazionale.

Le società delle Antille olandesi impegnate in attività nazionali sono generalmente soggette ad aliquote fiscali tra il 24% e il 30%, mentre le società *offshore* sono sottoposte ad un'aliquota compresa tra il 2,4% e il 6%, a seconda dell'attività.¹⁹³

Nello specifico, la convenzione contro le doppie imposizioni stipulata con i Paesi Bassi prevede una trattenuta d'imposta dello 0% sui dividendi delle società residenti in Curaçao, nei confronti della sua affiliata olandese. Ai fini dell'applicazione di tale disciplina, è necessario che la società madre rappresenti un'entità qualificata", cioè detenga almeno il 10% delle azioni della filiale olandese. Per poter essere così identificata, è necessario che l'autorità fiscale olandese, su istanza del contribuente, non ritenga che l'ottenimento di tale beneficio fiscale non sia uno degli scopi principali della costituzione della società madre di Curaçao (*Principal Purpose Test*, PPT¹⁹⁴).

¹⁹² Tale rapporto di interdipendenza economica può essere rappresentato dal fatto che, attualmente, le Antille Olandesi contano convenzioni bilaterali in vigore esclusivamente con i Paesi Bassi e la Norvegia e i redditi derivanti da partecipazioni offshore nel 1985 rappresentavano il 20% del PIL e l'8,3% nel 2000. Inoltre, circa 8.000 persone lavorano, direttamente o indirettamente, nell'industria dei servizi offshore: essendo la popolazione inferiore a 200.000 persone, tale dato rappresenta circa il 10% della popolazione attiva. (*"Political Indecisiveness Undermines the Offshore Industry"*, riassunto della conferenza stampa tenuta a Willemstad, Curacao, disponibile nella biblioteca dell'IBFD, Amsterdam, Paesi Bassi.)

¹⁹³ KPMG, Caribbean Netherlands - Indirect Tax Guide

¹⁹⁴ Il *Principal Purpose Test* è disciplinato dall'art. 29 (9) del Modello OCSE e rappresenta una delle misure introdotte dall'Action 6 del BEPS e

In ogni caso, vi sono due condizioni per permettere l'applicazione dell'esenzione in esame: in primo luogo, la partecipazione nella filiale olandese deve far parte del patrimonio aziendale della società madre di Curaçao e la società madre di Curaçao deve soddisfare i requisiti minimi di sostanza che sono elencati dalla normativa olandese.¹⁹⁵

Si vuole evitare, dunque, un utilizzo distorto di tale meccanismo di esenzione, il quale, in ogni caso, ricorda il generale strumento rappresentato dalla *Participation Exemption* (PEX)¹⁹⁶. Il problema, tuttavia, rimane il riconoscimento di un generale strumento di esenzione anche nel caso in cui il livello impositivo sia minimo. Le Antille Olandesi sono, difatti, considerate paradisi fiscali sia dall'Unione Europea, sia a livello internazionale.¹⁹⁷

Difatti, le conseguenze del riconoscimento delle Antille come paradisi fiscali, adoperato in primis dall'OCSE nel Report del 1998¹⁹⁸, hanno portato ad un primo cambio di rotta, rappresentato da una serie di

rappresenta una *GAAR* (*general anti-avoidance rule*). Tale misura, dunque, costituisce una clausola generale antielusiva, la cui applicazione, però, richiede la spendita di un potere discrezionale da parte dell'autorità competente. Questa situazione può, in ogni caso, portare ad un'incertezza applicativa, specialmente considerando come l'autorità olandese spesso persegua strategie di *tax ruling*, di cui si vedrà in dettaglio in seguito.

¹⁹⁵ J. Vleggeert, "The Antilles route is back!", Leiden Law Blog, Tax Law and Economics, 2014.

¹⁹⁶ V.d. par. 3.4.1

¹⁹⁷ Si pensi che il *Financial Stability Forum*, che riunisce alti rappresentanti delle autorità finanziarie nazionali e delle istituzioni finanziarie internazionali, ha pubblicato un rapporto nell'aprile 2000. Le Antille Olandesi sono state identificate tra i più insidiosi paradisi fiscali, insieme ad Aruba con, per esempio, Aruba, le Isole Vergini Britanniche, le Isole Cayman, Liechtenstein, Mauritius, Nauru, Seychelles e Vanuatu. (FSF, "Report of the Working Group on Offshore Centres").

¹⁹⁸ V.d. par. 1.2

misure volte ad impedire la qualificazione di paradiso fiscale, nonché le conseguenze sul piano internazionale.

Tuttavia, la situazione nei confronti dell'Olanda rimane peculiare e problematica. Il “*New Fiscal Framework*”¹⁹⁹ così prospettato comporta che, nella maggior parte dei casi, l'onere fiscale effettivo sarà inferiore di quanto lo fosse in base alla previgente disciplina. L'imposta è prima riscossa nei Paesi Bassi con prelievo alla fonte e il successivo reddito da partecipazione è interamente esentato nelle Antille Olandesi. L'intero importo trattenuto nei Paesi Bassi sarà poi restituito alle Antille Olandesi. Tuttavia, il NFF non abolisce completamente le vecchie disposizioni fiscali, mantenendo in ogni caso un'aliquota molto competitiva fino al 2019.

Tale regime transitorio applicato fino al 2019 ha, dunque, permesso un livello impositivo estremamente basso: nonostante l'impegno delle Antille Olandesi a non essere più valutate come paradisi fiscali a livello internazionale, il livello impositivo è sempre stato *de facto* estremamente basso, permettendo schemi di *tax avoidance* internazionale, mediante il coinvolgimento della ex-madre patria.

3.4 Il quadro normativo nei Paesi Bassi e gli aspetti problematici

Andando ad analizzare la disciplina normativa fiscale olandese un punto è chiaro: i Paesi Bassi non costituiscono un paradiso fiscale di per sé, ma rappresentano una giurisdizione *conduit* per fenomeni abusivi. Difatti, nel 2018, si contavano circa 15mila società sul suolo olandese

¹⁹⁹ Le principali misure sono l'introduzione di un regime di imposta sulle società con un'aliquota standard sui profitti del 34,5% e un'ampia *participation exemption*, molto simile al modello francese.

utilizzate esclusivamente per far transitare flussi finanziari all'estero, mediante manovre di *tax avoidance*.²⁰⁰

Per quanto riguarda l'analisi della *Corporate Income Tax* (CITA, 1969) olandese, le sue caratteristiche principali sono in linea con quanto generalmente disposto dai vari Stati UE, nonché con le *guidelines* OCSE; si pensi addirittura che l'aliquota legale è del 25%, per cui leggermente al di sopra della media OCSE (23%) del 23 e della media UE (22%).

Vi è da notare, comunque, che nel 2021, per i redditi fino a 245.000 euro, si applica un'aliquota ridotta del 15%, che dal 2022 sarà applicabile ai redditi fino ad una soglia di 395,000 euro.

Il riporto delle perdite è attualmente limitato ad un periodo di sei anni, ma, a partire dal 2022, sarà illimitato dal punto di vista temporale, ma con un limite quantitativo del 50% dei profitti (tranne nel caso in cui le perdite siano inferiori alla soglia di 1 milione di euro). La deducibilità degli interessi è limitata al 30% dell'EBITDA²⁰¹ con riporto illimitato ed un'esenzione per la soglia di 1 milione di euro.

Nonostante questo quadro, apparentemente del tutto in linea con le altre giurisdizioni, vi sono una serie di fattori che rendono i Paesi Bassi estremamente attrattivi per le multinazionali, realizzando il già citato effetto *conduit*.

Sicuramente, un altro fattore determinante è il regime di esenzione per le partecipazioni sociali relativamente generoso: nei Paesi Bassi gli investitori si qualificano con una quota di partecipazione minima del 5%, che è relativamente bassa rispetto ad altri paesi; inoltre, l'esenzione del

²⁰⁰ R. Galullo, A. Mincuzzi, “*Amsterdam regno delle multinazionali: «Made in Olanda» perfino gli spaghetti alla bolognese*”, Il Sole 24 Ore, 2018

²⁰¹ L'acronimo significa “*Earnings before interest, tax, depreciation and amortisation*” e risulta in linea con quanto disposto dalle direttive ATAD (vd. par. 3.11).

100% è marginalmente più generosa se confrontata, ad esempio, con l'esenzione del 95%, ravvisabile in Francia e Germania. Un ulteriore fattore rilevante sul regime PEX olandese, costituito dall'assenza di requisiti di partecipazione minima dal punto di vista temporale, mentre molti paesi, tra cui l'Italia, richiedono un interrotto possesso per 365 giorni.²⁰²

Un ulteriore elemento è rappresentato dai rapporti internazionali: l'Olanda vanta una ricca rete di 94 convenzioni bilaterali, molte delle quali non prevedono alcuna trattenuta d'imposta su *royalties*, interessi o dividendi. Oltre a tale aspetto, ulteriori disposizioni convenzionali sono rilevanti per fornire sgravi fiscali. Si pensi, ad esempio, al regime di potestà impositiva esclusiva relativo alle plusvalenze derivanti da trasferimenti indiretti *offshore* di beni immobili nel paese di residenza dell'investitore (*Platform for Collaboration on Tax 2020*).²⁰³

Uno strumento che permette spesso situazioni elusive è rappresentato dalle pratiche di *Advance Pricing Agreements* (APA) e *Advance Tax Rulings* (ATR), le quali nascono per ragioni di certezza fiscale. Pur non fornendo un vantaggio fiscale di per sé, tali *ruling* sono spesso utilizzati al fine di assicurare l'efficacia delle strutture di pianificazione fiscale, creando un contrasto con la disciplina in tema di aiuti di Stato.²⁰⁴

²⁰² Vd. par. 3.4.1

²⁰³ La *Platform for Collaboration on Tax* è una misura congiunta lanciata nell'aprile 2016 dal Fondo Monetario Internazionale (FMI), dall'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE), dalle Nazioni Unite (ONU) e dal World Bank Group (WBG). La piattaforma è progettata per intensificare la cooperazione tra queste organizzazioni internazionali (IO) su questioni fiscali. Formalizza le discussioni regolari tra le quattro IO sulla progettazione e l'implementazione di standard per le questioni fiscali internazionali, rafforza la loro capacità di fornire supporto di *capacity-building* ai paesi in via di sviluppo, e li aiuta a fornire una guida sviluppata congiuntamente. Aumenta anche la loro capacità di condividere informazioni sulle attività operative e di conoscenza in tutto il mondo.

²⁰⁴ Vd. par. 3.4.4

L'ultimo elemento, dal punto di vista cronologico, è rappresentato dal regime di *Innovation box* particolarmente vantaggioso, il quale permette l'applicazione di un'aliquota ridotta sul reddito qualificato da *know-how* industriali, brevetti e marchi, per i quali è stato concesso un brevetto o una specifica dichiarazione (R&D)²⁰⁵. Tale regime è stato introdotto nel 2007 e comprende un criterio di collegamento ("requisiti di sostanza"), che è stata successivamente modificata in linea con i *G20-OCSE BEPS minimum standards*.²⁰⁶

La disciplina interna olandese²⁰⁷ prevede generalmente che un credito d'imposta per la tassazione sostenuta all'estero è disponibile nella misura in cui il reddito sul quale l'imposta estera è prelevata è incluso nella base imponibile olandese ("requisito della base imponibile"). Considerando il fatto che solo una parte del reddito è inclusa nella base imponibile ai fini del regime di *Innovation box*, ciò limiterebbe il credito disponibile per tali imposte estere pagate (poiché queste sono generalmente prelevate sull'intero importo dei canoni).

Tuttavia, la competitività del regime di *Innovation box* ha aumentato lo sfruttamento dei Paesi Bassi come giurisdizione *conduit*: si pensi che i flussi finanziari che transitano da società holding nel settore residenti in Olanda rappresentano circa cinque volte il PIL olandese e arrivano ad ammontare a circa 4 trilioni di dollari.²⁰⁸

I Paesi Bassi beneficiano principalmente dell'attrazione di flussi finanziari verso il loro territorio aumentando il rendimento fiscale, stimolando, inoltre, l'occupazione generata nel settore dei *trust* e nel

²⁰⁵ Investimenti in Ricerca e Sviluppo

²⁰⁶ M. Schellekens, "Netherlands - The Netherlands as an Innovation Hub: An Appraisal of the Innovation Box Regime", European Taxation, IBFD, 2013

²⁰⁷ *Besluit voorkoming dubbele belasting*, art. 36

²⁰⁸ A. Cobham, J. Garcia-Bernardo, "Time for the EU to close its own tax havens", Tax Justice Network, 2020

settore della consulenza fiscale. È stato stimato che le attività delle 12.500 società presenti nei Paesi Bassi, che facilitano questi flussi e consistono in gran parte in "sedi di carta", generano circa 2.500 posti di lavoro diretti e un totale di per lo stato olandese di 1,7 miliardi di euro.

Tuttavia, questi benefici non superano le conseguenze negative per gli altri paesi: in questo modo si pregiudica sia la capacità dei governi dei paesi in via di sviluppo di fornire servizi essenziali alle loro popolazioni, sia la capacità dei governi dei paesi sviluppati di fornire finanziamenti per lo sviluppo.

Inoltre, tale politica ha un impatto negativo sostanziale anche considerando il conseguente spostamento dell'onere fiscale su altre fonti di reddito, come il lavoro, e le ridotte possibilità per le piccole imprese di competere con le multinazionali, creando una distorsione della concorrenza e attirando spesso capitali di origine illecita.²⁰⁹

3.4.1 Il meccanismo di *Participation Exemption* (PEX) nel sistema fiscale olandese e la tassazione delle società *holding*

Nell'ambito della disciplina concernente dividendi e plusvalenze, la Commissione ed il Comitato economico e sociale²¹⁰ si sono adoperati nell'individuazione di nuovi modelli di armonizzazione possibili:

a) *l'Home State taxation*, vale a dire la determinazione del reddito imponibile di una società capogruppo e di quello delle sue *branches* e

²⁰⁹ M. van Dijk, F. Weyzig, R. Murphy, "The Netherlands: a tax heaven?", SOMO, 2006

²¹⁰ Rispettivamente con la comunicazione del 23 ottobre 2001, n. COM (2001)582 (5), e con l'opinione del 17 luglio 2002, n. 2002/C241/14

subsidiaries esclusivamente attraverso le regole dello Stato di origine della prima;

b) la *European Union Corporate Income Tax*, vale a dire un'imposta unitaria fondata su una base imponibile e su una aliquota comuni;

c) la *Common Base Taxation*, vale a dire una base imponibile consolidata costruita secondo regole europee, sulla quale applicare aliquote stabilite singolarmente da ciascuno Stato Membro.²¹¹

A distanza di quasi vent'anni, si può analizzare come tale obiettivo non abbia ancora compiutamente visto la luce, ma la materia in esame abbia comunque assistito a riforme nei diversi ordinamenti degli Stati membri, al fine di renderla quanto più uniforme possibile.²¹²

La regolamentazione di dividendi e plusvalenze è particolarmente rilevante dal momento che naturalmente influenza i flussi di capitale esteri, dal momento che l'intero fine della tassazione in materia è quello di evitare fenomeni di doppia imposizione economica.²¹³ A tal fine, vi sono diversi

²¹¹ Tale ultimo approccio è stato ritenuto, nel breve periodo, il più efficace per risolvere i problemi di competizione fiscale tra Stati poiché lascerebbe loro il margine di discrezionalità più limitato.

Indipendentemente da quale strada sarà scelta, tutte potranno essere percorse soltanto a condizione di individuare "regole europee" in materia di tassazione dei redditi societari.

(F. Rasi, "La tassazione dei redditi societari in ambito U.E.: il nuovo modello italiano a confronto con i sistemi degli altri paesi", CERADI Centro di Ricerca per il Diritto delle Imprese, 2006)

²¹² A tal proposito, si può citare nel sistema italiano la riforma Tremonti del 2003 che ha completamente rivoluzionato il sistema di tassazione delle società, sottolineando la centralità di tali enti all'interno del sistema fiscale italiano e il passaggio da un sistema di credito d'imposta ad un sistema di esenzione, su cui si tornerà in seguito.

²¹³ La doppia imposizione economica si differenzia dalla doppia imposizione giuridica. La doppia imposizione giuridica è espressamente vietata dal nostro ordinamento e riguarda la tassazione della stessa ricchezza in capo allo stesso contribuente. La doppia imposizione economica, invece, si riferisce alla situazione in cui da un punto di vista sostanziale ed economico, la medesima ricchezza è tassata più volte in capo a soggetti differenti. Tipica specificazione di detto fenomeno riguarda i rapporti socio- società: la ricchezza prodotta dalla

metodi con cui uno Stato può riconoscere l'altrui capacità impositiva (come credito d'imposta o esenzione)²¹⁴ ma le varie istituzioni UE, anche tramite il celebre caso *Verkooijen* del 2000, hanno espresso la preferenza per il metodo dell'esenzione, evidenziando la necessità di evitare discriminazioni nel trattamento dei dividendi in funzione della residenza della società distributrice.

Il metodo dell'esenzione nel sistema olandese, dunque, funziona sia con riguardo alle persone fisiche, sia con riguardo alle società e tale disciplina si ripercuote sostanzialmente nel trattamento delle *holding*²¹⁵, il cui sfruttamento costituisce uno dei principali schemi di *tax avoidance*.

La disciplina in materia di tassazione dei dividendi si legge nell'art. 13 della Legge sull'Imposta sul Reddito delle Società del 1969 (*Wet op de vennootschapsbelasting 1969*), la quale prevede, dunque, l'esenzione dalla partecipazione, in base alla quale tutti i dividendi e le plusvalenze derivanti da una partecipazione qualificata.

società verrà poi distribuita al socio sotto forma di dividendi (e/o plusvalenze, se si considera, come già analizzato, che dal punto di vista economico rappresentano lo stesso fenomeno), sebbene formalmente si qualificano come due ricchezze diverse.

²¹⁴ Ai fini dell'eliminazione della doppia imposizione, l'efficacia dei due meccanismi è la medesima, differenti sono però le esigenze di natura più generale alle quali essi rispondono: mentre il credito di imposta esclude la convenienza a produrre reddito all'estero (c.d. *Capital Export Neutrality*), l'esenzione, invece, offre uguali condizioni di accesso a tutti i mercati (c.d. *Capital Import Neutrality*). Difatti, la necessità di evitare discriminazioni nel trattamento dei dividendi in funzione della residenza della società distributrice è stata affermata dai giudici di Lussemburgo nel citato caso del 2000²¹⁴, portando alla palese preferenza per il metodo dell'esenzione.

²¹⁵ Non essendo prevista in Olanda una regolamentazione particolare per la Holding, da un punto di vista formale, questa può essere:

- una *pure holding company*, quando svolge soltanto attività di gestione delle partecipazioni e di coordinamento delle attività delle società appartenenti al Gruppo;
- una *operating holding company*, quando a tale gestione si affianca l'attività industriale o commerciale in genere.

Il meccanismo di esenzione è applicabile fintanto che la partecipazione non è detenuta come investimento di portafoglio, similmente a quanto avviene in Italia²¹⁶. I requisiti di cui all'art. 13 per poterne beneficiare sono:

1. La società madre detiene una partecipazione di almeno il 5% del capitale sociale nominale versato (o, in determinate circostanze, del 5% dei diritti di voto) di una società con un capitale diviso in azioni (*Minimum Threshold Test*);

2. Viene soddisfatto uno dei seguenti tre test:

- l'obiettivo della Capogruppo rispetto alla propria partecipazione è quello di ottenere un rendimento superiore a quello che ci si può attendere dalla gestione del portafoglio (*Motive Test*); o

- meno del 50% delle attività totali della controllata sono "low-taxed free passive asset" (*Asset Test*); o

- la controllata è soggetta a un prelievo adeguato secondo gli standard fiscali olandesi (un'aliquota fiscale effettiva di almeno il 10%) (*Subject-to-Tax Test*);

3. Il pagamento ricevuto dalla controllante non è detraibile ai fini della *Corporate Income Tax* nel paese della controllata.

Analizzando più nel dettaglio la disciplina in esame in quanto applicata alle *holding*, al fine di stabilire il soddisfacimento del *Motive test*, si tiene conto di fatti e circostanze che testimoniano come la *holding* miri a ottenere un rendimento sulla sua controllata che supera il rendimento di un investimento di portafoglio. Tale test si considera fallito:

- se più del 50% del patrimonio consolidato della controllata è costituito da partecipazioni inferiori al 5%,

²¹⁶ In Italia, difatti, sono escluse dall'applicazione della *participation exemption* le partecipazioni detenute nell'attivo circolante della società, per cui non destinate ad essere sfruttate durevolmente dalla stessa, ma solo al fine di investimento.

- se la controllata (insieme alle sue controllate) funziona prevalentemente come società di finanziamento, leasing o concessione di licenze di gruppo.

Passando poi all'esame del “*low-taxed free passive asset*”,²¹⁷ questo è soddisfatto se:

- È un bene passivo che non è ragionevolmente richiesto all'interno dell'impresa e
- Il reddito derivante da tale attività è effettivamente tassato a un'aliquota inferiore al 10%.²¹⁸

Per quanto riguarda il *subject to tax test*, in generale, una partecipazione è considerata soggetta a un prelievo adeguato se è sottoposta a tassazione effettiva con un'aliquota di almeno il 10%.²¹⁹

Come si può notare dalla lettura del citato art. 13, diversamente dal sistema italiano, manca il requisito che nel nostro ordinamento è rappresentato dalla lettera c dell'art. 87 T.U.I.R..

²¹⁷ Il patrimonio immobiliare è sempre considerato un “good asset” ai fini dell'*Asset Test* (indipendentemente dalla sua funzione all'interno dell'impresa del proprietario e indipendentemente dalla tassazione). Ai fini della soglia del 50% dell'*Asset Test*, è determinante il valore equo di mercato delle attività. L'*Asset Test* è un test continuo e deve essere soddisfatto durante (quasi) l'intero anno fiscale.

Le attività utilizzate per attività di finanziamento, leasing o concessione di licenze di gruppo sono generalmente considerate passive, a meno che non facciano parte di un'impresa di finanziamento o *leasing* attiva come descritta nella legge olandese, o siano finanziate al 90% o più con prestiti di terzi.

²¹⁸ Redazione, “*Trattamento Fiscale di una Holding Olandese*”, Tayros Consulting, 2021

²¹⁹ Si fa riferimento al livello di imposizione effettivo e non nominale, per cui elementi quali l'assenza di limitazioni alla deduzione degli interessi, un'esenzione dalla partecipazione troppo ampia, il differimento della tassazione fino alla distribuzione degli utili o i dividendi deducibili, possono causare la qualifica di un'imposta sugli utili come prelievo non adeguato, a meno che l'aliquota fiscale effettiva secondo gli standard fiscali olandesi sia almeno del 10%.

Difatti, per l'applicazione della PEX in Italia è richiesto che “*la residenza fiscale della società partecipata in uno Stato o territorio diverso da quelli a regime fiscale privilegiato di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell'articolo 167, comma 4.*”, per cui la società non deve essere residente in paesi diversi dai paesi c.d. *white list*; nei Paesi Bassi manca questa attività di controllo, in questo modo dando facilmente origine a fenomeni di abuso del diritto.

Per quanto riguarda la disciplina concernente la tassazione dei dividendi in capo alle persone fisiche, i Paesi Bassi, a differenza di molti stati UE che hanno optato per il modello dell'esenzione parziale, istituendo un sistema c.d. tabellare.²²⁰ Pertanto, dividendi e plusvalenze sono assoggettati a tassazione con aliquota del 25%, senza possibilità di far ricorso al meccanismo del credito d'imposta.

²²⁰ Tale sistema tabellare prevede che i redditi siano suddivisi in tre *box*, in base alla loro fonte.

Il *box* n. 1 contiene i redditi di lavoro, redditi d'impresa, pensioni, assegni periodici, redditi dei fabbricati adibiti ad abitazione: l'ammontare totale di tali redditi, al netto delle deduzioni fiscalmente ammesse, è assoggettato ad imposizione progressiva.

Il *box* n. 2 riguarda invece redditi derivanti dal possesso di partecipazioni sostanziali

(pari cioè almeno al 5% del capitale di una società) ed è previsto che dividendi e *capital gains* siano tassati con un'aliquota fissa del 25%.

Il *box* n. 3, infine, comprende i redditi da risparmi ed investimenti. Per tali redditi la tassazione ordinaria è sostituita dall'applicazione di un'imposta proporzionale sul capitale investito; in particolare, per ogni anno si presume la realizzazione di un guadagno dell'investitore pari al 4% del capitale medio investito (che si ottiene dividendo per due la somma del valore del capitale all'inizio dell'anno e del valore alla fine); il suddetto guadagno presunto viene assoggettato a tassazione con un'aliquota fissa del 30%, che comporta un onere fiscale sul capitale medio investito dell'1,2%, indipendentemente dalla circostanza che il contribuente abbia realizzato un guadagno o subito una perdita.

Con riguardo alle plusvalenze, si applica sostanzialmente la medesima disciplina, dal momento che da un punto di vista economico, dividendi e plusvalenze rappresentano lo stesso fenomeno (ricchezza in capo alla società che o viene distribuita immediatamente e, quindi, costituisce dividendi, o viene imputata a capitale della società, realizzando una plusvalenza nella partecipazione).

Le uniche specificazioni riguardano la definizione di azionista qualificato, sia con riferimento alle persone fisiche, sia con riferimento alle società: tali *capital gains* risultano imponibili con un'aliquota del 25% se il percettore possiede almeno il 5% del valore nominale del capitale sociale, altrimenti imponibili con un'aliquota del 30% un reddito figurativo pari al 4% del valore medio netto della differenza dei componenti patrimoniali attivi e passivi di cui è titolare il percettore.

Differentemente dal caso italiano che vede irrilevanti le plusvalenze e le minusvalenze da valutazione e non da realizzo²²¹, il legislatore olandese ha previsto la generale esenzione per le plusvalenze derivanti da partecipazione superiore al 5%. Risultano altresì esenti le minusvalenze da valutazione in caso di partecipazioni superiori al 5%, altrimenti deducibile se certe nel rispetto del principio della prudenza; deducibili, nei primi 5 anni dall'acquisto, le minusvalenze relative a partecipazioni pari ad almeno il 25% del capitale sociale della società controllata.

In conclusione, si può sottolineare come il regime diffuso di *Participation Exemption* previsto nei Paesi Bassi risulti particolarmente competitivo a livello internazionale. Difatti, nei Paesi Bassi una partecipazione qualificata minima del 5% permette un'esenzione totale, mentre, nella maggior parte dei paesi europei (Italia, Francia e Germania), tale esenzione opera nel limite del 95% del reddito in questione. Inoltre, non è previsto alcun requisito temporale di detenzione della

²²¹ Cioè plusvalenze/minusvalenze che si verificano non in seguito ad un'attività da parte della società, ma in base ad una diversa valutazione compiuta in bilancio

partecipazione, a differenza dei suddetti paesi che prevedono l'ininterrotto possesso per almeno un anno.²²²

3.4.2 Evoluzioni nell'imposta sui redditi: il meccanismo di trattenuta per interessi e *royalties*

Nonostante le generali misure agevolative (e potenzialmente elusive della concorrenza) proprie del sistema olandese, si deve riscontrare come il legislatore, attraverso diverse misure, stia cercando di porre fine a tale situazione. Difatti, la qualificazione *de facto* dei Paesi Bassi come paradisi fiscali, se da un lato porta indubbiamente ad un rafforzamento dell'economia interna, dall'altro comporta un pregiudizio sul piano politico, internazionale ed europeo.

Un esempio di questa nuova linea del legislatore olandese si può riscontrare indubbiamente nella riforma in materia di interessi e *royalties*.

A partire dal 1° gennaio 2021, i pagamenti di interessi e *royalties* effettuati da una società residente fiscale in Olanda o da una stabile organizzazione olandese di una società residente all'estero a società collegate in giurisdizioni a bassa tassazione saranno soggetti a una ritenuta alla fonte. Per porre un freno a situazioni di dubbia liceità, nessuna eccezione prevista per le società con una reale presenza economica.²²³

²²² Fondo Monetario Internazionale, “*IMF Working Paper: Capital Income Taxation in the Netherlands*”, WP/21/14

²²³ J. Mook, “*Introduction of a withholding tax on interest and royalty payments per 2021*”, Grand Thornon, 2020

Ai fini dell'applicazione della disciplina in esame, la definizione di *royalties* sostanzialmente rimarca quella operata in sede OCSE²²⁴, mentre gli interessi sono considerati in maniera estremamente ampia: sono interessi i corrispettivi di qualsiasi tipo (compresi i costi) derivanti da un debito. Si può osservare come l'ampiezza dell'ambito applicativo della disciplina si ponga in linea con l'intento di restringere le pratiche elusive ed evasive, per cui l'utilizzo di definizioni omnicomprensive che prescindano le qualificazioni formali appare necessario.

La ritenuta alla fonte sarà applicata con un'aliquota pari all'aliquota più alta dell'imposta sul reddito delle società olandese, che è del 25% a partire dal 2021. Tuttavia, tale aliquota può essere ridotta da ulteriori norme agevolative, se applicabili.

Ai fini della nuova imposta alla fonte, le società sono collegate in caso di controllo diretto o indiretto (ad esempio nel caso in cui una società ha più del 50% dei diritti di voto in un'altra società). Le società possono anche essere collegate attraverso un azionista comune o attraverso un c.d. “*cooperating group*”.²²⁵

L'ambito di applicazione di tale disciplina riguarda, dunque, i pagamenti effettuati verso giurisdizioni che costituiscono *tax heavens*. In particolare, queste, ai fini dell'applicazione della normativa, sono definite come:

- giurisdizioni con un'aliquota fiscale legale inferiore al 9%;

²²⁴ L'art. 12, paragrafo 3, Modello OCSE 2010, dispone che il termine «*Royalties*» designa “*i compensi di qualsiasi natura corrisposti per l'uso o la concessione in uso di diritti d'autore su opere letterarie, artistiche o lavoro scientifico, tra cui pellicole cinematografiche, di brevetti, marchi, disegni o modelli, progetti, formule o processi segreti o per informazioni concernenti industriale, esperienza commerciale o scientifico*”.

²²⁵ Questa situazione si verifica nel caso in cui un gruppo di azionisti operino in maniera coordinata e detengano una partecipazione qualificata in entrambe le società.

- Paesi inclusi nella lista dell'Unione Europea (UE) delle giurisdizioni non cooperative²²⁶;
- altre giurisdizioni se l'entità trasferisce gli interessi o i canoni a una stabile organizzazione in una giurisdizione con un'aliquota fiscale legale inferiore al 9% o in una giurisdizione inclusa nella lista UE delle giurisdizioni non cooperative.²²⁷

L'analisi dei requisiti in questione permette di riscontrare, dunque, una sostanziale uniformità con il diritto europeo.

Per ragioni di certezza, è sempre consentito alle società di esperire un *Advantage Tax Ruling*²²⁸, al fine di accertare anticipatamente se la strategia posta in essere dalla società possa dar luogo a fenomeni ritenuti elusivi.²²⁹

²²⁶ Vedi par. 1.5

²²⁷ EY, “*Netherlands introduces new withholding tax on interest & royalty payments and increased substance requirements as of 2021: A detailed review*”, 2020

²²⁸ Vd. par. 3.4.4;

Un “*Advantage Tax Ruling*” (ATR), come un “*Advantage Tax Agreement*” (APA), è un accordo vincolante tra le autorità fiscali (e doganali) olandesi e il contribuente sull'applicazione della legge fiscale olandese. Questi *ruling* assicurano una certezza in anticipo sull'accettabilità di un certo scenario. Alla luce della riforma del 2001, la disciplina in questione è stata portata in linea con i principi dell'OCSE.

Un ATR secondo la prassi olandese può coprire per esempio i seguenti tre argomenti:

- *Participation exemption*: applicabilità per le *holding* intermedie in situazioni internazionali e per le *holding* finali (se nessuna delle filiali della holding ha attività nei Paesi Bassi).
- Situazioni di abuso attraverso strutture internazionali: in caso di strumenti di finanziamento ibridi e/o entità ibride.
- Se esiste una stabile organizzazione olandese di un'impresa straniera.

In generale, gli ATR possono essere richiesti e conclusi (sotto forma di accordo con le autorità fiscali olandesi) per un periodo di quattro anni.

(TaxGate, <https://www.taxgate.nl/advance-tax-ruling/>).

²²⁹ PwC, “*Update: Withholding tax on interest and royalty payments to low-tax countries*”, 2020

Un'altra rilevante applicazione riguarda pagamenti e accrediti nei confronti di un'entità ibrida, per cui il reddito corrispondente non è tassato da nessuna giurisdizione.

Con tale termine si indica qualsiasi entità o strumento finanziario qualificato, dal punto di vista fiscale, diversamente da due o più giurisdizioni. Attraverso tale caratteristica, difatti, gli ibridi si prestano facilmente ad un uso evasivo ed elusivo, dal momento che possono sfruttare, da un lato, una diversità nel trattamento fiscale da parte delle giurisdizioni coinvolte, dall'altro la carenza di disposizioni *ad hoc* nelle convenzioni bilaterali²³⁰.

Difatti, nell'ambito dei concetti alla base della fiscalità internazionale, risulta problematica l'applicazione dell'art. 1 del Modello OCSE²³¹. Le entità ibride, infatti, sono fiscalmente trasparenti in un Paese e autonomi soggetti passivi d'imposta nell'altro; pertanto, la soggettività ai fini convenzionali non può essere determinata con certezza.

Un altro elemento è rappresentato dal fatto che le norme distributive (artt. 6-22 Modello OCSE) non individuano in maniera specifica il soggetto passivo al quale tali redditi devono essere attribuiti, creando una zona grigia all'interno della quale è possibile riscontrare fenomeni abusivi.²³²

In linea di principio, l'imposta è riscossa dalla società che effettua il pagamento degli interessi o dei canoni e che trattiene la ritenuta alla fonte. Tuttavia, tale meccanismo, se non applicato correttamente, permette

²³⁰ Sul punto, si noti, però, il recente intervento del BEPS *Action 2*.

²³¹ L'ambito di applicazione delle convenzioni contro le doppie imposizioni riguarda le persone "residenti in uno o entrambi gli Stati contraenti".

²³² F. Famà, "Le "entità ibride" tra soggettività passiva convenzionale, utilizzi abusivo/elusivi e transparent entity clause del Modello OCSE", *Rivista di Diritto Tributario*, 2020

all'amministrazione finanziaria di esperire un accertamento supplementare nei confronti del beneficiario dei pagamenti.

Anche gli amministratori della società in cui avviene la ritenuta possono essere ritenuti responsabili del corretto e tempestivo pagamento dell'imposta, a meno che non dimostrino l'assenza di colpa nel loro operato. La trattenuta deve avvenire nel momento in cui gli interessi/*royalties* sono pagati (o si ritiene che siano stati pagati).²³³

Gli obblighi formali e sostanziali che derivano dalla trattenuta devono essere assolti entro trenta giorni dal momento del godimento (degli interessi o canoni per l'utilizzo delle *royalties*); il mancato rispetto di questi obblighi può comportare sanzioni amministrative.

Come anticipato, la disciplina in esame opera anche in caso in cui la società che riceve i redditi qualificabili come dividendi e *royalties* non risponda ai (così aggiornati) requisiti di effettività o sostanza:

- almeno il 50% dei membri del consiglio di amministrazione con poteri decisionali deve essere residente fiscale nel paese in cui la società intermedia è residente fiscale;
- i membri del consiglio devono essere sufficientemente competenti e qualificati per lo svolgimento dei loro compiti;
- le decisioni (più importanti) del consiglio di amministrazione devono essere prese nel paese in cui la società intermedia ha la residenza fiscale;

²³³ In particolare, si fa riferimento al momento in cui tali pagamenti siano pagati o liquidati, messi a disposizione del beneficiario o diventano fruttiferi. Ovvero ancora, si fa riferimento al momento in cui gli interessi o i canoni sono diventati esigibili. Se gli interessi o i canoni sono maturati e sono rimasti in sospenso durante un anno solare, la trattenuta deve essere effettuata il 31 dicembre di quell'anno.

- la società deve avere a disposizione personale qualificato (proprio o esterno) che si occupi di un'adeguata elaborazione e registrazione delle transazioni che la società eseguirà;
- il conto bancario (principale) della società intermedia è nel paese in cui la società intermedia è residente fiscale;
- la contabilità della società intermedia ha luogo nel paese in cui la società intermedia ha la residenza fiscale;
- la società intermedia ha almeno EUR 100.000 (o un equivalente locale) di spese salariali;
- la società intermedia dispone di un ufficio per un periodo di almeno 24 mesi.

La *ratio* di tale sistema è, dunque, palese: l'Olanda si vuole discostare dall'immagine di principale paese *conduit*, che si era costruita nel corso degli anni. Pertanto, in linea con le legislazioni dei vari Stati membri UE e con le linee guida OCSE, i vari benefici fiscali non possono essere accordati prescindendo da una verifica sull'effettività della società in questione. Tuttavia, gli intenti del legislatore non sono ancora propriamente compiuti dal momento che tale *test* sulla sostanza delle società, come visto,²³⁴ non è riconosciuto per tutte le componenti reddituali.

²³⁴ Vedi par. 3.4.1

3.4.3 La tassazione di gruppo e la giurisprudenza europea (*Dutch Fiscal Unity*)

Al fine di valutare gli utilizzi distorti degli strumenti di diritto commerciale e tributario di cui fruiscono le multinazionali, sicuramente di importanza rilevante è la nozione di gruppo.

Nei Paesi Bassi, la nozione di controllo nel diritto societario è totalmente irrilevante per la disciplina fiscale, con l'unica eccezione con riferimento al concetto di gruppo, ravvisabile nel Codice civile.

Una società madre residente in Olanda e le sue filiali ivi residenti (se la madre possiede almeno il 95% delle azioni) possono, a certe condizioni, presentare una dichiarazione dei redditi come un'unica entità (*Dutch Fiscal Unity*). Il regime di tassazione di gruppo è disponibile per le società che hanno la loro sede di gestione effettiva nei Paesi Bassi, sia considerando la legislazione nazionale, sia avendo riguardo alle previsioni contenute nelle varie convenzioni contro le doppie imposizioni.²³⁵

È anche possibile applicare tale disciplina nel caso di una stabile organizzazione di una società non olandese, ma la cui società madre sia residente nell'UE/SEE, se tale stabile organizzazione detiene almeno il 95% delle azioni di una filiale olandese. È, inoltre, possibile riscontrare una situazione di gruppo tra due o più società "sorelle" residenti olandesi se un residente UE non olandese detiene almeno il 95% delle azioni in entrambe le società olandesi. Infine, un'ultima ipotesi di *Dutch Fiscal Unity* è ravvisabile tra società olandesi che sono collegate tramite una *holding* intermediaria non residente in Olanda, ma residente nell'UE o nello Spazio Economico Europeo (SEE).

Al ricorrere di tali requisiti, la tassazione avviene sulla base di un regime di consolidamento completo di tutte le attività e passività, nonché

²³⁵ Tale duplice valutazione è la medesima che si riscontra nei requisiti applicativi delle diverse direttive europee (ATAD, *Parent Subsidiary*).

di profitti e perdite. Ovviamente, a tale fine non si tengono in considerazione le varie operazioni infragruppo.²³⁶

La rilevanza della disciplina di gruppo emerge con riferimento, dunque, all'istituzione di società *holding* e *conduit*, la cui disciplina²³⁷ risulta particolarmente vantaggiosa nei Paesi Bassi, e con la finalità di deduzione delle perdite all'interno del gruppo.

Difatti, due delle strutture più comunemente utilizzate per ripartire la deduzione delle perdite fiscali sono:

- il trasferimento di un'operazione commerciale redditizia o di liquidità in eccesso al contribuente aziendale olandese che ha subito perdite fiscali o
- per realizzare le riserve nascoste incorporate in certe attività o un'impresa commerciale attraverso una o più transazioni interaziendali.

Tale transazione può essere effettuata sia attraverso un trasferimento o una vendita del bene a un'entità affiliata, sia attraverso un trasferimento di un'impresa commerciale a titolo universale attraverso una fusione o una scissione legale. Inoltre, un'ulteriore tecnica può essere un'operazione di *sale-and-lease-back*, attraverso un *leasing* operativo, al fine di minimizzare l'impatto sulle operazioni commerciali correnti del cedente.

In generale, le transazioni di cui sopra richiederebbero l'esecuzione di alcuni atti giuridici, a seguito dei quali il rispettivo bene o impresa verrebbe effettivamente trasferito. Tale trasferimento dovrebbe costituire, dunque, l'evento in forza del quale si ha tassazione e risulterebbe in una plusvalenza tassabile (se il valore di mercato supera il valore contabile fiscale); tale plusvalenza imponibile è poi assoggettata a compensazione con riferimento alle perdite fiscali.

²³⁶ PwC, “*Netherlands – Corporate Group Taxation*”, 2021.

²³⁷ Vd. par. 3.4.1

Il cessionario/acquirente dei beni o dell'impresa commerciale è, così, in grado di ottenere un aumento della base fiscale e può ammortizzare i beni. Mediante la *Dutch Fiscal Unity*, le spese di ammortamento possono anche essere dedotte dal reddito imponibile generato dal cedente/venditore nell'unità fiscale olandese.²³⁸

Ovviamente queste utilizzazioni, qualora siano effettuate in assenza di ragioni effettive di carattere economico, danno luogo a tecniche elusive. In questi casi, difatti, è necessaria una valutazione estremamente difficoltosa, dal momento che comporta accertamenti estremamente tecnici e contabili, che spesso riescono a celare le effettive ragioni per cui tali operazioni, contabili e non, sono poste in essere.

Sull'utilizzazione della disciplina di gruppo è, inoltre, intervenuta la corte di Lussemburgo. Difatti, parte della dottrina, ritiene che la disciplina di gruppo in esame non soddisfi i requisiti richiesti dalla normativa europea.²³⁹

Difatti, il regime di *Fiscal Unity* è applicabile con determinate limitazioni:

- la possibilità di compensare le perdite è ammessa solo con riferimento alle partecipazioni detenute all'interno dell'UE;
- ci sono limitazioni temporali all'applicabilità della disciplina di gruppo;
- il regime di *Fiscal Unity* deve coinvolgere tutte le filiali in uno Stato membro;

²³⁸ D. Oosterhoff, M. Munniskma, "*Netherlands - Corporate Loss Utilization through Aggressive Tax Planning*", *International Transfer Pricing Journal*, IBFD, 2012.

²³⁹ F. Elswier, "*Dutch Experience with European Developments; the Story of Dr. Jekyll and Mr. Hyde Continues . . .*", *INTERTAX*, Kluwer Law International, 2006.

- tutte le perdite estere compensate con i profitti olandesi devono essere recuperate, in ultima analisi quando la filiale UE (essendo un membro del gruppo) cessa di esistere;
- le perdite di una filiale UE devono essere riportate e compensate con gli utili esteri degli anni precedenti, prima che lo sgravio fiscale sia concesso;
- tutti i profitti e le perdite di tutte le filiali UE devono, infatti, essere prima compensati, per poter essere ammessi ad uno sgravio “globale”.

Le restrizioni sopracitate, però, contengono elementi che potrebbero essere in contrasto con i principi fondamentali del diritto dell'Unione. Un esempio può essere riscontrato nella possibilità di compensazione transfrontaliera delle perdite, applicabile solo per le partecipazioni all'interno degli Stati membri, che appare, così, in contrasto con la libera circolazione dei capitali, su cui si fonda l'intero sistema di mercato unico europeo.

Nel celebre caso *Marks&Spencer*²⁴⁰, la giurisprudenza europea²⁴¹ aveva invocato una possibile eccezione al principio di non-discriminazione, e, dunque, di libera circolazione, concernente la possibilità di consolidare i gruppi transfrontalieri di società.

²⁴⁰ *Marks & Spencer plc* (M&S) è una società costituita in Inghilterra e Galles ed è residente a fini fiscali nel Regno Unito. M&S è la principale società commerciale di un gruppo e la holding di diverse società britanniche e all'estero, stabilendo filiali in Belgio, Francia, Germania e Spagna. Queste filiali interamente possedute da M&S erano detenute attraverso una holding olandese. Alla fine degli anni '90, le filiali subirono perdite sempre maggiori e M&S decise di ritirarsi dai mercati in questione, annunciando la chiusura delle filiali in questione. Le filiali francese e spagnola furono vendute ad un acquirente che avrebbe potuto ottenere uno sgravio di gruppo per le perdite di M&S France.

M&S cercò di ottenere uno sgravio di gruppo per le perdite sostenute dalle sue filiali belga, francese, tedesca e spagnola negli anni 1998-2001. Tali richieste furono rigettate dalle autorità fiscali del Regno Unito, dal momento che la disciplina di sgravio di gruppo era applicabile solo per le perdite subite nel Regno Unito.

(G. T.K Meussen, “*The Marks & Spencer Case: The Final Countdown Has Begun*”, European Taxation, IBFD, 2005).

²⁴¹ ECLI:EU:C: 2005:763

Questa sentenza espande le possibilità di consolidamento alle strutture in cui la società madre o la *holding* intermedia non è residente fiscale nell'Unione, a condizione che la convenzione bilaterale applicabile contenga una previsione contenente il principio di non discriminazione in linea con l'art. 4 del Modello OCSE.²⁴²

La Corte di Giustizia, però, ha ritenuto legittima la disciplina nazionale, in quanto eccezione al principio generale, data dall'esigenza di garantire un'equilibrata ripartizione della capacità impositiva tra i diversi Stati membri e al contempo evitare un duplice riconoscimento di benefici fiscali.

Successivamente, la corte europea ha ritenuto che alcuni effetti del regime in analisi, essendo vantaggiosi per il contribuente, debbano essere concessi anche in situazioni transfrontaliere all'interno dell'Unione o nello Spazio Economico Europeo (SEE), nel caso in cui un'altra società del gruppo residente nell'UE avrebbe potuto essere inclusa qualora fosse una società residente nei Paesi Bassi, dunque al ricorrere di tutti gli altri requisiti (C-398/16 e C-399/16).

3.4.4 Tax Ruling e aiuti di Stato: il celebre caso *Starbucks*.

Uno dei pilastri su cui si forma l'Unione e l'obiettivo della piena concorrenza nel mercato interno è sicuramente rappresentato dalla disciplina degli aiuti di Stato. Difatti, l'art. 107 TFUE definisce quali aiuti di Stato qualsiasi intervento di un'autorità pubblica (a livello nazionale,

²⁴² H. Reinoud, K. Grabarz, "Dutch Ruling Could Open Fiscal Unity to Non-EU Parents", *International Tax Review*, 2016

regionale, ovvero locale²⁴³), effettuato tramite risorse pubbliche, per sostenere in maniera selettiva alcune imprese o attività produttive; in questo modo, l'impresa che ne beneficia risulta avvantaggiata rispetto alle concorrenti.

Naturalmente vi sono delle eccezioni a questo generale divieto²⁴⁴ e l'istituzione preposta a calibrare tali confliggenti interessi è la Commissione, in quanto rappresenta propriamente lo spirito dell'Unione ed è garante del rispetto della piena e libera concorrenza.

Dato, quindi, il ruolo centrale del divieto di aiuti di Stato nell'intera visione alla base che accompagna la disciplina europea, ne discende che un'ampissima categoria di interventi pubblici, valutati secondo elementi sostanziali, può ledere tale divieto; da ciò consegue che un vantaggio selettivo d'imposta può costituire un aiuto di Stato, anche e soprattutto qualora questo avvenga tramite *tax ruling* o *Advance Pricing Agreement* (APA).

I *tax ruling* sono un istituto attraverso il quale le multinazionali possono concordare con le autorità fiscali di un Paese il trattamento fiscale per un periodo di tempo determinato.²⁴⁵ Il numero dei *tax ruling* (o APA, la tipologia di accordo più diffusa) firmati da Stati membri è aumentato del 64% tra il 2015 e il 2016, secondo le stime della stessa Commissione,

²⁴³ Sulla possibilità di valutare una selettività territoriale dell'intervento, qualora questo non sia dato da un'autorità centrale, si veda il caso *Portuguese Republic v Commission of the European Communities* (Case C-88/03) del 2006.

²⁴⁴ Un esempio può essere riscontrato dalla Comunicazione della Commissione "*Temporary framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak* - COM 2020/C 91 I/01", derivante dalle emergenze dettate dalla situazione pandemica in atto.

²⁴⁵ A. Mincuzzi, "*Sempre più tax ruling. Così gli Stati Ue si fanno concorrenza fiscale*", *Il Sole 24 Ore*, 2018.

salendo da 1.252 a 2.053²⁴⁶. Tuttavia, nel report mancano i dati relativi ai Paesi Bassi.

L'APA, o *tax ruling*, è largamente diffuso presso i paesi aderenti all'OCSE e consiste generalmente in un accordo tra il contribuente e l'Amministrazione finanziaria del Paese di residenza del contribuente, che consente, in via preventiva e per un determinato periodo di tempo, di individuare il metodo di calcolo del prezzo di libera concorrenza riferibile alle operazioni oggetto dell'accordo.

In altre parole, gli APA (che possono essere unilaterali, bilaterali o multilaterali) determinano in anticipo il trattamento fiscale delle transazioni infragruppo e la ripartizione degli utili tra le varie giurisdizioni. I vantaggi rappresentati dagli accordi di *tax ruling* sono sicuramente un fattore di maggiore certezza del diritto che permette un clima più favorevole per gli investimenti e, al contempo, si evitano, in questo modo, fenomeni di doppia imposizione.²⁴⁷

Di fatto, tali pratiche consistono in lettere di *patronage* emesse dalle autorità fiscali degli Stati membri, nelle quali si spiegano a una determinata impresa le modalità per il calcolo delle imposte societarie o l'applicazione di alcune disposizioni fiscali speciali.

Tale pratica di per sé non costituisce aiuto di Stato, ma può certamente sfociare in situazioni elusive, nel momento in cui si rivelano metodi complessi e artificiosi allo scopo di determinare gli utili imponibili delle imprese e non riflettono la realtà economica.²⁴⁸

²⁴⁶ Commissione Europea, *Joint Transfer Pricing Forum*, 2018 (JTPF/014/2018/EN)

²⁴⁷ Queste finalità sono confermate dalla nota della Commissione OJ C 262/1, concernente la definizione di aiuti di Stato e dall'allegato 5 al capitolo IV del Modello OCSE.

²⁴⁸ T. Iliopoulos, "*The State Aid Cases of Starbucks and Fiat: New Routes for the Concept of Selectivity?*", *European State Aid Law Quarterly*, Vol. 16, 2017, pp. 263-271

Un celebre esempio può essere riscontrato nel caso *Starbucks*²⁴⁹, il quale coinvolge l'applicazione degli APA nei Paesi Bassi. Nello specifico, si aveva a riguardo ad una situazione tipica di *transfer pricing*, cioè nel determinare il prezzo delle transazioni infragruppo, a cui generalmente segue il prezzo di mercato *ex art. 107 TFUE (arm's length principle* ²⁵⁰).

La Commissione europea aveva contestato che i metodi di *transfer pricing* accettati dalle Amministrazioni riducevano artificiosamente la base imponibile, mediante una maggiore e artificiosa deduzione dei canoni pagati per le *royalties* e realizzando una discutibile segmentazione del capitale, ai fini dell'individuazione del suo rendimento. ²⁵¹

Secondo la prassi della Commissione, dunque, si riscontra una violazione del generale principio di cui all'art. 107 TFUE, qualora il *ruling* avalli un esito non conforme alla normale applicazione del regime fiscale generale, nella misura in cui il trattamento selettivo comporta una riduzione di imposta, rispetto ad altre imprese che si trovano in una situazione di diritto e di fatto analoga. ²⁵²

Inoltre, sempre secondo la Commissione²⁵³, se l'APA ha ad oggetto la determinazione dei corrispettivi per le transazioni infragruppo, si concretizza un vantaggio selettivo²⁵⁴:

²⁴⁹ Decisione della Commissione C (2015) 7143

²⁵⁰ Tale principio è altresì stabilito in maniera generale dall'Art. 9 del Modello OCSE e si fa, così, generalmente riferimento alla disciplina del *transfer pricing*. (vd. par. 2.5).

²⁵¹ C. Francioso, “*Legittimo indagare su aiuti di Stato concessi tramite ruling fiscali*”, *Rassegna di Giurisprudenza di Diritto dell'UE*, 2020

²⁵² Comunicazione n. 2016/C 262/01

²⁵³ *Ibidem* 82.

²⁵⁴ Il vantaggio deve essere effettivamente rivolto all'impresa e non al singolo contribuente persona fisica e tale analisi deve avvenire considerando un approccio sostanziale ed un'analisi di tipo economico.

- se avalla un accordo che non applica condizioni di libera concorrenza, perché il metodo utilizzato produce un risultato che si discosta da un'approssimazione attendibile del risultato rispondente alle condizioni di mercato;
- o se consente ai destinatari di utilizzare metodi alternativi, più indiretti, per il calcolo degli utili imponibili, mentre sono disponibili metodi più diretti.

Per quanto concerne questo secondo caso, però, sembra in contraddizione con quanto enunciato dalla Commissione stessa nel caso *Starbucks*.²⁵⁵ Difatti, nel *ruling* in esame, ai fini dell'individuazione dell'*arm's length price*, tra i vari metodi di *transfer pricing*, era stato utilizzato il metodo del margine netto transazionale (TNMM), che appartiene alla categoria dei metodi dell'utile transazionale.²⁵⁶

A fronte di tale decisione della Commissione, è stato prodotto ricorso dinanzi al Tribunale dell'Unione, giudicato congiuntamente al ricorso FIAT contro il Lussemburgo.²⁵⁷ Nonostante, in entrambi i casi fosse stata contestata la violazione dell'Art. 108.3 TFUE, dal momento che Olanda e Lussemburgo non avevano né notificato la propria intenzione di

²⁵⁵ Nella decisione della Commissione si legge che “*nonostante il generale favore accordato in sede OCSE ai metodi tradizionali, La scelta del metodo dei prezzi di trasferimento non è fine a se stessa, ma viene fatta in vista della transazione infragrupo per la quale deve essere determinato il livello di libera concorrenza e non il contrario. [...] Il mero mancato rispetto dei requisiti metodologici non porta necessariamente a una riduzione dell'onere fiscale. Ne consegue che la semplice constatazione da parte della Commissione di errori nella scelta o nell'applicazione del metodo dei prezzi di trasferimento non è, in linea di principio, sufficiente a dimostrare l'esistenza di un vantaggio*”.

²⁵⁶ Il metodo del margine netto della transazione (*Transactional Net Profit Method*) esamina il margine dell'utile netto relativo ad una base adeguata (ad esempio costi, vendite, attivi) che un contribuente realizza da una transazione controllata e si fonda su una procedura di comparazione, influenzata anche da fattori esterni rispetto il margine netto dei guadagni.

²⁵⁷ Causa T-755/15, Granducato di Lussemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe v. Commissione europea.

adottare i ruling controversi né rispettato l'obbligo di *standstill*²⁵⁸ cui erano tenuti, con conseguente ordine di recuperare gli aiuti illegittimamente concessi. Il Tribunale si è espresso nei due casi in termini radicalmente opposti, giudicando la violazione della disciplina in esame nel caso FIAT, mentre la conformità dell'intervento nel caso *Starbucks*.²⁵⁹

Specificatamente a quest'ultimo, è stato affermato che, per quanto riguarda l'erronea scelta del metodo di calcolo dell'utile, secondo il Tribunale, la Commissione non solo non aveva fornito alcun elemento utile a dimostrare che la scelta del metodo TNMM avrebbe necessariamente condotto ad un risultato troppo basso, ma non aveva neppure effettuato un confronto con il risultato che si sarebbe altrimenti ottenuto optando per il secondo metodo, pertanto non era stato provato il beneficio così concesso.

Anche in tutti gli altri elementi contestati il Tribunale è giunto alla medesima conclusione: la Commissione ha fallito nel provare l'esistenza dell'indebito vantaggio così accordato.

Pertanto, il fatto che in primo grado sia stata sovvertita la decisione della Commissione, non significa che l'Amministrazione olandese, tramite le pratiche di ruling, non permetta situazioni di evasione, ma semplicemente viene contestato un erroneo *modus operandi* alla Commissione.

Nel 2015 il Parlamento Europeo²⁶⁰, ha contestato la funzione spesso suppletiva e sostitutiva degli APA stipulati dall'amministrazione finanziaria olandese rispetto alle disposizioni di legge ordinariamente

²⁵⁸ In base all'art- 108 TFUE, gli Stati membri si devono astenere dal dare attuazione a tali misure fino all'approvazione da parte della Commissione.

²⁵⁹ R. A. Jacchia, M. Stillo, "Il Tribunale dell'Unione Europea giunge a conclusioni opposte in merito agli aiuti di Stato Fiat e Starbucks", Società, Diritto Europeo e della Concorrenza, Societario e Commerciale, 2020

²⁶⁰ Risoluzione del 25/11/2015

applicabili al resto dei contribuenti, permettendo situazioni di abuso, che si pongono, dunque, in contrasto con i principi generali del diritto europeo, quali il divieto di aiuti di Stato.²⁶¹

3.5 La disapplicazione dell'art. 17 OCSE e la (non) tassazione di artisti e sportivi

I Paesi Bassi risultano vantaggiosi da un punto di vista fiscale anche e soprattutto per una specifica categoria di soggetti: artisti e sportivi.

Difatti, secondo le regole generali della fiscalità internazionale, queste categorie di soggetti, sia nel caso in cui siano lavoratori autonomi, sia qualora vengano classificati come lavoratori dipendenti, seguendo l'esempio del Modello OCSE, dovrebbero essere sottoposti all'applicazione dell'art. 17 di detto modello.²⁶² Spesso i redditi prodotti da questi soggetti risultano estremamente esigui se considerati esclusivamente nel paese della *performance*, e quindi riescono a sfuggire

²⁶¹ T. Gasparri, “L'Olanda, Paese di transito e sponda d'approdo per strategie di profit shifting e di erosione delle basi imponibili”, Nuova economia nuova società, 2020.

²⁶² L'art. 17, rubricato “Artisti e sportivi”, prevede che:

“1. Nonostante le disposizioni degli articoli 14 e 15, i redditi che un residente di uno Stato contraente ritrae dalle sue prestazioni personali esercitate nell'altro Stato contraente in qualità di artista dello spettacolo, quale artista di teatro, del cinema, della radio o della televisione, o in qualità di musicista, nonché di sportivo, sono imponibili in detto altro Stato.

2. Quando il reddito derivante da prestazioni personali esercitate da un artista dello spettacolo o da uno sportivo, in tale qualità, è attribuito ad una persona diversa dall'artista o dallo sportivo in

persona, detto reddito può essere tassato nello Stato contraente dove dette prestazioni sono svolte nonostante le disposizioni degli articoli 7, 14 e 15.

3. Le disposizioni del paragrafo 2 non si applicano nel caso in cui risulta che né l'artista dello spettacolo né lo sportivo, né persone ad essi associate partecipano direttamente o indirettamente agli utili della persona indicata nel predetto paragrafo.”

dalla tassazione o, comunque, ad essere assoggettati ad un prelievo di scarsa entità, mentre, qualora fossero considerati globalmente, il loro ammontare sarebbe sicuramente rilevante sotto un profilo fiscale.

Per evitare tali situazioni fisiologiche, ma che comunque potrebbero costituire fattispecie di abuso del diritto, il sopracitato art. 17 prevede una potestà impositiva concorrente dello Stato di residenza e dello Stato in cui è svolta la *performance*.

Nello specifico, si prevede l'applicazione dell'articolo in commento anche in deroga ai più generali art. 7 (che riguarda il reddito d'impresa) e art. 15 (reddito da lavoro dipendente). L'art. 17, inoltre, riguarda tutti i redditi che siano direttamente o indirettamente riconnessi alla *performance*, valutato secondo un'analisi empirica del caso di specie.²⁶³ Difatti, tale imposizione vale sia nel caso in cui i redditi siano percepiti direttamente dall'artista/sportivo (comma 1), sia nel caso in cui vi sia l'interposizione di una c.d. *star-rental company* (comma 2).

Infatti, accade frequentemente nella realtà, che:

- l'artista o lo sportivo facciano parte di un'organizzazione collettiva, quale un'orchestra o una squadra che, pur non costituendo un'entità giuridica autonoma, percepisce i compensi per la totalità delle prestazioni svolte dai suoi partecipanti;
- o la predetta organizzazione collettiva sia costituita sotto forma di società con una propria autonomia giuridica (c.d. *management company*) capace di disporre in proprio dei compensi percepiti per l'attività degli artisti o degli sportivi;
- oppure i compensi per l'attività degli artisti o degli sportivi siano pagati ad una società (c.d. *star company*), riconducibile o meno a tali soggetti,

²⁶³ Commentario al Modello OCSE, art. 17 paragrafo 8

fiscalmente residente in un terzo Paese e che non abbia nello Stato della fonte, dal quale provengono i compensi, una stabile organizzazione²⁶⁴.

L'introduzione di tale secondo comma ha un palese intento antielusivo, dal momento che questo tipo di strutture sempre più frequentemente viene utilizzato per separare i redditi personali dell'artista/sportivo da quelli che derivano dalla sua attività (e che, quindi, ragionevolmente costituiscono la maggior parte), in maniera tale che siano assoggettati ad una più lieve pressione impositiva, anche mediante la collocazione di tali società in giurisdizioni più favorevoli.

Da questo punto di vista, rileva il caso dell'Olanda, che nelle sue 94 convenzioni contro le doppie imposizioni, garantisce un meccanismo di esenzione unilaterale, in deroga al più generale disposto dell'art. 17.

Da ciò deriva che, quando un'entità olandese o una persona fisica assume un artista o uno sportivo professionista non residente per un periodo di "circa tre mesi o meno", e questo artista o sportivo vive in un paese con il quale i Paesi Bassi hanno un trattato fiscale, l'ospite non deve trattenere le imposte sul reddito e i contributi di previdenza sociale dal compenso iniziale. Lo stesso vale per i gruppi composti da almeno il 70% di membri che vivono in paesi con cui i Paesi Bassi hanno un trattato.²⁶⁵

I motivi di tale scelta risiedono principalmente nelle complessità inerenti all'articolo in commento e che i Paesi Bassi hanno sollevato anche in sede OCSE nel 2010²⁶⁶, in cui era stata addirittura proposta l'eliminazione di tale articolo.²⁶⁷

²⁶⁴ A. Merola, "La tassazione degli artisti e degli sportivi a livello internazionale", ITATAX, 2021

²⁶⁵ L. Meijer, "Taxation of performing artists", Dutchculture, 2020

²⁶⁶ *Discussion Draft on the Application of Art. 17 (Artistes and Sportsmen) of the OECD Model Tax Convention*, OECD 23 Apr. 2010.

²⁶⁷ D. Molenaar, "New Options to Restrict Article 17 for Artistes and Sportsmen", INTERTAX, Kluwer Law International, 2016.

Difatti, le problematiche rilevano principalmente sotto un profilo pragmatico e riguardano il fatto che, solitamente, questo meccanismo comporta, spesso, un livello impositivo più alto del normale, da cui consegue un lavoro amministrativo e burocratico da parte delle autorità finanziarie di particolare difficoltà.²⁶⁸

Un ulteriore profilo problematico riguarda la difficoltà di computare e localizzare i costi al fine della deduzione degli stessi. Sul punto, il sistema olandese prevede una specificazione nel caso in cui gli artisti e gli sportivi che non vivono in paesi con cui l'Olanda ha stretto una convenzione contro le doppie imposizioni: questi possono richiedere un rimborso dei costi qualora superino la soglia dei €163 sostenuti al giorno.

Tuttavia, l'effetto pratico che deriva dal garantire un'esenzione unilaterale permette in ogni caso situazioni abusive. A conferma di ciò, numerosi scandali inerenti artisti e sportivi di fama internazionale sono balzati agli onori della cronaca, anche accusando il sistema olandese di permettere specifici interventi di *tax ruling*²⁶⁹ nei confronti delle società che utilizzavano lo schema di *tax avoidance* "Antilles Route".²⁷⁰

²⁶⁸ In pratica, questo crea molto lavoro amministrativo, sia nel paese di esecuzione, dove l'organizzatore della esibizione è responsabile per la trattenuta dell'imposta e nel paese di residenza dove l'artista o lo sportivo deve richiedere il credito d'imposta estero. Anche le autorità fiscali di entrambi i paesi sono coinvolte e devono controllare se le dichiarazioni fiscali sono state corrette. Questo lavoro amministrativo è particolarmente alto perché gli artisti e gli sportivi si esibiscono molto spesso in molti paesi diversi durante l'anno, il più delle volte solo per un breve di tempo.

²⁶⁹ H. W. Smits, R. Koens, "DiscoLeaks: How ABBA, Julio Iglesias, two Beatles, and dozens of other stars used the Netherlands to avoid paying taxes", 2021; vd. Par. 3.4.4

²⁷⁰ Tale meccanismo, seppur riguardando artisti e sportivi, sfrutta il meccanismo di trattenuta dello 0% sui dividendi nell'ambito dei trattati stipulati con Corocao. (vd. par. 3.3)

3.6 Il recepimento del *Multilateral Instrument* (MLI)

Un importante passo compiuto dai Paesi Bassi per allontanarsi dallo status di giurisdizione *conduit* è stato compiuto mediante il recepimento e l'implementazione del *Multilateral Instrument* (MLI).²⁷¹ Entrato in vigore il 1° luglio 2019, l'MLI copre 84 convenzioni bilaterali, che rappresentano l'80% dei trattati fiscali firmati dai Paesi Bassi.

Per quanto riguarda l'art. 3 MLI, questo riguarda le entità trasparenti che possono dar luogo a disallineamenti ibridi, con conseguenti strategie di *tax avoidance*. In linea generale, i Paesi Bassi hanno scelto di implementare tale misura, ma la giurisprudenza olandese non ha seguito i principi del *Partnership Report* (OCSE).

Difatti, i Paesi Bassi hanno effettuato una riserva al paragrafo 27 del commentario all'articolo 1 del modello OCSE: i principi ivi stabiliti sono seguiti solo se esplicitamente codificati a livello convenzionale, sulla base di un accordo reciproco o sulla base di una politica unilaterale.²⁷²

Per quanto riguarda l'abuso dei trattati di cui all'Art. 6 MLI, si nota che la Corte suprema olandese tende tradizionalmente a interpretare le convenzioni prediligendo un'ermeneutica letterale piuttosto che enfatizzare l'oggetto e lo scopo delle stesse.

Per esempio, la *Hoge Raad* ha sostenuto che la dottrina generale antielusiva del *fraus legis* può, in assenza di una specifica clausola convenzionale, far salve le disposizioni di un trattato fiscale, a meno che non sia rinvenibile una comune intenzione delle parti in senso opposte.²⁷³

²⁷¹ Vd. Par. 1.4

²⁷² Tale Report indica una serie di principi da seguire nell'attribuzione del reddito alle entità ibride, ma le corti olandese hanno ritenuto che non sempre tale report sia chiarificatore in materia e che la volontà delle parti di farvi riferimento non può essere semplicemente presunta.

²⁷³ Si veda, ad esempio HR (Corte Suprema Olandese), 6/12/2002, No. 36 773, BNB 2003/285

Tale dottrina, sebbene non espressamente prevista in alcun intervento normativo²⁷⁴, si comporrebbe di due elementi:

- le azioni di un contribuente devono avere come obiettivo decisivo quello di eludere la tassazione e
- tale finalità deve essere contraria all'obiettivo e allo scopo della legge.

La giurisprudenza si pone, dunque, in maniera antitetica rispetto al disposto MLI, che prevede una valutazione sostanziale e fattuale nel negare i benefici di un trattato, qualora questi derivino da manovre elusive.

Sempre considerando la normativa antielusiva, l'Art. 7 MLI prevede il c.d. *Principal Purpose Test (PPT)*: qualora uno dei principali motivi per porre in essere una determinata transazione è l'ottenimento di un vantaggio fiscale, quest'ultimo non deve essere accordato, a meno che l'ottenimento del vantaggio stesso non costituisca l'oggetto e lo scopo del trattato. Tuttavia, vi sono dubbi interpretativi sul rapporto che il *PPT* (valutato come *GAAR*, quindi norma antielusiva generale) può avere con la già citata dottrina del *fraus legis*. Difatti, dottrina e giurisprudenza, spesso ritengono assorbito il disposto dell'art. 7 MLI nel più generale e indefinito concetto di *fraus legis*, escludendone una sua autonoma applicazione.²⁷⁵

²⁷⁴ Vi è, comunque, da notare come una previsione normativa a cui è possibile far riferire la dottrina del *fraus legis* sia l'art. 10a CITA (*Dutch Corporate Income Tax Act*, 1969), sebbene quest'ultima non rappresenti compiutamente l'evoluzione giurisprudenziale in materia, a cui necessariamente si fa riferimento trattando la dottrina in esame. (K. Tijsterman, "Some Certainty on the Dutch Business Reasons Exception", TaxAnalysts, 2013)

²⁷⁵ C. Neverdeen, "GAAR implementation in the Netherlands: does *fraus legis* suffice?", Lund University, 2019;

La Corte Suprema (HR, 8/5/1994, No. 28 296, BNB 1994/253) aveva persino ritenuto che la dottrina olandese della *fraus legis* non si applicasse nel caso in cui una società intermedia straniera fosse stata interposta solo per ragioni fiscali, non svolgendo alcuna attività sostanziale ed essendo considerata come residente fiscale nella giurisdizione intermedia solo in virtù della sua costituzione.

Vi è, comunque, da contare che i Paesi Bassi hanno implementato il *PPT* nella legislazione interna, ai fini della tassazione dei dividendi e, in alcuni casi che coinvolgono le giurisdizioni *black list*, per i pagamenti di interessi e *royalties* infragruppo olandesi, a partire dal 1° gennaio 2021. Pertanto, anche se (forse) non riconosciuto espressamente, il disposto del *PPT* è di fatto implementato nel sistema olandese.²⁷⁶

I Paesi Bassi non hanno, invece, optato per l'attuazione della disposizione LOB ("*Limitation on benefits*", che è una c.d. SAAR, una disposizione antielusiva specifica), sempre ai sensi dell'art. 7 MLI.

La ragione è che, secondo il legislatore olandese, i presupposti alla base di questa disposizione, che valutano un meccanismo forfettario e semplificato, non sempre corrispondono alla realtà. Vi è da considerare, comunque, come una previsione LOB sia contenuta nella disciplina della direttiva ATAD²⁷⁷, ovviamente recepita dal legislatore olandese, per cui tale mancanza non può costituire, di fatto, una lacuna normativa.

Per quanto riguarda, poi, l'art. 10 MLI, che copre le situazioni elusive derivanti dall'utilizzo di stabili organizzazioni, si deve notare come in base alle convenzioni già stipulate, i Paesi Bassi prelevino una ritenuta alla fonte solo sui dividendi, e non anche su interessi e *royalties*. Alla luce di ciò, l'impatto dell'articolo 10 MLI sarà limitato per il momento.

I Paesi Bassi hanno, invece, scelto di effettuare una riserva completa all'articolo 11 MLI.

Il motivo di tale scelta è rappresentato dal fatto che, per il legislatore olandese, questa disposizione non rappresenta alcun valore aggiunto, dal momento che questa riguarda il generale diritto degli Stati di tassare i

²⁷⁶ Vd. par.3.4.2

²⁷⁷ Vd. par. 3.4.3

propri residenti. Alla luce del generale principio *pacta sunt servanda*²⁷⁸, gli Stati, nel fare ciò, devono rispettare le convenzioni che hanno sottoscritto.

Un'ulteriore ragione per la mancata implementazione di tale misura è rappresentata dalla convenzione che l'art. 11 MLI potrebbe dar luogo alla falsa impressione che i trattati in cui non è espressamente inclusa debbano essere interpretati diversamente.

Continuando nell'analisi della disciplina in materia di stabile organizzazione, i Paesi Bassi non hanno implementato l'art. 12 MLI, creando una situazione di disparità normativa applicabile a situazioni simili. Difatti, la disciplina contenuta nel *Corporate Income Tax Act* 1969 assicura che la definizione di stabile organizzazione ai fini del diritto interno olandese sia identica alla definizione convenzionale.²⁷⁹

Si può notare, dunque, come il legislatore olandese stia cercando di arginare i fenomeni di *tax avoidance* al suo interno, mediante un sostanziale e ampissimo recepimento dell'MLI. Tuttavia, poiché molti dei *partner* delle convenzioni bilaterali olandesi hanno formulato più riserve, l'effetto dell'MLI sarà meno ampio di quanto prospettato, almeno per il momento.

²⁷⁸ Sul punto, rileva inoltre il fatto che i Paesi Bassi sono un paese monista, per cui le fonti di livello sovranazionale prevalgono automaticamente su quelle interne.

²⁷⁹ F. Boulogne, D. Smit, "*The Implementation and Lasting Effects of the Multilateral Instrument*", IBFD, 2021

3.7 L'implementazione delle direttive ATAD nel sistema olandese

Nell'ambito della disciplina europea, l'obiettivo di contrastare l'evasione fiscale è stato perseguito tramite l'introduzione delle direttive ATAD. Tuttavia, in materia di imposte dirette, manca una disposizione normativa che attribuisca esplicitamente una capacità legislativa in merito²⁸⁰; ma tale potere legislativo può essere rinvenuto in capo al Consiglio, per mezzo dell'art. 115 TFUE, la cui procedura richiede, però, l'unanimità.

In tale contesto, il grande progetto perseguito dall'ATAD è stato definito come un impianto legislativo e, allo stesso tempo, un regime di *import ed export* legislativo.²⁸¹

Difatti, parte della disciplina è stata importata dal progetto *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS)²⁸², principalmente le azioni 2, 3, 4 e 6 che riguardano, rispettivamente, *mismatch* ibridi, la legislazione CFC²⁸³, la regola concernente la limitazione degli interessi e l'abuso dei trattati fiscali (*General Anti-Avoidance Rule*, o *GAAR*). Inoltre, l'ATAD è andata oltre il quadro di protezione delineato dal BEPS, contenendo al suo interno anche la disciplina in materia di *exit tax*.

Le direttive ATAD I (Consiglio del 12 luglio 2016) e ATAD II (Consiglio del 29 maggio 2017) intervengono, dunque, per tutelare il

²⁸⁰ Come, invece, avviene con l'art. 113 TFUE in materia di tassazione indiretta.

²⁸¹ I. J. M. Valderrama, "*The Implementation of the ATAD in the EU: The Same but not the Same*", INTERTAX, Kluwer Law International, 2021;

I. J. M. Valderrama, "*Policy Note: The Study of the BEPS 4 Minimum Standards as a Legal Transplant: A Methodological Framework*", INTERTAX, Kluwer Law International, 2020

²⁸² Vd. par. 1.4

²⁸³ Vd. par. 3.4.2

mercato interno contro le pratiche transfrontaliere di elusione fiscale, introducendo un ampio quadro normativo, recepito, però, in maniera non totalmente uniforme dai vari Stati membri.

Nel caso dell'Olanda, la concreta implementazione della normativa ATAD ha lasciato delle perplessità in dottrina²⁸⁴.

Si pensi, *in primis*, alla disciplina che introduce il limite del 30% dell'EBITDA²⁸⁵, per quanto riguarda la possibilità di deduzione degli interessi passivi, recepito nei Paesi Bassi in maniera rigorosa con l'art. 15b del *Corporate Income Tax Act* (CITA 1969).

In tale recepimento, però, non è stata presa in considerazione la posizione del beneficiario effettivo e la conseguente doppia imposizione economica. Inoltre, sono previste eccezioni, quali, ad esempio, l'introduzione di una soglia di 1 milione al di sotto del quale è sempre permessa la deduzione degli oneri passivi, indipendentemente dal superamento del limite del 30% dell'EBITDA. Tale computo può avvenire in maniera consolidata in presenza di una *fiscal unity*.²⁸⁶

Per quanto concerne la disciplina relativa ai disallineamenti da ibridi, la direttiva è applicabile esclusivamente nelle situazioni di deduzione senza inclusione, in cui il disallineamento è causato da un elemento ibrido. Se la deduzione senza inclusione ha un'altra causa, come un'esenzione

²⁸⁴ J.A.M. Korving, C. Wisman, "ATAD Implementation in the Netherlands", INTERTAX, Kluwer Law International, 2021

²⁸⁵ EBITDA è l'acronimo per *earnings before interests, taxation, depreciation and amortisation*, andando, quindi, a valutare nella base imponibile un valore di reddito netto. Nell'ambito della discrezionalità concessa ai vari Stati membri, questi possono scegliere di non applicare la regola dell'EBITDA ai progetti di infrastrutture pubbliche a lungo termine o di applicare la regola a a livello consolidato piuttosto che a livello individuale. Inoltre, può essere introdotta una soglia forfettaria fino a 3 milioni di euro. Gli Stati membri hanno anche la possibilità di esentare le entità autonome dalla disciplina in esame.

²⁸⁶ Vd. par. 3.4.3

fiscale o un regime territoriale, le norme sul disallineamento ibrido in linea di principio non dovrebbero applicarsi.²⁸⁷

In generale, la disciplina si applica solo in un contesto infragruppo (cioè con una soglia del 25% di capitale nominale versato, diritti di voto o diritti di profitto). Tuttavia, si applica, altresì, il concetto di "gruppo collaborativo", per il quale, se c'è un certo grado di collaborazione tra contribuenti che non soddisfano la soglia per l'applicazione delle regole di *mismatch* ibrido (e dove non sussiste un accordo strutturato), gli interessi detenuti dai partecipanti di questo gruppo possono essere presi in considerazione collettivamente per ogni singolo membro della *fiscal unity*.²⁸⁸

Il principale problema inerente all'applicazione di tale disciplina risiede nel fatto che il legislatore olandese non fornisce particolari chiarimenti in merito alla documentazione da produrre in materia, e ciò permette un contesto di incertezza, considerando la centralità dei disallineamenti da entità ibride in situazioni di *transfer pricing*.

Un ulteriore elemento concernente l'ambito applicativo delle direttive ATAD è costituito dall'*exit tax*: la possibilità di tassare le plusvalenze non realizzate in una determinata giurisdizione, qualora la società a cui si riferiscono modifica la propria residenza, cessando, dunque, di essere soggetto passivo di imposta in quel determinato Stato.²⁸⁹

²⁸⁷ J. C. Ku, R. Bane, M. el Manouzi, "Netherlands issues policy decree clarifying hybrid mismatch tax measures", MNE Tax, 2021

²⁸⁸ Ciò significa che cinque società che hanno ciascuna una partecipazione del 10% nella società olandese possono ancora essere soggette a queste regole se lavorano in stretta collaborazione, concetto non ulteriormente definito.

²⁸⁹ Così come implementata nel quadro normativo italiano, l'*exit tax* trova applicazione anche con riferimento al trasferimento di singoli attivi e non solo di aziende o rami d'azienda, anche in caso di trasferimento di una stabile organizzazione.

Tale impostazione può *prima facie* dar luogo a contrasti, considerando il principio generale della libertà di stabilimento e, in generale, di circolazione all'interno dell'Unione.²⁹⁰

Nell'ordinamento fiscale olandese, anche prima dell'implementazione della disciplina ATAD, era già presente una forma di tassazione all'uscita, applicabile, tuttavia, esclusivamente alle persone fisiche.

Il metodo di calcolo esistente per l'*exit tax* olandese risultava essere già conforme al disposto dell'ATAD. Due principali differenze, invece, erano riscontrabili nel meccanismo di riscossione:

- era prevista la possibilità di scegliere tra un meccanismo di riscossione immediata o la presentazione di una richiesta di rinvio del pagamento, con conseguente scelta di pagare o optare per il pagamento in dieci rate annuali uguali. Le regole generali per il differimento dei pagamenti devono essere ridotte ad un periodo di cinque anni, in ossequio alla disciplina europea;
- in base all'ATAD, un contribuente che ha ottenuto la dilazione di pagamento deve fornire garanzie solo se c'è un rischio reale e

²⁹⁰ Già nel 2006, la Commissione (COM 2006/825) si era espressa sul punto, indicando come unico modo per evitare una violazione del suddetto principio sia l'aver una disciplina armonizzata a livello europeo, per permettere una bilanciata potestà impositiva a tutti gli Stati membri.²⁹⁰ Difatti, il problema del possibile contrasto dell'imposizione di un'*exit tax* con i principi fondamentali su cui si basa l'Unione Europea, era stato evidenziato dalla Corte di Giustizia nel caso *Wächtler* (C-581/17).

Successivamente, la Corte di Giustizia si è espressa ulteriormente con il celebre caso *National Grid Indus* (C-371/10). È stabilito il principio in forza del quale la riscossione di una *exit tax* in quanto tale non rappresenta una violazione della libertà di stabilimento, ma non soddisfa il requisito della proporzionalità, necessario in tutte le limitazioni ed eccezioni ai principi generali dell'ordinamento europeo, nel momento in cui la riscossione sia immediata; difatti, su richiesta del contribuente, la riscossione deve essere rinviata fino alla realizzazione delle plusvalenze incorporate negli attivi/passivi. (R. Kok, "Exit Taxes for Companies in the European Union after *National Grid Indus*", EC Tax Review, 2012.)

dimostrabile di non recupero. Secondo la legge olandese, invece, l'autorità fiscale poteva richiedere la fornitura di garanzie in ogni caso.

Le direttive introducono anche una GAAR (*General Anti-Avoidance Rule*, dunque una norma generale antielusiva), che rispecchia l'Action 6 BEPS, nonché la clausola di cui all'art. 29 (9) del modello OCSE, all'art. 6.²⁹¹ Tuttavia, i Paesi Bassi non hanno esplicitamente implementato tale norma, ritenendo che fosse immanente nella consolidata prassi dottrinale e giurisprudenziale del *fraus legis*.²⁹²

La Corte suprema olandese (*Hoge Raad*)²⁹³ ha, però, stabilito che qualora i fatti oggetto del contendere abbiano avuto luogo interamente nei Paesi Bassi, potrebbero essere contestati con la dottrina dell'abuso del diritto in esame, ma, qualora gli stessi comportamenti coinvolgano entità transfrontaliere, questi possono essere contestati esclusivamente con una norma di matrice sovranazionale.²⁹⁴

La decisione del legislatore olandese di non implementare esplicitamente una GAAR è stata criticata dalla dottrina²⁹⁵, ponendo alla base motivazioni inerenti al principio di certezza del diritto, dal momento che tale dottrina è il frutto di orientamenti giurisprudenziali sviluppati in un paese di *civil law*, che pertanto non accoglie in maniera formale e sostanziale il principio dello *stare decisis*.

²⁹¹ Il c.d. *Principal Purpose Test*, altresì ripreso come GAAR nella direttiva Madre-Figlia (2011/96/UE).

²⁹² Vd. Par. 3.6

²⁹³ HR 15 Dec. 1993, nr. 29 296, BNB 1994/259

²⁹⁴ R. Kok, "*The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6*", INTERTAX, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2016

²⁹⁵ J.A.M. Korving, C. Wisman, "*ATAD Implementation in the Netherlands*", INTERTAX, Kluwer Law International, 2021;

J. J. A. M. Korving, "*Internal Market Neutrality*", SDU, 2019

Dunque, i Paesi Bassi, se da un lato, con la legge di bilancio 2020 (che formalmente recepisce le direttive in questione), hanno cercato di discostarsi dall'immagine di regime fiscale agevolato, dall'altro, comunque, le concrete modalità applicative delle direttive, lasciano insoluti taluni profili problematici.

Inoltre, con la stessa legge si è provveduto ad abbassare sostanzialmente l'aliquota applicabile: per le società con utili superiori a 200 mila euro rimarrà al 25% nel 2020 ma sarà ridotta al 21,7% nel 2021. Al contempo, l'aliquota applicabile agli utili fino a 200 mila euro sarà anch'essa ridotta al 16,5% nel 2020 e al 15% nel 2021.²⁹⁶

Tale manovra, sebbene perfettamente legittima all'interno del quadro normativo europeo, chiaramente mira ad attrarre quanti più possibile capitali esteri, sfruttando le lacune e complessità del sistema olandese, così come affrontate nell'intero capitolo, ed evidenziando come, in qualche modo, la nuova visione di maggior rispetto della concorrenza fiscale intrapresa dal legislatore dell'Aja, permetta sempre dei vuoti impositivi.

²⁹⁶S. Latini, *“Paesi Bassi, dal 1° gennaio in vigore la direttiva ATAD 2”*, Fisco Oggi, 2020

Capitolo 4

Nuove prospettive

4.1 Le problematiche inerenti alla *digital economy* e le prospettive europee

Uno dei più grandi interrogativi per il legislatore negli ultimi anni è sicuramente quello di riuscire a tassare congruamente i grandi colossi del *web*.

Google, Amazon, Microsoft, Facebook, Alibaba rientrano tra le società cosiddette “*WebSoft*”: queste registrano fatturati in continua crescita esponenziale (si pensi che, specialmente durante la pandemia da COVID-19, *Amazon* è riuscita a triplicare il proprio utile netto arrivando a 6,3 miliardi di dollari, mentre i ricavi sono in aumento del 27%), pur continuano a versare all’Erario imposte che potremmo definire irrisorie.²⁹⁷

Circa la metà dell’utile netto prodotto dalle *WebSoft* è tassato in paesi a fiscalità agevolata, il che ha comportato nel periodo 2015-2019 un risparmio fiscale cumulato di oltre 46 miliardi, così come stimato dal *report* di Mediobanca, per cui l’imposizione effettivamente subita nel periodo considerato da questi giganti del web è solo del 16,4%, al di sotto della soglia teorica del 22,2%.²⁹⁸

In particolare, l’economia digitale fa sorgere diverse problematiche in ambito impositivo, date le sue insite caratteristiche. Ci si riferisce al

²⁹⁷ Redazione, “*Amazon & Co, perché i giganti del web pagano poche tasse in Italia*”, Quifinanza, 2019

²⁹⁸ Area studi Mediobanca: https://d110erj175o600.cloudfront.net/wp-content/uploads/2020/10/ASM_Report-WebSoft-2020__2.pdf

fatto che non vi sono condizioni univoche per poter definire quali sono effettivamente i redditi prodotti nel territorio di uno Stato.

Ancora, specificatamente per le prestazioni di servizi, l'intermediazione digitale rende evanescente, se non superflua, la presenza fisica dell'operatore nel mercato di sbocco. Nel mentre, lo stesso intermediario assume carattere essenziale, divenendo, così, attore principale della transazione.²⁹⁹

In questo contesto, a chi devono essere imputati i redditi? E poi, essendo questi servizi così intangibili ed evanescenti, dove possono essere tassati, da un punto di vista geografico? Questa mutata realtà pone una serie di interrogativi di non facile risoluzione per il legislatore.

Inoltre, questo tipo di problemi assume inevitabilmente una dimensione transnazionale, essendo trasversale per tutte le giurisdizioni e, così, richiedendo necessariamente una soluzione concordata.

Alla luce di quanto riportato, dunque, il legislatore si trova davanti alla possibilità di adottare tre alternative normative:

- misure che cercano di andare a colpire i profitti (*i.e.*, le *diverted profit tax* di UK e Australia);
- misure che cercano di “equalizzare” il carico fiscale dei gruppi facendo leva sulla presenza digitale in un dato Paese, che prevedono *withholding tax ad hoc* (*i.e.*, la *equalization levy indiana* e la *digital service tax italiana*³⁰⁰);
- misure tese a creare nuovi criteri impositivi (nuova definizione di stabile organizzazione digitale) o adattarne di vecchi a nuovi business

²⁹⁹ M. Logozzo, “Tassazione della digital economy: l'imposta sui servizi digitali (ISD)”, *Rivista Trimestrale di Diritto Tributario*, 2020

³⁰⁰ Vd. par. 4.2

digitali (gli esempi sono Taiwan e Pakistan, che applicano *withholding* esistenti alle transazioni digitali).³⁰¹

Per far fronte a questa situazione, la Commissione europea, nel marzo 2018, ha elaborato due proposte di Direttiva³⁰², tentando, così, di implementare le ultime due impostazioni normative.

Tale iniziativa vede, quindi, un approccio del tutto innovativo e, a tratti, rivoluzionario, dal momento che guarda non all'ubicazione delle strutture dell'impresa, quanto al luogo di consumazione del servizio digitale; quindi, il luogo in cui l'utente accede al servizio.

In particolar modo, tali direttive prevedono:

- un intervento di tipo strutturale sulle regole in materia di individuazione e tassazione della stabile organizzazione, introducendo il concetto di “Presenza Digitale Significativa”, con specifiche regole per l'attribuzione dei redditi a tale nuova forma di stabile organizzazione;
- un intervento di tipo congiunturale e temporaneo, attraverso l'introduzione di una *web tax* sui ricavi di taluni servizi digitali da pagare nel Paese in cui detti servizi vengono fruiti.³⁰³

³⁰¹ A. Tommasini, “*Tassazione dell’economia digitale: quali sono le strade da percorrere anche in Italia?*”, IPSOA, 2021

³⁰² COM (2018) 147 e COM (2018) 148

³⁰³ Fondazione Nazionale Commercialisti, “*Fiscalità nell’Economia Digitale. Problematiche e scenari possibili*”, disponibile presso:

https://www.fondazioneNazionaleCommercialisti.it/filemanager/active/01270/2018_05_23_La_fiscalit__nell__economia_digitale._Problematiche_e_s cenari_possibili_.pdf?fid=1270

In base al disposto della Direttiva n. 147/2018, le condizioni, alternative tra loro, in base alle quali si verrebbe a costituire una presenza digitale significativa sono:

- un ammontare dei ricavi da servizi digitali eccedenti sette milioni di euro;
- un numero di utenti attivi eccedente le centomila unità;
- un numero di contratti conclusi *on-line* superiori a tremila unità.

La proposta della Commissione tiene conto del fatto che la stabile organizzazione digitale è il frutto dell'interazione dei predetti tre fattori, che attengono alla possibilità di ampliare l'attitudine economica delle multinazionali del *web* in più Stati, a prescindere dalla presenza fisica nel loro territorio, al ruolo degli *asset* intangibili, come i diritti di proprietà intellettuale, nonché al contributo che i dati raccolti e la partecipazione degli utenti svolgono nella creazione del valore dell'impresa.

Tuttavia, la proposta di tale *Digital Services Tax Act* non ha visto la luce, a causa del voto discorde di vari Stati membri, tra cui si può citare l'Olanda, che, ancora una volta, ha dimostrato un atteggiamento ambivalente nell'ambito di politiche fiscali improntate secondo una maggiore equità a livello internazionale.³⁰⁴

Inoltre, si deve valutare come emerga la necessità di una “*solid and time-withstanding tax policy*”, cioè una strategia fiscale di lungo periodo, evitando soluzioni contingenti, dato lo specifico modello di *business* a cui questa tipologia di imprese si rivolge, caratterizzato da una continua evoluzione. Al contempo, risulta necessario rafforzare le disposizioni

³⁰⁴ A. I. D'Ambrosio, “*Crisi economica post-pandemia: un “volano” per la Digital Services Tax?*”, *Rivista di Diritto Tributario*, 2021

antielusive già in vigore, per permetterne una concreta ed effettiva applicazione.

Come emerge da parte della dottrina³⁰⁵, in parallelo ad ogni soluzione normativa, bisognerebbe comunque approntare una più efficace modalità di individuazione delle stabili organizzazioni occulte³⁰⁶, basata su parametri presuntivi predeterminati.³⁰⁷

Si deve notare, poi, come un profilo cruciale non affrontato dal legislatore riguarda i *big data*. Questi rappresentano uno degli *asset* più importanti di queste imprese, che sfuggono oggi ad ogni tassazione.³⁰⁸

A tal proposito, l'OCSE, nell'ambito del progetto BEPS³⁰⁹, ha proposto l'introduzione di una *equalization tax*³¹⁰, basata sul volume di dati personali, che, attraverso la loro attività, le multinazionali dell'economia digitale riescono ad acquisire dalla loro clientela. Una soluzione del genere non interverrebbe in sostituzione del concetto di stabile organizzazione occulta, ma sarebbe integrativa o rafforzativa della stessa.

³⁰⁵ G. Palumbo, “*Economia digitale e web tax*”, Informazione Fiscale, 2021

³⁰⁶ Fenomeno affrontato dalla Corte di Cassazione con il celebre caso *Philip Morris*, (Cass. Civ. sez. Trib., 25 maggio 2002, n. 7682).

³⁰⁷ Tale soluzione ricalca peraltro quanto già in sostanza fatto con la già citata *diverted profit tax* inglese.

³⁰⁸ L'interesse dell'Unione Europea a riguardo non coinvolge esclusivamente profili fiscali. Si pensi che nel marzo 2022, La Commissione ha presentato la proposta di legge a riguardo (c.d. *EU Data Act*), volta a promuovere l'innovazione e la creazione di modelli di *business data-driven*.

³⁰⁹ Vd. par. 1.4

³¹⁰ OECD, “*Tax Challenge for Digitalisation*”, disponibile presso: <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-digitalisation-part-2-comments-on-request-for-input-2017.pdf>

Considerando, dunque, le numerose criticità della *Digital Services Tax*. date, principalmente, dal fatto che tale misura non sia omnicomprensiva e propriamente rivoluzionaria in merito, la Commissione Europea si era impegnata ad adottare ad una vera e propria *Digital Tax* europea entro il mese di giugno 2021.

Tuttavia, tale intervento è stato rimandato a data da destinarsi, al fine di dirimere alle controversie internazionali in merito, tramite una concreta applicazione della *Global Minimum Tax*³¹¹, così come sancita dal G20.³¹²

4.2 La web tax nazionale

Alle problematiche inerenti alla tassazione della *digital economy*, il legislatore nazionale, sulla spinta delle proposte europee³¹³, ha cercato di replicare in maniera unilaterale, dapprima nel 2017 e, successivamente, nel 2019 e 2020.

Difatti, l'art. 1 *bis* del D.L. 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 giugno 2017, n. 96, ha introdotto nel nostro ordinamento una specifica procedura, denominata “*procedura di cooperazione e collaborazione rafforzata*” e, dagli atti parlamentari sembrerebbe che, quantomeno nelle intenzioni, questa fosse rivolta principalmente alle imprese multinazionali operanti nella *digital economy*, introducendo una c.d. *web tax transitoria*.

Nello specifico, la misura in esame prevedeva un regime premiale per le società operanti nel settore, tale da permettere un contraddittorio

³¹¹ Vd. par. 4.3

³¹² C. Scardino, “*L’UE mette in stand-by la digital tax*”, IPSOA, 2021

³¹³ Vd. par. 4.1

preventivo mediante interpello con l'Amministrazione, al fine di verificare l'esistenza di una stabile organizzazione sul territorio italiano e di sanare le eventuali omissioni reddituali (derivanti da tale stabile organizzazione) in sede di dichiarazione.

Inoltre, nel caso in cui fosse stata adottata tale procedura, il legislatore aveva previsto ulteriori misure premiali, quali la riduzione della metà delle sanzioni amministrative e la non punibilità per il reato di omessa presentazione di imposta, in merito ai redditi così accertati.³¹⁴

Tale misura mira, però, non tanto a permettere la tassazione in Italia dei redditi ivi prodotti dai giganti del *web*, quanto a prevenire il *capital flight* dei questi colossi. Difatti, l'introduzione di un regime premiale per tale tipo di imprese sembra essere coerente con la logica adottata dal Irlanda e Lussemburgo nel caso *Amazon*³¹⁵ e, in ogni caso, risulta come conseguenza della necessità di tassare, seppur in maniera minore, i redditi derivanti dalla *digital economy*.

Come già valutato, la difficoltà nell'imputare correttamente i redditi di una persona, fisica o giuridica, presente nello Stato per le transazioni digitali deriva non solo dalla profonda discrepanza tra il luogo di residenza della società e quello in cui quest'ultima può operare, ma in particolar modo dall'immaterialità delle informazioni sul *web* (e, conseguentemente, dei redditi così prodotti), che non consente di stabilire dove nascono le operazioni economiche e giuridiche, né, tantomeno, il momento in cui esse sorgono.³¹⁶

³¹⁴ L. Rossi, A. Ficai, "Web Tax: prime considerazioni", Bollettino Tributario, 2017

³¹⁵ Vd. par. 2.5

³¹⁶ M. A. Icolari, A. D'Amelio, "Residenza fiscale e stabile organizzazione nell'era della digital economy", Ambiente Diritto, 2021

Successivamente il legislatore, mediante l'introduzione nella legge di Bilancio 2019, modificata dalla Manovra del 2020 (che non necessita di decreti attuativi, per cui immediatamente applicabile), ha cercato di introdurre una vera e propria *Digital Tax*.

Questa imposta consente di applicare un'aliquota del 3% sull'ammontare dei ricavi tassabili realizzati nell'anno solare e si applica ai ricavi derivanti dalla fornitura di servizi digitali specificatamente indicati dalla normativa, nei confronti di quei soggetti passivi che realizzino, ovunque nel mondo, un ammontare complessivo di ricavi non inferiore a 750 milioni di euro e percepiscono nel medesimo periodo, nel territorio dello Stato, un ammontare di ricavi non inferiore a 5,5 milioni di euro.

Per quanto riguarda l'ambito oggettivo di applicazione di tale imposta, questa si applica ai ricavi derivanti dalla fornitura di una serie di servizi digitali, in particolare si tratta di servizi 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.³¹⁷

Inoltre, l'Agenzia delle Entrate, con provvedimento del 2021³¹⁸, ha chiarito quali sono, invece, le fattispecie (e i relativi servizi accessori) non rientranti nell'ambito applicativo dell'imposta. Queste ricomprendono:

³¹⁷ V. De Sando, "*Digital tax: i chiarimenti del Fisco per gli operatori*", FASI, 2021

³¹⁸ Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate n. 13185/2021, disponibile presso:

- la fornitura diretta di beni e servizi, nell'ambito di un servizio di intermediazione digitale;
- la fornitura di beni o servizi ordinati attraverso il sito web del fornitore di quei beni e servizi, quando il fornitore non svolge funzioni di intermediario;
- messa a disposizione di un'interfaccia digitale il cui scopo esclusivo o principale, in termini di ricavi realizzati, è quello della fornitura agli utenti dell'interfaccia, da parte del soggetto che gestisce l'interfaccia stessa, di contenuti digitali, servizi di comunicazione o servizi di pagamento;
- la messa a disposizione di un'interfaccia digitale utilizzata per gestire, a titolo esemplificativo: i sistemi dei regolamenti interbancari; le piattaforme di negoziazione o i sistemi di negoziazioni degli internalizzatori sistematici; le attività di consultazione di investimenti partecipativi e, se facilitano la concessione di prestiti, i servizi di intermediazione nel finanziamento partecipativo; le sedi di negoziazione all'ingrosso; le controparti centrali; i depositari centrali;
- la cessione di dati da parte dei soggetti che forniscono i servizi di cui sopra;
- lo svolgimento delle attività di organizzazione e gestione di piattaforme telematiche per lo scambio dell'energia elettrica, del gas, dei certificati ambientali e dei carburanti, nonché la trasmissione dei relativi dati ivi raccolti e ogni altra attività connessa.³¹⁹

L'ultimo comma della legge di Bilancio pone un limite e una proposta allo stesso tempo (anche in ossequio al divieto di doppia

<https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/3103823/Provvedimento+Imposta+Servizi+Digitali+RU+13185.pdf/674a24ad-9a66-bff2-2872-b08e4e978043>

³¹⁹ A. M. D'Andrea, "*Digital tax, proroga scadenza imposta servizi digitali 2021. Chi paga e calcolo, le istruzioni AdE*", *Informazione Fiscale*, 2021

imposizione): nel caso in cui intervengano accordi internazionali per le imposizioni fiscali nei confronti di questi colossi del web, la *Digital Tax* si intende abrogata. Sul punto, dunque, si attendono le possibili evoluzioni internazionali a riguardo.

La *web tax* italiana, però, non è stata priva di critiche. Difatti, essendo una tassa sul fatturato, ha un'alta probabilità di essere traslata a valle sugli utenti, finendo così per configurarsi come una tassa che penalizza le imprese italiane, rallentando la tanto auspicata trasformazione digitale del Paese.

Inoltre, dal punto di vista politico, è stata oggetto di critiche da parte degli Stati Uniti, che hanno accusato come tale misura si sostanzia di fatto in una forma di dazio.³²⁰

Da ciò deriva come sia urgente e necessaria una forma di armonizzazione a livello sovranazionale a riguardo. Si deve considerare, infatti, che la tassazione degli utili prodotti da queste società costituisce un problema che coinvolge tutti gli Stati.

Si pensi al caso emblematico evidenziato dall' *Institute for Taxation and Economic Policy (ITEP)*: negli Stati Uniti, lo scorso anno, *Amazon* è di fatto stata soggetta ad un'aliquota fiscale federale negativa dell'1% (attraverso uno sgravio fiscale di 129 milioni di dollari, ricevuto mediante l'adozione di un complesso sistema di perdite deducibili, crediti fiscali legati all'investimento e detrazioni di ammortamento accelerate).³²¹

³²⁰ B. Bonini, G. Galli, “*La web tax italiana: prospettive e problemi*”, Osservatorio sui conti pubblici italiani, 2020

³²¹Report ITEP: <https://itep.org/the-price-we-pay-for-amazon-in-its-prime/>

Appare necessaria, dunque, una soluzione unitaria e collaborativa a livello internazionale per far fronte alle difficoltà inerenti alla tassazione della *digital economy*, anche come conseguenza della situazione dettata dall'emergenza COVID-19.

4.3 Nuove prospettive e *Global Minimum Tax*

Alla luce di quanto esposto nei capitoli precedenti, il sistema fiscale italiano ed internazionale ha palesato tutta la sua inadeguatezza.

Difatti, l'intera materia della fiscalità internazionale permette delle "scappatoie", tali da far emergere situazioni di doppia non imposizione e, dalla prospettiva di un singolo Stato, delle situazioni di *capital flight*, comportando valutazioni di ordine macroeconomico, ancor prima che fiscale.

Si stima, infatti, che almeno il 40% dei profitti esteri delle multinazionali sia dichiarato in paradisi fiscali, pertanto sottoposti ad un livello impositivo compreso tra il 5 e il 10% o, in alcuni casi, pari a zero.³²²

In particolar modo, *Tax Justice Network* stima che la perdita di gettito derivante da questi regimi fiscali agevolati ammonti a 483 miliardi di dollari ogni anno. Di questi, 312 miliardi di dollari derivano dai meccanismi di elusione fiscale messi in atto mediante il trasferimento della sede fiscale in Paesi a fiscalità agevolata, mentre la restante quota (171 miliardi di dollari) deriva da manovre compiute da persone fisiche.³²³

³²² S. Ficocelli, "*Combattere i paradisi fiscali all'interno e all'esterno dell'Ue: le proposte dei cittadini*", La Repubblica, 2022

³²³ I. Sesana, "*I paradisi fiscali sottraggono al mondo 483 miliardi di dollari all'anno*", AltraEconomia, 2022

Per far fronte a tale situazione, 136 paesi (dei 140 membri del quadro inclusivo OCSE/G20 sul BEPS, tali da rappresentare oltre il 90% del PIL globale) hanno aderito all'accordo quadro promosso dall'OECD, costituito da due pilastri, di cui la soluzione proposta dal *Pillar Two*, introduce una vera e propria *Global Minimum Tax*, a partire dal 2023.

Tale misura prevede l'introduzione di un'aliquota minima globale dell'imposta sulle società fissata al 15%. La nuova aliquota minima si applicherà alle società con entrate superiori a 750 milioni di euro e le stime prevedono che sia in grado di generare circa 150 miliardi di dollari di entrate fiscali globali aggiuntive all'anno. Ulteriori benefici deriveranno anche dalla stabilizzazione del sistema fiscale internazionale e dalla maggiore certezza fiscale per i contribuenti e le amministrazioni fiscali.³²⁴

Il primo pilastro, invece, mira ad assicurare una distribuzione più equa degli utili e dei poteri impositivi tra le diverse giurisdizioni, permettendo un livello di tassazione sulle multinazionali nei paesi in cui realizzano le attività commerciali e realizzano profitti, indipendentemente dal fatto che le imprese abbiano una presenza fisica lì. Nello specifico, tale disciplina si rivolge alle imprese multinazionali con fatturato globale superiore a 20 miliardi di euro e redditività superiore al 10%.

Il secondo pilastro rappresenta, dunque, l'elemento di maggiore novità, nonché punto di svolta, per la lotta alla competizione fiscale dannosa. Tale misura, difatti, è stata progettata, quindi, da un lato, per fornire una soluzione multilaterale globale onde evitare l'effetto dannoso di misure non coordinate e unilaterali, progettate al fine di aumentare le entrate erariali ancor prima di proteggere la base imponibile esistente, con conseguenze negative per tutti i paesi, dall'altro lato, si intende stabilire la

³²⁴ F. Migliorini, "OCSE: tassazione minima delle multinazionali al 15% dal 2023", Fiscomania, 2022

base per un regime di concorrenza fiscale equa, ponendo un freno alla dannosa corsa al ribasso.³²⁵

L'obiettivo principale dell'accordo sulla *Global Minimum Tax (GloBE)*, dunque, riguarda la lotta alla concorrenza fiscale aggressiva. Difatti, è incontestabile che la definizione del livello impositivo rientra nella sfera di sovranità di ogni singolo paese, per cui tale misura potrebbe essere vista come una violazione a tale principio. Tuttavia, in base a quanto stabilito dall'OCSE, il progetto *GloBE* porterà, invece, ad un rafforzamento della sovranità fiscale, dal momento che permette nuove potestà impositive e, adottando una misura multilaterale, solleva gli Stati dal dover implementare misure antielusive unilaterali, che comportano, comunque, delle ripercussioni economiche, quali, per l'appunto, il *capital flight*.

Inoltre, le misure del *GloBE* sono concepite come “contromosse”; pertanto, le giurisdizioni rimangono libere di determinare il proprio sistema fiscale, dal momento che tale normativa interverrebbe solamente in situazioni patologiche.³²⁶

Alla luce di quanto esposto, la proposta del *GloBE* è duplice: da un lato si istituisce una norma inclusiva del reddito, dall'altra una tassa sui pagamenti che erodono la base imponibile, ponendosi, pertanto, pienamente in linea con il progetto BEPS, specificatamente con l'Action 1.

³²⁵ OECD/G20, *Public Consultation Document – Global Anti-Base Erosion Proposal (“GloBE”) – Pillar 2, 8 November 2019-2 December 2019* (OECD 2019), disponibile presso:

<https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-global-anti-base-erosion-proposal-pillar-two.pdf>

³²⁶ F. de Lillo, “*Global Minimum Taxation?*”, IBFD, 2020

Secondo tale prima valutazione, se il reddito di una filiale estera o di un'entità è sottoposto a tassazione nella giurisdizione di origine in misura inferiore al minimo, anche qualora questo derivi da un beneficio garantito da una convenzione bilaterale, la regola di inclusione del reddito agisce come un *top-up* per raggiungere l'aliquota minima. L'obiettivo, quindi, risponde ad esigenze di neutralità: le imprese multinazionali sono, così, sottoposte ad un livello minimo comune a tutte le giurisdizioni in cui è prodotto il reddito.³²⁷

Difatti, la *Global Minimum Tax* va oltre la tradizionale localizzazione dei redditi secondo un criterio di origine (e, dunque, di residenza), prevedendo una parziale tassazione nel paese di destinazione degli stessi³²⁸.

C'è, tuttavia, un'eccezione alla regola principale. In primo luogo, se il reddito ha beneficiato di un regime fiscale preferenziale dannoso, quel reddito verrebbe tassato ad un'aliquota più alta o all'intera aliquota nazionale. Secondo, la regola di inclusione del reddito potrebbe essere applicato in maniera cumulativa rispetto alla normativa CFC.³²⁹

Inoltre, la stessa misura di un'aliquota minima del 15% è stata implementata dalla Commissione Europea, con la proposta di direttiva 823/2021. Tale normativa si applicherebbe a qualsiasi grande gruppo, sia nazionale che internazionale, con una società madre o una controllata situata in uno Stato membro e nel caso in cui la società madre sia situata

³²⁷ P. Das, A. Rizzo, “*OECD/International - The OECD Global Minimum Tax Proposal under Pillar Two: Will It Achieve the Desired Policy Objective?*”, Bulletin for International Taxation, IBFD, 2022

³²⁸ Una logica simile era già stata implementata nel *Digital Service Tax Act* a livello europeo nel 2018, ripreso e implementato nella *Web Tax* (vd. par. 4.2).

³²⁹ Vd. par. 1.8

al di fuori dell'UE, in un paese a bassa imposizione che non applica norme equivalenti.

In linea con l'accordo globale OCSE, la proposta prevede anche alcune eccezioni:

- per ridurre l'impatto sui gruppi che svolgono attività economiche reali, le imprese potranno escludere le entrate per un importo pari al 5% del valore dei beni materiali e al 5% dei salari;
- le norme prevedono l'esclusione di importi minimi di profitto: in pratica, quando i profitti e i ricavi medi di un gruppo multinazionale in uno Stato membro sono inferiori a determinate soglie minime, quelle entrate non sono prese in considerazione nel calcolo dell'aliquota.³³⁰

Vi è da sottolineare, tuttavia, come, in generale, l'introduzione di una *Global Minimum Tax* non sia priva di aspetti controversi.

In primis, il fatto che, per poter applicare effettivamente delle aliquote fisse, è necessario che ci siano dei sistemi di armonizzazione tra i vari sistemi economici e fiscali.

Inoltre, senza una base imponibile determinata con regole comuni, risulta problematica l'applicazione di un'aliquota fissa, considerando, inoltre, che tale misura non mette al riparo da politiche di erosione della base imponibile.

A ciò, si aggiunge il problema delle imposte diverse a quelle sui redditi: la concorrenza fiscale tra Stati si potrebbe realizzare anche attraverso imposte indirette, essendo queste escluse dall'ambito applicativo dell'accordo in esame.

³³⁰ C. Scardino, "Tassazione delle multinazionali: in arrivo la global minimum tax al 15%", IPSOA, 2021

In aggiunta, un'ulteriore analisi deve essere compiuta sul fatto che l'aliquota minima del 15% non riduce di molto la forbice tra le aliquote già presenti a livello internazionale, considerando che molti paesi a bassa tassazione propongono aliquote di poco inferiori a questo valore, o comunque utilizzano aliquote più alte ma con altri sistemi agevolativi, come nel caso già analizzato nel capitolo 3 dei Paesi Bassi.³³¹

È stato, peraltro, dibattuto come tale misura abbia l'effetto di spostare ricchezza dai paesi più poveri o in via di sviluppo ai paesi più ricchi.³³² Difatti, molti dei paesi africani utilizzano degli incentivi fiscali per attrarre investimenti esteri, per cui, se da un lato l'obiettivo di garantire un *level playing field* a livello fiscale rimane prioritario, dall'altro, come parte della dottrina sostiene³³³, la *Global Minimum Tax* dovrebbe applicarsi alle giurisdizioni che si trovano in una posizione di effettiva concorrenza economica, ancor prima che fiscale. Come conseguenza, tale misura non dovrebbe essere implementata da parte di quei Paesi che, oggettivamente e per fattori esogeni, non possono concorrere con le superpotenze del G7, che hanno proposto e caldeggiato l'adozione della *GloBe*.

L'intervento, però, rimane comunque pionieristico e coraggioso, come sostenuto da parte della dottrina.³³⁴ Difatti, nonostante le problematiche insite a questo tipo di misura, è innegabile che le

³³¹ S. Carollo, "Al G20 l'accordo sulla Minimum tax globale al 15% con tanti problemi applicativi", Fisco e Tasse, 2021

³³² Y. Brauner, "The Return of the Phoenix? The G-7 Countries' Agreement on a 15% Minimum Tax", INTERTAX, Kluwers Law International, 2021

³³³ A. Titus, "Global Minimum Corporate Tax: A Death Knell for African Country Tax Policies?", INTERTAX, Kluwers Law International, 2022

³³⁴ C. Elliffe, "The Brave (and Uncertain) New World of International Taxation under the 2020s Compromise", World Tax Journal, IBFD, 2022

conseguenze, sebbene visibili nel medio-lungo termine, comportino una vera e propria rivoluzione copernicana della fiscalità internazionale.

Il quesito che rimane è, dunque, uno solo: saranno in grado i diversi Stati di implementare effettivamente tale misura, ponendo fine alla corsa al ribasso in ambito fiscale, e garantendo, così, le ragioni di concorrenza ed equità insite al riparto impositivo internazionale?

Conclusioni

Una delle principali difficoltà che il legislatore in ambito fiscale si trova puntualmente ad affrontare riguarda l'assoggettamento ad imposizione di redditi prodotti all'estero, specialmente quando, in base a comportamenti elusivi spesso di difficile individuazione, vengono coinvolte giurisdizioni non cooperative e con un sistema fiscale privilegiato.

Difatti, considerando i principi fondanti del diritto tributario, il legislatore deve sempre rispettare il requisito della capacità contributiva (*ex art. 53 della Costituzione*), e, nell'individuazione dei redditi prodotti all'estero, non può porsi in contrasto con il divieto di doppia imposizione. Le basi del sistema fiscale trovano, dunque, una loro intrinseca connessione con i fondamenti del diritto internazionale. La fiscalità internazionale si fonda su convenzioni internazionali, per cui entra in gioco il generalissimo principio di *pacta sunt servanda*, e mira, per l'appunto, ad eliminare situazioni di doppia imposizione e doppia non imposizione.

Nonostante questi assunti, oggi più che mai, in un contesto globalizzato e con flussi commerciali tali da rendere le economie su scala mondiale sempre più integrate tra loro, si riscontrano ancora situazioni di doppia non imposizione, mediante strutture abusive poste in essere dalle multinazionali, che coinvolgono paesi con sistemi fiscali agevolati e, dunque, dannosi per il resto degli altri Stati. Il concreto risultato di tale situazione è il rafforzamento della posizione commerciale di questi colossi multinazionali, a discapito delle ragioni erariali delle giurisdizioni coinvolte e, dunque, a discapito della stessa manifestazione della sovranità nazionale.

Difatti, se da un lato la scelta della *policy* fiscale rientra nell'espressione della sovranità nazionale di ogni paese e, pertanto, rappresenta una valutazione discrezionale del legislatore, dall'altro, in un

sistema internazionale basato su un modello concorrenziale e collaborativo, questa scelta non può concretizzarsi in una corsa al ribasso sul piano impositivo.

Inoltre, specialmente in ambito europeo, gli Stati membri hanno accettato una generale limitazione della propria sovranità, proprio al fine di raggiungere un livello di armonizzazione ed integrazione sovranazionale basato su un regime di collaborazione *in primis* economica e, pertanto, improntato sulla rimozione di ogni tipo di frontiera, per poter garantire una piena concorrenza nello spazio dell'Unione.

In quest'ottica, l'elaborato evidenzia la complessità della definizione dei c.d. paradisi fiscali, qualificazione ancor più controversa nel caso in cui i regimi fiscali privilegiati siano situati all'interno dell'Unione Europea.

Nello specifico, risulta fondamentale l'analisi del sistema fiscale dei Paesi Bassi, condotta nel terzo capitolo. Difatti l'Olanda, caso paradigmatico di concorrenza fiscale sleale all'interno dell'Unione, realizza la propria *policy* fiscale agevolativa non mediante l'istituzione di una aliquota particolarmente bassa, come, invece, avviene nei più palesi paradisi fiscali d'oltre oceano, ma, al contrario, mantenendo l'aliquota sulla *Corporate Income Tax* in linea con gli altri paesi europei, ma permettendo un complesso sistema di "scappatoie". In particolare, ci si riferisce al complesso di norme agevolative che risultano, a titolo esemplificativo, dall'applicazione del meccanismo di *Participation Exemption*, dell'*Innovation Box* e al variegato sistema di deduzioni, nonché ai peculiari rapporti impositivi con altri paesi che si qualificano più propriamente come *tax heavens*, tali da impedire, di fatto, l'assoggettamento ad imposta.

Emerge, così, come principale conseguenza sia certamente quella di un disordine normativo, sia sul piano nazionale, sia internazionale, creando vuoti di tutela. Difatti, all'interno del sistema normativo italiano (o europeo) non si riscontra un'unica definizione di paradiso fiscale,

necessaria per poter predisporre un impianto sistematico che vada a contrastare le pratiche abusive delle multinazionali.

Peraltro, a livello europeo, agli Stati membri è precluso qualificare altri Stati dell'Unione come giurisdizioni fiscali privilegiate; si veda, ad esempio, la clausola iniziale dell'art. 47 *bis* del T.U.I.R.. Ciò che ne deriva, dunque, è il fallimento del progetto europeo.

Se a livello fiscale, presupposto e cardine delle valutazioni di ordine macroeconomico, non vi è alcun regime effettivamente concorrenziale, come si può parlare di un sistema di libera concorrenza? E se vi è il fallimento del principio concorrenziale, come può rimanere concretamente in vigore il divieto di aiuti di Stato, *ex artt.* 107 e 108 T.F.U.E.?

Nel sistema fiscale dei Paesi Bassi e, più in generale, dei c.d. paradisi dell'Unione, si riscontrano sistematiche misure agevolative, in grado di distorcere la concorrenza e che spesso risultano essere selettive (si pensi, specificatamente ai *tax ruling*), pertanto perfettamente in linea con l'ampia definizione di aiuti di Stato fornita dai trattati. A fronte di questa palese violazione, però, non vi è alcuna concreta conseguenza, dal momento che la Commissione si trova ad intervenire esclusivamente su misure contingenti, senza poter valutare il contesto sistematico in cui queste si inseriscono.

L'Unione Europea risulta, così, paralizzata al suo interno, da un lato cercando di raggiungere una sempre maggiore armonizzazione tra i vari Stati, dall'altro non permettendo una concreta applicazione dei principi alla base del progetto unionale.

Ciò risulta in una contraddizione in termini, specialmente alla luce del fatto che i Paesi Bassi, a differenza dell'Italia, sono un sistema monistico, in cui le fonti di ordine sovranazionale, quindi sia europeo, sia internazionale, trovano automatica applicazione, anche al di sopra dei precetti costituzionali.

Pertanto, anche valutati con ottica interna del sistema olandese, i principi concorrenziali e di leale collaborazione, nonché il generale divieto di doppia imposizione e non imposizione di origine pattizia internazionale, risultano costantemente violati da norme tecniche di dettaglio, che definiscono, però, l'intero quadro fiscale dei Paesi Bassi.

Alla luce, quindi, delle contraddizioni interne del sistema olandese e del fallimento della visione europea, così come evidenziati nell'intera trattazione, a modesto parere della scrivente, non rimane che valutare la prospettiva del diritto internazionale.

Sul punto, date le sfide lanciate dall'economia digitale, risulta pionieristica e necessaria l'iniziativa OCSE sulla *Global Minimum Tax*, come analizzata nel quarto capitolo.

Nonostante le inevitabili difficoltà di un così rivoluzionario impianto impositivo, che permette di andare oltre al tradizionale *nexus* territoriale nel ripartire la capacità impositiva tra Stati, l'introduzione di un livello di tassazione uniforme a livello mondiale rappresenta un probabile punto di svolta per la lotta alla corsa a ribasso in ambito fiscale.

Tuttavia, non si può fare a meno di notare come tali prospettive non siano prive di aspetti problematici, specialmente valutando come le ragioni di equità sottese al regime tributario risultino disattese, con tale misura, con riferimento ai paesi in via di sviluppo. Inoltre, anche in tale ambito, si evidenzia come permanga un disordine normativo, dal momento che, la misura della *Global Minimum Tax* non ha alcuna efficacia di per sé vincolante e che, pertanto, le concrete modalità di implementazione delle stesse possono comunque portare a vuoti di tutela, rimandando alla discrezionalità dei legislatori nazionali.

Alla luce dell'intero studio condotto e delle valutazioni inerenti alle nuove prospettive, risulta come la cooperazione fiscale internazionale trovi il suo limite nei particolarismi di poche giurisdizioni, da sole idonee a

frustrare le aspettative dell'intera comunità internazionale, disattendendo le ragioni di equità necessariamente sottese all'imposizione tributaria.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *“Amazon & Co, perché i giganti del web pagano poche tasse in Italia”*, Quifinanza, 2019

AA. VV., *“Apple vince contro la Ue, annullata la decisione sul rimborso da 13 miliardi all'Irlanda”*, Il Sole 24 Ore, 2020

AA. VV., *“Double Irish' and 'Dutch Sandwich' saved Google \$3.7bn in tax in 2016”*, The Irish Times, 2016;

AA. VV., *“Paradisi fiscali, l'Unione europea aggiorna la black list: via Anguilla, Dominica e Seychelles. Oxfam: “Criteri deboli, mancano le Cayman”*, Il Fatto quotidiano, 2021

AA. VV., *“Political Indecisiveness Undermines the Offshore Industry”*, conferenza stampa tenuta a Willemstad, Curacao, disponibile nella biblioteca dell'IBFD, Amsterdam, Paesi Bassi;

AA. VV., *“Transfer pricing: qual è l'idonea documentazione anti-sanzioni”*, IPSOA, 2020

AA. VV., *“Trattamento Fiscale di una Holding Olandese”*, Tayros Consulting, 2021;

AA. VV., *“Uso improprio di società di comodo a fini fiscali nell'UE: la proposta della Commissione UE”*, IPSOA, 2021

L. ACCARINO, *“Transfer pricing e aiuti di Stato”*, Diritto tributario internazionale e dell'UE, 2020;

P. ADONNINO, “La pianificazione fiscale internazionale”, Corso di diritto tributario internazionale, Padova, 1999

F. AMATUCCI, “*Frodi carousel e 'consapevolezza' del cessionario IVA*”, Rivista trimestrale di diritto tributario, Giappichelli, 2012;

N. BAGNOLI, “*Stati a regime fiscale privilegiato: dalle Black list al nominal tax rate*”, Rivista di Diritto Tributario, Pacini Giuridica;

M. BARGAGLI, “*Cambiano le regole di tassazione in tema di CFC rules*”, Diritto tributario internazionale e dell'UE, 2018;

B. BONINI, G. GALLI, “*La web tax italiana: prospettive e problemi*”, Osservatorio sui conti pubblici italiani, 2020;

R. P. BORIA, “*Diritto Tributario Europeo*”, Giuffrè, 2017;

V. BOULOGNE, D. SMIT, “*The Implementation and Lasting Effects of the Multilateral Instrument*”, IBFD, 2021;

F. BOULONGE, “*Shortcomings in the European Union Merger Directive: Lessons for Future Harmonization*”, Intertax, Wolters Kluwer, 2016;

Y. BRAUNER, “*The Return of the Phoenix? The G-7 Countries' Agreement on a 15% Minimum Tax*”, INTERTAX, Kluwers Law International, 2021;

E. CAPECCHI, “*Double Irish with Dutch Sandwich*”, Starting Finance, 2018;

I. CARACCIOLI, “*Reati tributari e responsabilità degli enti*”, *Rivista* 231, 2022;

S. CAROLLO, “*Al G20 l’accordo sulla Minimum tax globale al 15% con tanti problemi applicativi*”, *Fiscoetasse*, 2021;

F. CARRIROLO, “*L’elusione fiscale*”, Gruppo 24 Ore, 2009;

A. COBHAM, J. GARCIA-BERNARDO, “*Time for the EU to close its own tax havens*”, Tax Justice Network, 2020;

G. E. CORSARO, “*Un colpo al cerchio e uno alla botte: il Tribunale conferma l’approccio della Commissione relativo al controllo ex art. 107 TFUE sui tax rulings ma annulla la decisione Apple*”, *Eurojus*, 2020;

A. CRAZZOLARA, “*Il Trattato Multilaterale BEPS è self-executing?*”, *Rivista di Diritto Tributario supplemento online*, Pacini Giuridica, 2017;

E. CRIVELLI, R. DE MOOIJ, M. KEEN, “*Base Erosion, Profit Shifting and Developing Countries*”, IMF Working Paper, Fiscal Affairs Department, 2015;

A. I. D’AMBROSIO, “*Crisi economica post-pandemia: un “volano” per la Digital Services Tax?*”, *Rivista di Diritto Tributario*, 2021;

A. M. D’ANDREA, “*Digital tax, proroga scadenza imposta servizi digitali 2021. Chi paga e calcolo, le istruzioni AdE*”, *Informazione Fiscale*, 2021;

J. DAMGAARD, T. ELKJAER, N. JOHANNESSEN, “*The rise of phantom investments*”, Finance & Development, Fondo Monetario Internazionale, 2019;

P. DAS, A. RIZZO, “*OECD/International - The OECD Global Minimum Tax Proposal under Pillar Two: Will It Achieve the Desired Policy Objective?*”, Bulletin for International Taxation, IBFD, 2022;

F. DE LILLO, “*Global Minimum Taxation?*”, IBFD, 2020;

A. DE SANDO, “*Digital tax: i chiarimenti del Fisco per gli operatori*”, FASI, 2021;

A. DELLA CARITÀ, “*La gestione del contenzioso tributario nelle ipotesi di contestazione della residenza fiscale delle persone fisiche*”, Diritto Tributario Italiano, 2020;

C. P. DU TOIT, “*Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*”, IBFD, 1999;

C. ELLIFFE, “*The Brave (and Uncertain) New World of International Taxation under the 2020s Compromise*”, World Tax Journal, IBFD, 2022

C. ELLIFFE, “*The interpretation and meaning of “beneficial owner” in New Zealand*”, British Tax Review, 2009;

F. ELSWEIER, “*Dutch Experience with European Developments; the Story of Dr. Jekyll and Mr. Hyde Continues . . .*”, INTERTAX, Kluwer Law International, 2006;

R. ENACHE, *“European Commission communication on Business Taxation for the 21st century”*, Euro Tax Flash from KPMG's EU Tax Centre, 2021

F. ENGELEN, *“Interpretation of Tax Treaties under International Law”*, IBFD, 2004;

F. FAMÀ, *“Le “entità ibride” tra soggettività passiva convenzionale, utilizzi abusivo/elusivi e transparent entity clause del Modello OCSE”*, Rivista di Diritto Tributario, 2020;

S. FICOCELLI, *“Combattere i paradisi fiscali all'interno e all'esterno dell'Ue: le proposte dei cittadini”*, La Repubblica, 2022;

R. FO, *“Disciplina fiscale dei trust, contributi entro il 30 settembre”*, Fisco Oggi, 2021;

C. FRANCIOSO, *“Legittimo indagare su aiuti di Stato concessi tramite ruling fiscali”*, Rassegna di Giurisprudenza di Diritto dell'UE, 2020;

R. GALULLO, A. MINCUZZI, *“Amsterdam regno delle multinazionali: «Made in Olanda» perfino gli spaghetti alla bolognese”*, Il Sole 24 Ore, 2018;

F. A. GARCIA PRATS, *“Exchange of Information Under Article 26 of The Un Model Tax Convention”*, Bulletin For International Taxation, IBFD, 1999;

T. GASPARRI, *“L’Olanda, Paese di transito e sponda d’approdo per strategie di profit shifting e di erosione delle basi imponibili”*, Nuova economia nuova società, 2020;

A. GERMANI, *“Metodi di transfer pricing a confronto su transazioni di beni e di servizi”*, Guida alla contabilità e bilancio, Il Sole 24 Ore, 2020;

S. GRILLI, *“La “pianificazione fiscale aggressiva” come non-categoria del diritto”*, Diritto tributario internazionale e dell’UE, 2018;

M. A. ICOLARI, A. D’AMELIO, *“Residenza fiscale e stabile organizzazione nell’era della digital economy”*, Ambiente Diritto, 2021;

T. ILIOPOULOS, *“The State Aid Cases of Starbucks and Fiat: New Routes for the Concept of Selectivity?”*, European State Aid Law Quarterly, Vol. 16, 2017;

R. A. JACCHIA, M. STILLO, *“Il Tribunale dell’Unione Europea giunge a conclusioni opposte in merito agli aiuti di Stato Fiat e Starbucks”*, Società, Diritto Europeo e della Concorrenza, Societario e Commerciale, 2020;

R. KOK, *“Exit Taxes for Companies in the European Union after National Grid Indus”*, EC Tax Review, 2012;

R. KOK, *“The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6”*, INTERTAX, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2016;

J. A. M. KORVING, “*Internal Market Neutrality*”, SDU, 2019;

J. A. M. KORVING, C. WISMAN, “*ATAD Implementation in the Netherlands*”, INTERTAX, Kluwer Law International, 2021;

J. A. M. KORVING, C. WISMAN, “*ATAD Implementation in the Netherlands*”, INTERTAX, Kluwer Law International, 2021;

B. KOSTERS, “*The United Nations Model Tax Convention and Its Recent Developments*”, IBFD, 2004;

J. C. KU, R. BANE, M. EL MANOUZI, “*Netherlands issues policy decree clarifying hybrid mismatch tax measures*”, MNE Tax, 2021;

M. LANG, P. PISTONE, A. RUST, J. SCHUCH, “*The OECD Multilateral Instrument for Tax Treaties: Analysis and Effects*”, INTERTAX, Wolters Kluwer, 2018;

M. LANG, P. PITONE, A. RUST, J. SCHUCH, C. STARINGER, “*The UN Model Convention and Its Relevance for the Global Tax Treaty Network*”, IBFD, 2017;

S. LATINI, “*In arrivo (nel 2022) una nuova direttiva UE sulle società di comodo*”, IPSOA, 2021;

S. LATINI, “*Paesi Bassi, dal 1° gennaio in vigore la direttiva ATAD 2*”, Fisco Oggi, 2020;

S. LATINI, “*Paradisi Fiscali: lista UE senza conseguenze effettive per Panama*”, IPSOA, 2021;

M. LOGOZZO, *“Tassazione della digital economy: l'imposta sui servizi digitali (ISD)”*, *Rivista Trimestrale di Diritto Tributario*, 2020;

B. MASSARO, *“Cos'è il “profit Shifting”? Vero dramma fiscale dell'UE che penalizza l'Italia”*, *Panorama*, 2020;

L. MEIJER, *“Taxation of performing artists”*, *Dutchculture*, 2020;

G. MELIS, A. PERSIANI, *“The EU Blacklist: A Step Forward but Still Much to Do”*, *EC Tax Review*, 2019;

F. MEOLI, *“Paradisi fiscali in Ue: ecco quanti soldi ci sottraggono Olanda, Irlanda e Lussemburgo offrendo alle multinazionali una tassazione di favore”*, *Il Fatto quotidiano*, 2020;

A. MEROLA, *“La tassazione degli artisti e degli sportivi a livello internazionale”*, *ITATAX*, 2021;

G. T. K. MEUSSEN, *“The Marks & Spencer Case: The Final Countdown Has Begun”*, *European Taxation*, *IBFD*, 2005;

R. MICELI, *“Società di comodo e statuto fiscale dell'impresa”*, *Pacini Giuridica*, 2017;

F. MIGLIORINI, *“OCSE: tassazione minima delle multinazionali al 15% dal 2023”*, *Fiscomania*, 2022 ;

F. MIGLIORINI, *“Residenza fiscale delle persone fisiche: gli elementi guida”*; *FiscoMania*, 2021;

A. MINCUZZI, “*Sempre più tax ruling. Così gli Stati Ue si fanno concorrenza fiscale*”, Il Sole 24 Ore, 2018;

D. MOLENAAR, “*New Options to Restrict Article 17 for Artistes and Sportsmen*”, INTERTAX, Kluwer Law International 2016;

J. MOOK, “*Introduction of a withholding tax on interest and royalty payments per 2021*”, Grand Thornon, 2020;

M. MORETTI, “*Trattati contro le doppie imposizioni, valenza del “Modello OCSE” ai fini interpretativi e soggetti ammessi a beneficiare delle disposizioni convenzionali in una recente decisione della Cassazione*”, Rivista di Diritto Tributario, 2019;

C. NEVERDEEN, “*GAAR implementation in the Netherlands: does fraus legis suffice?*”, Lund University, 2019;

V. A. PACIELLO, “*Direttiva ATAD: nuovo regime CFC e modifiche alla tassazione dei dividendi black list*”, Diritto Tributario Italiano, 2020;

G. PALUMBO, “*Economia digitale e web tax*”, Informazione Fiscale, 2021;

C. HJI PANAYI, “*Advanced Issues in International and European Tax Law*”, Hart, 2015;

G. PETRILLO, “*Le società di comodo fra elusione ed evasione*”, Rivista Semestrale di Diritto, 2019;

K. PETROSOVITCH, “*European Union - Abuse under the Merger Directive*”, *European Taxation*, IBFD, 2010;

P. PIANTAVIGNA, “*Tax Abuse and Aggressive Tax Planning in the BEPS Era: How EU Law and the OECD Are Establishing a Unifying Conceptual Framework in International Tax Law, despite Linguistic Discrepancies*”, *World Tax Journal*, IBFD, 2017;

P. PISTONE, “*Diritto Tributario Internazionale*”, Giappichelli, 2017;

P. PISTONE, “*La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto tributario globale*”, *Rivista Trimestrale di Diritto Tributario*, Giappichelli, 2016;

S. PORFIDO, “*Frodi carosello: le novità alla luce del decreto attuativo della delega fiscale*”, *Ius in Itinere*, 2017;

F. RASI, “*La tassazione dei redditi societari in ambito U.E.: il nuovo modello italiano a confronto con i sistemi degli altri paesi*”, CERADI Centro di Ricerca per il Diritto delle Imprese, 2006;

H. REINOUD, K. GRABARZ, “*Dutch Ruling Could Open Fiscal Unity to Non-EU Parents*”, *International Tax Review*, 2016;

M. RIZZI, “*Le accuse di Bruxelles contro sei paradisi fiscali in Europa*”, *Italia oggi*, 2021;

F. ROSSI RAGAZZI, “*La residenza fiscale delle persone fisiche*”, Università di Chieti-Pescara “G. D’Annunzio”, 2008;

L. ROSSI, A. FICAI, “*Web Tax: prime considerazioni*”, Bollettino Tributario, 2017;

R. RUSTICHELLI, “*Irlanda, Olanda e Lussemburgo sono paradisi fiscali che minano l’Ue. Parola di Antitrust*”, StartMagazine, 2020;

C. SACCHETTO, M. BARGAGLI, “*Esterovestizione societaria, disciplina tributaria e profili tecnico-operativi*”, Giappichelli, 2013;

L. SALVINI, “*Diritto Tributario delle Attività Economiche*”, Giappichelli 2019;

M. SANTAMARIA, “*Fiscalità internazionale*”, Giuffrè editore, 2009;

L. SANTORO, “*Il Trust in Italia*”, Giuffrè, 2009;

C. SCARDINO, “*L’UE mette in stand-by la digital tax*”, IPSOA, 2021;

C. SCARDINO, “*Tassazione delle multinazionali: in arrivo la global minimum tax al 15%*”, IPSOA, 2021;

G. SCAZZERI, “*Aspetti elusivi del trust e normativa di contrasto*”, Il Fisco, 2010;

M. SCHELLEKENS, “*Netherlands - The Netherlands as an Innovation Hub: An Appraisal of the Innovation Box Regime*”, European Taxation, IBFD, 2013;

P. SCHRIEVERS, M. EMONTS, “*Netherlands - Amendments and Developments Involving Netherlands Tax Incentives Promoting R&D Activities*”, European Taxation, IBFD, 2013;

I. SESANA, “*I paradisi fiscali sottraggono al mondo 483 miliardi di dollari all’anno*”, AltraEconomia, 2022;

J. SWINKELS, “*Carousel Fraud in the European Union*”, International VAT Monitor, IBFD, 2008;

K. TIJSTERMAN, “*Some Certainty on the Dutch Business Reasons Exception*”, TaxAnalysts, 2013;

A. TITUS, “*Global Minimum Corporate Tax: A Death Knell for African Country Tax Policies?*”, INTERTAX, Kluers Law International, 2022;

A. TOMMASINI, “*Tassazione dell’economia digitale: quali sono le strade da percorrere anche in Italia?*”, IPSOA, 2021;

E. TRAVERSA, F. CANNAS, “*Lo scambio di informazioni tributarie: gli Updates dell’art 26 del Modello OCSE ed i progressi in direzione dello scambio automatico come standard internazionale*”, Rivista trimestrale di diritto tributario, Giappichelli editore, 2016;

I. J. M. VALDERRAMA, “*Policy Note: The Study of the BEPS 4 Minimum Standards as a Legal Transplant: A Methodological Framework*”, INTERTAX, Kluwer Law International, 2020;

I. J. M. VALDERRAMA, “*The Implementation of the ATAD in the EU: The Same but not the Same*”, INTERTAX, Kluwer Law International, 2021;

R. F. VAN BREDERODE, “*Third-Party Risks and Liabilities in Case of VAT Fraud in the EU*”, Intertax, 2008;

M. VAN DIJK, F. WEYZIG, R. MURPHY, “*The Netherlands: a tax heaven?*”, SOMO, 2006;

L. VINCIGUERRA, “*Il Codice di condotta in materia di tassazione delle imprese*”, Novità fiscali, 2013;

J. VLEGGERT, “*The Antilles route is back!*”, Leiden Law Blog, Tax Law and Economics, 2014;

K. VOGEL, E. REIMER, A. RUST, “*Klaus Wogel on Double Taxation Convention*”, Wolters Kluwer, 2015 ;

H. W. SMITS, R. KOENS, “*DiscoLeaks: How ABBA, Julio Iglesias, two Beatles, and dozens of other stars used the Netherlands to avoid paying taxes*”, FTM, 2021;

SITOGRAFIA

Area studi Mediobanca: https://d110erj175o600.cloudfront.net/wp-content/uploads/2020/10/ASM_Report-WebSoft-2020_2.pdf

Commissione Europea, *Joint Transfer Pricing Forum*, 2018 (JTPF/014/2018/EN)

Consiglio UE, *blacklist*: <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/eu-list-of-non-cooperative-jurisdictions/>

EY, “*Netherlands introduces new withholding tax on interest & royalty payments and increased substance requirements as of 2021: A detailed review*”: https://www.ey.com/en_gl/tax-alerts/netherlands-introduces-new-withholding-tax-on-interest-royalty-payments-and-increased-substance-requirements-as-of-2021-detailed-review

Fondazione Nazionale Commercialisti, “*Fiscalità nell’Economia Digitale. Problematiche e scenari possibili*”: https://www.fondazionenazionalecommercialisti.it/filemanager/active/01270/2018_05_23_La_fiscalit_nell_economia_digitale_Problematiche_e_scenari_possibili_.pdf?fid=1270

Fondo Monetario Internazionale, “*IMF Working Paper: Capital Income Taxation in the Netherlands*”, WP/21/145

FSF, “*Report of the Working Group on Offshore Centres*”: https://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_0004b.pdf

KPMG, Caribbean Netherlands - Indirect Tax Guide:
<https://home.kpmg/xx/en/home/insights/2018/10/caribbean-netherlands-indirect-tax-guide.html>

MeF, *transfer pricing*:
<https://www.finanze.it/export/sites/finanze/galleries/Documenti/Varie/decreto-TP.pdf>

OCSE, *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS):
<https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>

OCSE, *Commentario*, 2017, disponibile presso:
<https://www.oecd.org/berlin/publikationen/43324465.pdf>

OCSE, “*Harmful tax competition. An emerging global issue*”, 1998:
https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/harmful-tax-competition_9789264162945-en

OCSE, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version* 2017, disponibile presso:
<https://www.oecd.org/ctp/treaties/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-20745419.htm>

OCSE, “*Tax Challenge for Digitalisation*”, disponibile presso:
<https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-digitalisation-part-2-comments-on-request-for-input-2017.pdf>

OECD/G20, *Public Consultation Document – Global Anti-Base Erosion Proposal (“GloBE”) – Pillar 2, 8 November 2019-2 December 2019* (OECD 2019): <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-global-anti-base-erosion-proposal-pillar-two.pdf.pdf>

PwC, “*Netherlands – Corporate Group Taxation*”:
<https://taxsummaries.pwc.com/netherlands/corporate/group-taxation>

PwC, “*Update: Withholding tax on interest and royalty payments to low-tax countries*”: <https://www.pwc.nl/en/insights-and-publications/tax-news/pwc-special-budget-day/update-withholding>

Rapporto Fondazione Luca Pacioli, “*La lotta dell’OCSE alla concorrenza fiscale dannosa dopo il rapporto del 2001: lo stato dell’arte e i possibili sviluppi, Studio n. 1*”, 2002:
<https://www.fondazionenazionalecommercialisti.it/node/160>

Rapporto Nens., 2009:
<https://www.nens.it/sites/default/files/RAPPORTO%20Paradisi%20fiscali%20%282%29.pdf>

Report della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo del 16 aprile 2004, COM(2004) 260: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0260&from=PT>

Report ITEP: <https://itep.org/the-price-we-pay-for-amazon-in-its-prime/>

S. Benz, ISR,1/2017, pag. 27: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/>

Studio Societario e Tributario Caporale:
<http://www.mrcaporale.it/dir/index.php/category/oeed-organization-for-economic-cooperation-and-development/beps-base-erosion-and-profit-shifting/>

Studio Tributario DLP:
<https://www.studiotributariodlp.it/index.php/avvocato-tributarista/item/265-paradisi-fiscali>

TaxGate, *Advance Tax Ruling*: <https://www.taxgate.nl/advance-tax-ruling/>

UN, *Model Taxation Convention on Double Taxation*, 2017, disponibile presso:
https://www.un.org/esa/ffd/wpcontent/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf

CASISTICA

Corte di Cassazione, 17 luglio 1967, sent. n. 1812;

Corte di Cassazione, 20 settembre 1979, sent. n. 4829;

Corte di Cassazione, 24 marzo 1983, sent. n. 2070;

Corte di Cassazione, 5 febbraio 1985, sent. n. 791;

Corte di Cassazione, 21 gennaio 2015, sent. n. 961;

Corte di Cassazione, SS.UU, 16 giugno 2006, sent. n. 13916;

Corte di Cassazione, 13 maggio 2015, sent. n. 9709;

Corte di Cassazione, 15 aprile 2016, sent. n. 7493;

Corte di Cassazione, 18 settembre 2015, sent. n. 18392;

Corte di Cassazione, 24 luglio 2015, sent. n. 15642;

Corte di Cassazione, 25 maggio 2002, sent. n. 7682;

Corte di Cassazione, 31 maggio 2011, sent. n. 7343;

Corte di Cassazione, 16 giugno 1984, sent. n. 3604;

Corte di Cassazione, 17 ottobre 2012, sent. n. 2869;

Corte di Cassazione, 3 ottobre 2019, ord. n. 24707;

Corte di Cassazione, 5 novembre 2021, ord. n. 31931;

Corte di Cassazione, 14 giugno 2021, ord. n. 16697

Corte di Cassazione, 18 gennaio 2022, sent. n. 1506;

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, C-189/18;

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, C-196/04;

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, C-255/02;

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, C-28/95;

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, C-321/05;

Corte di Giustizia, dell'Unione Europea C-352/08;

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, C-366/10;

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, C-371/10;

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, C-373/97;

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, C-398/16;

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, C-399/16;

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, C-581/17;

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, C-763/2005;

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, C-88/03;

Hoge Raad, 6/12/2002, No. 36 773, BNB 2003/285;

Hoge Raad, 8/5/1994, No. 28 296, BNB 1994/253;

Tribunale dell'Unione Europea, T-338/2020;

Tribunale dell'Unione Europea, T-755/15;

Tribunale dell'Unione Europea, T-778/16;

Tribunale dell'Unione Europea, T-816/17;

Tribunale dell'Unione Europea, T-892/16

PRASSI

Agenzia delle Entrate, circolare n. 3/E del 2008, disponibile presso:

<https://def.finanze.it/DocTribFrontend/getPrassiDetail.do?id={F65FBDA6-6678-44C4-AAA4-FE63C1AC4E50}>

Agenzia delle Entrate, circolare n. 15/E del 2021, disponibile presso:

<https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/3930122/Circolare+oneri+documentali+TP+26+11+21+h.+13.20+-+REV.pdf/5f23fab7-0853-68c6-cb5d-868dfed9490>

Agenzia delle Entrate, circolare n. 304/1997, disponibile presso:

<https://def.finanze.it/DocTribFrontend/decodeurn?urn=urn:doctrib::CIR:1997-12-02:304>

Agenzia delle Entrate, circolare n. 35/2016, disponibile presso:

<https://www.camera.it/temiap/allegati/2016/08/05/OCD177-2302.pdf>

Agenzia delle Entrate, Circolare n. 51/E del 2010, disponibile presso:
<https://def.finanze.it/DocTribFrontend/getContent.do?id=%7B3BC35019-99EC-4642-8D5F-7C1A96160267%7D>

Agenzia delle Entrate, Provvedimento n. 13185/2021, disponibile presso:
<https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/3103823/Provvedimento+Imposta+Servizi+Digitali+RU+13185.pdf/674a24ad-9a66-bff2-2872-b08e4e978043>

Agenzia delle Entrate, Provvedimento del 23/11/20, disponibile presso:
<https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/2794495/Provvedimento+del+23+11+2020.pdf/87a55907-b275-a3b5-1bc7-a6e316b70fef>

Agenzia delle Entrate, principio di diritto n. 16/2019, disponibile presso:
<https://www.assolombarda.it/servizi/fisco/documenti/principio-di-diritto-n-16-del-29-aprile-2019>

Agenzia delle Entrate, circolare n. 48/E del 2007, disponibile presso:
https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/301265/Circolare+48+del+06+08+2007_circ+n+48E+del+06+agosto+2007.pdf/d1c3c6ca-04f9-3360-b58c-56585ff9c6bc

Agenzia delle Entrate, risoluzione n. 60/E del 2005, disponibile presso:
https://st.ilsole24ore.com/art/SoleOnLine4/Speciali/2005/Documenti%20lunedì/3ottobre2005/RIS_16_05_05_N_60.pdf?cmd%3Dart