

Corso di laurea in Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Tributario dell'impresa

Il complesso rapporto tra amministrazione finanziaria e contribuente nella disciplina CFC: un difficile bilanciamento tra esigenze erariali e diritti del singolo individuo

Chiar.mo Prof. Giuseppe Molinaro

RELATORE

Chiar.mo Prof. Fabio Marchetti

CORRELATORE

Chiara Vernole

Matr. 154543

CANDIDATO

Anno Accademico 2022/2023

INDICE

INTRODUZIONE.....	1
-------------------	---

1. LA DISCIPLINA DELLE CONTROLLED FOREIGN COMPANIES: UN'ANALISI COMPARATISTICA ED UN PRIMO SGUARDO ALLE SUE CRITICITÀ

1. Le caratteristiche essenziali della disciplina.....	4
1.1. L'ambito soggettivo.....	6
1.2. Il presupposto applicativo della norma: il controllo.....	6
1.3. Le condizioni.....	7
1.4. La causa di disapplicazione.....	8
1.5. La tassazione per trasparenza.....	9
1.6. Una forma di collaborazione tra pubblica amministrazione e contribuente: il comma 11.....	11
2. Brevi cenni ad altre normative europee.....	11
2.1. Una sommaria disamina del jurisdictional approach e del transactional approach.....	12
2.2. La legislazione francese: una normativa che funziona.....	13
2.3. La disciplina spagnola.....	15
2.4. Osservazioni al termine della comparazione.....	17
3. Il decreto legislativo 142/2018 e il recepimento della Direttiva ATAD.....	18
3.1. Il panorama internazionale anteriore alla Direttiva ATAD: il progetto BEPS.....	18
3.2. La Direttiva ATAD.....	20
3.3. Il recepimento della Direttiva ATAD: il decreto legislativo 142/2018... 3.3.1. La disciplina CFC anteriforma.....	24 25
3.3.2. La nuova disciplina post-riforma.....	26
4. La Circolare 18/E 27 dicembre 2021.....	30

4.1. La mutuata finalità della disciplina.....	31
4.2. Criteri per il calcolo della tassazione effettiva all'estero e per la tassazione virtuale in Italia.....	31
4.3. Chiarimenti sulla circostanza esimente.....	32
4.4. L'interpello probatorio ex comma 5.....	33
4.5. Le garanzie previste per il contribuente.....	34
5. L'approccio della fiscalità internazionale: aspetti critici.....	35
5.1. Le soluzioni proposte dalla scienza economica.....	36
5.2. La realizzabilità della "proposta illuminista"	37
5.3. Una normativa fiscale che funziona: gli Stati Uniti e la riforma Trump...37	
5.4. L'approccio americano e l'approccio nella Direttiva ATAD: modelli a confronto.....	39
5.5. Conclusioni: uno scenario piuttosto complesso.....	39
5.6. Recenti sviluppi in tema di fiscalità internazionale: come l'economia globale ha cercato di reagire al panorama globale.....	40
5.6.1. Il Pillar two: una soluzione efficace al problema?.....	40
5.7. Questioni da risolvere.....	42
5.8. L'accoglimento del Pillar two a livello europeo: la proposta di Direttiva della Commissione europea.....	43

2. LA LIBERTÀ DI STABILIMENTO E LE DISCIPLINE ANTIABUSO: UN DIFFICILE BILANCIAMENTO TRA GARANZIE E RISCHIO DI FENOMENI ELUSIVI ALLA LUCE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA

1. La libertà di stabilimento prevista all'interno dei Trattati.....	44
1.1. Un fenomeno con problematiche simili alla CFC: l'esterovestizione...46	
1.2. Il tema del "place of effective management"	49
1.3. La configurabilità di un comportamento abusivo.....	51
1.3.1. Il caso Dolce e Gabbana.....	52
1.4. Legami e differenze tra esterovestizione e disciplina CFC.....	53
2. La cruciale sentenza Cadbury Schweppes e la recente giurisprudenza nazionale ed europea in tema di esterovestizione.....	55

2.1. La sentenza Cadbury Schweppes.....	55
2.1.1. Il fatto.....	55
2.1.2. Le questioni affrontate.....	56
2.2. Osservazioni finali.....	58
2.3. La comunicazione della Commissione n. 785/2007.....	59
3. La recente giurisprudenza nazionale ed europea.....	61
3.1. Il caso X GmbH causa C-135/2017.....	61
3.2. Le recenti posizioni espresse dalla Corte di Cassazione: l’ordinanza 17849/2021 e il contrasto con la sentenza Cadbury.....	64
3.3. Osservazioni sui recenti arresti giurisprudenziali in Italia.....	65
3.4. L’ordinanza 23150/2022 e l’ordinanza 23225/2022.....	66
3.5. Esterovestizione: un fenomeno di evasione o di elusione?.....	68
3.6. Considerazioni conclusive riguardo la giurisprudenza in tema di esterovestizione.....	70
3.7. La dimostrazione di una pratica elusiva: un’analisi che va compiuta caso per caso.....	71
4. Un’altra pratica elusiva: la stabile organizzazione occulta.....	73
4.1. L’ordinanza Cass. 21693 dell’8 ottobre 2020.....	75
4.2. L’esterovestizione e la stabile organizzazione occulta: due fenomeni molto diversi fra loro.....	76
5. Il confine sottile tra lecito risparmio d’imposta e volontà di evasione.....	77
5.1. La divergenza tra le normative nazionali.....	78
5.2. Il criterio del “case by case”.....	78
5.3. La pianificazione fiscale.....	79
5.4. Osservazioni: un quadro complesso di non facile lettura.....	80

3. L’INVERSIONE DELL’ONERE ALLA PROVA E LA SUA COMPATIBILITÀ CON I PRINCIPI COMUNITARI

1. Il comma 5.....	83
1.1. Un primo elemento da analizzare: l’interpello di cui al comma 5 e il contraddittorio di cui al comma 11.....	85

1.2. Un elemento di vantaggio per il contribuente: l'eventuale utilizzo del monitoraggio fiscale.....	87
1.3. Problematiche simili: il comma 5 bis dell'articolo 73 del TUIR.....	88
1.4. Breve riflessione sull'uso delle circolari.....	90
2. Le posizioni espresse dall'AIDC: spunti di riflessione.....	92
2.1. La denuncia del 12 marzo 2016.....	92
2.1.1. La sentenza Eurofood IFSC del 2004.....	95
2.1.2. Più nello specifico: il contrasto con i principi comunitari.....	96
2.1.3. Le soluzioni proposte dall'AIDC.....	99
2.2. La denuncia integrativa dell'AIDC del 26 settembre 2018.....	100
2.3. Conclusioni in merito alla posizione espressa dall'AIDC nel 2018.....	102
3. L'onere alla prova e il principio di proporzionalità: analisi della giurisprudenza europea.....	104
3.1. Breve cenno sulla posizione della CGUE davanti ai diritti dei contribuenti.....	104
3.2. Alcuni precedenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia.....	105
3.3. Alcune riflessioni sul tema dell'onere alla prova.....	108
3.4. Il caso Eqiom SAS.....	109
3.5. Il rapporto tra l'inversione dell'onere alla prova e il principio del giusto processo.....	111
3.6. Un'altra argomentazione a sostegno dell'errata inversione dell'onere alla prova: lo scambio di informazioni fra Stati membri.....	113
4. L'interpello probatorio e le sue problematiche.....	114
4.1. L'interpello probatorio e il diritto a una buona amministrazione.....	116

4. LA POSIZIONE DEL CONTRIBUENTE ALLA LUCE DELLE RECENTI EVOLUZIONI E DELLE POSSIBILI PROSPETTIVE FUTURE

1. Le nuove frontiere internazionali per il contrasto all'elusione fiscale internazionale.....	119
1.1. La Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 18/05/2021.....	120

1.2. La Direttiva 2021/2101 del Parlamento europeo e del Consiglio.....	122
1.3. La proposta di Direttiva sulle Shell Companies e la sua potenziale sovrapposizione con la disciplina CFC.....	126
2. L'uso dell'intelligenza artificiale come strumento di limitazione dei fenomeni evasivi ed elusivi.....	132
2.1. Le caratteristiche dei sistemi automatizzati.....	132
2.2. I limiti all'uso dell'intelligenza artificiale in virtù dei diritti dei contribuenti.....	134
2.3. Una possibile via di mezzo: contraddittorio preventivo con il contribuente per la valorizzazione della valutazione umana.....	136
3. La riforma del processo tributario: osservazioni necessarie.....	137
3.1. La riforma dell'onere alla prova in sede processuale.....	138
3.2. L'influenza del nuovo onere alla prova in sede processuale sulla motivazione del provvedimento.....	141
3.3. Il contribuente e il processo tributario: una ulteriore sede di riflessione.....	141
CONCLUSIONI.....	144
BIBLIOGRAFIA.....	148

INTRODUZIONE

La disciplina italiana sulle *controlled foreign companies*, rinvenibile all'interno dell'articolo 167 del TUIR, ha da sempre suscitato, sin dalla sua primaria formulazione, un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

La difficoltà nel compiere un adeguato bilanciamento tra gli interessi coinvolti nella sua applicazione, contribuente da un lato e pubblica amministrazione dall'altro, ha rappresentato il punto focale dell'analisi condotta da giudici e studiosi, nella speranza di poter trovare un adeguato punto di incontro tra esigenze diametralmente opposte.

Le problematiche legate alla difficoltà nel rintracciare un'adeguata soluzione al problema offrono un importante spunto per un'analisi sul tema; analisi che appare essenziale soprattutto al giorno d'oggi, in cui il rapporto fra fisco e contribuente risulta in continua evoluzione.

Il panorama odierno sembra oscillare fra tendenze tradizionaliste, che si rifugiano in una inevitabile *primazia* dell'Amministrazione finanziaria in virtù dell'interesse fondamentale rappresentato dal garantire una sufficiente entrata di gettito fiscale, e tendenze maggiormente progressiste, che pian piano fanno scorgere maggiore speranza per il cittadino di vedersi riconosciuto un trattamento più adeguato alla sua legittima pretesa di partecipare alla spesa pubblica in base alla sua *reale* capacità contributiva, per come gli è stato riconosciuto dalla stessa Carta costituzionale; un trattamento che deve essere necessariamente basato sul concetto di parità delle armi.

Anche a livello internazionale, i governi statali oppongono forte resistenza nell'adozione di strumenti idonei a fronteggiare il fenomeno.

E quando l'adozione è avvenuta, le norme di recepimento nazionali hanno avuto la capacità di trasformare la *ratio* propria dell'istituto, distorcendo il significato proprio della disciplina a vantaggio dei propri interessi.

Ciò ha comportato, e continua a comportare, un illegittimo sacrificio dei diritti del cittadino, che non si è visto e non si vede riconosciuto una tutela che è indubbiamente dovuta, rappresentando gli interessi dei singoli interessi della stessa identità statale.

Proprio da questa constatazione prende passo la nostra analisi, che cercherà di evidenziare, con l'ausilio di ampia giurisprudenza e di autorevoli studiosi, l'insoddisfazione che permea il rapporto tra fisco e contribuente.

La disciplina CFC è uno degli esempi emblematici in cui la battaglia contro le condotte elusive determini una condizione di perenne svantaggio per il singolo, giustificata, secondo l'ottica delle amministrazioni statali, dalla supremazia di alcuni interessi a discapito di altri.

Ma fino a dove il sacrificio può arrivare? *In che misura* il cittadino deve necessariamente vedersi sacrificato un proprio diritto?

È proprio in questo contesto che entra in gioco il principio di proporzionalità, che rappresenterà costante parametro del presente elaborato.

D'altro canto, la linea d'azione estremamente conservatrice seguita dalle amministrazioni pubbliche, che trova la sua giustificazione nel soddisfare le proprie ragioni erariali, non sembra esser supportata da alcuna giurisprudenza europea, che si è da sempre opposta fermamente ad interpretazioni ed applicazioni errate di discipline antielusione, nate dalla diversa necessità di mettere un freno a frodi nel mondo fiscale.

Perché allora il legislatore nazionale, come anche il mondo giudiziario, sembrano restii nell'accogliere il novero di principi fondamentali che entrano in gioco?

Seppur le imposte dirette siano competenza esclusiva degli Stati membri, gli stessi sono in ogni modo tenuti al rispetto dei principi generali caratterizzanti l'Unione Europea. E allora per quanto si può ritenere tollerabile un mancato adeguamento agli stessi? Per quanto l'Italia, come anche altri paesi europei, sarà giustificata?

Il tentativo di dare adeguate risposte a queste domande caratterizzerà la presente attività di ricerca, pur apparendo al momento estremamente difficile adottare una soluzione definitiva al problema.

Una risoluzione conclusiva appare un'illusione utopica guardando non solo al panorama giuridico italiano, ma anche ponendo l'attenzione sui recenti interventi normativi europei, che non sembrano in grado di eliminare una volta per tutte le incertezze che hanno dato adito a notevoli sforzi interpretativi in dottrina e in giurisprudenza.

L'analisi partirà da una sommaria indicazione delle caratteristiche proprie della disciplina CFC italiana, all'interno della quale saranno offerti spunti comparatistici ed accenni su recenti interventi internazionali in materia di lotta alla pianificazione fiscale aggressiva.

Successivamente, il capitolo due sarà dedicato ad un esame delle innumerevoli pronunce della Corte di Giustizia, all'interno delle quali si è fornita una definizione di "attività economica effettiva" ed è avvenuta la cristallizzazione dell'approccio *case by case*. Definizione, quella di attività economica effettiva che, come vedremo, è stata più volte

indebitamente ampliata da parte della Cassazione italiana in occasione di sentenze inerenti a fenomeni giuridici che presentano le medesime problematiche, ossia l'esterovestizione e la stabile organizzazione occulta.

Il punto focale della nostra trattazione sarà invece rinvenibile nel terzo capitolo, all'interno del quale la riflessione verterà *in toto* sull'approfondimento del difficoltoso onere della prova gravante sul contribuente, nonché sull'interpello probatorio previsto in materia, traendo spunto dalla posizione costante assunta dai giudici europei nonché da riflessioni fornite dall'AIDC.

Da ultimo, saranno offerti spunti sul complesso ed intricato panorama internazionale ed italiano odierno, essenziale per completare il nostro quadro di riflessione che risulta, oggi più che mai, complesso.

CAPITOLO 1

-

LA DISCIPLINA DELLE CONTROLLED FOREIGN COMPANIES: UN'ANALISI COMPARATIVISTICA ED UN PRIMO SGUARDO ALLE SUE CRITICITÀ

SOMMARIO: 1. Le caratteristiche essenziali della disciplina – 2. Brevi cenni ad altre normative europee – 3. Il decreto legislativo 142/2018 e il recepimento della direttiva ATAD — 4. La circolare 18/E 27 dicembre 2021 – 5. L'approccio della fiscalità internazionale: aspetti critici

1. Le caratteristiche essenziali della disciplina

La disciplina CFC viene introdotta all'interno del nostro ordinamento con la legge n. 342 del 2000, che introduce nel TUIR l'articolo 127 *bis*, seppur con finalità e modalità differenti rispetto a quelle ad oggi adottate dalla normativa in vigore.

L'attuale formulazione dell'articolo 167 del TUIR è il risultato della più recente modifica apportata al presente articolo dal decreto legislativo 142/2018¹.

La *ratio*, ad oggi, va ricercata nell'intento del legislatore di limitare, nella misura maggiore possibile, fenomeni di elusione fiscale da parte di imprese, le quali abbiano deciso di operare a livello internazionale, tramite l'impiego di società controllate residenti in paesi diversi dallo Stato italiano: era infatti assai frequente, anteriormente all'introduzione di una disciplina idonea a contrastare il fenomeno, costituire società controllate all'estero, la cui tassazione in Italia poteva avvenire solo ed unicamente una volta che vi fosse stato un rimpatrio dell'utile, ossia solo una volta che i dividendi fossero stati distribuiti. Gli operatori economici approfittavano quindi di una tassazione *sine die* del reddito prodotto, con la emergenza di fenomeni di *tax deferreal*²; inoltre, le società

¹Cosiddetto "Decreto ATAD", rappresentando il recepimento a livello nazionale dei dettami della Direttiva ATAD, di cui parleremo in seguito;

²la lotta al *tax deferreal* costituiva l'originaria *ratio* della normativa;

controllate venivano localizzate in paesi a cosiddetta “fiscalità privilegiata”, comportando una sostanziale mancanza di tassazione del reddito prodotto all'estero da parte dello Stato in cui l'impresa controllata risultava ubicata.

Ad oggi, l'originale funzione che nel 2000 aveva dato vita alla disciplina in esame, ossia porre un freno ai fenomeni di delocalizzazione del reddito che portavano al *tax deferral*, è stata soppiantata dall'unica funzione che, secondo la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia e compatibilmente con il novero di principi europei in materia, appare alla norma attribuibile: la *ratio* va ricercata nell'obiettivo di impedire fenomeni fiscali consistenti nella costituzione di società fittizie all'estero, le quali risultino costituite *al sol fine* di ottenere una totale erosione della base imponibile imputabile a queste ultime. A tal proposito, si è ormai concordi³ nel ritenere che solo una esigenza così imperativa, come quella di evitare fenomeni di elusione, possa pienamente giustificare una normativa fortemente restrittiva della libertà di stabilimento garantita dai Trattati per il contribuente⁴.

Cosa comporta l'applicazione della disciplina CFC? È previsto un meccanismo di tassazione per cui i redditi prodotti da parte delle società controllate residenti all'estero vengano imputati, tramite un meccanismo di tassazione per *trasparenza*, all'impresa madre residente in Italia; detta imputazione avviene in proporzione alle quote di partecipazione agli utili che l'impresa controllante detiene; possiamo quindi dire che l'ordinamento adottato in questo caso una *fictio iuris*, trattando a fini fiscali il reddito prodotto all'estero come se fosse stato prodotto in Italia.

Ricordiamo, da ultimo, che il reddito in esame viene soggetto a tassazione separata: di conseguenza, il reddito verrà tassato separatamente rispetto al resto del reddito prodotto dall'impresa controllante residente in Italia.

Dopo una breve illustrazione delle principali caratteristiche della CFC, è opportuno analizzare l'articolo 167 del TUIR più nel dettaglio.

1.1.1. L'ambito soggettivo

³La questione è stata più volte analizzata dalla CGUE;

⁴vedremo poi come, in realtà, l'Italia non abbia da subito aderito all'ottica fornita dai giudici europei;

Il primo comma dell'articolo 167 TUIR prevede testualmente “*le disposizioni del presente articolo si applicano alle persone fisiche e ai soggetti di cui agli articoli 5 e 73, comma 1, lettere a), b) e c), nonché, relativamente alle loro stabili organizzazioni italiane, ai soggetti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera d), che controllano soggetti non residenti, come definiti ai commi 2 e 3.*”

Volendo semplificare, sono soggetti destinatari della norma tutti i soggetti passivi IRPEF ed IRES residenti nel territorio dello stato⁵, nonché i soggetti non residenti che abbiano una stabile organizzazione in Italia⁶.

1.2. Il presupposto applicativo della norma: il controllo

Un soggetto può essere considerato *soggetto controllato non residente* qualora venga integrata, alternativamente, una delle condizioni previste dal secondo comma⁷, ossia:

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.

In aggiunta alle due ipotesi tradizionali di controllo, unicamente ai fini dell'articolo in questione, si considerano soggetti controllati non residenti: le stabili organizzazioni

⁵ Ciò prescindendo totalmente dal fatto che siano o meno soggetti che producono reddito d'impresa: da questo emerge la *ratio* della disciplina di voler evitare delocalizzazioni fittizie, prescindendo dalla natura giuridica dei soggetti coinvolti;

⁶ ovviamente nei limiti delle partecipazioni imputabili al patrimonio della stabile organizzazione situata in Italia; l'estensione della disciplina alle stabili organizzazioni è avvenuta con la più recente riforma del 2018.

⁷ Siamo davanti ad un criterio alternativo, dovendo essere soddisfatta *una* delle condizioni previste dal comma 2;

all'estero dei soggetti di cui al comma 2⁸; le stabili organizzazioni di soggetti residenti che abbiano optato per il regime di cui all'articolo 168 ter⁹, ossia per il regime della *participation exemption*.

1.3. Le condizioni

Il contenuto essenziale della norma è senza dubbio rinvenibile nel comma 4; precisamente, il citato comma indica quali siano le condizioni all'avvenire delle quali la norma risulti applicabile. A ben vedere, è proprio dal quarto comma che emerge la natura *ibrida*¹⁰ della normativa italiana, che si presenta come una commistione tra il *jurisdictional approach* ed il *transactional approach*¹¹.

Le condizioni devono sussistere *congiuntamente* e consistono in due *test*:

- *Tax rate test*: al fine di verificarne la sussistenza, risulta necessario confrontare il livello di tassazione *effettivo* dello stato estero con il livello di tassazione *virtuale* italiano¹², per cui per tassazione virtuale si intende la tassazione a cui, alle medesime condizioni, sarebbe sottoposta la società se avesse residenza fiscale in Italia. Il test consiste nel verificare se la tassazione effettiva all'estero risulti inferiore alla *metà* della tassazione che si avrebbe nello Stato italiano: qualora tale condizione si verifici, il requisito deve ritenersi soddisfatto;

⁸anche questo riferimento alle stabili organizzazioni è ovviamente conseguente alla riforma avvenuta nel 2018;

⁹ Regime dell'esenzione degli utili e delle perdite per le stabili organizzazioni di una società residente in Italia;

¹⁰ Salvini L., *Diritto tributario delle attività economiche*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2019;

¹¹Sulla differenza tra i due regimi si ritornerà più volte;

¹²Risultano tutt'ora applicabili i criteri indicati dal Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate del 16 settembre 2016;

A tal proposito, ai fini del calcolo della tassazione effettiva sussistente nello Stato estero, si fa ricorso a criteri di calcolo semplificati, che risultano indicati principalmente tramite lo strumento delle circolari, emanate dall’Agenzia delle Entrate¹³;

- *Passive income test*: i proventi realizzati dalle società controllate devono essere rappresentati per almeno un terzo da *passive income*¹⁴. La legge ci fornisce un elenco, che può esser considerato esaustivo, di attività rientranti in questa categoria di proventi¹⁵:

- 1) *interessi o qualsiasi altro reddito generato da attivi finanziari;*
- 2) *canoni o qualsiasi altro reddito generato da proprietà intellettuale;*
- 3) *dividendi e redditi derivanti dalla cessione di partecipazioni;*
- 4) *redditi da leasing finanziario;*
- 5) *redditi derivanti da attività assicurativa, bancaria e altre attività finanziarie;*
- 6) *proventi derivanti da operazioni di compravendita di beni con valore economico aggiunto scarso o nullo effettuate con soggetti che, direttamente o indirettamente, controllano il soggetto controllato non residente;*
- 7) *proventi derivanti da prestazioni di servizi, con valore economico aggiunto scarso o nullo, effettuate a favore di soggetti che, direttamente o indirettamente, controllano il soggetto controllato non residente, ne sono controllati o sono controllati dallo stesso soggetto che controlla il soggetto non residente*¹⁶.

1.4. La causa di disapplicazione

La causa di disapplicazione prevista dall’articolo 167 del TUIR ha dato adito a numerosi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali, rappresentando senza dubbio uno dei punti più problematici della disciplina. In particolare, il comma 5 dell’articolo prevede che

¹³Tempestini A., *Calcolo del livello di tassazione effettiva per l’applicazione del regime CFC*, in “il fisco” p. 547, 7 febbraio 2022;

¹⁴ossia proventi passivi;

¹⁵Elencazione che risulta implementata rispetto al passato;

¹⁶per l’identificazione di questi servizi di “valore scarso o nullo” si rimanda ad apposito decreto del ministro dell’economia e delle finanze di cui al comma 7 dell’articolo 110 del TUIR;

l'impresa madre possa dimostrare, ai fini della disapplicazione della norma, che le società controllate svolgono una *attività economica effettiva*¹⁷, *mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali*, impedendo così che la tassazione delle ultime avvenga per trasparenza nello Stato del soggetto controllante. Il contribuente può, al fine di adempiere al presente onere probatorio, rivolgersi all'amministrazione finanziaria tramite interpello¹⁸ previsto dall'articolo 11, comma 1, lettera B della legge 212/2000¹⁹.

Il contribuente, nel dover fornire gli elementi previsti per la disapplicazione della CFC, versa in una situazione di grande difficoltà, tanto da poter parlare, secondo numerosi cultori della materia, di una vera e propria *probatio diabolica*; da ciò discende la grande problematicità della normativa.

Inoltre, più volte vi è stato un mutamento da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea dell'interpretazione fornita riguardo alla nozione di *attività economica effettiva*²⁰. La varietà tra i numerosi approcci interpretativi dei giudici europei sulla definizione del fenomeno porta alla luce l'emergere di un potenziale conflitto, che potrebbe porsi tra l'ondivaga giurisprudenza della CGUE in materia e il principio del legittimo affidamento rinvenibile nei Trattati europei, nonché una ipotizzabile lesione del principio di proporzionalità. Ma su questo si tornerà in seguito;

1.5. La tassazione per trasparenza

Il sesto comma ci indica le modalità con le quali il reddito risulti tassato; ricorrendo le condizioni previste dal comma 4, la tassazione dei soggetti controllati avviene *per trasparenza*, in capo al soggetto controllante e come se il reddito fosse stato prodotto interamente in Italia.

¹⁷ la problematicità della nozione di "attività economica effettiva" è stata più volte affrontata dalla CGUE;

¹⁸Prima del decreto legislativo 147/2015 l'interpello era obbligatorio; ora è facoltativo; quindi, il contribuente può presentare interpello ovvero riservarsi di fornire la prova in questione nel momento successivo del controllo svolto da parte dell'amministrazione finanziaria;

¹⁹ Per i soggetti che aderiscono al regime di adempimento collaborativo è previsto che sia possibile presentare detto interpello a prescindere dalla sussistenza delle condizioni di cui al comma 4.

²⁰ Uno dei casi chiave fu il caso Cadbury Schweppes, 2006, su cui torneremo in seguito.

L'imputazione del reddito avviene nel periodo di imposta del soggetto controllante *“in corso alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto controllato non residente, in proporzione alla quota di partecipazione agli utili del soggetto controllato non residente da essi detenuta, direttamente o indirettamente.”*

La norma si preoccupa di richiamare anche il caso in cui vi sia una partecipazione indiretta tramite soggetti residenti ovvero stabili organizzazioni nel territorio dello Stato di soggetti non residenti: nel presente caso, l'imputazione del reddito avviene in proporzione alle rispettive quote di partecipazione.

È importante ricordare come l'applicazione del meccanismo di tassazione per trasparenza comporti due importanti conseguenze:

- un'anticipazione temporale del momento in cui il tributo viene riscosso, rendendo la tassazione indipendente dall'eventuale futura distribuzione dei dividendi ai soci²¹;
- una modificazione dei criteri utilizzati ai fini della determinazione dell'imposta: quest'ultima non verrà calcolata partendo dall'utile civilisticamente determinato, bensì partendo dall'utile “fiscale”²², ossia l'utile rideterminato tramite le variazioni in aumento e in diminuzione previste dalla normativa italiana²³.

Come indicato dal comma 7, la determinazione del reddito avviene basandosi sulla classificazione del soggetto controllato, seguendo i criteri indicati dalla legge interna. Esso è soggetto a tassazione separata, tassazione ottenuta applicando un'aliquota media che non deve ad ogni modo essere inferiore all'aliquota prevista per i soggetti passivi IRES²⁴;

Da ultimo, ai fini di evitare la doppia imposizione, si ricorre, secondo quanto indicato dal comma 8, al meccanismo del credito d'imposta limitatamente alle imposte che sono state precedentemente pagate all'estero da parte dei soggetti controllati secondo la potestà impositiva dello Stato terzo²⁵.

²¹I dividendi non saranno tassabili nei limiti in cui quel reddito è stato già tassato per trasparenza; tale regola costituiva lo strumento con cui limitare il fenomeno del *tax deferral*, col quale si ritardava il più possibile la distribuzione degli utili al fine di non dar vita a reddito tassabile nel territorio italiano;

²²Salvo alcuni regimi eccezionali; es. l'ACE.

²³Salvini L., *diritto tributario delle attività economiche*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2019;

²⁴24%

²⁵ All'espressione “Stato terzo” non si attribuisca una definizione tecnica, intendendosi in questo caso per “Stato terzo” uno stato diverso da quello italiano;

1.6. Una forma di collaborazione tra pubblica amministrazione e contribuente: il comma 11

Espressione dell'ottica collaborativa tra contribuente ed amministrazione finanziaria, il comma 11 prevede che l'Agenzia delle entrate, prima di poter emettere un avviso di accertamento d'imposta o di maggiore imposta, sia tenuta a notificare all'interessato un *avviso* col quale conceda la possibilità al contribuente di fornire, entro il termine di 90 giorni, la prova per la disapplicazione della normativa prevista dal precedente quinto comma²⁶; inoltre, a tutela del contribuente si prevede che, nel caso in cui l'amministrazione finanziaria non ritenga sussistere i requisiti previsti per la disapplicazione, quest'ultima debba motivarne l'insussistenza all'interno dell'avviso di accertamento, dando conto degli elementi valutati e di quelli forniti dal contribuente; l'amministrazione finanziaria sarà quindi tenuta a redigere una *motivazione rafforzata*²⁷. Da ultimo, nel caso in cui a seguito del contraddittorio preventivo ex comma 11 ovvero a seguito di risposta positiva dell'amministrazione finanziaria all'interpello probatorio precedentemente presentato, il contribuente sarà tenuto a dare idonea segnalazione, all'interno della propria dichiarazione dei redditi, di eventuali partecipazioni in società controllate all'estero, qualora risultino sussistere i requisiti precedentemente indicati di cui al comma 4.

Analizzata per sommi capi la normativa vigente, appare utile svolgere una breve ma utile analisi comparatistica con discipline CFC simili presenti in altri paesi europei.

2. Brevi cenni ad altre normative europee

²⁶Come previsto dal comma 12, questa prova non deve essere fornita in sede di controllo nel caso in cui il contribuente abbia ricevuto risposta positiva all'istanza precedente di interpello, fatti salvi eventuali controlli da parte dell'AF in merito alle informazioni fornite.

²⁷Vedremo come talvolta l'amministrazione fornita dall'AdE non presenti propriamente i caratteri della motivazione "rafforzata";

La presenza all'interno del nostro sistema normativo della disciplina CFC nasce dalla spinta data a livello europeo di dotarsi di un sistema idoneo a fronteggiare fenomeni elusivi a livello internazionale. Questa esigenza trova una sua espressione all'interno di un famoso documento dell'OCSE risalente al 1998: "*Harmful Tax Competition: an Emerging Global Issue*"; questo report affronta il grande problema delle politiche fiscali dannose adottate dai contribuenti che mirino ad ottenere una erosione dell'imponibile; in più, si impegna a spronare gli Stati ad adottare, nel minor tempo possibile, una normativa di contrasto *ad hoc* a livello statale.

Dinanzi a questo urgente esigenza, gli Stati membri hanno agito tramite due approcci differenti, che possono essere così sintetizzati:

- Alcuni Stati hanno adottato il metodo della tassazione per trasparenza, esattamente come nel nostro paese;
- Altri hanno fatto uso di metodi diversi, che risulta conveniente in parte analizzare.

Un primo esempio emblematico che ha scelto un approccio differenziato è rappresentato dalla legislazione francese²⁸.

Nonostante, quindi, si possa parlare di una certa similarità nelle normative che i diversi Stati hanno adottato per fronteggiare il fenomeno, è possibile ravvisare significative divergenze in due principali campi:

- Le condizioni richieste per l'applicazione della normativa;
- Il *metodo* adottato come giustificazione per la tassazione del reddito della controllata nello Stato dell'impresa madre, pur se sostanzialmente prodotto all'estero.

2.1. Una sommaria disamina del *jurisdictional approach* e del *transactional approach*

²⁸vedi Paragrafo 2.2;

Al fine di analizzare al meglio le discipline che seguono, risulta indispensabile esplicitare sommariamente la differenza intercorrente tra i due modelli normativi a cui le discipline nazionali hanno la possibilità di far riferimento:

- Il *transactional approach*²⁹ prevede che l'applicazione della disciplina CFC sia limitata unicamente ad *alcune fonti reddituali* prodotte dai soggetti esteri controllati, ossia limitata ai *proventi passivi*³⁰; i proventi passivi sono riferibili non tanto allo svolgimento dell'attività economica principale dell'impresa, bensì a quella forza economica della stessa che è insita in attivi facilmente collocabili presso le società estere, come beni immateriali e capitale;
- Invece, il *jurisdictional approach* prevede che la disciplina risulti applicabile a qualsiasi categoria reddituale, non limitandosi solo alla categoria dei proventi passivi, ma solo nel caso in cui il soggetto controllato sia localizzato in uno stato considerabile come un paradiso fiscale, facendo frequente utilizzo di *lists* che siano capaci di distinguere paesi a normale da paesi a basso livello di fiscalità. Quindi, questo secondo modello attribuisce rilevanza al *locus* in cui l'impresa estera risulta collocata.

2.2. La legislazione francese: una normativa che funziona

In Francia, la disciplina applicabile alle CFC è rinvenibile nell'articolo 209 B del *code general des impots*; la norma in vigore si presenta come il risultato di una riforma attuata dalla legge 891 del 2014³¹.

²⁹Gli USA hanno sempre fatto riferimento a questo modello;

³⁰canoni, interessi, dividendi ed altre tipologie di reddito;

³¹L'attuale norma è in vigore a partire dal primo gennaio 2015;

L'articolo si applica a quei soggetti giuridici che siano sottoposti all' IS³² qualora detengano la maggioranza delle quote, azioni ovvero diritti di voto di soggetti controllati situati all'estero³³;

In realtà, a partire dall'anno 2020, la percentuale di partecipazione è stata ridotta dal 50% al 40%: questo sicuramente determina un più ampio ambito di applicazione della normativa francese rispetto alla normativa italiana, visto che nel nostro paese è richiesta una percentuale di partecipazione più alta³⁴.

Dalla lettura del primo comma è possibile cogliere una prima significativa differenza rispetto al *metodo* adottato dallo Stato italiano; infatti, leggiamo³⁵:

“personne morale, organisme, fiducie ou institution comparable, établie ou constituée hors de France et que cette entreprise ou entité juridique est soumise à un régime fiscal privilégié au sens de l'article 238 A...”;

La normativa francese, quindi, fa riferimento a quegli Stati che possano essere considerati Stati caratterizzati da un *regime fiscale privilegiato*. I criteri utilizzati per l'identificazione di quei paesi da considerare a fiscalità privilegiata sono riconosciuti all'interno dello stesso *code general des impots*; in Italia invece, il riferimento a delle liste che definiscano paesi a bassissima fiscalità è caduto, per essere sostituito da un criterio *fattuale* che guarda al livello di effettiva tassazione e che quindi rinuncia totalmente ad un sistema che faccia uso di elencazioni³⁶.

La normativa francese ha un grande vantaggio, che la rende fortemente efficace ed è capace di limitare il numero di eventuali contenziosi con i contribuenti³⁷: la sua forza sta nella tecnica adoperata per rendere tassabile il reddito prodotto dalle società controllate; questo obiettivo come viene realizzato? La Francia considera quel reddito *come*

³²imposta francese corrispondente all'IRES;

³³una norma antiabuso riduce la percentuale dal 50% al 5% in presenza di determinate condizioni, ad esempio qualora più imprese francesi, anche se indipendenti, detengono più del 50% delle quote, azioni o dei diritti di voto;

³⁴Crosti A. Vignoli S., *percezione e maturazione dei dividendi black con diversi criteri normativi: uno sguardo alla Francia*, in “Fiscalità e commercio internazionale” p.14, 1 marzo 2021;

³⁵https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000029355796/;

³⁶Il sistema delle *black lists* e *white lists* presentava ampie problematiche, dovendo essere soggetto ad aggiornamento in continuazione; le liste si presentavano quindi di scarsa affidabilità;

³⁷A differenza del nostro paese in cui la normativa lascia ampio spazio a contenziosi;

distribuito nel momento in cui vi è la chiusura dell'esercizio della stessa società, indipendentemente dal fatto che vi sia o meno stata una effettiva distribuzione dei dividendi. Nel caso in cui la distribuzione non avvenga, è riconosciuta alla società controllante francese la deduzione delle imposte che risulterebbero dalla tassazione dei dividendi. Questo tipo di approccio differisce totalmente dall'approccio italiano e si dimostra sicuramente maggiormente razionale.

Al contrario, dalla lettura del secondo comma del presente articolo risulta come anche il *code general des impots* faccia riferimento ai fini della disapplicazione della disciplina, e al pari della normativa italiana, alla dimostrazione di “*une activité industrielle ou commerciale effective exercée sur le territoire de l'Etat de son établissement ou de son siège.*”, ossia di *una attività industriale o commerciale effettiva sul territorio in cui è situata la società controllata.*

Anche in Francia spetta al contribuente fornire la sussistenza di tali requisiti, gravando su di lui l'onere alla prova.

2.3. La disciplina spagnola

La disciplina spagnola prende il nome di **IFT**, ossia “*Trasparenza fiscale internazionale*”³⁸ e presenta numerosi punti di contatto con la disciplina italiana, tanto dal punto di vista dei requisiti richiesti ai fini dell'applicabilità della norma, quanto dal punto di vista dei dubbi di legittimità che possono porsi in riferimento ai Trattati europei.

La Spagna, come l'Italia, adotta un approccio che potremmo definire “*misto*”:

- Da un lato, rende tassabili non tutti i redditi prodotti dalla società situata all'estero, ma solo i cosiddetti *passive income*, aderendo così al *transactional approach*;
- Dall'altro, anche la Spagna ha deciso di fare utilizzo di “*white list*”, dando quindi rilievo al paese in cui l'impresa controllata è ubicata. Detta scelta mostra invece caratteristiche tipiche del differente *jurisdictional approach*.

³⁸in Spagna, quindi, il nome della normativa non deriva dalle condizioni (come in Italia) da cui ne deriva l'applicazione, bensì dagli effetti che si vogliono perseguire;

La dottrina, nell'analizzare la disciplina spagnola, si è più volte interrogata su quale potesse essere una valida giustificazione per assoggettare a tassazione redditi prodotti all'estero; il modello più confacente alla fattispecie risulta essere il cosiddetto “*increased ability to pay approach*”³⁹, ossia il modello che considera la produzione di reddito all'estero come un *incremento della capacità contributiva* dei soci della società controllante.

La norma presentava degli elementi di contrasto con la libertà di stabilimento, principio cardine della legislazione europea, nonché numerose problematiche legate alla scelta (poco saggia) del legislatore di distinguere la disciplina per le persone fisiche da quella per le persone giuridiche.

Per quanto attiene alla ipotizzabile incompatibilità con il principio della libertà di stabilimento, questa disciplina risultava essere applicabile non solo dinanzi a fattispecie di elusione fiscale, ossia non solo nel caso in cui la locazione all'esterno avesse come obiettivo evitare o differire nel tempo reddito sostanzialmente attribuibile allo stato spagnolo, ma anche quando, pur essendoci una attività economica effettiva, la società controllante detenesse una significativa componente di beni strumentali senza che questi profitti venissero rimpatriati⁴⁰. Nel rispetto dei principi europei, l'applicabilità della norma che prescindendo da un comportamento fiscale elusivo non può trovar luogo;

Inoltre, la norma presentava numerosi problemi di compatibilità anche con le convenzioni contro le doppie imposizioni, nonché con i commentari OCSE.

La questione è stata affrontata a seguito della storica sentenza Cadbury Schweppes⁴¹, dopo la quale si è intervenuti, nel 2008, con una riforma sull'articolo 107.15 del TRLIS, che ha teso perseguire l'obiettivo di eliminare dall'ambito applicativo della norma la fattispecie in cui si dimostri la sussistenza di un'attività economica effettiva; la norma, ad oggi prevede che, per sfuggire al regime in questione, debba essere dimostrata la sussistenza di una reale attività economica, all'interno della quale venga svolta un'attività d'impresa effettiva.

³⁹OCSE, *International Tax Avoidance and Evasion*, 1987, pag. 66;

⁴⁰Marin F.F., *trasparenza fiscale internazionale (IFT): il regime fiscale spagnolo delle controlled foreign companies*, in “Studi tributari europei”, gennaio 2013;

⁴¹Di cui tratteremo più avanti;

In realtà, ancora ad oggi, non sono venuti totalmente meno i profili di conflitto tra la normativa spagnola e la normativa europea. Volendo citare una giurisprudenza estremamente recente, la CGUE si è trovata ad affrontare un altro problema di compatibilità della normativa spagnola in relazione al principio di derivazione europea di *libertà di circolazione dei capitali*.

Infatti, la Corte di Giustizia, con sentenza 27 gennaio 2022, causa C-788/2019, ha sancito l'incompatibilità della legge spagnola col presente principio nella parte in cui prevedeva l'obbligo di dichiarazione relativamente agli attivi detenuti all'estero, ma non per quelli detenuti a livello nazionale. È evidente la disparità di trattamento davanti alla quale i contribuenti venivano a trovarsi⁴², dovendo dar conto dei soli attivi derivanti da attività estere, ma non di attivi derivanti dalla Spagna; si profila in merito anche una chiara violazione del principio di proporzionalità, presentandosi la disposizione eccessiva e non proporzionale al raggiungimento dell'obiettivo a cui la disciplina deve tendere.

2.4. Osservazioni al termine della comparazione

Dopo aver analizzato la normativa francese e la normativa spagnola, è possibile trarre alcune conclusioni riguardo, in generale, la disciplina CFC ad oggi in vigore nei vari Stati membri.

Nonostante le differenze che intercorrono tra le varie legislazioni dei singoli Stati europei, è possibile constatare che esista una unica grande questione caratterizzante il panorama comunitario: tutte le singole discipline nazionali pongono problemi di compatibilità tanto con normative europee quanto con disposizioni internazionali e, ad oggi, questi problemi non risultano essere facilmente risolvibili.

La posizione del contribuente risulta essere sempre svantaggiosa quanto all'onere di dover dimostrare la propria "innocenza"; la libertà di stabilimento non sempre appare

⁴²Franzoni P., Vinal Menendez Ponte D., *contraria al diritto UE la normativa spagnola sulla dichiarazione dei redditi e attività estere- Obbligo di dichiarazione dei redditi e delle attività all'estero nell'ordinamento spagnolo: sanzioni eccessive e ricadute sull'Italia*, in "Rivista di giurisprudenza tributaria" pag. 657, 1 agosto 2022;

garantita, ma anzi sacrificata a discapito del perseguimento dell'obiettivo, di indubbia illegittimità, di ottenere un maggiore gettito erariale. Davanti a questo panorama normativo, ci sarebbe da domandarsi come forse sarebbe conveniente dar vita ad una disciplina *unica* delle CFC in linea con i principi e con i dettami comunitari⁴³, in modo da non dover più affrontare problematiche di compatibilità;

Da ultimo, conviene ricordare come sentenze emanate nei confronti di un singolo Stato membro possano in ogni modo *ricadere* sul nostro ordinamento⁴⁴, viste le grandi somiglianze e la comunanza di problematiche che caratterizzano i diversi sistemi fiscali in materia; basti pensare alla sentenza appena analizzata nel caso spagnolo; una normativa simile è presente anche nel nostro ordinamento⁴⁵, salvandosi, al momento, dal giudizio negativo della Corte perché rispetta (almeno al momento così sembra) il principio di proporzionalità.

Ad ogni modo, la materia in esame sarà perennemente sottoposta all'attenzione della giurisprudenza europea, e sarà necessario avere particolare attenzione all'impatto che eventuali sentenze emanate da parte della Corte di Giustizia potranno avere sul nostro ordinamento.

3. *Il decreto legislativo 142/2018 e il recepimento della direttiva ATAD*

3.1. *Il panorama internazionale anteriore alla direttiva ATAD: il progetto BEPS*

Su proposta del G20, essendo ormai chiara l'inadeguatezza delle normative internazionali in tema di lotta contro l'erosione della base fiscale e contro il trasferimento elusivo degli utili all'estero, l'OCSE ha adottato, a partire dal 2013, il progetto BEPS (*base erosion*

⁴³Uno spunto in tema verrà affrontato all'interno dell'ultimo paragrafo del capitolo 1;

⁴⁴trattandosi in questi casi, dinanzi alla CGUE, di questioni interpretative che offrono importanti spunti per altri regimi similari;

⁴⁵anche per noi è previsto un obbligo differenziato di dichiarazione per attivi in Italia e attivi all'estero;

and profit shifting project). Il BEPS si è posto come obiettivo quello di combattere comportamenti posti in essere dai contribuenti nella gestione di imprese diffuse a livello transfrontaliero, preso atto che la disciplina fino ad allora utilizzata fosse totalmente inadatta a gestire il suddetto problema.

Il progetto BEPS si presenta composto da quindici azioni specifiche:

- Azione 1: combattere le problematiche connesse alle imprese digitali; la mancanza di norme idonee a gestire questo tipo di fenomeni, in cui manca effettivamente un *locus* in cui è localizzata un'azienda da un punto di vista materiale, provocava una errata tassazione, collocando il reddito prodotto in giurisdizioni diverse da quelle in cui sarebbe dovuto essere collocato. Il BEPS cerca, quindi, di intervenire sul punto, e di introdurre norme maggiormente confacenti al nuovo panorama internazionale;
- Azione 2: neutralizzazione degli effetti derivanti dagli accordi di disallineamento ibrido; disallineamenti i quali derivano dalle differenze esistenti tra i vari sistemi tributari interni ai singoli Stati;
- Azione 3: **rafforzamento della disciplina CFC**;
- Azione 4: limitazione delle detrazioni di interessi;
- Azione 5: evitare pratiche fiscali dannose, assicurando una maggiore trasparenza, guardando alla sostanza delle operazioni economiche poste in essere e facendo uso dello strumento dello scambio di informazioni;
- Azione 6: evitare che i contribuenti abusino delle normative previste all'interno delle convenzioni contro le doppie imposizioni, al sol fine di perseguire obiettivi di natura elusiva (c.d. *treaty shopping*);
- Azione 7: modifica della definizione di stabile organizzazione, al fine di impedire che vi sia un indebito vantaggio davanti ad un'entità che si presenta priva di sostanza economica;
- Azioni 8,9 e 10: revisione della disciplina del *transfer pricing*;
- Azione 11: studio dell'impatto che le condotte che realizzino fenomeni di elusione fiscale hanno sulla fiscalità internazionale, nonché studio su quali effetti avrebbero su detta situazione le misure correttive contenute nel progetto BEPS;
- Azione 12: si prevede uno scambio di informazioni tra le varie amministrazioni finanziarie riguardo agli schemi di pianificazione fiscale aggressiva; inoltre, si prevedono specifiche regole di *disclosure* a carico dei contribuenti che vogliono adottare schemi di pianificazione fiscale;

- Azione 13: obblighi specifici per le multinazionali; le imprese multinazionali sono obbligate a redigere un rapporto che attesti la quantità di reddito attribuibile a ciascun paese in cui i soggetti controllati sono situati; questi dati dovranno essere obbligatoriamente trasmessi all'amministrazione finanziaria;
- Azione 14: procedura di mutuo accordo; procedura che mira a rendere maggiormente tempestiva la risoluzione delle controversie relative alla doppia imposizione;
- Azione 15: al fine di attuare al meglio le direttive BEPS, si prevede l'adozione di misure di carattere multilaterale, nonché si raccomanda la modifica di precedenti accordi bilaterali già stipulati tra Stati, al fine di raggiungere un sistema normativo quanto più adatto al quadro economico internazionale attuale⁴⁶.

La *ratio* del BEPS è rappresentata, da un lato, dal garantire ai contribuenti che i sistemi fiscali nazionali, ai quali sono obbligati a rispondere, fossero non solo chiari, ma anche equi; dall'altro, fornire agli Stati membri indicazioni significative ed esaustive sulle modalità con cui combattere i maggiori fenomeni di elusione fiscale, tramite misure che si dimostrassero realmente adatte ed efficaci.

Un approccio di tipo internazionale risulta indispensabile anche al fine di evitare che gli Stati si avvalgano, nella gestione di suddetti fenomeni, di strumenti puramente nazionali che manifestino una totale assenza di volontà di coordinamento: questo comporterebbe un grande danno ai principi di cooperazione internazionale e, in più, una normativa senza dubbio scarsamente funzionale⁴⁷.

3.2. La direttiva ATAD

Quando parliamo delle direttive ATAD ci riferiamo ad un “pacchetto antielusione” costituito da due direttive emanate dalla Commissione europea: la direttiva 2016/1164 Ue e la direttiva 2017/952/Ue; detto pacchetto si è preoccupato di prevedere norme aventi

⁴⁶<https://tayros.bg/index.php/2021/04/05/ocse-g20-il-progetto-beps-base-erosion-and-profit-shifting/>;

⁴⁷Valente P., *Misure UE di contrasto all'elusione: prospettive future e impatto per il regime tributario italiano*, in “il fisco” p. 1151, 21 marzo 2016;

come principale obiettivo la limitazione di comportamenti che si sostanziano in pratiche di elusione fiscale, poste in essere soprattutto da grandi imprese ovvero da imprese multinazionali che operano in Stati diversi tramite soggetti economici controllati. Pratiche che tendono ad aggirare norme tributarie, ottenendo come risultato l'abbattimento della loro base imponibile relativamente al reddito prodotto negli stati esteri in cui operano tramite le proprie filiali.

I provvedimenti presi all'interno delle direttive ATAD rispecchiano il contenuto delle raccomandazioni fornite da parte dell'OCSE per raggiungere al meglio gli obiettivi prefissati dal progetto BEPS⁴⁸.

Per la parte che a noi interessa, la direttiva 2016/1164 Ue si è preoccupata di prevedere norme che razionalizzassero il calcolo del reddito attribuibile alle società estere, nonché norme di natura sistematica. Come previsto dal *considerando 3* della stessa Direttiva, è necessario che le norme della presente rimangano norme generali per poter meglio essere applicabili in tutti gli Stati membri dell'Unione Europea, attribuendo poi, in un momento successivo, ai singoli Stati stessi il compito di dar vita ad una disciplina di recepimento più specifica, pur dovendo questi ultimi, nel concepire una normativa interna, rispettare determinati *standard minimi*, i quali derivavano principalmente dalle raccomandazioni fornite in sede OCSE.

Il Consiglio, nel redigere la Direttiva, ha dato rilievo ad un aspetto essenziale, raccomandando agli Stati membri di prevedere una normativa che escludesse la sua applicazione nel momento in cui vi fosse, nello Stato terzo, una effettiva *sostanza economica*; questo al fine di compiere un *bilanciamento* tra la necessità di contrasto di fenomeni di erosione delle basi imponibili e la libertà di stabilimento riconosciuta a livello europeo quale diritto fondamentale.

In particolare, nell'*articolo 7* della Direttiva 1164/2016 ha introdotto significative novità in materia CFC:

- Si prevede l'applicazione della presente disciplina per quei soggetti che detengano, sia in maniera diretta che indiretta, più del 50% dei diritti di partecipazione agli utili, dei diritti di voto o del capitale in una società controllata residente all'estero; altro requisito essenziale è che vi sia, all'interno dello Stato estero, una tassazione effettiva

⁴⁸possiamo dire che gli obiettivi prefissati nel BEPS a livello internazionale sono stati recepiti a livello europeo per mezzo del pacchetto ATAD;

inferiore al 50% della tassazione prevista per gli stessi soggetti nella disciplina nazionale dell'impresa madre;

- La disciplina risulta applicabile in due casi:
 1. nel caso in cui i redditi non distribuiti siano rappresentati dalla nota categoria dei *passive income*, salvo che si dimostri che la società controllante svolge una *attività economica sostanziale* (articolo 2 della Direttiva ATAD);
 2. ovvero tutti i redditi non distribuiti che la direttiva dice provenire da “*costruzioni non genuine che sono state poste in essere essenzialmente allo scopo di ottenere un vantaggio fiscale*”⁴⁹. Lo Stato membro infatti può decidere *opzionalmente* di aderire non al regime categorico della lettera a, ma al regime *opzionale* della lettera b⁵⁰. In questo caso, il reddito verrà considerato al *valore normale*.

È opportuno osservare come risulti particolarmente complessa⁵¹ l'impostazione terminologica fornita dalla normativa in questione.

Il legislatore europeo, nel voler soddisfare l'intento di definire al meglio il concetto di “*costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale*”, adeguandosi fra l'altro al significato all'espressione attribuito nella sentenza Cadbury Schweppes, ha però ottenuto una sistema di difficile comprensione.

- Da ultimo, in linea con quanto previsto dalla disciplina italiana previgente, *l'articolo 8* della Direttiva stabilisce i criteri attraverso i quali debba avvenire la determinazione del reddito. In questa parte, nessuna novità significativa risulta essere presente e nessuna modifica futura appare necessaria. In sintesi:
 - A. Il reddito è calcolato applicando le norme relative allo Stato di appartenenza della società controllante;
 - B. Le perdite del soggetto controllato sono riportabili unicamente *in avanti*;
 - C. L'imputazione del reddito della controllata alla società controllante avviene secondo le quote di partecipazione detenute dalla società controllante;

⁴⁹una *costruzione non genuina* si configura “*qualora l'entità controllata non avrebbe potuto possedere gli attivi o non avrebbe assunto i rischi che generano la totalità o una parte dei suoi redditi se non fosse (stata) controllata da una società in cui le funzioni significative del personale che sono pertinenti per tali attivi e rischi sono svolte e sono funzionali al fine di generare i redditi della società controllata*”;

⁵⁰per cui l'applicabilità è prevista indipendentemente dalla categoria reddituale;

⁵¹Papotti R. A. Molinari F., *la disciplina CFC alla prova della direttiva anti-elusione dell'Unione Europea*, in “Corriere tributario” p. 2609, 12 settembre 2016;

- D. Il reddito è imputato nel periodo di imposta della controllante in cui l'esercizio della controllata si è chiuso;
- E. È permessa la deducibilità sia delle imposte pagate a fronte della distribuzione di dividendi, se già tassati in annualità precedenti per trasparenza, nonché la deducibilità delle imposte pagate eventualmente all'estero.

Prima che la Direttiva fosse recepita a livello italiano, molti erano i punti di collisione ravvisabili fra la nuova disciplina imposta dalla Direttiva e la disciplina previgente a livello nazionale⁵²:

- la legge italiana prevedeva ai fini dell'identificazione di un paese a fiscalità privilegiata un riferimento alla tassazione *nominale* e non alla tassazione *effettiva* dello Stato estero⁵³, non tenendo conto di elementi indispensabili per poter effettuare un raffronto reale e completo fra i due sistemi fiscali;
- l'ambito di applicazione risultava essere maggiore per due motivi: erano incluse anche situazioni di *controllo di fatto*; la disciplina CFC non risulta applicabile solo ai *passive income*, ma a qualsiasi tipo di reddito generato dalla società controllata;⁵⁴
- la normativa italiana prevedeva due discipline parallele. L'applicazione di una a discapito dell'altra risultava determinata dalla collocabilità dello Stato terzo all'interno della *white list*. In quest'ultimo caso, la norma prevedeva ai fini della sua applicabilità due condizioni: che i ricavi derivassero per la maggior parte da *passive income* (50%) e che il livello di tassazione effettiva all'estero fosse inferiore al 50% del livello di tassazione configurabile in Italia.
- infine, sussisteva una difformità terminologica, facendo la direttiva riferimento al concetto di "*imposta realmente versata*", diversamente dalla normativa italiana che utilizzava l'espressione "*tassazione effettiva*". Questa ultima difformità, però, si presentava come meramente letterale, essendo stato più volte stabilito, anche in sede OCSE, che le due espressioni assumessero il medesimo significato.

⁵²Benigni C., *Direttiva Anti-elusione: le novità*, in "Pratica fiscale e professionale" p.31, Milano, 26 settembre 2016;

⁵³In realtà, questa difformità non necessitava di una modifica a seguito della direttiva ATAD: questo perché la direttiva prevede degli standard *minimi*, standard che in riferimento a questo aspetto risultavano rispettati;

⁵⁴anche in questo caso non risulta necessaria una modifica, stante il rispetto degli standard minimi;

In virtù dei nuovi standard imposti dalla direttiva ATAD, il legislatore italiano, per dare attuazione alla Direttiva, è intervenuto con il Decreto legislativo 142 del 2018; è opportuno analizzarlo nel dettaglio.

3.3. Il recepimento della direttiva ATAD: il decreto legislativo 142/2018

La direttiva 1164 del 2016 dell'Unione Europea è stata recepita all'interno del nostro ordinamento grazie al Decreto legislativo 142 del 2018, che ha introdotto significative modifiche all'articolo 167 del TUIR, configurandone l'attuale formulazione.

Nonostante il Decreto abbia tentato di recepire tutte le indicazioni fornite dalla direttiva ATAD, sembra che la trasposizione delle disposizioni generali europee nelle specifiche norme nazionali non sia stata del tutto completa e corretta. Questo punto è fatto palese dalla denuncia compiuta dall'AIDC⁵⁵, indirizzata alla Commissione UE, in cui si segnala come la disciplina italiana in tema di inversione dell'onere alla prova si configuri in contrasto con i trattati europei; di conseguenza, il contrasto della normativa italiana con i principi europei, ad avviso dell'AIDC, non è venuto meno nonostante il recepimento della Direttiva in questione.⁵⁶ Questo perché la disciplina contenuta nel nuovo articolo 167 del TUIR appare manifestamente sproporzionata in confronto all'obiettivo da raggiungere, ossia la lotta contro l'elusione fiscale: la normativa evidenzia un significativo svantaggio per il contribuente, nonché si pone in contrasto con la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, che evidenzia come spetterebbe all'Amministrazione finanziaria fornire la prova che la CFC risulti applicabile ad una certa situazione concreta, ricorrendone ai requisiti previsti dalla legge. In merito a detta questione, appare interessante pensare che, in sede consultiva, ossia durante la fase di redazione e formazione della normativa di recepimento, le commissioni consultive di Camera e Senato avessero proposto la pena

⁵⁵si tornerà nello specifico sulla Denuncia in questione all'interno del terzo capitolo;

⁵⁶Avolio D., *il recepimento della direttiva ATAD e le nuove disposizioni in materia CFC*, in "il fisco" p. 253, 21 gennaio 2019;

della nullità per gli atti impositivi dell'amministrazione finanziaria che non fossero stati adeguatamente motivati. Queste indicazioni non sono però state recepite all'interno del Decreto, il quale prevede una motivazione rafforzata a norma del comma 11 dell'articolo 167, ma non a pena di nullità⁵⁷. Si potrebbe ragionare su come il riferimento alla nullità avrebbe potuto comportare un'applicazione più razionale e coscienziosa della normativa da parte dell'amministrazione finanziaria, ed avrebbe potuto sicuramente rappresentare uno strumento con cui limitare eventuali abusi nell'applicazione della stessa da parte del soggetto pubblico.

Risulta utile ricordare che, nonostante l'articolo 167 non sia stato oggetto di riforme successive al 2018, la sua applicabilità e la sua interpretazione sono stati fortemente influenzati da numerosi atti normativi successivi⁵⁸ nonché da posizioni giurisprudenziali espresse dalla CGUE. Nella prima categoria rilevano in particolare alcune Circolari dell'Agenzia delle Entrate; nella seconda, alcune importanti sentenze emanate dai giudici europei.

3.3.1. *La disciplina CFC anteriforma*

Prima dell'intervento riformatore del 2018, il sistema si presentava caratterizzato da una disciplina *duale*, ossia:

- Una disciplina pensata per quei soggetti controllati residenti in paesi inseriti nelle cosiddette *black list*; le liste nere erano composte da quei paesi all'interno dei quali si configurasse una tassazione *nominale inferiore alla metà* della tassazione virtuale che si avrebbe avuto, alle medesime condizioni, in Italia. La disapplicazione di questa prima disciplina era subordinata alla dimostrazione di *due alternative esimenti* previste nel previgente comma 5 della norma:
 - A. il contribuente avrebbe dovuto dimostrare, in sede di interpello, lo svolgimento di una attività *effettiva industriale o commerciale* come sua principale attività nello stato estero;

⁵⁷Il senso della motivazione rafforzata risulta in questo modo svilito;

⁵⁸anche se di valenza meramente interna;

B. il contribuente avrebbe dovuto dimostrare che la partecipazione del soggetto controllante nel soggetto controllato non rispondeva al fine di *localizzare indebitamente i redditi prodotti in Stati a fiscalità privilegiata*.

- Una disciplina per quei soggetti controllati collocati in paesi “white”⁵⁹, includendo anche gli Stati membri e gli Stati aderenti allo spazio economico europeo; in questo secondo caso, i requisiti per l’applicabilità della disciplina erano due, da verificarsi congiuntamente:

A. che il livello di tassazione *effettivo* (e quindi, da verificare in concreto) fosse inferiore alla metà del livello di tassazione virtuale italiana;

B. ed inoltre, che più del 50% dei proventi fossero rappresentati da proventi passivi.

Questa disciplina, prevista nel *comma 8 ter* del previgente articolo, prevedeva un’unica esimente: dimostrare che l’insediamento all’estero non avesse l’obiettivo di creare una *costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale*.

La previsione di discipline ed esimenti differenziate complicavano senza dubbio il quadro normativo italiano, rendendo la posizione in cui versava il contribuente ancor più gravosa di come ad oggi si presenta.

3.3.2. La nuova disciplina post-riforma

Constatato ciò, è opportuno passare alla disamina delle principali novità apportate dalla più recente riforma.

Il primo significativo aspetto di innovazione è dato dal venir meno del riferimento, ai fini dell’applicabilità della norma, alle cosiddette “white list” e “black list”; infatti, viene meno il regime previgente di carattere *duale* (la disciplina rispondeva a due logiche diverse in base alla collocazione della società controllata all’estero) e l’applicazione del regime fiscale CFC ha come parametro unico la soddisfazione di due requisiti congiunti: tassazione estera *effettiva* inferiore al 50% rispetto alla tassazione *virtuale* italiana;

⁵⁹Ciò a partire dalla riforma del 2010;

risultanza all'interno del conto economico di attività rappresentate per più di 1/3 da *passive income*⁶⁰.

Il venir meno dell'utilizzo di *black list* ai fini dell'applicazione della CFC ha rappresentato un punto di svolta fondamentale della riforma, dal momento che nel corso del tempo quest'ultime subivano rilevanti e costanti mutamenti, non rendendo né stabile né sicura, né di facile attuazione la comparazione relativamente alla tassazione dei paesi coinvolti.

È importante chiarire che il *passive income test* opera come “*condizione di ingresso*” all'interno della normativa, ma non determina alcuna modifica in merito all'approccio adottato dallo Stato italiano: ciò significa che l'Italia, in aderenza a quanto permesso dalla direttiva ATAD, ha deciso di mantenere un *jurisdictional approach*, e di conseguenza qualsiasi tipologia di reddito verrà imputata per trasparenza alla società controllante, e non solo i proventi passivi⁶¹. Secondo quanto messo in luce dalla relazione al Decreto stesso, detta scelta è stata adottata per facilitare tanto l'applicazione quanto la comprensibilità della norma, soddisfacendo ragioni di semplificazione che da tempo si avvertivano.

Il riferimento alle liste cade anche in relazione alla disapplicazione della disciplina; la seconda differenza ravvisabile rispetto alla disciplina previgente è infatti data dalla eliminazione delle vecchie esimenti previste dall'abrogato comma 8-ter, le quali si differenziavano in base al fatto che uno Stato fosse o meno considerato a fiscalità privilegiata⁶², e dall'introduzione di un'unica nuova esimente, ora prevista nel **comma 5** dell'articolo 167 del TUIR. In particolare, la nuova norma utilizza la nozione di “*attività economica effettiva, mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali*”. La nuova esimente, come abbiamo già visto, pur rispondendo ad esigenze di semplificazione,

⁶⁰Viene quindi superata la dualità di regimi previsti nella normativa precedente, raggiungendo un'unificazione della disciplina;

⁶¹l'approccio dello Stato italiano può esser definito “misto”: alcuni elementi depongono per un approccio *jurisdictional*, altri per un approccio *transactional*;

⁶²Precedentemente, era previsto che nel caso in cui si parlasse di uno stato a fiscalità privilegiata, il contribuente dovesse dimostrare di svolgere una *effettiva attività industriale o commerciale nel mercato dello Stato o del territorio di insediamento*, ovvero, che il reddito non fosse localizzato in paesi presenti nella “black list”; di contro, per i paesi presenti nelle *white list* era necessario dimostrare che l'insediamento all'estero non mirasse a conseguire un indebito vantaggio fiscale tramite una *costruzione artificiosa*;

mantiene la caratteristica di presentarsi fortemente a svantaggio del contribuente, che ancora una volta versa in una situazione in cui fornire la prova richiesta è particolarmente complesso; ma allo stesso tempo si presenta più ampia in confronto alla precedente, osservandosi come la nozione di “*attività economica effettiva*” risulti avere maggior campo di applicazione rispetto alla nozione di “attività industriale e commerciale”. Si è comunque reso necessario l’intervento chiarificatore dell’Agenzia delle Entrate nello specificare, nella pratica, quando ricorresse la presente esimente, soprattutto in relazione ad alcuni casi limite: questo è il caso delle holding *statiche*, nelle quali è difficilmente configurabile un effettivo impiego di personale, attrezzature, attivi e locali.⁶³

La riforma ha previsto anche un ampliamento dei soggetti controllati a cui la norma fa riferimento: infatti, il comma 3 dell’articolo 167 include tra questi ultimi anche le stabili organizzazioni all’estero dei soggetti controllati esteri, nonché le stabili organizzazioni all’estero di soggetti residenti in Italia nel caso in cui sia stato adottato il regime della *branch exemption*.

La riforma è intervenuta anche sul requisito del controllo, che ad oggi appare configurarsi come un controllo che potremmo definire, con termine atecnico, “*economico*”, essendo previsto che si realizzi nel momento in cui la società controllante abbia diritto a percepire oltre il 50% degli utili prodotti dal soggetto estero controllato. Questo tipo di definizione risulta maggiormente confacente alle caratteristiche che una disciplina come la CFC dovrebbe assumere, ossia una disciplina che guardi ad aspetti prevalentemente sostanziali e non formali (l’utilizzo di criteri meramente formali si ravvisava nel caso controllo di mero diritto).

La presunzione prevista dal previgente comma 5 *bis* della norma, che prevedeva un rafforzamento dell’esimente nel caso in cui i proventi fossero derivati per più del 50% dalla detenzione, gestione o investimento di titoli, partecipazioni, crediti, altre attività finanziarie ecc..., è venuta meno, essendo oggi prevista una unica esimente generalizzata.

Da ultimo, il legislatore è intervenuto sulla elencazione di quelle attività che rappresentano i proventi passivi, modificando quindi uno dei presupposti fondamentali per l’applicabilità della normativa.

⁶³l’Agenzia delle Entrate ha infatti chiarito come il diritto di stabilimento possa sostanziarsi anche in una mera detenzione di partecipazioni;

Sono sorte, a seguito della riforma, rilevanti criticità⁶⁴: ad esempio, è opportuno citare il comma 7 dell'articolo 13 del decreto legislativo 147/2018, il quale stabilisce l'applicabilità delle disposizioni del D.M. 429/2001⁶⁵, ove compatibili, in virtù della transitorietà della disciplina. A ben vedere, sarebbe stato auspicabile adottare un regolamento attuativo dell'attuale articolo 167 TUIR, strada che però si è preferito non percorrere.

Non risultando particolarmente facile il confronto tra la disciplina attuale e la disciplina pre-Decreto ATAD, è possibile utilizzare la tabella seguente fornita dalla stessa Agenzia delle Entrate all'interno di una circolare da essa emanata, la quale mette in risalto le principali modifiche intervenute⁶⁶:

⁶⁴Rizzardi R., *La disciplina CFC: un punto fermo dopo la direttiva ATAD?*, in "Corriere tributario" p. 283, 1 marzo 2019;

⁶⁵attuativo del previgente articolo 127 bis del TUIR;

⁶⁶Circolare 18/E 27 dicembre 2021, *Circolare ATAD n. 1 – Chiarimenti in tema di società controllate estere (CFC) – articolo 167 del TUIR, come modificato dall'articolo quattro del decreto legislativo 29 novembre 2018, n. 142*, Roma;

	DISCIPLINA PREVIGENTE		DISCIPLINA VIGENTE
	<i>CFC black list</i>	<i>CFC white list</i>	
SOGGETTI RESIDENTI	<ul style="list-style-type: none"> - persone fisiche - società semplici - S.n.c. - S.a.s. - Soggetti ex art. 73, comma 1, lettere a), b), e c), del TUIR 	<ul style="list-style-type: none"> - persone fisiche - società semplici - S.n.c. - S.a.s. - Soggetti ex art. 73, comma 1, lettere a), b), e c), del TUIR 	<ul style="list-style-type: none"> - persone fisiche - società semplici - S.n.c. - S.a.s. - Soggetti ex art. 73, comma 1, lettere a), b), e c), del TUIR - S.O. italiane di soggetti esteri
SOGGETTI ESTERI	<ul style="list-style-type: none"> - Imprese - società - enti residenti in Stati o territori a fiscalità privilegiata 	<ul style="list-style-type: none"> - imprese - Società - enti residenti in Stati o territori <u>non</u> a regime fiscale privilegiato, Stati UE e SEE 	<ul style="list-style-type: none"> - imprese - Società - Enti
CONTROLLO	<ul style="list-style-type: none"> - diretto e indiretto ex art. 2359 Codice Civile 	<ul style="list-style-type: none"> - diretto e indiretto ex art. 2359 Codice Civile 	<ul style="list-style-type: none"> - diretto e indiretto ex art. 2359 Codice Civile - partecipazione agli utili >50 %
CONDIZIONI	<ul style="list-style-type: none"> - tassazione nominale < 50 % IRES e IRAP - regimi speciali 	<ul style="list-style-type: none"> - tassazione effettiva < 50 % IRES - passive income >50 % 	<ul style="list-style-type: none"> - Tassazione effettiva < 50 % IRES - passive income > 1/3
ESIMENTE	<ul style="list-style-type: none"> - effettiva attività industriale o commerciale - radicamento - NO localizzazione del reddito nel paradiso fiscale 	<ul style="list-style-type: none"> - assenza di una “costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale” 	<ul style="list-style-type: none"> - attività economica effettiva, mediante l’impiego di personale, attrezzature, attivi e locali, nello Stato di localizzazione

4. La circolare 18/E 27 dicembre 2021

A seguito dell’entrata in vigore, a partire dal primo gennaio 2019, della nuova normativa CFC, si è ritenuto fondamentale fornire alcune indicazioni per il contribuente che risolvessero, o almeno provassero a risolvere, i problemi legati alla difficile comprensione della disciplina stessa. Ad intervenire sul tema e a fornire chiarimenti fondamentali è stata l’Agenzia dell’Entrate che, con circolare numero *18/E del dicembre 2021*, ha messo in

luce alcuni punti di fondamentale importanza⁶⁷; conviene quindi analizzarli maggiormente nel dettaglio.

4.1. La mutata finalità della disciplina

L'originaria funzione attribuita alla disciplina in commento era senza dubbio, come abbiamo visto, quella di evitare il differimento della tassazione senza tempo, ossia evitare il cosiddetto *tax deferral*; ad oggi, in virtù delle raccomandazioni a livello internazionale ed europeo, la *ratio* della norma sembra del tutto modificata: l'obiettivo è quello di evitare fenomeni di erosione della base imponibile. Questo aspetto emerge soprattutto dalle raccomandazioni provenienti dal progetto BEPS 2013, il quale ha introdotto tre principali obiettivi legati alla materia:

- Le disposizioni statali devono essere *coerenti*;
- È necessario il rispetto del principio della *prevalenza della sostanza sulla forma*;
- Deve essere garantita certezza e trasparenza.

4.2. Criteri per il calcolo della tassazione effettiva all'estero e per la tassazione virtuale in Italia

Il comma 4 della nuova normativa prevede che, ai fini del calcolo del livello di tassazione effettiva che avviene nello Stato terzo, sia indispensabile, ai fini di una razionalizzazione del calcolo da operare, una indicazione dei *criteri*, i quali vengano indicati tramite un provvedimento redatto dall'Agenzia delle Entrate. A seguito di detta previsione, è stato pubblicato il provvedimento *376652 del 2021* da parte del Direttore dell'Agenzia delle

⁶⁷un'altra circolare fondamentale era stata, in relazione alla previgente disciplina, la circolare *51/E del 2010*; con questa, l'Agenzia aveva fornito alcuni "indicatori" utili nell'applicazione della norma, basandosi su una Risoluzione dello stesso 2010 del Consiglio dell'Unione Europea sul coordinamento delle norme sulle società estere controllate e sulla sottocapitalizzazione;

Entrate, il quale fornisce una elencazione esaustiva delle modalità a cui si dovrà fare riferimento⁶⁸.

Per quanto attiene alla tassazione virtuale italiana, è importante ricordare solo che, a seguito delle modifiche intervenute, non verranno più considerate nella tassazione complessiva né le addizionali né l'IRAP.

4.3. Chiarimenti sulla circostanza esimente

Il comma 5 dell'articolo 167 TUIR prevede che il contribuente possa, tramite proposizione di interpello disapplicativo, dimostrare che egli svolge una *attività economica effettiva*. Questo tipo di esimente, pur essendo simile alla precedente esimente prevista alla vecchia lettera a, si presenta più ampia, facendo un generale riferimento alla attività economica effettiva, e non, come la seconda, ad una attività *industriale o commerciale*.

Ovviamente l'Amministrazione finanziaria ha bisogno, nel valutare la richiesta del soggetto controllante, di un adeguato set di informazioni, il quale deve essere fornito esaustivamente da parte di quest'ultimo⁶⁹. La Circolare si preoccupa di indicarci cosa debba intendersi per attività economica effettiva, riferendosi al fatto che il soggetto controllato debba assumere una consistenza economica adeguata all'attività svolta. Ovviamente, questa caratteristica deve sussistere anche nel caso in cui si tratti di imprese che non hanno bisogno necessariamente di una struttura organizzativa materiale, come le holding: in questo caso, i requisiti fissati dalla legge andranno adattati alle specifiche caratteristiche di questo tipo di impresa⁷⁰, secondo una interpretazione adeguatrice.

⁶⁸non occorre soffermarci su detti criteri, dal momento che si parla di analisi strettamente economica e poco giuridica;

⁶⁹l'allegato quattro della Circolare prevede un elenco esemplificativo di documenti che il contribuente deve presentare;

⁷⁰proprio in relazione a questo tipo di attività, la Circolare del 2010 aveva fornito degli indici predeterminati;

In conclusione, una società controllata estera sarà soggetta a tassazione per trasparenza nel momento in cui non sia in grado di svolgere quelle attività che sono in grado di generare un profitto.

Indipendentemente dalla tipologia di attività svolta dal soggetto controllato estero (quindi, sia attività industriale o commerciale che attività immateriali), l'Agenzia delle Entrate mette in luce un aspetto fondamentale, che deve permeare e caratterizzare la disciplina il gioco: nel valutare l'effettività dell'attività economica svolta, deve essere compiuta un'analisi **caso per caso**, ossia un'analisi *sostanziale e concreta*⁷¹: questo tipo di analisi terrà conto del tipo di attività svolta e di tutti i profili funzionali coinvolti.

Leggendo il nuovo comma 5, notiamo come sia scomparso in materia il riferimento al concetto di "*radicamento*": non è infatti più indispensabile che la controllata si rivolga al mercato del territorio o Stato in cui si trova; nonostante ciò, la nuova disciplina recepisce senza alcun dubbio la giurisprudenza in materia, la quale fa un continuo rimando alla definizione di "*costruzione artificiosa*": è necessario quindi che il soggetto controllato sia rappresentato da un insediamento reale, e che reale sia anche l'attività economica svolta.

Nella valutazione dell'esistenza della suddetta esimente, l'Amministrazione finanziaria dovrà:

- Fare uso degli strumenti previsti dalle norme in tema di prezzi di trasferimento nelle operazioni con la società controllata estera, al fine di verificare che non vi sia stata un illecito distoglimento di reddito a danno dello Stato italiano verso la società controllata;
- controllare che la società controllata abbia fatto uso di forme di cooperazione amministrativa con gli Stati in cui questa è ubicata.

4.4. L'interpello probatorio ex comma 5

L'interpello previsto in materia CFC rientra nella più ampia categoria di interpelli previsti dall'articolo 11 lettera b della L. 212/2000 (Statuto del contribuente), gli interpelli

⁷¹principio che è stato espresso in aderenza alle precedenti statuizioni della CGUE;

probatori, ossia quegli interpelli che mirino ad ottenere una risposta, da parte dell'Amministrazione finanziaria, circa la sussistenza dei requisiti previsti per l'applicabilità di un determinato regime fiscale, nonché per verificare l'idoneità degli elementi probatori forniti dal contribuente.

Requisito essenziale ai fini della presentazione dell'interpello è che questo sia *preventivo*, ossia venga fatta istanza prima della presentazione della dichiarazione dei redditi a cui esso si riferisce. Nel caso in cui l'Amministrazione finanziaria non risponda nel termine di 120 giorni (termine previsto dalla legge), vale la regola del silenzio-assenso. È previsto che, nel caso in cui l'interpello presentato sia carente dei requisiti previsti dalla legge, l'AF debba richiedere la regolarizzazione dell'interpello al contribuente nel termine di 30 giorni. Qualora invece risulti impossibile adottare una decisione secondo i documenti forniti da parte del soggetto interessato, l'AF dovrà richiedere una integrazione documentale, che andrà compiuta nel termine di 60 giorni.

Ricordiamo che, per quei soggetti che decidano di aderire alla cosiddetta *cooperative compliance*, è prevista la possibilità di proporre interpello *indipendentemente* dall'accertamento dei requisiti di cui al comma 4 dell'articolo 167.

Per quanto attiene ai soggetti legittimati, questi sono il soggetto controllante residente in Italia ovvero la stabile organizzazione in Italia di un soggetto non residente con la precisazione che, nel caso in cui si parli di catene di controllo, l'istanza va presentata da parte del soggetto controllante di ultimo livello.

4.5. Le garanzie previste per il contribuente

A seguito della riforma, si conferma l'impianto garantista a favore del contribuente⁷² nella dimostrazione delle circostanze indispensabili ai fini dell'applicabilità della disciplina in esame. Nella circolare infatti leggiamo:

“Si evidenzia che i verificatori non potranno in alcun modo limitarsi a constatare l'applicazione dei presupposti della normativa CFC ed emettere l'avviso di accertamento

⁷²formalmente;

ma dovranno svolgere tutte le indagini e gli accertamenti del caso al fine di verificare la sussistenza o meno dell'esimente".

L'Agenzia ci chiarisce quindi che l'AF dovrà svolgere una consistente attività di "ricerca della verità", facendo uso soprattutto dei documenti forniti dallo stesso contribuente; documenti che, ovviamente, andranno presentati da quest'ultimo, essendo documenti interni all'impresa e di conseguenza più facilmente reperibili da parte dell'imprenditore/contribuente. Secondo quanto sostenuto dall'Agenzia delle Entrate, questo tipo di previsione sembra essere nient'altro che la concretizzazione del principio di *leale collaborazione* tra PA e contribuente, non violando in alcun modo il principio di proporzionalità in tema di onere alla prova, problematica più volte affrontata in sede europea.

La lesione del principio di proporzionalità appena richiamato è, in realtà, un aspetto su cui torneremo in avanti, non essendo pienamente condivisibile la posizione espressa all'interno della circolare da parte dell'Agenzia.

5. L'approccio della fiscalità internazionale: aspetti critici

Dopo aver sufficientemente esaminato le caratteristiche del nostro sistema CFC e dopo averlo comparato con altre normative europee, emerge sin da subito una grande problematica, la quale riguarda tanto la disciplina in esame quanto ogni settore normativo di carattere fiscale che abbia rilevanza mondiale: l'inefficienza delle modalità ad oggi adottate nella gestione delle problematiche di fiscalità internazionale⁷³.

Le imprese, ad oggi, operano su scala internazionale, avvalendosi di varie filiali situate in Stati diversi da quello originario, e rari sono i casi in cui le stesse si limitino ad operare a livello nazionale. Questo tipo di approccio imprenditoriale mal si concilia con le previsioni normative previste in tema di fiscalità, le quali cercano di operare un "frazionamento" del reddito a seconda di dove esso sia stato prodotto⁷⁴.

⁷³Ceriani V. Ricotti G., "*riflessioni sul coordinamento internazionale della fiscalità d'impresa*", in "Rassegna Tributaria" p. 30, 1 gennaio 2019;

⁷⁴Frazionamento che pone numerose difficoltà;

Anche il progetto BEPS, nato con grandi intenti, come anche tanti altri atti di matrice internazionale si configura come altamente inadeguato per il conseguimento dell'obiettivo che si vorrebbe raggiungere; questo aspetto emerge in particolar modo in riferimento alle imprese di carattere digitale, per cui è impossibile identificare una sede stabile, e di conseguenza imputare ad un singolo Stato ben identificato un determinato reddito.

La mancanza di un sistema efficiente discende sicuramente dalla volontà da parte degli Stati di attrarre il più possibile reddito tassabile al proprio interno, a discapito degli altri paesi.

Questo tipo di approccio, fortemente *statalistico*, porta non solo a grandi problematiche in tema di doppia imposizione e, al contempo, a problematiche di totale mancata tassazione, ma anche ad un gran numero di contenziosi dinanzi alle amministrazioni statali.

Manca, e sarebbe fondamentale, un approccio maggiormente cooperativo a livello internazionale.

5.1. Le soluzioni proposte dalla scienza economica

Già da tempo, la dottrina economica si è più volte domandata su quale fosse il modo migliore per trattare la problematica delle imprese che operano a livello internazionale e su come identificare al meglio un metodo di tassazione che fosse capace di soddisfare tutti gli Stati coinvolti.

Il metodo che ad oggi viene utilizzato consiste nel *frazionare* il reddito prodotto nei vari Stati di appartenenza con criteri fin troppo precisi tanto da essere considerati *utopici*; questa si dimostra una pretesa altamente irrealizzabile, con annesse tutte le problematiche prima accennate.

In virtù di ciò la dottrina si è più volte espressa nel senso della convenienza di utilizzare un metodo che sia dotato di maggiore semplicità, seppur non di massima precisione⁷⁵:

⁷⁵la precisione deve essere sacrificata in virtù di un sistema maggiormente efficiente;

determinare non una, come ci illustra Ricotti, pluralità di valori, bensì un **unico valore globale**, da poi suddividere con modalità di tipo *convenzionale* sicuramente maggiormente gestibili, appare la scelta più ragionevole.

La soluzione sarebbe quindi quella di determinare un **utile globale**, da ripartire poi tramite “*indicatori presuntivi di tipo economico*”⁷⁶, che sarebbero capaci di alleviare, se non eliminare, i problemi relativi alla pianificazione aggressiva.

5.2. La realizzabilità della “proposta illuminista”

La realizzabilità in concreto del modello dell’“utile globale” risulta, ad oggi, di faticosa realizzazione in concreto.

Questo perché, per quanto si presenti come un modello ideale, è mancante la base necessaria per poterlo realizzare: una cooperazione a livello globale fra gli Stati di tutto il mondo.

Questa impossibilità è emersa in sede BEPS, dove questa idea era stata valutata e discussa, venendo scartata proprio a seguito della constatazione che sarebbe stato impossibile determinare un accordo con un novero di soggetti statali così vasto.

Una prima applicazione di questa teoria sembra però possa trovare spazio, seppur con margini molto ristretti, nella proposta della Direttiva della Commissione sull’armonizzazione della base imponibile dell’imposta sugli utili della società⁷⁷, che sicuramente comporterebbe un grande passo in avanti per la competitività degli Stati europei, e rappresenterebbe un primo spunto di riflessione per una estensione della disciplina a livello globale.

5.3. Una normativa fiscale che funziona: gli Stati Uniti e la riforma Trump

⁷⁶Cfr. Tanzi, 1995;

⁷⁷Quindi potrà trovare terreno solo a livello comunitario;

Un approccio che sembra funzionare è quello che è stato adottato a partire dal 2017 con la riforma Trump. Detta riforma, oltre a prevedere una serie di misure innovative che potessero incentivare gli investimenti in America, ha prodotto un nuovo modello di disciplina CFC, che potremmo definire una CFC rafforzata; la misura adottata è la **GILTI** (Global Intangible Low Taxed Income).

La GILTI prevede l'assoggettamento in America delle società estere controllate ad una tassazione minima pari al 10,5% (che diventerà 13,5% a partire dal 2026). In questo modo, lo Stato americano è in grado di assicurarsi in ogni momento un gettito erariale minimo anche sul reddito prodotto all'estero; in più, viene riconosciuto un credito per le imposte pagate all'estero pari all'80%. Questo modello CFC opera quindi tramite una imposta minima alternativa ad aliquota ridotta; in più non è prevista all'interno della normativa alcuna esimente: la disciplina, al ricorrere dei requisiti fissati, è applicabile *sempre*.

Strumento complementare alla GILTI che partecipa alla *ratio* complessiva della riforma è la **BEAT** (*Base Erosion Alternative Tax*) che assume, come la prima, una finalità antielusiva⁷⁸: si prevede una imposta minima per quelle società che operano all'estero tramite società controllate in altri paesi, applicandosi alle imprese che producono cinquecento milioni di fatturato negli Stati Uniti. Questa misura prevede un'imposta che non sia inferiore al 10% della base imponibile costituita dal reddito, aumentata da quei pagamenti che comportano una erosione della base imponibile, ossia i pagamenti ai soggetti controllati dalla società americana.

Queste due misure sembrano costituire un sistema capace di funzionare e idoneo al raggiungimento degli obiettivi caratterizzanti il progetto BEPS. E allora qual è la criticità? Pur volendo riconoscere alla riforma americana una grande efficacia, emerge ancora una volta in questo contesto la grande carenza di *volontà cooperativa* a livello internazionale: gli USA sono in grado di raggiungere gli obiettivi che il progetto si prefissa, ma lo fanno con strumenti diversi e non ammessi all'interno degli *Action plans*, utilizzando misure che mirano a tutelare un interesse puramente nazionale. In questo modo, viene da ogni punto di vista tradito lo spirito caratterizzante il BEPS⁷⁹.

⁷⁸finalità che andrebbe ad ogni modo dimostrata, essendo altrimenti l'imposta contraria alla clausola di non discriminazione prevista nelle convenzioni contro le doppie imposizioni;

⁷⁹sembra corretto credere che questa incompatibilità porterà prima o poi a delle conseguenze;

5.4. *L'approccio americano e l'approccio nella Direttiva ATAD: modelli a confronto*

Guardando alla misura GILTI e alla misura BEAT, notiamo come, nella gestione del fenomeno, lo Stato americano palesi un disinteresse nel voler conoscere *da dove* quel reddito estero provenga o se lo Stato estero rappresenti uno Stato a fiscalità privilegiata o meno; l'unico interesse è quello di ottenere una tassazione minima su una fonte reddituale generata all'estero, ottenendo così un maggior gettito erariale; questa è l'idea che contraddistingue la riforma.

Questo tipo di approccio è totalmente dissonante con l'ottica espressa nella direttiva ATAD, che mira a identificare, come sappiamo, il livello di tassazione effettiva in ogni singolo Stato estero in cui hanno luogo i soggetti controllati, al fine di comprendere se sia uno stato a fiscalità fortemente ridotta o meno, applicando la disciplina CFC singolarmente, *caso per caso*.

Va quindi ribadito come, anche a livello europeo, la disciplina americana si ponga in contrasto con i metodi adottati, in particolare con i metodi da rinvenire all'interno della direttiva ATAD. Delineato il quadro, sembra potersi dire che l'approccio americano possa creare potenzialmente fenomeni di doppia imposizione e contrasti tra i vari Stati coinvolti: l'idea americana è fortemente egoistica e non confacente ad una linea di pensiero, da ritenersi oramai cogente, che tuteli le libertà economiche oramai più volte ribadite.

Alla luce delle osservazioni fatte, è ragionevole ipotizzare l'esistenza di due grandi poli opposti: gli Stati Uniti d'America da un lato; il resto del mondo dall'altro.

5.5. *Conclusioni: uno scenario piuttosto complesso*

La grande differenza dell'approccio americano rispetto all'approccio BEPS provoca, inevitabilmente, il sorgere di una serie di problematiche per le grandi imprese che, nel panorama attuale caratterizzato da incertezza e contrasti, non fornisce agli operatori economici alcuna certezza nelle proprie scelte imprenditoriali.

L'approccio europeo, in virtù delle analisi appena concluse, si dimostra antiquato e poco adatto allo scenario internazionale presente in questo momento; sarebbe forse arrivato il momento di abbandonare modelli fin troppo tradizionali (come quello del *transfer pricing*) per passare a modelli più innovativi come quello del *formulary apportionment*?

5.6. Recenti sviluppi in tema di fiscalità internazionale: come l'economia globale ha cercato di reagire al nuovo panorama globale

Tutte le problematiche che sono state precedentemente affrontate sono state oggetto di ampie valutazioni a livello mondiale, soprattutto in sede OCSE. Quest'ultima, infatti, sempre in ambito BEPS, è intervenuta nel 2020 con nuove previsioni volte ad affrontare le sfide che la nuova fiscalità internazionale ha evidenziato; nel farlo, l'OCSE ha adottato il cosiddetto BEPS 2.0 costituito da:

- *Pillar one*, destinato ad affrontare le problematiche dedicate all'economia digitale;
- *Pillar two*, il quale si occupa della proposta di una imposta minima globale.

Il progetto è stato adottato da 136 dei 140 stati facenti parte dell'*Inclusive Framework*, col l'obiettivo di trovare piena applicazione entro il 2023⁸⁰.

Per ciò che a noi interessa, appare opportuno analizzare più nello specifico il contenuto del *Pillar two*.

5.6.1. Il Pillar two: una soluzione efficace al problema?

Il Pillar two propone una soluzione globale che prende il nome di proposta globale di antierosione della base imponibile (GloBE). La *ratio* del GloBE consiste nel voler creare, tra le grandi imprese multinazionali che operano sul mercato, un pari livello di concorrenza, facendo in modo che siano tassate in ugual modo indipendentemente dal

⁸⁰scadenze che, visto il quadro attuale, difficilmente potranno essere rispettate;

luogo, e quindi dai paesi, in cui queste imprese operano⁸¹. Il meccanismo prevede l'applicazione di una aliquota minima globale pari al **15%** e si applica alle imprese multinazionali che superino determinate soglie dimensionali riferibili ai ricavi risultanti dal bilancio dell'impresa stessa⁸²; non alle piccole medie imprese⁸³, le quali potrebbero invece subire conseguenze negative dall'applicazione della disciplina.

Il *Pillar two* mira quindi a realizzare uno degli obiettivi che il progetto BEPS, sin dall'inizio, aveva posto, ossia assoggettare tutte le grandi imprese ad un livello minimo di imposizione, contemperando questo scopo con l'esigenza di garantire che vengano soddisfatte le garanzie per il contribuente previste dalle Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni.

Per raggiungere le finalità prefissate, viene fatto uso di due strumenti⁸⁴:

- *Income inclusion rule* (IIR): la regola di inclusione del reddito opera a carico della società controllante del gruppo nel caso in cui si verifichi che un determinato reddito attribuibile a uno o più dei soggetti controllati risulti tassato al di sotto di una aliquota minima effettiva;
- *Undertaxed payments rule* (UPR): la regola del pagamento minimo si applica solo nel momento in cui l'IIR non possa trovare immediata applicazione.

Al fine di garantire che, anche concretamente, la disciplina non dia vita a regimi di tassazione fortemente svantaggiosi per l'imprenditore, sono stati previsti due *correttivi*:

- Qualora l'ETR si presenti basso per differenze temporanee che riguardano il riconoscimento del reddito ovvero il momento impositivo, le imposte non possono essere richieste;
- Nel caso in cui, invece, l'ETR dovesse apparire inferiore rispetto all'aliquota minima che è stata stabilita, l'imprenditore sarà tenuto a versare una imposta integrativa fino al raggiungimento dei livelli minimi richiesti⁸⁵.

Da ultimo, si prevede uno strumento di carattere pattizio, ossia il *subject to tax rule* (STTR), il quale prende in considerazione i casi in cui le grandi imprese sfruttino nelle

⁸¹https://www.nuovodirittodellesocieta.it/Article/Archive/index_html?ida=847&idn=151&idi=-1&idu=-1;

⁸²ricavi lordi annui superiori a 750 milioni;

⁸³oltre che nei confronti di altri soggetti come gli organismi internazionali senza scopo di lucro;

⁸⁴il secondo strumento risulta applicabile solo nel caso in cui non sia applicabile il primo;

⁸⁵questa regola si presenta come una espressione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma;

transazioni infragruppo delle tassazioni nominali molto basse all'interno di alcuni Stati; in questo caso, è previsto che il paese della fonte possa fare richiesta di applicare una imposta suppletiva al fine di raggiungere la aliquota minima richiesta, fissata nella misura del 9%.

5.7. *Questioni da risolvere*

Una grande problematica si pone nella concreta applicabilità di questo innovativo progetto. Se, da un lato, comporterebbe indubbiamente una gran quantità di entrate erariali maggiori in confronto a quelle ad oggi possibili, nonché una competitività a livello internazionale concretamente paritaria, dall'altro l'entrata in vigore di un meccanismo del genere comporta grandi sforzi in tema di cooperazione internazionale, con decisioni che per lo più assumono il carattere di decisioni politiche⁸⁶.

Inoltre, ricordiamo che la realizzazione del secondo pilastro dovrebbe avvenire tramite la creazione di norme nazionali *ad hoc*: questo tipo di approccio costituirebbe una contraddizione con lo spirito del progetto stesso, e darebbe inevitabilmente vita a discipline diverse e contrastanti; allo stesso tempo però, l'alternativo utilizzo di MLI comporterebbe procedure lunghe e complesse, che provocherebbero un'ulteriore dilazione di tempo con ulteriore rinvio nell'adozione del meccanismo⁸⁷.

In più, si potrebbero porre alcune difficoltà riguardo al calcolo dell'effettiva determinazione della tassazione nei vari Stati in cui le imprese controllate si trovano, con difficoltà anche maggiori in confronto a quelle che già si sono poste facendo uso della disciplina delle *controlled foreign companies*.

Anche gli stessi correttivi di cui si è precedentemente discusso pongono delle problematiche nella loro concreta applicabilità, andando a compromettere una auspicata semplicità che la norma avrebbe l'intento di raggiungere: il difficile bilanciamento tra il

⁸⁶si prevede che la realizzazione del Pillar 2 debba avvenire non tramite convenzioni multilaterali, ma tramite le disposizioni nazionali; forse sarebbe giusto pensare all'opportunità di adottare, anche in relazione al secondo pilastro, uno strumento multilaterale che non lasci spazio ad eventuali incertezze;

⁸⁷Tomassini A., De Rosa M., *le incertezze frenano il raggiungimento degli obiettivi del Pillar 2 OCSE*, in "Corriere tributario" p. 873, 1 ottobre 2022;

raggiungimento di una tassazione giusta⁸⁸ e la volontà di dar vita ad una disciplina semplice e facilmente applicabile, non si presenta agevole da realizzare⁸⁹.

5.8. L'accoglimento del Pillar two a livello europeo: la proposta di Direttiva della Commissione europea

Davanti alle nuove spinte internazionali in tema di istituzione di un'unica imposta minima globale la Commissione europea, nel dicembre del 2021, ha presentato la proposta di Direttiva COM(2021)823 volta ad attuare il Pillar 2.

Tale direttiva prevedeva l'applicabilità, a livello europeo, dei meccanismi della *income inclusion rule* (IIR) e della *under taxed profit rule* (UTPR) entro il 2024, con una decisione unanime da parte degli Stati membri in seno al Consiglio europeo⁹⁰.

L'obiettivo, dopo aver incontrato alcune resistenze rappresentate dai continui ripensamenti dei vari Stati membri⁹¹ (tra cui da ultimo l'Ungheria che, dopo aver per lungo tempo espresso il proprio consenso, ha cambiato orientamento e si è opposta), è stato realizzato con l'adozione della Direttiva 2022/2523 del 14 dicembre del 2022, essendo stata raggiunta in Consiglio l'unanimità degli Stati membri da tempo auspicata.

⁸⁸e che quindi tenga anche conto di eventuali eccezioni rilevanti;

⁸⁹Tomassini A., Dulcetti A., *i nuovi pilastri della fiscalità internazionale e l'abbandono della digital tax*, in "Corriere tributario" p. 61, 1 gennaio 2022;

⁹⁰nonché una consultazione, tramite parere, del Parlamento europeo;

⁹¹è da considerare che il Consiglio rappresenta l'organo di rappresentanza dei vari ordinamenti nazionali, i quali hanno da sempre manifestato forti resistenze a strumenti che possano esprimere innovazione nel panorama europeo. Questo è ciò che è avvenuto per la presente Direttiva;

CAPITOLO 2

-

LA LIBERTÀ DI STABILIMENTO E LE DISCIPLINE ANTIABUSO: UN DIFFICILE BILANCIAMENTO TRA GARANZIE E RISCHIO DI FENOMENI ELUSIVI ALLA LUCE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA

SOMMARIO: 1. La libertà di stabilimento prevista all'interno dei Trattati – 2. La cruciale sentenza *Cadbury Schweppes* – 3. La recente giurisprudenza nazionale ed europea – 4. Breve confronto con un'altra pratica abusiva: la stabile organizzazione occulta – 5. Il confine sottile tra lecito risparmio d'imposta e volontà di evasione

1. La libertà di stabilimento prevista all'interno dei Trattati

L'articolo 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea recita:

*“Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro **vengono vietate**. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative **all'apertura di agenzie, succursali o filiali**, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro.*

La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali.”

La *ratio* della libertà di stabilimento risiede nella possibilità offerta dalla normativa europea di utilizzare uno *stabilimento secondario* all'interno di uno Stato dell'Unione Europea diverso dal proprio Stato di origine.

A ben vedere, la libertà di stabilimento non è altro che una espressione di ciò che rappresenta il *mercato interno*⁹², un mercato che è tenuto a garantire ugual trattamento in qualunque paese in cui un soggetto giuridico decida di operare.

Stante l'importanza che assume il principio, è stato più volte ribadito con severità da parte della Corte di Giustizia che eventuali atti volti a *limitare, vietare od ostacolare* l'esercizio di tale libertà devono ritenersi *severamente vietati*, salvo che non rispondano ad interessi di rango primario⁹³.

L'imperatività della libertà di stabilimento ed il corrispondente divieto di porre limiti all'esercizio della stessa è stata recentemente affrontata in una celebre sentenza della CGUE⁹⁴, davanti alla quale si era posta una questione di natura pregiudiziale sulla interpretazione dell'articolo 49 e dell'articolo 55 del TFUE (causa C-106/16); in questa occasione, la Corte ha ribadito come *“la restrizione della libertà di stabilimento è ammessa solo se giustificata da motivi imperativi di carattere generale. Inoltre, deve essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non deve eccedere quanto necessario per raggiungerlo”*.⁹⁵

L'interesse di rango primario che può giustificare una limitazione a detta libertà subentra, infatti, nel momento in cui non vi sia un insediamento effettivo ma *fittizio*: tali fenomeni giustificano la formazione di norme volte a limitare detti abusi; quando parliamo di insediamenti fittizi ci riferiamo anche al cosiddetto fenomeno della *esterovestizione*, consistente nella costituzione di soggetti secondari all'estero con lo scopo di sottrarsi agli obblighi di natura fiscale;

Ma come è possibile identificare un fenomeno di abuso? L'abuso deve ritenersi realizzato nel caso in cui dal comportamento elusivo del contribuente discenda l'ottenimento di un vantaggio fiscale, che però non risulta legittimato dalla *ratio* insita nella norma; la funzione della norma viene quindi distorta e aggirata dal contribuente.

È utile specificare come, alla luce dell'ordinamento europeo, un interesse di rango primario non possa in alcun modo essere rappresentato dall'esigenza di ottenere un

⁹²nel 1992 è avvenuto il passaggio dal mercato *comune* al mercato interno;

⁹³ciò in virtù del necessario bilanciamento di interessi che in questi casi il legislatore è tenuto ad operare, essendo coinvolti interessi di primaria importanza;

⁹⁴<https://www.exportiamo.it/aree-tematiche/14137/la-liberta-di-stabilimento-nell-unione-europea/>;

⁹⁵riferimento esplicito al principio di proporzionalità;

*maggior gettito erariale*⁹⁶ a livello statale. Questa, infatti, non risulta essere contemplata come fondamentale in alcuna norma contenuta nei Trattati.

La libertà di stabilimento si esplica inoltre anche nella possibilità da parte dell'imprenditore di scegliere il sistema fiscale *meno gravoso*, stante la sua piena libertà di scelta nelle modalità e nella forma giuridica adottata al fine di diminuire il più possibile i propri oneri fiscali⁹⁷, senza che alla sua attività vengano posti ostacoli da parte di leggi nazionali di carattere discriminatorio⁹⁸.

La Corte europea, infine, ha più volte ricordato come la scelta del contribuente di avvalersi di strutture secondarie all'interno di Stati diversi da quello di appartenenza non può *in alcun modo* costituire una *presunzione* di frode fiscale, rientrando pienamente detta scelta nelle libertà concesse dal trattato e dovendosi eventualmente dimostrare *nel caso concreto* la frode al contribuente contestata.

1.1. Un fenomeno con problematiche similari alla CFC: l'esterovestizione

Le tematiche in questa sede affrontate trovano spazio, oltre che nei casi di *controlled foreign companies*, anche nei casi di *esterovestizione*. Appare quindi opportuno esporne i caratteri essenziali, per poi analizzare la recente giurisprudenza in materia, la quale riprende temi ed affronta problematiche comuni ad entrambe le fattispecie e che sono a noi utili per apprendere concetti essenziali ai fini della trattazione.

Secondo la nozione fornita da parte di costante giurisprudenza di Cassazione, l'esterovestizione societaria è un fenomeno giuridico che si verifica nel caso di "*fittizia localizzazione della residenza fiscale di una persona giuridica all'estero, in particolare in quei Paesi che offrono un trattamento fiscale più vantaggioso rispetto a quello previsto*

⁹⁶la competenza riconosciuta agli Stati membri relativamente alle imposte dirette deve ad ogni modo rispettare i più generali principi presenti nei Trattati;

⁹⁷detto principio ha trovato riconoscimento in più sentenze della CGUE, tra cui la sentenza Halifax C-255/2002;

⁹⁸Capolupo S., *controllata estera: attività effettiva e libertà di stabilimento*, in "il fisco" p. 758, 21 febbraio 2022;

a livello nazionale, ove il soggetto effettivamente opera, allo scopo di sottrarsi al più gravoso regime nazionale⁹⁹.

Il termine “esterovestizione” non nasce come termine strettamente giuridico coniato dal legislatore, ma prende vita da un linguaggio prettamente usato in ambito giornalistico, il quale ha poi successivamente trovato luogo in numerose pronunce giurisprudenziali, entrando a far parte del mondo del diritto. Più di recente, i giudici di legittimità italiani sono concordi sul fatto che sia indispensabile distinguere l’esterovestizione, intesa quale caso di abuso del diritto da leggere in chiave negativa, dagli ordinari conflitti che possono sorgere in tema di doppia residenza fiscale, nei quali non assume rilievo alcun intento abusivo da parte del contribuente¹⁰⁰; anzi, questi conflitti devono essere considerati *fisiologici* in virtù della divergenza ineludibilmente esistente tra gli ordinamenti nazionali, che trova la sua soluzione nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni appositamente stipulate, anche se la dottrina non è totalmente concorde con tale assetto. Possono considerarsi esistenti due ipotesi di esterovestizione:

1. L’esterovestizione *di diritto*
2. L’esterovestizione *di fatto*

Nel nostro ordinamento, l’articolo 73 del TUIR definisce i casi, elencati nei commi 5 *bis* e 5 *ter*, in cui si configura la fattispecie dell’esterovestizione di diritto, ossia i casi in cui si *considerano residenti in Italia* soggetti giuridici che hanno direttamente delle partecipazioni di controllo ai sensi dell’articolo 2359 comma 1 del Codice civile in una società di capitali o un altro ente commerciale in Italia e, alternativamente:

- Sono controllati, anche indirettamente, da soggetti residenti in Italia;
- La maggior parte degli amministratori (o dell’organo di gestione equivalente) hanno la residenza nel territorio italiano.

Ciò avviene indipendentemente dalla collocazione formale della sede legale¹⁰¹.

⁹⁹Questa definizione è stata fornita nella recente ordinanza della Cassazione n. 17849 del 2021;

¹⁰⁰Roccatagliata F., *senza un’attività “effettiva” la controllata estera non gode della libertà di stabilimento- L’esterovestizione e le sue cinquanta sfumature d’abuso*, in “Rivista di Giurisprudenza tributaria” pag. 851, 1 novembre 2021;

¹⁰¹è necessario distinguere i due concetti: per sede legale si intende il luogo in cui è collocabile la residenza dell’ente secondo quanto previsto all’interno dell’atto costitutivo ovvero dello Statuto, guardando ai criteri fissati nell’articolo 2328 del codice civile. In relazione a questa, la riconducibilità della sede legale in un paese estero non basta ad escludere la configurabilità della sede legale nello Stato italiano; mentre, per sede

La fattispecie dell'esterovestizione di diritto è caratterizzata dall'*inversione dell'onere alla prova*: in questo caso, spetterà infatti al contribuente palesare che la residenza non possa configurarsi in Italia, dimostrando che non sussistono, nel concreto, gli elementi previsti dal legislatore e chiariti dalla giurisprudenza.

Differente dall'esterovestizione di diritto è l'esterovestizione di fatto: in questa fattispecie, la residenza di un'impresa controllata viene messa in dubbio sulla base del luogo in cui risulta collocabile il "*place of effective management*"¹⁰², ossia il luogo in cui si concentra il polo amministrativo e di gestione dell'impresa stessa, il quale non risulta collocabile al di fuori dello Stato italiano¹⁰³. Essendo un accertamento basato non su elementi legali ma su elementi *di fatto*, è previsto che l'onere alla prova gravi sull'Amministrazione finanziaria competente che, conformemente alle regole del Codice civile, dovrà dar prova degli elementi usati nell'accertamento del fatto.

L'estensione della nozione di esterovestizione è dipesa nel corso del tempo dalle contrastanti interpretazioni fornite tanto dalle Amministrazioni nazionali quanto dalle commissioni tributarie nazionali. In particolare, l'Amministrazione finanziaria italiana ha da sempre fornito una interpretazione estensiva della nozione, facendo ricadere nella fattispecie della esterovestizione qualsiasi fatto riconducibile ad una contestazione di residenza fiscale di un ente giuridico; di diverso avviso è il pensiero espresso dalla Cassazione, la quale ritiene sussistere un fenomeno di esterovestizione solo qualora si palesi una "*la fittizia localizzazione della residenza fiscale di una società all'estero, in particolare in un paese con un trattamento fiscale più vantaggioso di quello nazionale, allo scopo di sottrarsi al più gravoso regime nazionale*".

La posizione assunta dal giudice di ultima istanza appare quindi più ristretta, limitando la sussistenza del fenomeno al caso in cui emerga la natura *fittizia* dell'insediamento all'estero.

amministrativa si intende la sede in cui vengono compiute le attività di gestione e di direzione della società stessa. Quest'ultima nozione è in parte sovrapponibile con la nozione di *place of effective management* prevista nel modello OCSE;

¹⁰²<https://fiscomania.com/esterovestizione-societaria-accertamento/>;

¹⁰³è importante specificare che, nel caso di imprese controllate appartenenti a gruppi multinazionali, è frequente che sia un'unica impresa a svolgere attività di direzione e coordinamento, dovendosi mantenere in capo ai soggetti controllati *almeno la funzione di ordinaria amministrazione*;

Ai fini della rilevazione del verificarsi delle condizioni richieste, appare indispensabile l'analisi dei criteri previsti a livello nazionale per la configurabilità della *residenza fiscale*. L'obiettivo perseguito dagli Stati nazionali è quello di attrarre più reddito possibile all'interno del proprio paese; ciò però comporta un utilizzo distorto dei requisiti nazionali di residenza fiscale: il singolo Stato andrà a verificare unicamente la presenza delle condizioni richieste a livello nazionale, non avendo invece riguardo ad eventuali criteri di collegamento che potrebbero sussistere guardando alla legislazione dello Stato estero. Tale prassi è senza dubbio criticabile anche alla luce delle disposizioni previste dal diritto tributario internazionale: infatti, la presenza di criteri di collegamento con lo Stato italiano per un'impresa residente in uno Stato terzo non comporta automaticamente la sussistenza di un fenomeno di esterovestizione, *il quale dovrebbe limitarsi alle sole ipotesi in cui sia configurabile un eventuale abuso da parte dell'operatore economico*¹⁰⁴.

Ricordiamo infatti come il fenomeno della esterovestizione sorga nel caso in cui si dimostri una *non residenza*, quindi un'assenza di criteri reali di collegamento con lo Stato in cui l'entità è formalmente ubicata; invece, la potenziale configurabilità di una doppia residenza conferma che non si tratti in alcun modo di un comportamento abusivo, ma darà origine unicamente all'applicabilità delle convenzioni previste per risolvere fenomeni di doppia imposizione.

1.2. Il tema del “*place of effective management*”

A lungo, il criterio della *sede di direzione effettiva* ha rappresentato l'unico strumento utilizzato al fine di risolvere dubbi circa la configurabilità di una esterovestizione di fatto. Ad oggi però è molto chiaro che il gran numero di divergenze esistenti tra i differenti ordinamenti degli Stati membri e, di conseguenza, tra le discipline mirate a combattere l'esterovestizione, rendono impossibile utilizzare il PoEM come *unico* criterio idoneo a risolvere suddette problematiche.

¹⁰⁴Della Carità A., *l'esterovestizione societaria quale fenomeno abusivo della libertà di stabilimento: alcune riflessioni (critiche) alla luce della giurisprudenza nazionale*, in “Fiscalità e commercio internazionale” pag. 5, 1 marzo 2021;

A livello internazionale, l'OCSE ha provato a porre fine alle difficoltà che sorgevano nel determinare la residenza fiscale di una persona giuridica rimodellando l'articolo 4 paragrafo 3 del Modello di Convenzione OCSE. Qual è l'aspirazione della nuova norma? L'obiettivo è quello di favorire un approccio *casistico, case by case*¹⁰⁵, basato sulle informazioni ottenute e derivante dalla collaborazione tra le Amministrazioni finanziarie degli Stati coinvolti¹⁰⁶. Non rilevarebbero più, quindi, solo criteri formali o solo criteri sostanziali¹⁰⁷, ma risulta necessario far uso di un'analisi approfondita secondo gli elementi raccolti, idonei a identificare al meglio la residenza fiscale della società; in questo modo, il criterio che prima rappresentava l'*unico* criterio disponibile diviene un criterio di tipo *residuale*.

È da precisare però che, il paragrafo 24.5 del Commentario all'articolo 4 del modello OCSE consente agli Stati di mantenere la formulazione originaria, ossia di mantenere il riferimento unico al *place of effective management*, a condizione che la formulazione delle norme nazionali risultino idonee a combattere qualsiasi forma di abuso¹⁰⁸. Questa è la scelta adottata dall'Italia, che al momento ha mantenuto una *riserva*, continuando a configurarsi "la sede di direzione effettiva" il criterio maggiormente adottato, se non l'unico.

L'esigenza di utilizzare criteri maggiormente concreti viene esplicitata anche nell'articolo 4 della MLI, ossia della *Multilateral Convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting*, firmata a Parigi nel 2017, Convenzione che mira a incrementare le possibilità di realizzazione degli obiettivi BEPS nonché ad aggiornare gli strumenti da utilizzare¹⁰⁹. Infatti, nel suddetto articolo leggiamo il

¹⁰⁵Valente P., *Il place of effective management costituisce l'unico criterio dirimente i casi di dual residence?*, in "Fiscalità & commercio internazionale" pag. 57, 1 gennaio 2021;

¹⁰⁶ciò si ricollega al più generale intento di migliorare l'aspetto collaborativo tra le Amministrazioni degli Stati coinvolti, che spesso manca;

¹⁰⁷Alcuni Stati danno rilievo ad uno, altri all'altro;

¹⁰⁸anche se l'intento dell'OCSE è molto chiaro: evitare in ogni modo che l'unico criterio sia quello del PoEM;

¹⁰⁹ancora una volta la posizione italiana appare restia ad un cambiamento: infatti, la MLI è stata sottoscritta ma non ancora ratificata dall'Italia. Ciò comporta che le nuove interpretazioni fornite nella Convenzione non possano da noi essere del tutto adottate, potendoci limitare ad un marginale adeguamento della normativa interna alle nuove previsioni;

riferimento, oltre che al criterio della direzione effettiva, anche ad “*ad ogni altro fattore rilevante*”¹¹⁰.

Ma qual è l’approccio dello Stato italiano davanti al mutuato quadro normativo internazionale? Sembra che l’Italia non voglia in alcun modo rinunciare alla primazia del criterio del *place of effective management*; infatti, l’Italia, nel documento *Italy - Status of list of reservations and notifications at the time of signature*, ha espresso la propria preferenza nel voler mantenere come criterio preferenziale quello della sede di direzione effettiva, che continuerà quindi a rappresentare nel nostro paese il criterio cardine. Nonostante la predilezione italiana per questo criterio, non sono mancati casi in cui è emerso un approccio parzialmente differente rispetto al passato, in cui una valutazione *caso per caso* ha caratterizzato l’accertamento da parte delle Amministrazioni finanziarie competenti: infatti, numerose Convenzioni stipulate dall’Italia contengono disposizioni sul tema molto simili a quelle proposte all’interno del Modello OCSE e dell’MLI.

1.3. La configurabilità di un comportamento abusivo

La Cassazione, con giurisprudenza costante¹¹¹, ha facilitato l’opera di identificazione dei casi in cui è ragionevole ritenere che sussista un comportamento abusivo configurabile una esterovestizione.

La Corte, nel descrivere il fenomeno, chiarisce cosa si debba intendere per residenza *fittizia*, stabilendo che il carattere *fittizio* debba essere analizzato da un punto di vista prettamente *economico*; questa perché l’abuso del diritto implica un esercizio del diritto stesso da parte del contribuente, ma con *finalità e ragioni* diverse da quelle che il legislatore tendeva realizzare, distorcendo la funzione propria della norma.

Quindi, il carattere fittizio del comportamento imprenditoriale posto in essere andrà ricercato nella *ratio* per la quale un determinato ordinamento decida di tassare un fenomeno giuridico.

La posizione appena enunciata porterebbe a due principali osservazioni:

¹¹⁰anche in questo caso agli Stati contraenti è stato permesso di mantenere l’approccio originario;

¹¹¹Ad esempio, fondamentale è Cass. 16697/2019;

- La necessità di garantire una libertà fondamentale come quella di stabilimento comporta una *limitazione* all'applicabilità dei criteri di collegamento che stabiliscono la residenza fiscale in uno Stato;
- L'applicazione di detti criteri è rimessa alla dimostrazione del carattere *fittizio* dell'insediamento situato all'estero¹¹².

Vedremo successivamente, in occasione dell'analisi della celebre sentenza Cadbury Schweppes, come l'analisi volta alla ricerca della residenza fiscale e alla configurabilità di un comportamento abusivo di un'impresa sia svolta in maniera differente dal giudice italiano di legittimità e dal giudice europeo. Queste dissonanze portano ad una applicazione non omogenea dei principi di residenza fiscale stabiliti a livello europeo.

1.3.1. *Il caso Dolce e Gabbana*

Il caso Dolce e Gabbana ha dato avvio ad una giurisprudenza costante dei giudici di legittimità che, seppur con alcune differenze, hanno mantenuto fino ad oggi il medesimo approccio nell'identificazione degli elementi indispensabili ai fini della configurabilità di un fenomeno evasivo (o elusivo a seconda di come venga considerato) come quello dell'esterovestizione.

Volendo inquadrare la questione, il caso verteva sulla constatazione, assunta da parte dell'Amministrazione finanziaria italiana, che sussistesse un fenomeno di esterovestizione relativo agli anni 2004-2006 da parte di una società lussemburghese, la Gado S.à.r.l. L'AF attribuiva la residenza fiscale italiana a quest'ultima in virtù di un'analisi che aveva portato a constatare come le direttive in tema di gestione della società stessa venissero impartite dall'Italia.¹¹³ Infatti, l'AF constatava la totale assenza nel primo periodo di un organo amministrativo nel Lussemburgo, e in un secondo momento la

¹¹²sul punto torneremo in occasione dell'analisi del caso Cadbury Schweppes;

¹¹³l'AF aveva utilizzato anche delle e-mail intercorse tra gli amministratori della società lussemburghese e i dipendenti della stessa, da cui risultava intuitiva la provenienza delle direttive dall'Italia;

presenza di pochi dipendenti che apparivano essere un mero “schermo” teso a nascondere la natura fittizia della società.

La Cassazione, in contrasto con quanto in precedenza riscontrato dall’Agenzia delle Entrate e stabilito dalle Commissioni tributarie, *accoglie il ricorso* dei ricorrenti, constatando non solo la violazione di norme del TUIR, tra cui l’articolo 73 ai commi 5 e 5 bis, ma anche *l’insufficienza della motivazione fornita dall’amministrazione italiana nel giustificare la residenza fiscale nello Stato italiano*.

La Corte infatti specifica come non possa essere contestata *in maniera generica* l’esterovestizione senza che vengano in rilievo elementi concreti che facciano deporre per detta tesi e, nel caso specifico, ravvisa come l’Amministrazione non avesse raccolto materiale sufficiente a dimostrarne l’esistenza ma che, anzi, l’esercizio dell’attività d’impresa in Lussemburgo non era altro che l’esplicazione del diritto concesso all’interno dell’articolo 49 del TUE: infatti, i giudici stabiliscono che *il sol fatto che sia stata creata una società in uno stato a fiscalità minore rispetto allo Stato italiano non costituisce di per sé abuso del diritto, purché sussista una effettiva attività economica*.

A ciò la Corte aggiunge un principio che poi verrà ribadito in numerose sentenze successive: la direzione proveniente dall’Italia non può costituire *l’unico criterio utilizzabile ai fini della determinazione della residenza fiscale*, in virtù del fatto che le mansioni esecutive risultavano comunque eseguite nella sede lussemburghese. Lo svolgimento di tali mansioni è esplicazione dell’esistenza di una sostanza economica; in più, in virtù della categoria di reddito appartenente alla società (proventi passivi), non risulta indispensabile dotarsi di una struttura complessa, anzi basta che sussista una *struttura minima*, capace da sola di assolvere all’onere di provare una sufficiente sostanza economica.

Si constatava quindi un’analisi piuttosto “sbrigativa”¹¹⁴ compiuta dalle Commissioni tributarie competenti, le quali, in virtù degli elementi ad esse fornite, avrebbero avuto un quadro chiaro per delineare una totale assenza di fenomeni evasivi/elusivi.

1.4. Legami e differenze tra esterovestizione e disciplina CFC

¹¹⁴Tomassini A. Tinelli A.S., *Il caso “Dolce e Gabbana” e la nuova frontiera dell’esterovestizione-il commento*, in “Corriere tributario” pag. 450, 1 maggio 2019;

Il fenomeno della esterovestizione e la disciplina CFC presentano numerosi elementi di collegamento per quanto attiene alle problematiche connesse e alle questioni giurisprudenziali tutt'ora aperte, soprattutto per ciò che riguarda la rilevanza che assume la “costruzione di puro artificio” nella configurabilità delle due fattispecie.

Nonostante i plurimi elementi di contatto, è necessario sottolineare come le due fattispecie presentino anche numerose differenze, legate soprattutto a tre diverse aree:

- Il comportamento che l'Amministrazione Finanziaria intende verificare;
- La procedura;
- Le regole di accertamento;

Per quanto attiene al primo punto, nel caso della esterovestizione l'analisi dell'AF va a concentrarsi sulla *fittizia localizzazione all'estero* di società che sarebbero in realtà ubicabili fiscalmente in Italia¹¹⁵; invece, la disciplina CFC mira a contrastare fenomeni per i quali imprese controllate in Stati diversi dallo Stato italiano siano società prive di una effettiva operatività economica, costituite al fine di beneficiare della minore tassazione offerta da normative estere, la quale non dà vita ad un mutamento della residenza fiscale, ma ad un maggiore imponibile fiscale.

Anche gli effetti sono inevitabilmente diversi: la constatazione che una società sia da considerarsi esterovestita porterà alla tassazione del reddito prodotto da quella società in Italia, mentre, l'accertamento dell'applicabilità della CFC comporterà, come abbiamo visto, la tassazione per trasparenza in capo all'impresa controllante del reddito prodotto dall'impresa controllata alla prima imputabile.

È chiaro quindi come lo spazio applicativo della seconda disciplina sia inevitabilmente *più ristretto*.

L'esterovestizione dà vita ad una *omessa dichiarazione in Italia* di una dichiarazione dei redditi, essendo stata invece presentata nello Stato di residenza formale; ciò non avviene nel caso CFC in cui la dichiarazione è stata presentata, ma è *errata*, o meglio *infedele*.

¹¹⁵vedremo come la giurisprudenza è ormai costante nel considerare esterovestizione solo fenomeni abusivi, e non anche quelli di incerta residenza che può dar vita a fenomeni di doppia imposizione;

Da ultimo, ricordiamo come l'interpello probatorio sia ammesso unicamente nella disciplina CFC¹¹⁶ e non nella esterovestizione¹¹⁷.

2. La cruciale sentenza Cadbury Schweppes e la recente giurisprudenza nazionale ed europea in tema di esterovestizione

2.1 La sentenza Cadbury Schweppes

Fondamentale svolta in materia CFC e in materia di esterovestizione è rappresentata dalla celebre sentenza Cadbury Schweppes causa C-196/2004; la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in occasione di un giudizio in via pregiudiziale, ha fissato dei principi fondamentali relativi al fenomeno della tassazione delle imprese estere controllate.

Per la prima volta, la Corte europea si è pronunciata sulla compatibilità tra le libertà fondamentali previste all'interno dei Trattati e le discipline CFC di carattere nazionale¹¹⁸; la questione verteva sul giudizio interpretativo relativo agli allora vigenti articoli 43 CE, 49 CE e 56 CE.

2.1.1. Il fatto

¹¹⁶ciò in realtà è ad oggi controverso. La mancanza di un simile interpello in materia di esterovestizione porta a riflessioni sul portato ancor più ampio della violazione del diritto di difesa per il contribuente;

¹¹⁷file:///Users/chiaravernole/Downloads/Confindustria_Udine_Gelmini_esterovestizione_def.pdf;

¹¹⁸<https://123dok.org/article/riflessioni-a-seguito-della-sentenza-cadbury-schweppes.ozl31orz>;

In breve, il fatto: la società Cadbury Schweppes, capogruppo dell'omonimo gruppo di imprese in questione e residente nel Regno Unito, controllava indirettamente in via totalitaria due società all'estero residenti in uno Stato avente un regime fiscale più vantaggioso, ossia l'Irlanda, al fine di ottenere un vantaggio fiscale sfruttandone la tassazione ridotta.

Gli utili prodotti dalle imprese controllate, però, vennero tassati in Inghilterra: questo perché la legislazione britannica (SEC) prevedeva che, nel caso in cui la tassazione in un paese terzo fosse inferiore a *tre quarti* rispetto a quella che si avrebbe avuto nel Regno Unito, l'Amministrazione finanziaria britannica sarebbe stata legittimata a tassare gli utili prodotti dalle società controllate in altri paesi.

Dinanzi a questo caso, il giudice di rinvio richiede alla CGUE di rispondere a tre quesiti sollevando davanti a quest'ultima questione pregiudiziale.

2.1.2. *Le questioni affrontate*

Il primo quesito è di natura preliminare: la creazione di una società controllata all'estero, creata al sol fine di beneficiare di un trattamento fiscale più vantaggioso, costituisce una *espressione* della libertà di stabilimento ovvero un *abuso* della stessa? La Corte, per rispondere a questa domanda, riprende sentenze passate in cui aveva già ampiamente espresso la sua posizione sul tema, stabilendo, testualmente, "*La Corte ha già dichiarato che la circostanza che la società sia stata creata in uno Stato Membro per fruire di una legislazione più vantaggiosa, non costituisce per sé stessa un abuso di tale libertà*".

Con la seconda questione, il giudice di rinvio si è chiesto se gli articoli 43 CE e 48 CE ostassero all'applicazione della normativa britannica; e la Corte, nel rispondere al secondo quesito, ravvisa una palese *disparità di trattamento* rinvenibile nella disciplina SEC: nel concreto, detta normativa risultava applicabile nel caso in cui vi fosse un soggetto controllato in uno Stato con tassazione minore, ma non nel caso in cui la controllata fosse locata in un paese con fiscalità uguale o maggiore rispetto al Regno Unito. Ciò constatato, la Corte stabilisce che "*il trattamento fiscale differenziato derivante dalla legislazione sulle SEC e lo svantaggio che ne risulta per le società residenti che dispongono di una controllata soggetta, in un altro Stato membro, ad un*

livello di tassazione inferiore sono atti ad ostacolare l'esercizio della libertà di stabilimento da parte di tali società, dissuadendole dal costituire, acquisire o mantenere una controllata in uno Stato membro che applichi alla stessa aliquote siffatte. Essi integrano, quindi, una restrizione alla libertà di stabilimento nel senso degli artt. 43 CE e 48 CE”, aggiungendo come limiti alla libertà di stabilimento possano essere ammessi solo per ragioni di carattere imperativo, seppur rispettando in ogni caso il principio di proporzionalità.

Il punto focale della sentenza è rappresentato dall'aver fatto *per la prima volta* riferimento alla nozione di “costruzione di puro artificio”. Leggiamo infatti nella sentenza:

“la nozione di stabilimento di cui alle disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento implica l'esercizio effettivo di un'attività economica per una durata di tempo indeterminata, mercé l'insediamento in pianta stabile in un altro Stato membro (v. sentenze 25 luglio 1991, causa C-221/89, Factortame e a., Racc. pag. I-3905, punto 20, nonché 4 ottobre 1991, causa C-246/89, Commissione/Regno Unito, Racc. pag. I-4585, punto 21). Essa presuppone, pertanto, un insediamento effettivo della società interessata nello Stato membro ospite e l'esercizio quivi di un'attività economica reale. Ne consegue che, perché sia giustificata da motivi di lotta a pratiche abusive, una restrizione alla libertà di stabilimento deve avere lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica e finalizzate ad eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale”.

In un punto successivo della sentenza, i giudici europei arricchiscono la nozione dettata di “attività economica effettiva”, stabilendo che l'analisi in concreto debba essere svolta guardando ad elementi come *locali, personale e attrezzature*.

Con il loro percorso argomentativo, i giudici europei ammettono quindi la possibilità di fare uso di discipline nazionali come quella CFC, *se idonee a combattere* “meri contenitori passivi ed inerti di beni¹¹⁹”, i quali contengano in realtà beni appartenenti a soci collocati in Stati in cui la fiscalità risulti particolarmente alta, di cui questi ultimi abusivamente si sono spogliati.

La Corte, dopo aver messo in luce questi fondamentali aspetti, risponde all'ultimo quesito ad essa posto, ossia se la normativa britannica SEC fosse idonea a combattere fenomeni

¹¹⁹Dragonetti A., Piacentini V. Sfondrini A., *Manuale di fiscalità internazionale*, Ipsoa, giugno 2022;

di “costruzioni di puro artificio”, nonché se fosse rispettosa del principio di proporzionalità: i giudici stabiliscono che competente a rispondere al quesito sarà il giudice di rinvio, che dovrà ravvisare se il *motive test* sia idoneo a comportare la disapplicazione della normativa nei casi in cui non si possa ravvisare una costruzione di puro artificio.

Da ultimo, i giudici europei concludono stabilendo che *“gli artt. 43 CE e 48 CE vanno interpretati nel senso che ostano all'inclusione, nella base imponibile di una società residente in uno Stato membro, degli utili realizzati da una SEC stabilita in un altro Stato allorché tali utili sono ivi soggetti ad un livello impositivo inferiore a quello applicabile nel primo Stato, a meno che tale inclusione non riguardi costruzioni di puro artificio destinate a eludere l'imposta nazionale normalmente dovuta”*.

2.2. Osservazioni finali

In conclusione, i giudici di Lussemburgo stabiliscono l'**illegittimità** di una norma CFC interna nel caso in cui non sia permessa la sua disapplicazione qualora venga dimostrata, da parte del contribuente, un'attività economica effettiva nello Stato estero.

Questo perché la normativa CFC a livello nazionale deve porsi come unico obiettivo quello di contrastare fenomeni di elusione fiscale da parte di soggetti giuridici che *fittiziamente* costituiscano società all'estero e che non svolgano alcuna attività reale.

Questa rappresenta l'**unica ratio** in grado di giustificare la tassazione di un reddito formalmente prodotto all'estero nello Stato di residenza della controllante; in più, in alcun modo un maggior gettito erariale potrà giustificare un'attrazione di base imponibile, né l'introduzione di un nuovo criterio di residenza fiscale, non rientrando in alcun modo detta esigenza negli obiettivi previsti dal Trattato¹²⁰.

In virtù di ciò, ogni normativa nazionale deve essere in grado di garantire la sua disapplicabilità nel momento in cui non sussistano le ragioni imperative suddette.

¹²⁰Come la stessa CGUE ha chiarito nella sentenza, facendo riferimento alla giurisprudenza costante precedente;

In questo modo, è evidente come i giudici di Lussemburgo compiano un *bilanciamento di interessi* tra l'esigenza degli Stati di proteggersi da scelte fiscali elusive e la possibilità delle singole imprese di poter liberamente sfruttare occasioni di fiscalità ridotta.

Dall'analisi del testo redatto dalla Corte emerge limpidamente la possibilità da parte del contribuente di poter *approfittare* di regimi fiscali più favorevoli all'interno degli Stati membri, senza potersi mai configurare un comportamento che richieda una *reazione* da parte dell'ordinamento giuridico¹²¹ fiscale, essendo questa scelta nient'altro che una facoltà pienamente legittima insita nella libertà di stabilimento.

Da ultimo è possibile trarre un'importante osservazione: dall'analisi compiuta emerge come anche in ambiti in cui ad oggi residui la competenza nazionale degli Stati Membri vi siano inevitabilmente dei limiti a cui gli stessi risultano sottoposti, come risultano anche vincolati alle *interpretazioni* fornite dal diritto comunitario e dalle sue corti¹²².

2.3. La Comunicazione della Commissione n. 785/2007

La sentenza Cadbury Schweppes del 2006 ha portato alla luce l'esigenza di colmare lacune esistenti all'interno delle discipline nazionali CFC dei vari Stati membri; questa esigenza è stata avvertita anche dalla Commissione europea che, con la Comunicazione n. 785 del 2007, ha recepito i principi espressi all'interno di questa celebre pronuncia.

La Commissione esplica la necessità di raggiungere due differenti obiettivi¹²³:

- Ottenere un corretto bilanciamento di due interessi contrapposti: il contrasto alle pratiche di abuso fiscale e la necessità di evitare che vengano usati mezzi sproporzionati che possano danneggiare le attività transfrontaliere;

¹²¹Beghin M., *La sentenza Cadbury Schweppes e il "malleabile" principio della libertà di stabilimento*, in "Rassegna tributaria" pag. 983, 1 giugno 2007;

¹²²ciò in virtù del fatto che, pur esistendo a livello europeo materie che rimangono nella competenza strettamente statale, il far parte dell'Unione Europea vincola, anche in queste materie, ogni singolo Stato, dovendosi questi ultimi attenere ai *generali principi caratterizzanti l'Unione Europea*;

¹²³la Comunicazione della Commissione in esame si occupa unicamente della materia delle imposte dirette, essendo questa la materia in cui si avverte l'esigenza di una armonizzazione e di un coordinamento maggiore;

- Compiere un *miglior coordinamento* tra le varie disposizioni nazionali antiabuso.

Per il raggiungimento di questi obiettivi, la Commissione aspira, tramite detta comunicazione, alla *creazione di un intenso dibattito*, all'interno del quale possano partecipare non solo le istituzioni degli Stati membri ma anche le diverse categorie imprenditoriali coinvolte¹²⁴.

La Commissione nella prima parte della Comunicazione richiama le definizioni e i chiarimenti forniti dalla CGUE in tema di “costruzioni di puro artificio”, riferendosi nello specifico al principio della *prevalenza della sostanza sulla forma*: questo deve essere il principio che permea l'intera materia delle *controlled foreign companies*¹²⁵.

In tema di possibili discordanze tra le discipline dei diversi Stati membri, la Commissione auspica il raggiungimento di un maggior coordinamento normativo al fine di evitare fenomeni di doppia imposizione o doppia esenzione precisando che, nel caso in cui non sia possibile raggiungere un coordinamento vero e proprio, gli SM dovranno far uso di una migliore *cooperazione a livello amministrativo*, al fine di raggiungere un migliore scambio di informazioni. La cooperazione amministrativa, infatti, rappresenta uno degli strumenti più validi tesi a raggiungere una reale efficacia della normativa antiabuso.

In conclusione, la Commissione mette in evidenza come la recente giurisprudenza influirà significativamente sulle norme vigenti, provocando un *restringimento* dell'ambito applicativo delle stesse, ambito che appunto coincide con le “costruzioni di puro artificio” e più in generale, come la Commissione definisce, con tutte quelle situazioni che non evidenzino una *reale motivazione commerciale*.

L'influenza di detta giurisprudenza sulle norme interne pone l'esigenza di modificare le stesse, tramite l'ausilio che la Commissione promette di fornire.

Accanto alla revisione delle norme nazionali, sono stati posti degli obiettivi di coordinamento riguardo a:

- Dar vita ad una nozione *unitaria* di abuso e di “costruzione di puro artificio”, facendo in modo che l'applicazione della nozione sia uniforme all'interno della Comunità;
- migliorare la cooperazione a livello amministrativo;

¹²⁴infatti, la Commissione invita il mondo imprenditoriale a presentare dei contributi in merito;

¹²⁵ciò risulta coerente anche con la natura stessa dell'istituto;

- migliorare il coordinamento delle normative antiabuso nei confronti degli Stati terzi;
- eliminare le discordanze che provocano una assenza involontaria di tassazione;
- realizzare nel concreto il rispetto del *principio di proporzionalità* mettendo a disposizioni di tutti gli Stati membri le *migliori pratiche* in materia.

3. La recente giurisprudenza nazionale ed europea

3.1. Il caso X GmbH causa C-135/2017

Nel caso X GmbH cambia il parametro di riferimento rispetto alla sentenza Cadbury Schweppes.

Infatti, la Corte di Giustizia per la prima volta si ritrova ad analizzare un caso di *compatibilità* della normativa CFC nazionale con una libertà fondamentale quale quella della *libera circolazione dei capitali*¹²⁶ ex art. 63 del TFUE in riferimento a società controllate in uno Stato *extra-UE*¹²⁷.

Senza soffermarci troppo sul fatto, il caso riguardava una società controllante residente in Germania che si avvaleva di una società svizzera per la gestione di diritti sportivi di un'altra società tedesca, la quale presentava un legame con la società svizzera tramite accordi di natura finanziaria.

¹²⁶da qui emerge la prima significativa differenza rispetto alla sentenza Cadbury Schweppes; infatti, quest'ultima aveva avuto come parametro la libertà di stabilimento e non la libera circolazione dei capitali; in più, riguardava una impresa controllata in uno Stato interno all'Unione Europea; questo perché, nel caso di Stati non UE, non può essere applicato il diritto ex articolo 49, in quanto riservato agli Stati membri;

¹²⁷il parametro è rappresentato dalla libera circolazione di capitali, secondo costante giurisprudenza comunitaria, nel caso in cui la normativa nazionale subordini l'applicabilità del regime CFC non solo a fattispecie di influenza dominante, ma anche nel caso in cui sussista una semplice partecipazione *ai fini di un investimento finanziario*;

Guardando al fatto, l'Amministrazione finanziaria svedese prevede la tassazione per trasparenza degli utili prodotti in capo alla società svizzera, rappresentando questi ultimi *passive income*.

Un primo nodo fondamentale della pronuncia in questione riguarda il giudizio compiuto dai giudici di Lussemburgo circa il rispetto del *principio di proporzionalità* della legislazione tedesca: a riguardo, la Corte stabilisce che la normativa in questione non rispetta tale principio, non prevedendo alcuna possibilità per il contribuente *di fornire la prova contraria*¹²⁸. A proposito però, la Corte compie una precisazione: nonostante debba riconoscersi l'incompatibilità con suddetto principio, qualora l'impresa controllata abbia sede in un paese terzo è indispensabile che sussistano **misure regolamentari ed amministrative che permettano una verifica della veridicità** delle informazioni raccolte. Solo l'eventuale sussistenza di dette misure comporterà un obbligo per lo Stato membro di ascoltare *preventivamente* il contribuente. Quindi, spetterà al giudice nazionale ricercare se sussistano *misure di cooperazione* tra gli stati coinvolti: nel caso in cui non sia ravvisabile una misura di *scambio di informazioni* tra lo Stato UE e lo Stato extra-UE, il primo non sarà tenuto a garantire suddetta tutela¹²⁹.

La totale mancanza di un quadro cooperativo tra i paesi coinvolti è proprio ciò che nel caso concreto si è andato a verificare secondo il giudice nazionale tedesco: a detta di quest'ultimo, nel caso di specie, tra Germania e Svizzera non sussisteva alcun tipo di cooperazione fiscale in materia; di conseguenza, il giudice tedesco ha accertato *la possibilità di una disciplina diversificata in virtù di una situazione diversificata*¹³⁰.

Il caso X GmbH presenta significative differenze rispetto alla sentenza Cadbury Schweppes; questo però (è importante specificare) non evidenzia un *cambio di rotta* della Corte di Giustizia, bensì principi diversi legati ad inevitabili *parametri diversi*: nel presente caso la libertà di circolazione dei capitali, nel caso Cadbury la libertà di stabilimento. In virtù di questo, risulta opportuno stabilire che i principi in questa

¹²⁸infatti, la norma prevede l'applicazione del regime per trasparenza al solo verificarsi delle condizioni previste dalla legge, senza dare la possibilità di fornire la prova contraria;

¹²⁹come già precedentemente stabilito nel caso Elisa Causa C-451/2005;

¹³⁰la posizione affermata dal giudice tedesco non è da condividere: in realtà, la Svizzera risultava aver sottoscritto più accordi che favorivano uno scambio di informazioni, pur non essendo specificamente presente un accordo tra Germania e Svizzera;

occasione enunciati debbano essere letti in chiave *parallela* rispetto a quelli già espressi nella celebre sentenza del 2006¹³¹.

Ma in cosa, nello specifico, questo caso differisce dal celebre precedente? Nei *parametri forniti* dalla Corte idonei ad identificare una “costruzione di puro artificio”: i giudici stabiliscono infatti che, nel caso in cui l’impresa controllata si trovi al di fuori dell’Unione Europea, non è possibile enucleare una categoria ben definita di specifici requisiti¹³², bensì rileverà, a detta della Corte, per l’identificazione del fenomeno “*qualsiasi operazione il cui obiettivo principale o di cui uno degli obiettivi principali consista nel trasferimento artificioso degli utili generati da attività svolte sul territorio di uno Stato membro verso paesi terzi a basso livello di imposizione*”.

Infatti, emerge dall’*iter logico* della Corte la difficoltà nell’adattare i principi enucleati nella Cadbury al caso di specie, peculiare per due ordini di motivi:

- La legislazione tedesca si presenta molto diversa, includendo nella fattispecie normativa anche partecipazioni di mero investimento;
- Si tratta di una impresa residente in uno Stato terzo.

Secondo il dettato della Corte, l’obiettivo della normativa rimane lo stesso: porre un limite agli episodi di evasione ed elusione fiscale davanti a fenomeni di “puro artificio”; ciò che cambia è *il modo* in cui detto artificio può essere realizzato ed *il modo* in cui questo va combattuto.

Nel percorso argomentativo seguito dai giudici europei, seppur debba accettarsi un’impostazione diversa dovuta a una base casistica diversa, sono ravvisabili più dubbi interpretativi che non sembrano convincere, soprattutto riguardo a cosa si intenda per “*trasferimento artificioso di utili*”, espressione di cui la Corte fa menzione: non sembra infatti sia stato delineato in questa occasione un quadro esaustivo sulla definizione attribuibile a suddetta espressione.

¹³¹Fazio A., *Sulle condizioni di applicabilità della disciplina CFC nel caso di controllate residenti in paesi terzi: il peculiare caso X GmbH*, in “Diritto e pratica tributaria internazionale” pag. 242, 1 gennaio 2021;

¹³²senza dubbio potranno essere utilizzati gli indici già forniti nella sentenza Cadbury Schweppes, ma non nella loro interezza;

3.2. *Le recenti posizioni espresse dalla Corte di Cassazione: l'ordinanza 17849/2021 e il contrasto con la sentenza Cadbury*

Con ordinanza n.17849 del 22 giugno 2021, la Corte di Cassazione è tornata ad affrontare il tema relativo all'esterovestizione societaria e alle problematiche ad essa connesse.

Il caso presentato davanti al giudice di legittimità verteva sull'applicabilità dell'articolo 73 del TUIR a società controllate ubicate nel Lussemburgo, nel cui Stato si riteneva mancasse una sede effettiva, presentando invece tutti gli elementi per identificare la residenza fiscale in Italia.

Il contribuente presenta ricorso dinanzi alla Cassazione stabilendo che fosse ravvisabile una violazione della libertà di stabilimento prevista all'interno dei Trattati; nell'argomentare, il contribuente richiama la sentenza Cadbury Schweppes e i principi in essa espressi per poter giustificare la propria scelta imprenditoriale, tesa ad ottenere legittimamente un minore carico di natura fiscale.

Dall'analisi dell'ordinanza dei giudici di Cassazione emerge, ancora una volta, un *disallineamento* rispetto a ciò che sarebbe imposto tanto dalle norme europee quanto dalle chiarificazioni offerte da parte della Corte di Giustizia: infatti, in occasione del presente caso, i giudici di legittimità ne hanno approfittato per *allargare* il concetto di esterovestizione¹³³. E in quale tipo di fenomeni, a detta della Corte italiana, potrebbe trovar luogo l'applicazione dell'istituto, oltre che nel caso in cui si dimostri una "costruzione di puro artificio"?

La Corte italiana ravvisa l'esistenza delle condizioni per la configurabilità dell'istituto non soltanto nella fattispecie delineata nel Caso Cadbury, ma anche nel caso in cui **pur in presenza di una struttura economica effettiva e organizzata, sia ravvisabile identificare il centro decisionale dell'impresa collocata all'estero nel territorio dello Stato italiano.**

Nel caso di specie, la Corte utilizza l'influenza dominante esercitata da una società italiana sulle scelte decisionali e la veste meramente formale della carica degli

¹³³Bargagli M., Cesarano C., *La Corte di Cassazione amplia la nozione di estero-vestizione*, in "Fiscalità & commercio internazionale" pag. 5, 1 aprile 2022;

amministratori della società come elementi univoci volti a dimostrare la totale mancanza di una **effettiva attività direzionale nella sede di Lussemburgo**.

Dall'*iter logico* seguito dalla Corte emerge come, nel giustificare l'applicabilità della disciplina al caso di specie, abbia sovrapposto, impropriamente, gli istituti della esterovestizione e quello della stabile organizzazione; istituti che si collocano senza dubbi su piano concettuali totalmente differenti, rendendo la decisione oggetto di disamina non priva di forti complessità e dubbi.

Pur volendo comprendere il percorso argomentativo compiuto, non è possibile trascurare l'aspetto più importante, rappresentato dalla totale violazione dei principi presenti nella sentenza Cadbury Schweppes. Infatti, la natura dell'istituto della esterovestizione risiede proprio nel comportamento *fraudolento* posto in essere dal contribuente; mancando l'elusione, manca anche il realizzarsi del presupposto per la sua applicabilità.

La Cassazione ha quindi totalmente ignorato una sentenza considerata, ormai, la *radice* dell'interpretazione dell'intera normativa¹³⁴.

3.3. Osservazioni sui recenti arresti giurisprudenziali in Italia

La posizione espressa nell'ordinanza 17849/2021 è stata in realtà espressa e ribadita in molteplici pronunce della Corte di Cassazione¹³⁵, tra l'altro molto recenti.

I giudici di legittimità, nel decidere casi riguardanti fenomeni di esterovestizione, sembrano confondere due differenti *piani concettuali*. Questo cosa significa?

Come sappiamo, abbiamo visto come la Corte di Giustizia abbia definito il preciso ambito in cui possa configurarsi un caso di esterovestizione; sembra che però, come ha messo in risalto anche la dottrina italiana¹³⁶, il giudice italiano sia finito per disattendere la giurisprudenza europea, confondendo il piano della verifica di un configurabile abuso del diritto con il piano della verifica di una sussistente residenza fiscale.

¹³⁴ci troviamo ancora una volta in cui caso in cui le Corti italiane appaiono restie all'accoglimento *in toto* dei principi espressi a livello europeo;

¹³⁵tra queste ricordiamo il caso Dolce e Gabbana del 2017;

¹³⁶Avolio D., *sulla residenza della società incerta la posizione della Cassazione per i rapporti con l'abuso del diritto*, in "il fisco" pag. 1949, 16 maggio 2022;

Ciò comporta che i giudici nazionali, nella verifica delle condizioni richieste per la sussistenza dell'esterovestizione, facciano uso non dei principi espressi a livello europeo, ma dei soli requisiti nazionali utilizzati per la residenza fiscale, tradendo la *ratio* della disciplina, volta a tutelare la libertà di stabilimento e a permettere una limitazione della stessa solo in casi specifici in cui sia palese un comportamento fraudolento.

Volendo fare un esempio del *motus operandi* delle Corti italiane, è possibile citare il celebre caso Dolce e Gabbana, in cui si ravvisa un riferimento nel testo della sentenza alle “costruzioni di puro artificio”; questo potrebbe a prima impressione farci pensare che l'approccio del giudice italiano sia conforme a ciò che è richiesto dalla CGUE e alla definizione dalla stessa fornita. In realtà non è così: il riferimento alle “costruzioni di puro artificio” **non fungono da elemento ai fini della configurabilità di un abuso del diritto, ma fungono da elemento idoneo a configurare o meno la “sede di direzione effettiva”**.

Ecco che, anche in questo caso, i piani si confondono.

Le osservazioni appena fatte mostrano come, al momento, si presenti un quadro giurisprudenziale nazionale abbastanza confuso; confusione che è aumentata dalla mancanza di pronunce successive alla Cadbury da parte della Corte di Giustizia che possano fornire chiarimenti e possano risolvere i contrasti esistenti.

Dall'analisi compiuta sembra che la Corte di Cassazione abbia voluto adottare una soluzione *intermedia*¹³⁷, al fine di assicurare, da un lato, ma solo in parte, la tutela fondamentale della libertà di stabilimento; dall'altro, al fine di assicurarsi una significativa potestà impositiva; soluzione che però non può essere condivisa.

3.4.L'ordinanza 23150/2022 e l'ordinanza 23225/2022

¹³⁷Della Carità A., *l'esterovestizione societaria quale fenomeno abusivo della libertà di stabilimento: alcune riflessioni (critiche) alla luce della giurisprudenza nazionale*, in “Fiscalità & commercio internazionale” pag. 5, 1 marzo 2021;

In un panorama come quello appena illustrato in cui nulla appare chiaro, la Cassazione ha espresso di recente il proprio punto di vista sulla tematica della esterovestizione, chiarendo la portata applicativa dell'articolo 73 TUIR¹³⁸.

Il caso riguardava una società cinese per la quale l'Amministrazione finanziaria italiana ravvisava la configurabilità della residenza fiscale in Italia per esterovestizione, basando il proprio punto di vista su due motivi principali:

- gli amministratori della società cinese erano residenti in Italia, e d'altronde erano amministratori dell'impresa madre residente in Italia;
- in secondo luogo, il manager responsabile della società cinese non aveva reali poteri di direzione, essendo questi ultimi attribuiti sostanzialmente all'organo amministrativo situato in Italia.

Di fronte a questo caso, la Cassazione chiarisce un punto fondamentale: **l'accertamento della residenza fiscale in Italia al ricorrere dei presupposti di cui all'articolo 73 del TUIR non configura necessariamente l'accertamento di un fenomeno di esterovestizione, fenomeno che si pone su un piano diverso, ossia su un piano di abuso fiscale**¹³⁹.

Nella sentenza leggiamo: *“non può costituire criterio esclusivo di accertamento della sede della "direzione effettiva" l'individuazione del luogo dal quale partono gli impulsi gestionali o le direttive amministrative, qualora esso s'identifichi con la sede (legale o amministrativa) della società controllante italiana, risultando in tal caso necessario accertare anche che la società controllata estera non sia costruzione di puro artificio, ma corrisponda a un'entità reale che svolge effettivamente la propria attività in conformità al proprio atto costitutivo o allo statuto non essendo le società esterovestite, per ciò soltanto, **prive della loro autonomia giuridico-patrimoniale** e, quindi, automaticamente qualificabili come meri schermi”*.

La Cassazione ha infatti enunciato il seguente principio di diritto: l'accertamento della residenza fiscale in Italia di una società residente formalmente all'estero opera *“a prescindere dall'accertamento di un'eventuale finalità elusiva della contribuente, che sia*

¹³⁸che, ricordiamo, si occupa di fornire i criteri di collegamento necessari a configurare una residenza fiscale in Italia;

¹³⁹la Cassazione cerca di correggere quella “confusione nei piani” che era stata tipica delle precedenti pronunce;

volta a perseguire uno specifico vantaggio fiscale che altrimenti non le spetterebbe”; con ciò ha chiarito che le condizioni previste dall’articolo 73 non fungono unicamente al fine di identificare soggetti esterovestiti, ma anche e soprattutto hanno la funzione di rappresentare elemento *selettivo* nell’identificazione dei soggetti tassabili nel territorio Italiano.

Quindi, l’accertamento di una residenza fiscale in Italia prescinde dall’accertamento di un fenomeno di esterovestizione, in quanto i due fenomeni *possono ma non devono coesistere*¹⁴⁰ e coincidere.

Dall’analisi logico-testuale della sentenza emerge come la Corte di Cassazione faccia uso del termine *esterovestizione* in modo differente: le società esterovestite non sono viste come società che abbiano necessariamente tenuto un comportamento elusivo, ma sono considerate società per le quali, *a prescindere da quest’ultimo*, possa essere ravvisata la residenza nello Stato italiano.

Con questa sentenza si auspica che l’incertezza in passato mostrata dai giudici di legittimità siano del tutto risolta.

3.5. Esterovestizione: un fenomeno di evasione o di elusione?

Davanti al fenomeno, la dottrina italiana è sempre stata caratterizzata da una netta scissione tra due filoni interpretativi¹⁴¹:

- Una parte, considera l’esterovestizione come un fenomeno di evasione fiscale: questo filone basa la propria teoria sul pensiero che si configurerebbe esterovestizione qualora ricorra uno dei criteri elencati dall’articolo 73 comma 3 del TUIR. Operando tramite criteri oggettivi, non creerebbe alcun contrasto con la libertà di stabilimento previsto a livello unionale;

¹⁴⁰Di Tanna M. L., Greco D., *verifica della residenza fiscale delle “società esterovestite” in assenza di finalità elusive*, in “il fisco” pag. 3373, 19 settembre 2022;

¹⁴¹Cordeiro Guerra R. Bonazza C., *esterovestizione di una holding: occorre dimostrare il vantaggio fiscale*, in “Corriere tributario” pag. 468, 1 maggio 2022;

- Il secondo filone emerge invece dalle recenti sentenze¹⁴² della Corte di Cassazione: il pensiero espresso dalla Suprema Corte si basa sulle considerazioni fatte dalla giurisprudenza europea in tema di libertà di stabilimento¹⁴³, definendo l'esterovestizione come un fenomeno di elusione fiscale.

La Corte di Cassazione ha nello specifico affrontato l'argomento nella ordinanza n. **4463/2022**; il caso riguardava una società estera situata nel Lussemburgo che si occupava di attività di direzione e di gestione di partecipazioni possedute nelle controllate del gruppo in questione¹⁴⁴. Davanti a ciò, l'Amministrazione finanziaria italiana aveva ravvisato la configurabilità dell'esterovestizione. Ciò però non viene condiviso dalle Commissioni tributarie, le quali illustrano come il contribuente abbia dato ampia prova della non sussistenza dei requisiti richiesti. Così, l'Amministrazione impugna la sentenza dinanzi al giudice di legittimità.

In detta occasione, la Suprema Corte ne approfitta non soltanto per confermare la posizione espressa dalle Commissioni tributarie, ma si sofferma anche su questioni di puro diritto, con l'obiettivo di fornire opportuni chiarimenti:

1. *In primis*, emerge dal materiale probatorio come l'impresa madre svolgesse attività di amministrazione di natura sporadica e discontinua, ciò dimostrando l'effettivo radicamento della società controllata;
2. è *indubbia la natura abusiva dell'istituto*; la Corte, a sostegno della propria tesi, richiama numerosi precedenti giurisprudenziali sia a livello nazionale che a livello europeo. Specifica poi come l'accertamento compiuto dall'AF debba necessariamente basarsi su un'analisi concreta, *caso per caso*¹⁴⁵;
3. Da ultimo, la Corte aggiunge un "nuovo tassello" rispetto alla precedente giurisprudenza: eleva il *vantaggio fiscale* ad *elemento costitutivo* del fenomeno della esterovestizione.

Il punto di vista espresso dalla Corte non convince del tutto, soprattutto sotto due aspetti:

¹⁴²tra cui quelle che abbiamo precedentemente analizzato;

¹⁴³sul punto non appare necessario soffermarsi, avendo già analizzato il percorso argomentativo svolto dalle Corti;

¹⁴⁴si trattava quindi di una holding;

¹⁴⁵sul concetto torneremo in maniera più approfondita;

- La classificazione dell'esterovestizione come fenomeno abusivo e non evasivo permetterebbe al contribuente di fare uso dell'interpello disapplicativo, possibilità che al momento non è prevista dall'articolo 73 del TUIR;
- Quanto al requisito del *vantaggio fiscale*, è opportuno ricordare come a volte non basti il mero raffronto tra aliquote previste in paesi diversi; questo perché il vero vantaggio può risiedere in particolari esenzioni e agevolazioni, pur presentandosi il paese estero come un paese a fiscalità ordinaria.

Una situazione come quella appena prospettata comporta una situazione di non facile comprensibilità per il contribuente, essendo la classificazione dell'esterovestizione determinante per l'applicabilità di alcuni istituti.

Nonché ricordiamo come solo l'evasione può comportare, oltre che sanzioni amministrative, anche sanzioni di tipo penale; le conseguenze sono quindi molto differenti e più o meno incisive a seconda della *natura* attribuibile al fenomeno.

In conclusione, si può constatare come l'obiettivo semplificatore che il legislatore si era prefissato tramite l'articolo 10 *bis* della Legge 212/2000 non sia stato raggiunto: il legislatore, infatti, si era posto come obiettivo ottenere una *semplificazione logico-giuridica* nell'identificazione delle casistiche che potessero rappresentare abuso del diritto; ciò non sembra sia stato raggiunto, rimanendo al di fuori dell'ambito applicativo reso palese dall'articolo 10 *bis* alcune fattispecie giuridiche di dubbia classificazione, fra cui i fenomeni di esterovestizione.

È quindi auspicabile che il legislatore, in una prospettiva futura, dia vita a norme più chiare e dotate di maggiore precisione, per eliminare totalmente qualsiasi incertezza circa il confine tra le due fattispecie, evasione ed elusione¹⁴⁶, confine che risulta particolarmente rilevante per l'identificazione delle conseguenze successive ad un accertamento di un fenomeno elusivo ovvero evasivo, le quali che possono essere profondamente diverse fra loro.

3.6. Considerazioni conclusive riguardo la giurisprudenza in tema di esterovestizione

¹⁴⁶Antonini M. D'Alessandro F., *Gli incerti confini tra evasione e abuso: profili fiscali e penali*, in "Corriere tributario" pag. 68,1 gennaio 2022;

L'analisi giurisprudenziale delle numerose e recenti pronunce del giudice di legittimità sulla tematica della esterovestizione ci porta a ragionare su come si profili, ad oggi, un panorama assai complesso. Questo perché vige una *enorme incertezza*; questa incertezza è data da una giurisprudenza poco costante dal punto di vista nazionale nonché totalmente (o quasi) assente dal punto di vista comunitario. L'ambito applicativo del fenomeno si estende per poi ridursi nuovamente a seconda delle pronunce che nel tempo intervengono. Non è ad oggi chiaro cosa *realmente* debba intendersi per esterovestizione, se questa rappresenti un fenomeno di abuso, di evasione, o se sussista anche in assenza di qualunque comportamento fraudolento.

Sarebbe auspicabile nel breve termine una pronuncia tramite questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia. Ma questo, quanto effettivamente potrebbe risolvere il problema? Abbiamo visto come la Cassazione si sia totalmente *opposta* più volte alla posizione espressa chiaramente dalla CGUE nella sentenza Cadbury senza alcuna esitazione; è quindi ipotizzabile che questo possa accadere di nuovo.

Rimane il fatto che il tema della esterovestizione e della CFC rimangono fenomeni assai complicati, in cui trovare un corretto bilanciamento tra diritti del contribuente ed esigenze statali arriva ad essere quasi un obiettivo *utopico*.

3.7. La dimostrazione di una pratica elusiva: un'analisi che va compiuta caso per caso

L'analisi condotta da parte di un determinato ordinamento nazionale ai fini dell'identificazione di un fenomeno elusivo va a verificare che una certa struttura giuridica coincida con una concreta *realtà economica*. Si vuole quindi evitare che si verifichino fenomeni di *wholly artificial arrangement*, ossia fenomeni di fittizio trasferimento di residenza.

È però indispensabile specificare *come* e in base a quali elementi si ritenga sussistere tale fenomeno elusivo.

Come più volte ribadito da giurisprudenza costante della Cassazione, la configurabilità del fenomeno della esterovestizione è subordinata alla *verifica della sussistenza di determinati requisiti*.

È necessario precisare che la sussistenza di detti elementi non possa ritenersi soddisfatta secondo un *principio di carattere generale*: non basta un controllo di natura diretta o indiretta per poter ritenere sussistente un fenomeno di esterovestizione; ma spetterà al **giudice, nella valutazione del caso concreto**, verificare che possa o meno configurarsi il fenomeno, facendo uso del materiale probatorio a lui fornito. Quest'ultimo, nel valutare *gli elementi di fatto pertinenti*, stabilirà se i requisiti sussistano o meno.

L'utilizzo di un principio di carattere generale non solo non sarebbe adeguato alla disciplina in esame in virtù dell'applicabilità alla stessa del principio *substance over form*, ma violerebbe anche il *principio di proporzionalità*, essendo manifestamente sproporzionato rispetto al fine che si vuole raggiungere.

Il percorso logico che il giudice svolge risiede nella ricerca della *ratio* di una determinata scelta fiscale: se ravvisa che il contribuente ha adottato quel comportamento fiscale al solo fine di ottenere un *vantaggio di natura fiscale*, la condizione potrà ritenersi soddisfatta; altrimenti, nel caso in cui le operazioni compiute possano ritenersi svolte anche per il raggiungimento di un *solo* ulteriore fine, l'ipotesi di esterovestizione non si potrà ritenere sussistente.

In concreto, gli elementi di cui la giurisprudenza si avvale al fine di verificare la sussistenza dei requisiti richiesti dalle disposizioni nazionali ed europee sono:

- Che gli amministratori della società controllata all'estero siano soci della società controllante;
- Che gli amministratori della società controllate rivestano una carica meramente formale, in realtà rimessa interamente alla società controllante;
- Che sussista la mancanza di un centro decisionale;
- Che, nell'analizzare i verbali inerenti alle riunioni del consiglio di amministrazione della società controllata, si ravvisi una assenza di *periodicità e di consistenza*.¹⁴⁷

Seppur di non recente pubblicazione, utili si rivelano le Raccomandazioni provenienti dalla *risoluzione del Consiglio dell'UE dell'8 giugno 2010*, all'interno della quale il Consiglio fornisce significativi **indicatori** utili nella ricerca concreta che il giudice si

¹⁴⁷la giurisprudenza ha arricchito sempre di più il novero di fattispecie concrete che possono esser prese come indici significativi;

trova a dover svolgere; indicatori che risultano essere applicabili in via generica per la determinazione dell'assenza di sostanza economica, utilizzabili quindi anche ai fini CFC. È utile ricordare come la giurisprudenza abbia messo in luce che non basta, ai fini della configurabilità dell'esterovestizione, che si configuri il *principale polo decisionale* nella società controllante delle scelte operate dall'impresa controllata: è infatti indispensabile che si dimostri la mancanza di una *entità economica reale*.¹⁴⁸

4. Un'altra pratica elusiva: la stabile organizzazione occulta

Nell'elencazione delle fattispecie che possono comportare un comportamento fraudolento posto in essere dal contribuente, non può venir meno il fenomeno della stabile organizzazione occulta.

L'impresa, per estendere il suo raggio d'azione in ambito internazionale, ha due strumenti a sua disposizione:

- L'utilizzo di società controllate al di fuori del proprio paese¹⁴⁹;
- L'utilizzo di una stabile organizzazione all'estero.

La definizione di stabile organizzazione è contenuta nell'articolo 162 del TUIR, il quale stabilisce che questa rappresenta una *articolazione* dell'impresa madre, non costituendo una realtà giuridica *ex se*¹⁵⁰.

Dal punto di vista tributario però, la stabile organizzazione costituisce un soggetto giuridico autonomo, il quale darà vita a reddito tassabile sia nel paese di appartenenza dell'impresa madre¹⁵¹ sia nel paese in cui essa va ad operare, dando vita a fenomeni di doppia imposizione che verranno risolti tramite apposite Convenzioni internazionali

¹⁴⁸Capolupo S., *Controllata estera: attività effettiva e libertà di stabilimento*, in "il fisco" pag. 758, 21 febbraio 2022;

¹⁴⁹Fenomeno che, come abbiamo visto, dà vita in caso di abuso all'esterovestizione;

¹⁵⁰come invece avviene per le imprese controllate all'estero, che rappresentano entità giuridiche autonome;

¹⁵¹infatti, il reddito generato dalla stabile organizzazione *confluisce* nel bilancio dell'impresa madre;

stipulate dallo Stato italiano ovvero tramite l'adottabilità, da parte del contribuente, del regime di *branch exemption* previsto dall'articolo 168-ter del TUIR¹⁵².

Senza soffermarci sulle definizioni inerenti a cosa sia una stabile organizzazione e alle sue caratteristiche, occorre concentrarci su come, anche davanti a questo istituto, possa configurarsi un potenziale comportamento abusivo da parte del contribuente, sfruttando l'esistenza di una *stabile organizzazione occulta*.

I casi specifici in cui si potrà avere una stabile organizzazione occulta sono:

- Utilizzo da parte di un'impresa estera di una stabile organizzazione situata in Italia non dichiarata o formalmente "sottodimensionata";
- Utilizzo da parte di un'impresa italiana di una stabile organizzazione all'estero non dichiarate o utilizzate al fine di trasferire una parte di profitti in Stati a fiscalità ridotta¹⁵³.

In riferimento a questi fenomeni, apposita circolare del Comando della Guardia di Finanza ha fornito specifici *indicatori* che possano aiutare l'Amministrazione Finanziaria nell'identificazione di un fenomeno abusivo qualora si debba identificare una stabile organizzazione occulta *nel territorio italiano*, tra cui ricordiamo:

- Il coinvolgimento, nella fase tipica preventiva alla stipulazione di un contratto, di soggetti appartenenti alla stabile organizzazione in Italia, pur mancando un dichiarato potere di rappresentanza;
- l'esistenza di documenti che mettano in risalto un *rapporto servente* dell'impresa sita in Italia rispetto ad un'impresa situata all'estero e che evidenzino che non esiste alcuna contrapposizione di interessi;
- la sottoposizione del personale dipendente dell'impresa italiana a *stringenti direttive* impartite dall'impresa straniera;
- qualora risulti che, seppur formalmente i contratti siano imputabili all'impresa straniera, vengano in realtà sostanzialmente stipulati dall'impresa in Italia;
- altri.¹⁵⁴

¹⁵²regime che prevede l'esenzione degli utili e delle perdite prodotti dalle stabili organizzazioni situate all'estero;

¹⁵³questo fenomeno prende il nome di *profit shifting*;

¹⁵⁴Bargagli M., *elementi sintomatici della stabile organizzazione occulta*, in "Fiscalità & commercio internazionale" pag. 28, 1 aprile 2019;

4.1. L'ordinanza Cass. 21693 dell'8 ottobre 2020

Con l'ordinanza n. 21693/2020 i giudici di legittimità hanno avuto modo di determinare i requisiti che comporterebbero l'esistenza nel nostro paese di una stabile organizzazione occulta¹⁵⁵.

Nel caso di specie, l'Amministrazione finanziaria contestava ad una società estera che si occupava di materiali lapidei di aver evaso il fisco per un valore superiore a 300 milioni di euro. La contestazione dell'AF traeva origine dall'assunto che tale società operasse, concludendo contratti in nome e per conto della società, sul territorio dello Stato tramite un amministratore, quando invece la società configurava l'operato di quest'ultimo come un'attività *meramente preparatoria ed ausiliaria*.

Dinanzi a questi elementi, le Commissioni tributarie negavano, in entrambi i gradi di giudizio, la configurabilità di una stabile organizzazione personale *occulta* in Italia.

La Cassazione, invece, si discosta da quanto statuito dalle Commissioni, cassando la sentenza e rimettendola alle decisioni delle Commissioni competenti, che avrebbero dovuto decidere in base all'*interpretazione* fornita dalla Corte di legittimità sulle norme in tema di stabile organizzazione al tempo in vigore.

Nella valutazione del caso concreto, i giudici di legittimità forniscono due importanti elementi al fine di verificare la sussistenza di una stabile organizzazione occulta:

1. Qualora il soggetto svolga in Italia sia attività meramente preparatorie e ausiliarie sia attività ulteriori, la valutazione del tipo di attività compiute dovrà essere compiuta in maniera *complessiva*;
2. Inoltre, qualora tali attività ausiliarie e preparatorie vengano svolte in favore di soggetti diversi dall'impresa controllante, e quindi abbiano la capacità di generare nuovo reddito, queste potranno configurarsi come elemento fondamentale per la configurabilità di una stabile organizzazione occulta.

¹⁵⁵ricordiamo che la nozione di stabile organizzazione non deriva né da una prassi amministrativa né dalla legge, ma è nata nel momento in cui hanno iniziato ad aversi casi di stabili organizzazioni occulte in Italia di gruppi multinazionali;

L'ordinanza in questione pone alcune perplessità soprattutto riguardo il secondo punto affrontato dalla Cassazione.

Per comprendere dette criticità, è indispensabile ricordare come, a livello europeo, sia stabilito che, in virtù della libertà di stabilimento ex articolo 49 TUE, un'impresa madre sia libera di scegliere *la forma giuridica* che ritiene più adatta ad esercitare detta libertà: una società controllata ovvero una stabile organizzazione.

Fatta questa premessa, l'inclusione operata dalla Corte delle attività preparatorie e ausiliarie negli elementi indice di una stabile organizzazione occulta¹⁵⁶ pone sicuramente delle problematiche: detta inclusione porrebbe limitazioni a quella libertà di stabilimento prevista a livello comunitario, con la conseguenza che gli operatori economici non avrebbero alcuna propensione ad esercitare alcuna attività nel nostro paese¹⁵⁷.

Dall'altro lato però la considerazione dei giudici di legittimità appare coerente con le finalità antiabuso che la normativa nazionale persegue in virtù dei principi espressi dalla storica sentenza Cadbury Schweppes; ciò comporta che la previsione offerta dalla Corte si può sì, ritenere condivisibile, ma solo nel caso in cui si fornisca al contribuente la possibilità di *fornire la prova contraria in grado di dimostrare che sussiste una reale entità economica*.

Anche in questo caso, emerge ancora una volta il difficile bilanciamento tra libertà di stabilimento e misure antiabuso: se in parte le conclusioni suddette non sembrano porsi in piena aderenza all'articolo 49 TUE, dall'altro potrebbero ritenersi giustificate da potenziali fenomeni abusivi.

Qual è quindi il limite? Non è facile identificarlo.

4.2. *L'esterovestizione e la stabile organizzazione occulta: due fenomeni molti diversi tra loro*

¹⁵⁶in passato, invece, l'Italia aveva negato che questo tipo di attività potessero dar vita ad una stabile organizzazione;

¹⁵⁷Cerioni L. Roccatagliata F., *Quando un'attività preparatoria o accessoria configura una stabile organizzazione- Effetto BEPS ante litteram: sulle attività "preparatorie" da una S.O. personale il giudizio della Cassazione è... lapidario!*, in "Rivista di Giurisprudenza Tributaria" pag. 525, 1 giugno 2021;

Nonostante sia senza dubbio che entrambi i fenomeni si presentino come modalità differenti tese all'ottenimento di benefici fiscali estranei a quelli previsti dalla legge, e quindi non legittimati, la dottrina più autorevole è ormai pacifica nel sostenere che siano fenomeni da porre in totale *antitesi* l'uno con l'altro.

Questo perché la nozione di “stabile organizzazione” si riferisce ad una sede di affari tramite la quale, normalmente, viene posta in essere un'attività d'impresa al di fuori dello stato dell'impresa madre, che decide di operare tramite una “*succursale*”; ciò non accade nel caso dell'esterovestizione, in cui manca totalmente una reale sede controllata, consolidandosi in una società totalmente fittizia che distorce la localizzazione reale della residenza fiscale.

Ricordiamo che nel caso dell'esterovestizione l'obiettivo dell'Amministrazione Finanziaria sarà quello di attrarre in Italia tutti i redditi prodotti all'estero, mentre nel caso della stabile organizzazione occulta l'accertamento mirerà ad ottenere una tassazione unicamente sul reddito prodotto da quest'ultima nel territorio italiano.

5. Il confine sottile tra lecito risparmio d'imposta e volontà di evasione

Le discipline nazionali che mirano ad ottenere un maggior gettito erariale devono necessariamente coordinarsi con le norme di natura internazionali nonché con i principi stabiliti dai Trattati Europei, primo tra i quali il principio della libertà di stabilimento.

In questo contesto si pongono le posizioni antitetiche dello Stato nazionale e dell'operatore economico: lo Stato è rimasto “affossato” nelle proprie discipline nazionali, atteggiamento che ha portato più volte a

- contrasti con norme di rango superiore di matrice europea ed internazionale nonché
- a danneggiare scelte di convenienza compiute da imprese spinte da un'espansione a livello internazionale;

di contro, l'operatore economico ha il **diritto** di scegliere il regime fiscale a lui più favorevole, potendo valutare ogni vantaggio che si ripercuota sulle proprie strategie imprenditoriali, sfruttando le disposizioni previste dalle Convenzioni contro le doppie

imposizioni e dalla disciplina dei Trattati, e di conseguenza esercitando il pieno diritto di *pianificazione fiscale*.

5.1. *La divergenza tra le normative nazionali*

È stato detto molto chiaramente come non possano essere posti limiti alla libertà di stabilimento e come ogni norma contraria a detto principio è considerata vietata.

La questione diviene più complicata guardando alla inevitabile *discordanza delle legislazioni dei diversi Stati membri*: ogni Stato è infatti libero di determinare i criteri secondo i quali si realizzi l'attrazione, all'interno del proprio paese, di una fonte reddituale. Questo inevitabilmente crea problematiche sulla compatibilità con norme nazionali di altri paesi che prevedano medesimi criteri di attrazione e con cui non sussistano Convenzioni apposite.

Nonostante l'OCSE, con il nuovo articolo 4 paragrafo 3 del Modello della Convenzione, abbia cercato di ovviare al problema, sussistono inevitabilmente contrasti.

5.2. *Il criterio del "case by case"*

Non sempre risulta facile per l'Amministrazione finanziaria svolgere le opportune analisi indispensabili per ricercare la fittizietà o meno delle imprese controllate.

La diversità presente tra situazioni concrete e tra soggetti coinvolti nel caso specifico comporta inevitabilmente l'esigenza di dover utilizzare *criteri diversificati per casistiche diverse*.

Un esempio strategico è rappresentato dal criterio del *place of effective management*, che per anni ha rappresentato l'unico criterio utilizzabile al fine di determinare la residenza di una persona giuridica a fini fiscali.

Secondo ormai costante giurisprudenza sia europea che nazionale, sembrerebbe che però questo criterio risulti poco adatto alla struttura dei *gruppi multinazionali*, per i quali si è

quindi ricercato un criterio capace di adattarsi alla realtà più complessa che questi esprimono.

Per questi ultimi, l'elemento discrezionale utilizzato oramai nella prassi è quello del *central management and control*, detto anche *day to day management*: questo stabilisce che non potrà ravvisarsi un fenomeno di esterovestizione nel caso in cui presso il soggetto controllato non sia identificabile l'assunzione di rischi strategici¹⁵⁸; sarà infatti sufficiente verificare la sussistenza di un centro di *gestione e direzione quotidiana*¹⁵⁹, che sia in grado di esprimere una certa indipendenza, seppur il soggetto controllato sia tenuto ad attenersi, in virtù della natura stessa espressa da una struttura multinazionale, alle scelte strategiche impartite ed imposte dall'impresa madre.

Definiti questi confini, rimane di non facile analisi la scissione tra condotte abusive e condotte pienamente lecite: infatti, l'AF sarà tenuta a verificare il *grado di ingerenza della società controllante negli affari della controllata, non dovendo quest'ultima svolgere una mera attività di "back office"*.

5.3. La pianificazione fiscale

La nuova realtà economica ha portato ad un nuovo atteggiamento imprenditoriale, che mira ad ottenere un minore aggravio fiscale che, come abbiamo detto, è pienamente tutelato dalla normativa europea.

Una pianificazione fiscale vantaggiosa rischia però di sfociare in qualcosa di illecito nel momento in cui la scelta dell'imprenditore venga adottata *al sol fine di ottenere un vantaggio fiscale, diventando il risparmio d'imposta l'unico motivo per cui l'imprenditore è portato ad instaurare una controllata in uno Stato diverso dallo Stato di appartenenza, obiettivo che risulta raggiunto tramite strutture fittizie che aggirano la finalità propria della norma.*

¹⁵⁸questa infatti spetta, in virtù delle caratteristiche proprie del gruppo multinazionale, all'impresa madre: infatti, le decisioni più importanti e strategiche vengono prese da quest'ultima, al fine di dar vita ad un progetto strategico unitario;

¹⁵⁹parliamo quindi di una gestione ordinaria;

Ma come questo unico intento è ricercabile? Dovrà essere compiuta un'analisi *concreta e specifica* guardando ad ogni elemento utile, quale

- il numero degli impiegati,
- l'analisi del bilancio,
- i fatti di gestione.

Non è quindi sufficiente un'attenta analisi del dato documentale, ma è necessario far ricorso a quel *set di informazioni* contenente, ad esempio, i contratti bancari e finanziari effettivamente stipulati e il luogo in cui le decisioni vengono concretamente adottate. Ancora una volta emerge imperativamente la supremazia del principio della prevalenza della sostanza sulla forma, che comporterà la determinazione della tassazione opportuna, determinata non guardando a ciò che *prime facie* appare, ma a ciò che risulta dall'analisi condotta dall'Amministrazione competente, verificando se l'obiettivo ultimo dell'imprenditore sia realmente l'esercizio della libertà di stabilimento, libertà che in ogni caso deve sempre essere esercitata lecitamente tramite un *insediamento concreto e reale*.¹⁶⁰

Altro elemento di cui può tener conto l'organo competente al controllo è l'*apprezzabilità* della struttura sottoposta al suo esame: pur sussistendo un effettivo stabilimento, è indispensabile verificare quanto l'attività posta in essere sia *apprezzabile* in termini quantitativi e quanto lo sia la medesima struttura¹⁶¹: ciò significa che, pur sussistendo realmente una struttura nel luogo in cui la controllata risulta residente, deve essere verificata l'assenza di una *costruzione fiscale abusiva*.

5.4. Osservazioni: un quadro complesso di non facile lettura

Abbiamo più volte messo in risalto come una disciplina i cui limiti sono stabiliti più dalla giurisprudenza¹⁶², e quindi da fonti mutabili e non scritte, che dalla legge, provochi

¹⁶⁰Bargagli M. Salvini O., *Il labile confine tra il lecito risparmio d'imposta e la pianificazione fiscale aggressiva*, in "Fiscalità & commercio internazionale" pag. 21, 1 giugno 2021;

¹⁶¹queste indicazioni sono contenute nella Circolare n. 32 dell'8 luglio 2011;

¹⁶²nonostante con gli anni il carattere vincolante dei "precedenti" stia crescendo, nei sistemi di *civil law* ciò non è ancora riconosciuto secondo una legge scritta. Per quanto, quindi, possa attribuirsi alla giurisprudenza

numerose difficoltà per il contribuente, il quale si trova in una posizione in cui dimostrare la sua assenza di intenti abusivi non è di certo facile.

Sembra però opportuno soffermarci anche sulla posizione, che non può essere ignorata e non troppo vantaggiosa, delle Amministrazioni finanziarie nazionali: tale contesto normativo non sembra facilitare¹⁶³ il lavoro che il soggetto pubblico è tenuto ad adempiere.

Il gran numero di norme internazionali, orientamenti giurisprudenziali e norme interne rende altamente complesso saper scindere con certezza il lecito risparmio d'imposta dalla volontà di evasione.

Ciò inevitabilmente comporta non solo un alto numero di ricorsi¹⁶⁴, che provoca una minore efficacia della macchina giudiziaria, ma comporta anche il sorgere di giurisprudenze tra loro contrastanti, non essendo ad oggi risolvibile *ex lege* ogni conflitto sorgente in materia.

Dall'altro lato, è però impossibile non riconoscere come pretendere una normativa a tal punto esaustiva sia nella pratica impossibile, potendo nella realtà sussistere un numero fin troppo ampio di fattispecie concrete, numero così ampio da non poter trovare spazio in una legge scritta capace di disciplinare tutti i casi che si possono manifestare nella vita reale.

È per questo che la giurisprudenza, a più riprese, ha cercato di fare tutto ciò che era in suo potere: dettare criteri diversi per casi diversi, fornendo perlomeno *indicazioni orientative* tanto per il contribuente quanto per le amministrazioni statali.

Alla luce delle osservazioni compiute nei precedenti paragrafi, l'unica soluzione auspicabile è quella rappresentata dalla *minimum tax* su cui oggi gli organi internazionali ed europei stanno lavorando; al contrario, soluzioni che mirino ad una semplice armonizzazione delle discipline nazionali non sembrano in grado, come la storia ci mostra, di risolvere definitivamente i rischi e i problemi derivanti dal conflitto tra le diverse norme di ogni paese.

una grande importanza, rimane sempre la possibilità da parte del legislatore di distaccarsene, dovendo in questo modo attendere necessariamente un successivo giudizio negativo per la sua eventuale dichiarazione di illegittimità;

¹⁶³anzi, ostacola e lo rende più complesso;

¹⁶⁴e, di conseguenza, un grande spreco della macchina giudiziaria;

Infine, altro mondo su cui sarebbe auspicabile si insistesse è il mondo della *tax compliance*: tale forma di collaborazione esprime il nuovo aspetto che ad oggi si vuole attribuire al rapporto tra il contribuente e la pubblica amministrazione. Una maggiore comunicazione comporterebbe infatti numerosi vantaggi, tra cui soprattutto

- un minor tasso di incertezza;
- un alleggerimento delle posizioni probatorie di entrambi i soggetti giuridici coinvolti.

CAPITOLO 3

-

L'INVERSIONE DELL'ONERE ALLA PROVA E LA SUA COMPATIBILITÀ CON I PRINCIPI COMUNITARI

SOMMARIO: 1. Il comma 5 – 2. Le posizioni espresse dall'AIDC: spunti di riflessione
– 3. L'onere alla prova e il principio di proporzionalità: analisi della giurisprudenza
europea - 4. L'interpello probatorio e le sue problematiche

1. il comma 5

Il comma 5 dell'articolo 167 del TUIR prevede che il contribuente possa dimostrare la mancata sussistenza dei requisiti per l'applicabilità del regime CFC. Il presente cita testualmente:

“Le disposizioni del presente articolo non si applicano se il soggetto di cui al comma 1 dimostra che il soggetto controllato non residente svolge un'attività economica effettiva, mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali. Ai fini del presente comma, il contribuente può interpellare l'Agenzia delle Entrate ai sensi dell'articolo 11, comma 1, lettera b), della legge 27 luglio 2000 n. 212.”

Secondo il disposto in questione, quindi, vi sarà la disapplicazione della disciplina nel caso in cui si dimostri l'esercizio di una *attività economica effettiva*. È necessario chiarire il portato normativo dell'espressione *“mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali”*; tale elenco è da ritenersi di natura esemplificativa, non dovendo tutti gli elementi presi in considerazione sussistere congiuntamente, nè dovendo escludere un'eventuale integrazione degli stessi in virtù della natura dell'attività in concreto svolta; ciò significa che tale elenco può essere ritenuto *esemplificativo*, potendo poi prendere in considerazione, secondo il caso specifico, altre categorie di indici. Un esempio a sostegno di detta tesi può essere l'esercizio di attività tipiche di alcuni tipi societari, quali le

*holding*¹⁶⁵, le quali non presentano l'utilizzo di alcuno degli elementi presi in considerazione dal comma 5. L'analisi sulla sussistenza dell'effettività dell'attività svolta andrà quindi condotta secondo *parametri diversi*, identificabili caso per caso¹⁶⁶.

Il comma 5 deve necessariamente essere integrato con il successivo comma 11, il quale prevede l'obbligo, da parte dell'Amministrazione finanziaria, di concedere un termine al contribuente entro il quale egli potrà dimostrare la sussistenza dell'*attività economica effettiva* nel caso in cui quest'ultimo non abbia presentato l'interpello probatorio facoltativo¹⁶⁷. Leggiamo infatti:

“L’Agenzia delle Entrate, prima di procedere all’emissione dell’avviso di accertamento d’imposta o di maggiore imposta, deve notificare all’interessato un apposito avviso con il quale viene concesso al medesimo la possibilità di fornire, nel termine di novanta giorni, le prove per la disapplicazione delle disposizioni del presente articolo in base al comma 5.

Qualora l’Agenzia delle Entrate non ritenga idonee le prove addotte dovrà darne specifica motivazione nell’avviso di accertamento. Fatti salvi i casi in cui la disciplina del presente articolo sia stata applicata oppure non lo sia stata per effetto dell’ottenimento di una risposta favorevole all’interpello di cui al comma 5, il soggetto di cui al comma 1 deve segnalare nella dichiarazione dei redditi la detenzione di partecipazioni in soggetti controllati non residenti di cui ai commi 2 e 3, al ricorrere delle condizioni di cui al comma 4, lettere a) e b).”

La scelta del legislatore sembra esprimere, seppur con intensità inferiore rispetto al passato, una posizione tesa a determinare il minor aggravio possibile per l'Amministrazione finanziaria, aggravio che invece sembra porsi principalmente sulle spalle del contribuente.

¹⁶⁵la giurisprudenza ha infatti più volte chiarito come la classificazione di una società quale società di holding non escluda necessariamente lo svolgimento di una attività economica effettiva, dovendosi svolgere un'analisi mirata e specifica basata sul *genus* societario.

¹⁶⁶Nicolosi F., *brevi riflessioni su talune problematiche dell'esimente nella nuova disciplina CFC*, in “Rivista di diritto tributario”, 18 febbraio 2022;

¹⁶⁷ciò è espressione dell'obbligo di instaurazione di un contraddittorio preventivo presente nel nostro ordinamento tributario;

L'utilizzo di indicatori¹⁶⁸ e l'"automatica" applicazione della disciplina fanno deporre per un *favor* nei confronti dell'Agenzia delle Entrate, gravando sul soggetto privato dover dimostrare la sussistenza degli eventuali elementi che ne determinino la disapplicazione. *La probatio diabolica* ricadente sul privato emerge non solo guardando alla difficoltà sostanziale nel fornire una adeguata prova contraria, ma anche e soprattutto *alla radice*, guardando agli strumenti giuridici forniti, che possiamo definire poco efficaci, di cui il contribuente può avvalersi.

Può ritenersi corretto che l'applicazione di una disciplina così gravosa sia prevalentemente affidata all'uso di presunzioni per le autorità statali da un lato, e all'uso di strumenti poco efficaci per il contribuente dall'altro?¹⁶⁹

1.1. Un primo elemento da analizzare: l'interpello di cui al comma 5 e il contraddittorio di cui al comma 11

Volendo ricercare elementi in grado di giustificare la compatibilità tra la normativa nazionale e i principi di matrice europea, quali il principio di proporzionalità e il diritto ad una tutela effettiva, risulta importante evidenziare la natura dell'interpello previsto dal comma 5 e dal comma 11.

La norma fa riferimento all'interpello *di cui alla lettera B dell'art. 11 della legge 212/2000*¹⁷⁰; l'interpello che si configura in materia appartiene quindi alla categoria generale dell'interpello **probatorio**, interpello che mira ad ottenere un parere da parte dell'AF sulla sussistenza o meno delle condizioni richieste per l'applicazione di un determinato regime fiscale nonché sulla idoneità degli elementi probatori adottati dal contribuente per la sua applicabilità.

L'interpello probatorio è un interpello preventivo, collocandosi infatti in una fase antecedente all'accertamento da parte dell'Agenzia delle Entrate; in capo al soggetto

¹⁶⁸e di conseguenza, di elementi di carattere prevalentemente presuntivo;

¹⁶⁹emerge la asimmetria;

¹⁷⁰il c.d. Statuto del contribuente;

pubblico è posto l'obbligo di rispondere all'interpello ad esso presentato nel termine di 120 giorni, decorsi i quali si formerà il c.d. *silenzio assenso*¹⁷¹; un'eventuale risposta negativa dell'Agenzia deve essere *adeguatamente motivata*, potendo sorgere altrimenti eventuali profili di responsabilità in capo alla stessa¹⁷².

Il vantaggio dell'interpello probatorio è duplice:

- Da un lato, il vantaggio è rinvenibile nella possibilità per il contribuente di non dover dimostrare, nella successiva fase di accertamento, l'esimente prevista dal comma 5, nel caso in cui abbia ricevuto un parere positivo da parte dell'AF. Infatti, la risposta positiva fornita dall'AF vincola l'operato successivo delle pubbliche amministrazioni, e non può essere in alcun modo disattesa¹⁷³.
- Dall'altro lato, l'interpello probatorio si configura come una *facoltà* per il contribuente, e non come un *onere*¹⁷⁴: ciò significa che il contribuente potrà tanto avvalersi di questo strumento, potendo eventualmente ottenere la disapplicazione in un momento antecedente alla fase di accertamento, quanto attendere la fase del contraddittorio obbligatorio che l'AF è obbligata ad instaurare preventivamente all'emissione dell'avviso di accertamento di cui al comma 11.

L'obbligatorietà dell'instaurazione di detto contraddittorio mira ad esprimere la nuova impostazione tipica del rapporto tra fisco e contribuente, volendo ottenere una condizione di *parità di armi* nel risolvere controversie fiscali, facendo uso dell'intervento del privato e delle sue osservazioni al fine di raggiungere una giusta soluzione ed evitare utilizzi della macchina giudiziaria che possono essere in tal modo limitati.

Se quindi, per certi versi, la lettera della norma ci fa pensare ad un passo in avanti nei confronti del contribuente, un altro fondamentale elemento sembra porsi in contrasto con lo spirito letterale del comma 5; infatti, l'interpello previsto in materia, se da un lato

¹⁷¹istituto che, come sappiamo, ha la *ratio* di evitare incertezze per il contribuente nel caso di mancata risposta dell'amministrazione finanziaria;

¹⁷²<https://fiscomania.com/interpello-probatorio-disciplina-cfc/>;

¹⁷³a meno che non intervenga un mutamento delle condizioni;

¹⁷⁴questa impostazione diverge dalla impostazione passata secondo la quale detto interpello rappresentava un onere per il contribuente, per cui la mancata presentazione dello stesso comportava la successiva impossibilità di contestazioni;

rappresenta indubbiamente un vantaggio, dall'altro presenta un forte limite, essendo l'eventuale risposta negativa dell'amministrazione finanziaria non suscettibile di impugnazione.

Dovremmo quindi forse chiederci se la mancata possibilità di impugnazione possa rappresentare una potenziale lesione del diritto ad un ricorso effettivo, come previsto a livello europeo dall'articolo 47 della CEDU.

Può quindi questo elemento rappresentare un'altra forma di contrasto della disciplina CFC con importanti principi della disciplina europea?

1.2. Un elemento di vantaggio per il contribuente: l'eventuale utilizzo del monitoraggio fiscale

La circolare n. 29 del 28 luglio del 2022 esprime una nuova posizione dell'Agenzia delle Entrate nelle modalità di disapplicazione della disciplina CFC; secondo la precedente circolare 18/E 2021, l'unico caso in cui risultava possibile la disapplicazione della norma era rappresentato dalla dimostrazione della sussistenza di una *attività economica effettiva*, ossia solo nel caso in cui il contribuente fosse in grado di dimostrare la sussistenza dell'esimente prevista dal TUIR nel comma 5; ciò comportava che il venir meno di uno dei due parametri richiesti (*passive income test ed ETR test*) per la sua applicazione nelle successive annualità non determinava il venir meno dell'applicazione del regime.

La circolare del 2022 si discosta da detta posizione, prevedendo una lettura *adeguata* della norma alla luce dello spirito del decreto ATAD e alla luce della constatazione che il valore della tassazione nello stato terzo nonché il valore dei *passive income* è suscettibile di variazione di anno in anno.

Ad oggi è quindi possibile che, nel caso in cui si configuri la mancanza di uno dei due parametri, vi possa essere la disapplicazione, relativamente a tale periodo d'imposta, della disciplina CFC, ed in generale in ogni periodo d'imposta in cui detta situazione vada a verificarsi.

Il “cambio di rotta” dell’Agenzia delle Entrate nella suddetta circolare è stato reso possibile dalla possibilità di far uso di un *efficace ed affidabile*¹⁷⁵ sistema di monitoraggio fiscale grazie al quale diviene facilmente identificabile il valore fiscalmente riconosciuto agli *assets* della società controllata.

Il meccanismo di monitoraggio risulta da una scelta esplicita da parte del contribuente all’interno della propria dichiarazione dei redditi.

In ogni caso, è fatta salva la possibilità per il contribuente di mantenere ferma l’applicazione della disciplina ad oggetto anche qualora venga meno, secondo l’andamento ricavabile dal suddetto monitoraggio, uno dei due valori previsti dai test, fino a quando non sia possibile dimostrare la sussistenza dell’esimente di cui al comma 5¹⁷⁶.

1.3. Problematiche simili: il comma 5 bis dell’articolo 73 del TUIR

Ancora una volta il fenomeno dell’esterovestizione presenta punti in comune con la disciplina CFC.

È infatti evidente come le problematiche connesse al comma 5 *bis* dell’articolo 73 siano strettamente simili a quelle precedentemente affrontate e inerenti al comma 5 dell’articolo 167.

L’articolo 73 del TUIR prevede una vera e propria presunzione. Infatti, leggiamo “*salvo prova contraria, sono considerati esistenti nel territorio dello stato...*”;

Per vincere tale presunzione è infatti in questo caso indispensabile provare l’*effettività* dell’attività economica, e quindi la sussistenza di un insediamento reale, basando detta analisi su elementi oggettivi e suscettibili di verifica. Vi deve quindi essere una *sede all’interno della quale venga svolta un’attività economica reale*.

¹⁷⁵così testualmente ne parla la circolare stessa;

¹⁷⁶ciò perché, ovviamente, dimostrando l’attività economica effettiva l’applicazione verrà meno in maniera definitiva, non dovendo ogni annualità il contribuente controllare la sussistenza o meno della soddisfazione dei parametri;

Ai fini dell'esterovestizione, per "sede dell'attività economica effettiva" si intende il luogo all'interno del quale le decisioni essenziali concernenti la direzione della società vengono assunte, nonché il luogo nel quale vengono svolte le funzioni di amministrazione centrale.

Anche in questo caso, la legge adotta l'utilizzo di una serie di *indicatori*, alcuni più frequenti quali il luogo delle riunioni dei dirigenti societari, altri sussidiari, quali il paese di residenza dei dirigenti stessi ovvero il luogo di custodia dei documenti contabili.

Fondamentale nell'identificazione degli elementi essenziali per la disapplicazione della disposizione è stata la sentenza n. 2869/2013 della Corte di Cassazione: in questa occasione, i giudici di ultimo grado hanno limitato i casi in cui una società potesse essere considerata esterovestita, circoscrivendo detta classificazione ai casi in cui sussista "*lo scopo di sottrarsi al più gravoso regime nazionale*", ed "*è altresì necessario accertare se il trasferimento vi sia effettivamente stato o meno, ossia se l'operazione sia meramente artificiosa, consistendo nella creazione di una forma giuridica di puro artificio*". La Corte chiarisce inoltre come, pur essendoci l'obiettivo di beneficiare di un regime fiscale meno gravoso, ciò non determina l'applicabilità dell'articolo 73 TUIR, nel caso in cui sussista una effettiva realtà economica nello Stato terzo¹⁷⁷.

Avendo illustrato a grandi linee i tratti essenziali del fenomeno alla luce delle posizioni giurisprudenziali, è evidente come emerga nuovamente la difficoltà della prova che il contribuente è tenuto a fornire, trovandosi anche in questo caso a dover soddisfare una *probatio diabolica*, determinata dall'utilizzo in materia di una presunzione estremamente complessa da superare, in cui l'applicazione o meno del regime fiscale è subordinata ad una ampissima discrezionalità della amministrazione finanziaria.

L'assenza di qualunque tipo di contraddittorio preventivo¹⁷⁸ ovvero della possibilità di poter fornire una prova contraria *ex ante* aggrava la posizione¹⁷⁹, già lesa, del contribuente, ravvisandosi anche in questo campo una violazione di principi fondamentali

¹⁷⁷ciò perché la valutazione inerente ad un regime fiscale meno gravoso è solo una delle valutazioni di matrice economica effettuate dal contribuente;

¹⁷⁸questo, perlomeno, è un minimo vantaggio che la disciplina CFC presenta a differenza dell'esterovestizione;

¹⁷⁹anche se ad oggi si discute sulla potenziale possibilità di usufruire di un interpello disapplicativo, visto l'inquadramento del fenomeno all'interno delle fattispecie abusive;

quali il principio di proporzionalità nonché una violazione di una libertà fondamentale quale la libertà di stabilimento.

Alla luce delle numerose polemiche andate a sollevarsi in dottrina e del potenziale conflitto fra norme prospettabile in futuro, l'Agenzia delle Entrate ha rivalutato la posizione da essa precedentemente espressa¹⁸⁰, ricordando come la sussistenza nel dettato normativo di una presunzione non esoneri in alcun modo l'AF dal dover provare la sussistenza, *in concreto*, degli elementi per cui si consideri una società esterovestita. Ciò porterebbe a guardare gli elementi forniti dall'articolo 73 TUIR non come elementi presuntivi¹⁸¹, ma come *meri elementi indiziari* che gli organi statali possono utilizzare nel dimostrare la corretta applicabilità della norma in questione; ed inoltre consentirebbe di ripartire, nella sostanza, l'onere alla prova tra il contribuente e l'amministrazione.

Inoltre, nel caso in cui il contribuente presenti documentazioni ovvero altri elementi idonei a dimostrare l'assenza dei requisiti per l'applicabilità della norma, l'onere di provare l'invalidità delle prove fornite grava *in toto* sull'amministrazione finanziaria.

Da ultimo, sembrerebbe che un contraddittorio minimo con il privato venga in qualche modo garantito, dovendo esser reso partecipe dei risultati conseguenti all'instaurazione di una collaborazione con la autorità finanziaria estera¹⁸² interessata.

Nonostante l'intervento *adeguatore* dell'Agenzia delle Entrate, è necessario tener conto del fatto che le fonti utilizzate da parte dell'Agenzia per dirimere suddetti contrasti, ossia le circolari, sono fonti in continua evoluzione, ed esprimono una presa di posizione della stessa suscettibile di cambiamento. Ciò porta a dar in qualunque modo maggior importanza alla lettera della norma, la quale esprime, al pari della disciplina sulle *controlled foreign companies*, uno *sfavor* nei confronti del contribuente.

1.4. Breve riflessione sull'uso delle Circolari

¹⁸⁰per la quale specificava il sostanziale gravare, per l'intero, della prova sulle spalle del contribuente;

¹⁸¹come per anni il soggetto pubblico li ha considerati;

¹⁸²instaurazione che ad oggi risulta un passaggio obbligatorio per l'AF;

Abbiamo visto come nelle materie sopra illustrate, più e più volte la circolare ha rappresentato l'elemento utilizzato dall'Agenzia delle Entrate ai fini della miglior interpretazione del dettato normativo, interpretazioni talvolta anche molto lontane dal significato giuridico *ictu oculi* identificabile.

Pur riconoscendo la valenza dello strumento delle circolari come mezzo interpretativo per i contribuenti, è importante però ricordare che le circolari assumono valenza meramente *interna*, non avendo alcun valore normativo effettivo. Ciò significa che l'eventuale contrasto tra una norma di legge e una norma di prassi interna verrà sempre risolto a favore della norma di legge, e *mai* a favore della norma di prassi¹⁸³, alla quale non può in alcun modo, contrariamente al comportamento spesso adottato, attribuirsi una valenza vincolante.

Ciò comporta, da un lato, l'eventuale susseguirsi di differenti posizioni sull'interpretazione fornita dall'AF, anche molto diverse tra loro¹⁸⁴, di conseguenza determinando potenziali dubbi interpretativi continui ed uno stadio di costante incertezza per il privato; dall'altro, determina l'impossibilità di ottenere una vera e propria tutela giurisdizionale ai fini del rispetto dell'interpretazione dal soggetto pubblico espressa, non rientrando questo tipo di atti in una categoria suscettibile di essere impugnata dinanzi ad una giurisdizione competente.

Se indubbiamente la stessa natura delle circolari può rappresentare un vantaggio in virtù della rapidità e della semplicità con cui alcune questioni possono essere affrontate, non è da ignorare la loro *inaffidabilità intrinseca*, dettata principalmente dalla loro natura giuridica.

Solo una vera e propria riforma legislativa è realmente in grado di tutelare *in toto* il contribuente; solo in questo modo è possibile adire un giudice per vedersi riconosciuto un diritto a lui attribuibile *ex lege*.

È senz'altro da aggiungere che non sempre le circolari fornite dalle amministrazioni pubbliche appaiono essere di facile comprensione, anzi essendo spesso intrise di ampia

¹⁸³ciò è stato ribadito numerose volte dalla Corte di Cassazione, da ultimo con l'ordinanza n.5349 del 2020; seppur detta questione inerente alla supremazia della legge possa apparentemente mostrarsi semplice nella sua risoluzione, in realtà così semplice non è. Ciò è dimostrato dalle numerose pronunce giurisprudenziali in materia;

¹⁸⁴e, in questo caso, dovremmo chiederci quanto ciò possa essere compatibile con il principio del legittimo affidamento in materia tributaria;

complessità¹⁸⁵, complessità che determina una ancor più ampia confusione per il contribuente, potenzialmente potendo dar vita ad una incolpevole errata compilazione della propria dichiarazione dei redditi, con conseguente possibile accertamento dell'AF. Dobbiamo quindi chiederci: le circolari rappresentano davvero uno strumento ideale al fine di risolvere controversie relative alla corretta interpretazione di quelle norme tributarie che comportino una maggiore imposta per il contribuente?

2. Le posizioni espresse dall'AIDC¹⁸⁶: spunti di riflessione

Critiche significative che possono rappresentare notevoli spunti di riflessione sono state espresse da parte dell'AIDC in occasione di due distinte denunce, la prima risalente al 2016 e la seconda al 2018. La seconda rappresenta una integrazione della prima necessaria a seguito dell'entrata in vigore della nuova disciplina CFC nel rispetto del recepimento della Direttiva ATAD.

All'interno delle citate denunce l'AIDC sostiene la tesi per cui la formulazione dell'articolo 167 del TUIR si pone in contrasto con molteplici principi dell'ordinamento comunitario, tra cui il principio di proporzionalità e il principio della libertà di stabilimento, nonché con l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Analizziamone nel dettaglio il contenuto.

2.1. La denuncia del 12 marzo 2016¹⁸⁷

¹⁸⁵E non solo per soggetti non appartenenti al modo giuridico;

¹⁸⁶associazione italiana dottori commercialisti;

¹⁸⁷Denuncia n. 12 AIDC., *Illegittimità del regime fiscale sulle Controlled foreign companies (CFC rules) applicato a società ed enti con sede in altro Stato comunitario come previsto dall'art. 167 comma 8-bis e 8-ter del D.P.R. 917/1986*, Milano, 12 marzo 2016;

Nel 2016 l'AIDC discute l'illegittimità comunitaria del regime fiscale CFC applicato a società ed enti con sede in uno stato comunitario¹⁸⁸.

Il primo punto su cui l'attenzione dell'AIDC si concentra è l'interpello disapplicativo previsto dalla disciplina. A tal proposito, viene espressa una assoluta contrarietà ai criteri di applicabilità della tassazione per trasparenza, avendo introdotto il legislatore una presunzione legale relativa per cui *tutte* le società appartenenti ad uno Stato UE che rispettino i criteri espressi dalla norma¹⁸⁹ debbano essere soggette a detto regime fiscale, non facendo alcun tipo di distinzione e non effettuando alcun tipo di attività di controllo *ex ante*.

Pur non essendo, ricordiamo, l'interpello in questione un obbligo per il contribuente, detto interpello rappresenta una "*gravosa inversione dell'onere alla prova*"; l'AIDC ritiene infatti che, pur essendo pienamente legittime le intenzioni del legislatore, ossia quelle di combattere fenomeni di società "fantasma" che manifestino condotte elusive, l'uso di una normativa di questo tipo appare non proporzionato al fine ultimo da raggiungere.

Dobbiamo ricordare inoltre come l'AF sia dotata di *strumenti* ben superiori in confronto a quelli che il contribuente può adottare per dimostrare l'inapplicabilità della norma al suo caso concreto: le amministrazioni finanziarie nazionali hanno la possibilità non solo di adottare penetranti poteri di indagine, ma anche di sfruttare al massimo i canali di comunicazione con le amministrazioni degli altri stati comunitari interessati.

Detto ampio novero di strumenti risulterebbe essere sufficiente per ricondurre l'applicazione della disciplina ai casi nei quali risulta necessario condurre una *analisi concreta che miri all'identificazione di condotte elusive* e che quindi risultino meritevoli di un regime fiscale così gravoso.

Il mancato riferimento ad una analisi caso per caso a favore invece di un regime di natura presuntiva da vita ad una *eccessiva discrezionalità* adottata dalle amministrazioni interessate, che potrebbe a sua volta concretizzarsi in un *libero convincimento totalmente ingiustificato del funzionario interessato*; guardando ai suddetti elementi, risulta quindi

¹⁸⁸ovviamente, questa denuncia si riferisce alla precedente formulazione della norma dettata dalla riforma del 2015. Pur essendo la suddetta norma non più in vigore, i principi di diritto espressi dall'AIDC possono ritenersi applicabili anche alla attuale formulazione, derivando dalle medesime problematiche.

¹⁸⁹Ricordiamo: tassazione inferiore al 50% di quella che si avrebbe in Italia e ricavi rappresentati da più del 50% da *passive income*;

rafforzata la dimostrazione che manchi in assoluto il rispetto del principio di proporzionalità nella scelta dettata dal legislatore.

Altra disposizione su cui l'AIDC insiste è il previgente comma 8-*quater*. Detto comma funge da ulteriore dimostrazione dell'eccessiva discrezionalità appartenente all'AF, la quale può, davanti alle prove presentate dal privato, ritenerle *inidonee*. Il paradosso in tal caso è rappresentato dal fatto che l'AF stessa non fosse tenuta a dimostrare, tramite elementi concreti, perché considerasse la controllata come una "costruzione artificiosa", ma allo stesso tempo essa avesse il potere di esprimere un giudizio negativo sulle prove gravanti sul contribuente, che invece ha *in concreto* tentato di dimostrare l'assenza di artificiosità.

Detto squilibrio viene aggravato da ciò che nel paragrafo precedente abbiamo espresso, ossia dalla mancanza di un controllo giurisdizionale sulla eventuale risposta negativa all'interpello.

Alla luce di dette osservazioni, possiamo dire, come l'AIDC stessa ha enunciato, che ci troviamo davanti ad una **presunzione predeterminata di evasione/elusione fiscale in netto contrasto con i principi fondamentali del diritto comunitario**.

La formulazione della norma risulta essere, secondo la posizione assunta da detta commissione di studio, in contrasto con un altro fondamentale principio: la libertà di stabilimento. Risulta infatti ormai da giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia come, pur facendo la norma riferimento esplicito alla libertà di stabilimento come la libertà di essere assoggettati alla normativa nazionale in cui la succursale è sita, per libertà di stabilimento deve intendersi anche *l'assenza di ostacoli posti da parte dello Stato d'origine nel dar vita a succursali in altri stati membri che possano dissuadere il contribuente a dargli vita, comportando ciò una sostanziale rinuncia da parte di quest'ultimo*.

Questo è proprio ciò che si realizza tramite il meccanismo previsto dall'articolo 167 TUIR, risultando il contribuente fortemente limitato nell'operare in un altro stato membro.

Da ultimo, secondo l'AIDC dovremmo chiederci se sia ravvisabile un eventuale contrasto, oltre che con il principio di proporzionalità e con il diritto alla libertà di stabilimento, anche con il principio di non discriminazione: il regime CFC, pur non

essendo palesemente discriminatorio¹⁹⁰, è suscettibile di creare ostacoli inerenti alle scelte del contribuente, *scoraggiando l'esercizio di una libertà fondamentale come quella di stabilimento*. È chiaro, infatti, come la violazione del principio di parità di trattamento non consegua solo a norme palesemente discriminatorie, ma anche a norme che, *in concreto*, provochino un trattamento differenziato al realizzarsi di condizioni che non possono essere ritenute giustificabili, come è valutabile nel caso in esame.

Per avallare la sua tesi, l'AIDC fa uso del principio espresso dalla Corte di Giustizia nella celebre sentenza *Centros*¹⁹¹, all'interno della quale la Corte statuisce come le scelte imprenditoriali adottate dal contribuente possano rispondere anche, ma non esclusivamente, a ragioni di natura fiscale, senza che le scelte imprenditoriali basate su questi criteri possano dar vita ad una presunzione di abuso o evasione fiscale. Difatti, le ragioni di natura fiscale non si concretizzano unicamente nel beneficiare di una tassazione inferiore¹⁹², ma anche nel beneficio dato da altri fattori inerenti al trattamento fiscale complessivo offerto da uno Stato membro, quali costi nettamente inferiori relativi alla *tax compliance* ovvero processi di ammortamento dei cespiti patrimoniali maggiormente vantaggiosi. Qualora la scelta imprenditoriale prenda in considerazione fattori di natura fiscale che siano dotati di una **ratio commerciale pienamente valida e non fittizia**, detta scelta va ampiamente tutelata, consistendo nell'estrinsecazione del più ampio campo di applicazione giuridico della libertà di stabilimento.

Il fatto che uno Stato membro, come lo Stato italiano fa in questo caso, possa prevedere una norma che produca una sostanziale disparità di trattamento solo per il fatto che vi sia una succursale collocata in uno stato diverso, *svuota sostanzialmente di significato il diritto alla libertà di stabilimento ex articolo 49 del TFUE, la quale non viene in questo caso garantita ma fortemente limitata*.

2.1.1. La sentenza Eurofood IFSC del 2004

¹⁹⁰non essendo basata la sua applicazione su criteri quali la cittadinanza ovvero la nazionalità;

¹⁹¹ C-212/97;

¹⁹²scopo che ad ogni modo sarebbe, secondo le libertà dei trattati e secondo la loro interpretazione, pienamente legittimo se considerato unitariamente ad altre ragioni economiche;

Per avvalorare la propria tesi, l'AIDC fa uso ancora una volta della giurisprudenza comunitaria, utilizzando i principi espressi dalla CGUE in occasione della sentenza *Eurofood IFSC*.

In questa sentenza, i giudici comunitari dettano ulteriori elementi di identificazione della nozione di *costruzione di puro artificio*; ai fini dell'identificabilità del fenomeno, è indispensabile far riferimento al concetto di *riconoscibilità* da parte dei terzi dell'insediamento in un diverso stato comunitario.

In particolare, la questione su cui si poneva l'attenzione era l'identificazione degli elementi essenziali ai fini della individuazione del centro degli interessi principali della controllata, nonché (ancora più importante), a chi spettasse vincere la presunzione prevista dal Regolamento n.1346/2000 all'articolo 31; i principi espressi inerenti a suddetta presunzione sono potenzialmente applicabili a problematiche similari rinvenibili nella disciplina CFC, facendo entrambi i fenomeni riferimento alla *costruzione di puro artificio*.

Infatti, la Corte specifica come nel caso in esame la dimostrazione della condotta abusiva vada a gravare non sul contribuente ma sulla amministrazione finanziaria, e dovendosi basare su tutti gli elementi di cui l'AF può far uso¹⁹³, e non solo sulle prove portate alla sua attenzione dal privato.

Non è quindi lecito che il legislatore nazionale, nell'introdurre l'allora vigente disciplina CFC, abbia totalmente ignorato i continui chiarimenti forniti dalla Corte di Giustizia in numerosi precedenti giurisprudenziali, non potendosi in alcun modo giustificare la scelta del legislatore nazionale di adottare l'inversione dell'onere alla prova, dovendo quest'ultima spettare, secondo un approccio che adotti i principi espressi in sede europea, all'amministrazione finanziaria interessata.

2.1.2. Più nello specifico: il contrasto con i principi comunitari

¹⁹³un novero di informazioni sicuramente maggiore delle informazioni ricavate unicamente dalla prova addotta dal contribuente;

L'AIDC ha dimostrato, dopo aver delineato un quadro generale della questione e tramite una serie di argomentazioni pienamente valide, l'incompatibilità della disciplina italiana con principi comunitari fondamentali.

Come già in precedenza brevemente detto, il primo contrasto rinvenibile è quello con il principio di *non discriminazione*. Il contrasto è facilmente identificabile confrontando la disciplina nazionale nel caso di società controllata residente in Italia (quindi il caso in cui sia l'impresa madre che la controllata sono residenti nello stato italiano) e la disciplina (CFC) nel caso di controllante residente in un altro stato comunitario; in occasione del primo fenomeno, infatti, non solo la controllata non viene in alcun caso tassata per il reddito prodotto dalla controllata, ma inoltre l'onere alla prova risulta gravante interamente sull'amministrazione finanziaria.

È quindi chiaro come la differente distribuzione dell'onere alla prova basata sulla residenza della società controllata si ponga in palese discordanza con la parità di trattamento.

Congiuntamente con il principio di proporzionalità, l'AIDC richiama un altro importante principio, ossia il principio di *causalità*, principio secondo il quale eventuali norme nazionali antiabuso, oltre che dover essere appunto proporzionate, debbano necessariamente essere idonee allo scopo perseguito, nonché essere applicate unicamente alle operazioni che risultino compiute secondo questa finalità. Detto principio non risulta essere soddisfatto dal momento che, prevedendo la norma una presunzione generale, la disciplina risulta applicabile senza alcun distinguo, non dovendo l'AF identificare in concreto una costruzione artificiosa, ma solo presuntivamente.

La dimostrazione della violazione di molteplici principi comunitari è ricercabile anche nella condotta richiesta al contribuente nella compilazione annuale della dichiarazione dei redditi: infatti, spetta a quest'ultimo il compito di confrontare il *tax rate effettivo dello stato membro* con il *tax rate potenziale* dello Stato italiano, dovendo poi proporre eventualmente interpello per vedersi disapplicato il regime CFC.

Oltre che essere chiaro l'elevato costo riferibile alla *compliance*¹⁹⁴, è chiaro anche come l'interpello, seppur previsto in via facoltativa, nella sostanza assuma una valenza

¹⁹⁴abbiamo visto come infatti talvolta le imprese preferiscano regimi fiscali di diversi stati membri proprio in virtù di strumenti di *compliance* molto meno costosi in confronto a quelli offerti dallo stato italiano;

essenzialmente *obbligatoria*, potendosi configurare in sua assenza sanzioni persino di natura penale per dichiarazione infedele.

A dimostrazione di come sia estremamente difficile vincere la presunzione prevista dalla norma, l'AIDC cita alcune risposte negative all'interpello fornite dall'AF, in cui addirittura quest'ultima fa uso del concetto dell'*apparenza*, privando il contribuente della disapplicazione della disciplina sancendo che una controllata "*appariva* priva di sostanza economica". In risposte di questo tipo, è difficilmente identificabile una soddisfazione dell'obbligo da parte dell'AF di dover fornire, nel negare la disapplicazione, una *motivazione rafforzata*, non potendo rappresentare una mera apparenza prova di una mancata sostanza economica, evidenziando inoltre un comportamento da parte delle amministrazioni pubbliche che non fa alcun uso di elementi probatori concreti, svolgendo un'analisi del tutto superficiale e facendo tutt'al più uso di criteri generali *predeterminati*¹⁹⁵.

Ulteriore contrasto configurabile a livello comunitario è¹⁹⁶ il contrasto con il *diritto ad un ricorso effettivo*. Ricordiamo infatti come, per effetto della natura dell'interpello facoltativo in questione, non sia ammesso sindacato giurisdizionale sulla risposta negativa dell'AF.

Sempre con giurisprudenza costante, è stato chiarito come il diritto ad un ricorso effettivo debba essere garantito non solo nel caso di un atto della pubblica amministrazione preveda conseguenze immediate, ma anche nel caso in cui *sia inevitabile, nel caso di non aderenza all'atto in questione, un certo successivo avviso di accertamento*. È proprio questo il caso della CFC in cui, nel caso in cui il contribuente scelta di disattendere la risposta negativa, è certo che egli riceverà un avviso di accertamento con annesse le relative sanzioni.

Suddette conseguenze rendono assolutamente necessario un controllo giurisdizionale che in questo caso viene a mancare, comportando la violazione dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Da ultimo, è chiaro come possa essere configurabile un contrasto con il principio di *certezza del diritto e con il principio di legittimo affidamento*, non essendo rinvenibile,

¹⁹⁵quando, in realtà, la CGUE ha più volte specificato con giurisprudenza costante che l'analisi debba essere un'analisi svolta in concreto, *caso per caso*.

¹⁹⁶Come precedentemente accennato;

come abbiamo già detto, un chiaro novero di soggetti a cui sia applicabile la disciplina CFC nazionale, quando invece è necessario, soprattutto nel caso in cui l'applicazione di una norma fiscale comporti significative conseguenze sfavorevoli per il contribuente, identificare in maniera *certa e definitiva* i destinatari presi in considerazione dal legislatore in un regime antielusivo così gravoso.

2.1.3. Le soluzioni proposte dall'AIDC

Dopo aver esaurientemente illustrato le ragioni del presunto contrasto, l'AIDC prova a fornire gli strumenti che il legislatore italiano dovrebbe, in occasione di una prossima riforma, utilizzare per rendere sostanzialmente compatibile la disciplina CFC italiana ai principi di matrice europea:

- Intervento sul tenore letterale della norma, cambiando l'espressione "*si applica*" con "*può essere applicata*"; detto cambiamento sarebbe in grado di circoscriverne l'applicabilità unicamente ai fenomeni realmente elusivi identificati a seguito di una ricerca concreta svolta dalle amministrazioni pubbliche;
- Onere alla prova gravante sull'amministrazione finanziaria: quest'ultima ha infatti numerosi elementi a disposizione per poter provare in concreto la sussistenza di un comportamento elusivo, tra cui spicca in particolar modo l'uso dello *scambio di informazioni* tra gli Stati membri interessati, soprattutto relativamente all'accertamento dell'imponibile fiscale spettante a ciascuno¹⁹⁷, i quali si assicurano reciproca assistenza;
- Garantire il sindacato giurisdizionale sulla risposta negativa dell'amministrazione finanziaria a seguito dell'interpello promosso dal contribuente per poter soddisfare il principio della tutela giurisdizionale effettiva;

¹⁹⁷pratica che è stata prevista dapprima dalla Direttiva del Consiglio 2011/16/UE, modificata dalla successiva Direttiva 2015/2376/UE;

- Introdurre una forma di contraddittorio *preventivo endoprocedimentale* in linea con l'articolo 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea¹⁹⁸.

2.2. La denuncia integrativa dell'AIDC del 26 settembre 2018¹⁹⁹

A seguito della riforma del testo, allora non ancora entrato in vigore, dell'articolo 167 del TUIR, l'AIDC ha presentato una denuncia integrativa a quella già precedentemente analizzata.

Con detta integrazione, l'AIDC si pone come obiettivo quello di dimostrare come, nonostante l'intervento riformatore intervenuto, non siano stati in alcun modo rimossi i profili di illegittimità rinvenibili nella disciplina CFC italiana.

Difatti, la normativa che risulta dalla riforma del Decreto legislativo 142/2018 continua a prevedere nella sostanza l'onere alla prova interamente gravante sul contribuente; detta impostazione, oltre che essere, come abbiamo già analizzato, in contrasto con numerosi principi comunitari, si scontra anche con l'impostazione adottata nella Direttiva ATAD in cui, al secondo paragrafo del dodicesimo considerando si prevede che “*le amministrazioni fiscali e i contribuenti cooperino per raccogliere le circostanze e i fatti pertinenti al fine di determinare se la norma di esclusione vada applicata*”; il considerando prevede quindi una collaborazione tra il contribuente e l'amministrazione finanziaria nel dover provare se sia o meno opportuno disapplicare la disciplina CFC, in linea con costante giurisprudenza comunitaria tesa ad eliminare in materia fiscale norme di carattere presuntivo; questa forma di cooperazione non sembra rinvenibile nel dettame italiano.

L'AIDC ci tiene a specificare ancora una volta come i profili di illegittimità siano ravvisabili non *nel merito* della disciplina: ciò significa riconoscere piena legittimità ad una disciplina antielusiva di questo tipo; l'illegittimità attiene alle *modalità applicative tecniche e procedurali* che il legislatore ha deciso di adottare, che risultano anche

¹⁹⁸questa esortazione è stata accolta nella successiva formulazione della norma al comma 11;

¹⁹⁹Integrazione denuncia n. 12 AIDC, *Illegittimità comunitaria del regime fiscale sulle controlled foreign companies (CFC rules) come previsto dall'art. 167 D.P.R. n. 917/1987*, Milano, 26 settembre 2018;

nell'attuale formulazione, confliggenti con principi sacri dell'ordinamento comunitario; a tal proposito, ancora una volta la commissione indica quali dovrebbero essere gli interventi necessari:

- Modifica del comma 5 con un dettato che preveda espressamente una collaborazione tra autorità pubblica e contribuente;
- Modifica totale del comma 11, inserendo al suo interno un riferimento al comma sesto dell'articolo 10 *bis* dello Statuto del contribuente, il quale prevede “*senza pregiudizio dell'ulteriore azione accertatrice nei termini stabiliti per i singoli tributi, l'abuso del diritto è accertato con apposito atto, preceduto, a pena di nullità, dalla notifica al contribuente di una richiesta di chiarimenti da fornire entro il termine di sessanta giorni, in cui sono indicati i motivi per i quali si ritiene configurabile un abuso del diritto*”²⁰⁰. Detto intervento garantirebbe un identico approccio sia nel caso di abuso fiscale che nel caso di elusione fiscale, eliminando la vigente asimmetria tra l'approccio maggiormente garantista nel caso di abuso, e quello meno garantista nel caso di elusione fiscale²⁰¹.

Permangono a seguito della riforma anche le medesime problematiche connesse all'interpello probatorio²⁰².

Un ulteriore profilo di incompatibilità con la summenzionata direttiva ATAD sembrerebbe identificarsi in uno dei requisiti posti dall'articolo 167 TUIR per la sua applicabilità; quest'ultimo prevede infatti, come sappiamo, che venga applicato nel caso in cui oltre un terzo dei *proventi* derivi da *passive income*.

Il dettato della direttiva non sembra in alcun modo far riferimento alla nozione di *proventi*, ma alla differente nozione di *redditi*. Il recepimento della direttiva risulta quindi non correttamente attuato²⁰³, facendo riferimento a distinto indice di riferimento.

²⁰⁰ formulazione che inoltre risulta in linea con i precetti comunitari espressi dalla CGUE;

²⁰¹ che appunto prevede l'onere alla prova gravante sul contribuente;

²⁰² viene ribadito come l'assenza di sindacato giurisdizionale, che permane, violi il diritto ad un ricorso effettivo;

²⁰³ è chiaro, infatti, come i concetti di redditi e di proventi siano estremamente diversi tra loro, identificandosi i proventi con l'utile economico realizzato da un'impresa derivante dall'attività economica esercitata, mentre il reddito come la differenza tra costi e ricavi;

Inoltre, la normativa italiana prevede, al sussistere delle condizioni, l'*integrale tassazione* dei redditi generati dalla società controllata, e non solo dei redditi derivanti dai *passive income*. Contrariamente a ciò la Direttiva permette ad uno stato membro di sottoporre interamente a tassazione il reddito della controllata solo ove lo Stato stesso abbia adottato l'opzione per la fattispecie di cui alla lettera b) dell'articolo 7 della Direttiva, opzione che invece non è stata adottata, aderendo lo stato italiano alla lettera a) dell'articolo 7²⁰⁴. Sussiste, in definitiva, un ulteriore errato recepimento.

L'AIDC con detta denuncia integrativa ha quindi chiarito come la nuova formulazione della norma non solo non abbia eliminato i profili di illegittimità precedentemente presenti, ma ne ha anche aggiunto uno ulteriore, ossia quello connesso alla formulazione del comma 4 lettera b) appena enunciato.

2.3. Conclusioni in merito alla posizione espressa dall'AIDC nel 2018

Nella denuncia integrativa del 2018 l'AIDC ha espresso l'evidente incompatibilità tra le intenzioni espresse dal legislatore comunitario ed il dettato normativo a seguito recepito da parte del legislatore nazionale nel riformato articolo 167 TUIR.

La posizione espressa dall'AIDC è in realtà condivisa anche da ampia dottrina, la quale sostiene non solo che vi sia un contrasto tra la direttiva europea ed il testo nazionale, ma anche tra il testo nazionale e le intenzioni espresse nella *relazione* al decreto ATAD.

L'incoerenza che emerge dal nuovo dettato normativo deriva soprattutto dallo scopo che il legislatore italiano ha perseguito nel riformare la materia: garantire una *coerenza* con la normativa previgente.

²⁰⁴il regime della lettera a) prende il nome nell'impostazione adottata dalla direttiva di *categorical approach*, secondo il quale l'applicazione della disciplina CFC è subordinata all'identificazione di alcune categorie di reddito specificamente individuate; diversa è la lettera b), che prevede il cosiddetto *substance-based approach*, subordinandone l'applicazione ad un controllo sulla *genuinità* delle attività economiche poste in essere dalla controllata; in entrambi i casi il reddito risulta determinato secondo l'approccio prescelto dalla direttiva, ossia il *transactional approach*;

Sembrerebbe però che il prezzo di questo obiettivo sia stato proprio quello di ottenere un risultato diametralmente opposto, ossia una sostanziale *incoerenza del sistema inteso in toto*²⁰⁵.

Ricordando anche le osservazioni compiute in occasione della denuncia integrativa precedentemente analizzata, è chiaro come il legislatore nazionale abbia dato vita ad un sistema normativo non inquadrabile in una delle due opzioni offerte dalla direttiva, avendo realizzato un *tertium genus* mai contemplato dalla stessa.

La scelta italiana risulta dar vita a risultati sostanzialmente *arbitrari*, che si pongono in netta discordanza con l'*animus* della direttiva, identificato nella tutela del mercato interno, che in questo modo viene unicamente ostacolata.

La scorrettezza della disciplina risultante dall'ultima riforma è stata in più sedi giustificata tramite due principali argomentazioni, che però risultando facilmente suscettibile di essere contraddette: la prima basata sul supposto che nulla vieta ad uno stato membro di adottare un approccio in cui vengano incluse tutte le fonti reddituali derivanti da un'impresa. Questa prima posizione è smentita dal fatto che la stessa natura del *transactional approach* risponde all'ottica di sottoporre a tassazione solo alcune categorie di reddito; risulta nuovamente palese l'incoerenza di suddetta prima argomentazione.

Dall'altro lato, la tesi viene corroborata sostenendo la natura di *standard minimo della direttiva*, potendo quindi gli stati membri intervenire con norme più severe poste a tutela della propria base imponibile statale. Quest'ultima constatazione risulta però contraddetta *in primis* dalle intenzioni del legislatore europeo, nei quali intenti non è in alcun modo presente tutelare le basi imponibili dei singoli stati membri²⁰⁶, *in secundis* dal fatto che il legislatore nazionale, nell'introdurre una norma di recepimento, è tenuto in ogni caso a rispettare i principi di matrice comunitaria di carattere generale, tra cui il principio di proporzionalità, che risulta in questo caso essere violato. La tesi quindi, davanti alla violazione di un principio fondamentale, perde totalmente la sua valenza, guardando anche al fatto che il sistema normativo CFC italiano realizza talvolta una tassazione dei redditi nello Stato italiano che non va a rispondere neppure al principio espresso dall'articolo 3 dell'ATAD, il quale esprime tutela della base imponibile nazionale,

²⁰⁵Della Carità A., Bonfanti L., *Paradossi e insana (in)coerenza nella CFC delineata dallo schema di Decreto di recepimento dell'ATAD*, in "Fiscalità & Commercio internazionale" pag. 27, 1 dicembre 2018;

²⁰⁶ma solo, ricordiamo, la tutela del mercato interno;

andando la norma oltre detto obiettivo e sottoponendo arbitrariamente redditi esteri a tassazione italiana, provocando il venir meno di qualsivoglia principio di connessione territoriale.

È possibile concludere avallando l'assunto secondo cui la normativa italiana, restia nell'abbandonare il passato, non è stata capace di dar voce ai reali obiettivi che una disciplina antiabuso come quella CFC dovrebbe realizzare; così, il comportamento del legislatore italiano appare dimostrare una *scarsa propensione al progresso e all'innovazione nell'ottica dell'auspicata collaborazione fra Stati a livello europeo*.

3. L'onere alla prova e il principio di proporzionalità: analisi della giurisprudenza europea

3.1. Breve cenno sulla posizione della CGUE davanti ai diritti dei contribuenti

La Corte europea si è sempre preoccupata, nel corso degli anni e tramite sentenze che oramai rappresentano giurisprudenza consolidata, di garantire diritti per il contribuente configurabili come fondamentali, i quali spesso venivano e vengono violati da legislazioni e da organi giurisdizionali nazionali.

Soprattutto in un mondo come quello fiscale, l'interesse ad un maggior gettito erariale costituisce un *ostacolo alla indipendenza* che gli organi competenti dovrebbero rispettare nell'assumere decisioni gravanti sul contribuente; è risultato quindi più volte necessario un intervento della Corte europea utili a fissare alcuni principi di fondo.

L'espressione di suddetti principi raramente si è basata su norme preesistenti all'interno di fonti legislative nazionali, traendo invece origine dallo stesso operato della Corte, e di conseguenza assumendo una matrice essenzialmente giurisprudenziale²⁰⁷ che, a discapito di ciò che si potrebbe pensare, è stata capace di rimanere costante e di conseguenza di fornire un *vulnus sicuro ed affidabile* di diritti al contribuente assicurati.

²⁰⁷Traversa E., *la protezione dei diritti del contribuente nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in "Diritto e pratica tributaria internazionale" pag. 1365, 1 ottobre 2016;

La presente premessa sul ruolo svolto dalla CGUE in materia risulta fondamentale nel comprendere le successive sentenze su cui l'analisi verrà incentrata, sentenze in cui è possibile trovar spunto per statuire come i diritti dei contribuenti, intesi sia in senso sostanziale che in senso processuale, raramente vengono realmente garantiti a livello nazionale, essendo stato richiesto nel corso degli anni un notevole intervento, costante e continuo, della Corte di Lussemburgo.

Per ciò che a noi interessa, in questa sede si discuterà quale sia stato l'approccio comunitario dinanzi a problematiche quali l'onere alla prova, la sua compatibilità con alcuni principi comunitari e l'interpello probatorio previsto dal comma 5 dell'articolo 167 TUIR.

3.2. Alcuni precedenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia

È importante rammentare come il problema all'utilizzo di presunzioni di natura fiscale in potenziali situazioni di frode o abuso sia una *patologia* che affligge i sistemi legislativi nazionali europei da molti anni. Difatti, i principi espressi dalla Corte in occasione del caso Eqiom SAS²⁰⁸ non sono prese di posizione nuove, avendo la CGUE ribadito una sua costante giurisprudenza sul tema.

Tra i numerosi precedenti giurisprudenziali analizzabili risulta utile citare il caso Elisa²⁰⁹, caso non riguardante nello specifico la materia che a noi interessa, ma che interessa per quanto attiene all'utilizzo di presunzioni in materia fiscale.

In detto caso, lo Stato francese rivendicava l'utilizzabilità di una presunzione fiscale in virtù dell'obiettivo perseguito, ossia quello di limitare al massimo fenomeni di elusione/evasione fiscale; la corte si trova allora a smentire senza alcun dubbio la presa di posizione assunta dalla difesa, sottolineando come in alcun modo la menzionata esigenza possa rappresentare un motivo per porre un freno alla libertà di stabilimento, né possa rappresentare motivo per addossare totalmente l'onere alla prova sul

²⁰⁸che verrà successivamente analizzato;

²⁰⁹Causa 451/05. Precedente sul tema è rappresentato non solo dalla più volte citata sentenza Cadbury Schweppes, ma anche dal celebre caso Leur Bloem del 1997;

contribuente²¹⁰. Secondo la corte, detto principio rimane pienamente in vigore anche qualora, come nel caso specifico, risulti assente una garanzia convenzionale inerente ad uno scambio di informazioni tra gli Stati interessati²¹¹: nessun elemento può mai rappresentare giustificazione ad una lesione sproporzionata del diritto di stabilimento all'interno dell'UE, potendo in ogni caso l'AF ricorrere all'uso di tutte le prove inerenti che vengono fornite dallo stesso contribuente; è fondamentale infatti che l'amministrazione pubblica permetta a quest'ultimo di presentare tutti i documenti che risultino necessari ai fini della prova che nessun comportamento evasivo o elusivo sia stato adottato.

Pochi anni dopo, in occasione della sentenza del 9 luglio 2009²¹², la Corte torna sul tema delle presunzioni fiscali, chiarendo inoltre su chi debba gravare in definitiva l'onere alla prova del comportamento fraudolento.

Dapprima, la Corte ribadisce un principio già chiaramente espresso nella sentenza Cadbury Schweppes, ossia il principio secondo il quale presunzioni di natura fiscale rappresentano un *sospetto generalizzato di comportamenti fraudolenti, senza che si guardi ad elementi concreti e specifici*. Ciò risulta incompatibile con l'*animus* delle discipline antiabuso ovvero antielusione, le quali devono necessariamente condurre un'analisi casistica nel dimostrare l'assenza di una sostanza economica, analisi che non può essere condotta tramite criteri predeterminati.

A questo, la Corte aggiunge che, *senza alcun dubbio*, l'onere di provare la presenza di una condotta di natura artificiosa o fraudolenta gravi sull'amministrazione finanziaria, e non sul contribuente.

Successivamente, i giudici di Lussemburgo sono tornati sulla questione, relativamente ad una legislazione nazionale lussemburghese, in occasione del caso SIAT²¹³, in cui si discuteva se sussistesse o meno una violazione dell'articolo 49 CE²¹⁴, ossia una violazione della libera prestazione di servizi.

In questa occasione, la Corte statuisce che la normativa sottoposta al suo vaglio rappresentasse una palese limitazione al diritto di circolazione dei capitali, non

²¹⁰viene anche in questo caso in rilievo il principio di proporzionalità;

²¹¹nel caso concreto mancava;

²¹² caso Commissione – Spagna, C-397/07;

²¹³ causa C-318/10;

²¹⁴attuale art. 49 TFUE;

prevedendo un ambito di applicazione *sufficientemente preciso nell'individuare i casi nei quali debba essere applicata*, essendo in più in grado di *dissuadere* gli operatori economici dello stato belga nel compiere operazioni economiche in uno stato terzo.

Quanto all'utilizzo della presunzione generale utilizzata dal legislatore belga in suddetta disciplina speciale, i giudici europei chiariscono testualmente *“la sola circostanza che un contribuente residente ricorra ai servizi di un prestatore di servizi non residente non può fondare una presunzione generale dell'esistenza di una pratica abusiva e giustificare una misura che pregiudichi l'esercizio di una libertà fondamentale garantita dal Trattato”*²¹⁵;

Dopo aver stabilito l'idoneità della normativa oggetto d'esame a costituire mezzo per la determinazione della esatta potestà impositiva dello Stato interessato, l'esame si concentra sul rispetto del principio di proporzionalità in relazione all'**onere alla prova** gravante sul contribuente. Dopo aver nuovamente ribadito come, secondo costante giurisprudenza della CGUE, sia necessario basare l'analisi condotta dall'AF su elementi oggettivi individuati caso per caso, la Corte specifica che al contribuente debba essere permesso, *“senza eccessivi oneri amministrativi, di produrre elementi relativi alle eventuali ragioni commerciali per le quali tale transazione è stata conclusa”*²¹⁶.

L'eccessiva onerosità della prova richiesta al contribuente è avvalorata dal fatto che *“la regola speciale impone al contribuente belga di dimostrare sistematicamente l'effettività e la veridicità di tutte le prestazioni, nonché di provare il carattere normale di tutti i corrispettivi ad esse attinenti, senza che l'amministrazione sia tenuta a fornire un benché minimo indizio di prova di frode o di evasione fiscale”*²¹⁷; la disciplina infatti risulta applicabile in assenza di *qualsivoglia criterio oggettivo e verificabile da parte dei terzi*²¹⁸ che funga da indizio dell'esistenza di una costruzione puramente artificiosa.

²¹⁵<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=124747&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=301069>;

²¹⁶distaccandoci dal contenuto della sentenza, da detto assunto è possibile prender spunto per una ulteriore osservazione sulla questione dell'onere alla prova: non solo quindi risulta errato che la prova debba essere fornita dal contribuente e non previamente dall'amministrazione finanziaria, ma inoltre è chiaro come in questo caso, ma d'altronde in molti casi riguardanti contenziosi fiscali, l'onere gravante sul privato sia eccessivamente gravoso. Sussistono quindi plurimi punti di dubbia legittimità;

²¹⁷vediamo come l'AF non sia tenuta a fornire non solo prove, ma neanche indizi di prove;

²¹⁸viene in rilievo anche in questa occasione il criterio della riconoscibilità da parte dei terzi;

Nella sua analisi, la CGUE conclude mettendo in risalto la violazione di un altro principio fondamentale, ossia il principio di certezza del diritto, il quale entra in gioco soprattutto qualora l'applicazione di una norma fiscale determini effetti gravosi per il contribuente. Fornite suddette motivazioni, la Corte conclude con la sproporzionalità rispetto all'obiettivo perseguito della norma oggetto di analisi.

3.3. *Alcune riflessioni sul tema dell'onere alla prova*

L'uso delle presunzioni legali relative e il conseguente onere alla prova gravante sul contribuente ha sempre costituito in molte discipline fiscali una questione altamente controversa e discussa in dottrina²¹⁹.

Le presunzioni non rappresentano altro che tipizzazioni di comportamenti che potenzialmente il contribuente, in situazioni tipiche, è propenso ad assumere, provando una *presunzione di intenti*.

Pur volendo riconoscere all'uso di suddetto istituto una sua giustificazione, da ritrovare nella volontà di semplificare l'operato di ricerca dell'amministrazione finanziaria, non è trascurabile il fenomeno dell'*abuso* dell'istituto stesso, che mal si concilia con il tanto auspicato equilibrio ricercato nei rapporti tra il pubblico e il privato.

Pur appartenendo l'ampio *genus* delle presunzioni di natura fiscale alle presunzioni di carattere relativo, che quindi consentono sempre al contribuente di dimostrare la prova contraria, sembrerebbe in materia CFC, come anche in altre materie anti evasione/elusione, che il principio espresso dall'articolo 24 della Costituzione, il quale garantisce il diritto di difesa a qualsiasi individuo, sia solo formalmente rispettato: l'eccessivo carico attribuito al contribuente e il novero di strumenti a lui forniti al fine di fornire le prove a suo favore sembrano inadeguati a realizzare compiutamente il suddetto principio costituzionale.

Non solo l'uso di una presunzione relativa in materia CFC è potenzialmente in grado di produrre un contrasto con il diritto alla difesa, ma si potrebbero aprire spiragli per una

²¹⁹Damiani M., *Presunzioni legali relative e onere alla prova: uso e abuso*, in "Corriere tributario" pag. 581, 1 giugno 2020;

dichiarazione di incostituzionalità anche in riferimento al principio di capacità contributiva espresso dall'articolo 53 comma 1 della Costituzione²²⁰: la mancanza di una corretta determinazione della base imponibile conseguente ad un errore determinato da un uso improprio dello strumento presuntivo determinerebbe una tassazione errata e non conforme alla reale capacità economica del contribuente.

È necessario quindi mettere in risalto come profili di illegittimità possano ravvisarsi non soltanto rispetto principi di matrice comunitaria, ma anche rispetto a principi nazionali appartenenti alla nostra Carta costituzionale.

3.4. Il caso Egiom SAS

Con la causa C-6/16, il Consiglio di Stato francese presenta rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia in merito ad una disposizione nazionale relativa alla direttiva società madre-società figlia, avendo vietato all'amministrazione finanziaria francese l'applicazione dell'esenzione per la ritenuta alla fonte dei dividendi distribuiti da una società controllata in Francia ad una società controllante nel Lussemburgo²²¹.

Essendo inutile soffermarci sui fatti di causa, ciò che importa per la nostra trattazione è quali sono le conclusioni fornite dalla Corte nel merito, potenzialmente applicabili anche alle problematiche annesse alla CFC, le quali hanno fornito notevoli spunti in tema di una *futura e probabile dichiarazione di illegittimità delle norme nazionali*²²² *che prevedono un'inversione dell'onere alla prova.*

²²⁰Relazione G.M. Cipolla, *Prova nel diritto tributario*, in Digesto, 4 Aprile 2014;

²²¹A sua volta controllata indirettamente da una società residente in Svizzera, per cui si supponeva l'esistenza di questa catena societaria unicamente per ragioni di natura fiscale; in questo caso, è previsto che il contribuente debba dimostrare l'esistenza di ragioni economiche ulteriori rispetto alla ragione prettamente fiscale;

²²² Ricordiamo infatti come le pronunce della CGUE, pur essendo applicate a singole legislazioni nazionali, abbiano un significativo e notevole impatto anche sulle legislazioni degli altri Stati membri, esprimendo principi di matrice europea che tutti gli Stati dell'Unione sono tenuti a rispettare;

Il punto affrontato dai giudici di legittimità che a noi interessa è il secondo, che verte nuovamente sul principio della legittimità a livello comunitario dell'inversione dell'onere alla prova.

La Corte, richiamando una importante giurisprudenza precedente²²³, stabilisce che eccederebbe quanto necessario per porre un freno a fenomeni abusivi ed evasivi una norma che non preveda alcun onere in capo all'amministrazione finanziaria di presentare *un principio di prova ovvero un indizio di abuso o frode*.

Ciò che viene ampiamente criticato nelle osservazioni dell'avvocato generale è l'*automatismo* che caratterizza l'uso di presunzioni in materie tese a limitare fenomeni di evasione ovvero elusione fiscale, nonché il mancato equilibrio che caratterizza il rapporto fisco-contribuente, nella misura in cui quest'ultimo risulti tenuto ad addurre qualsiasi tipo di elemento che possa provare ragioni economiche non fiscali, contrariamente al primo soggetto, il quale non ha neanche l'onere di addurre il minimo indizio di prova di una condotta evasiva/elusiva.

Ecco che viene in rilievo l'incompatibilità tra i principi espressi dalla Corte di Giustizia e le disposizioni nazionali antiabuso, nella misura in cui le ultime permettano l'utilizzo di presunzioni legali non necessarie, sussistendo in campo all'AF la possibilità di usufruire dello strumento dello scambio di informazioni.

La presente sentenza offre spunto per considerare il disposto ex comma 5 art. 167 del TUIR confliggente con la più volte confermata posizione della giurisprudenza comunitaria, essendo stato chiarito più volte come l'onere alla prova unicamente a carico del contribuente non sia giustificato in alcun modo dall'intento antielusivo di qualsiasi norma nazionale tributaria; qualsiasi norma che abbia come fine ultimo quello di eliminare un *possibile, ma non certo*, abuso, non può in alcun modo apparire necessaria né conforme al criterio della proporzionalità²²⁴.

Per quanto riguarda l'automatismo precedentemente citato, l'avvocato generale chiarisce come l'utilizzo da parte del legislatore di previsioni di carattere presuntivo, le quali possono in via generica ritenersi ammissibili, non debba limitare la necessaria attività di ricerca dell'AF che, pur ravvisando nel caso concreto la sussistenza di una presunzione,

²²³caso Europark Service C-14/16;

²²⁴https://www.aidc.pro/allegati/aidc_inversione-dell-onere-della-prova-il-caso-eqiom-sas-di-alessandro-savorana_1513255898.pdf;

è tenuta a fornire *elementi di carattere oggettivo che dimostrino l'artificialità dell'operazione ovvero della struttura*.

In sintesi, la Corte non pretende un carattere maggiormente specifico delle previsioni nazionali²²⁵, ma pretende una **condotta dell'amministrazione finanziaria** di un certo tipo, ossia imperniata sulla ricerca degli elementi concreti, individuati caso per caso, che possano giustificare la pretesa impositiva. Al contrario, l'operato dell'AF risulterebbe inficiato da una eccessiva discrezionalità.

3.5. Il rapporto tra l'inversione dell'onere alla prova e il principio del giusto processo

L'articolo 111 della Costituzione prevede l'applicazione del principio del giusto processo ad ogni tipo di processo, che esso sia civile, penale, amministrativo ovvero tributario²²⁶. I Costituenti hanno quindi voluto fissare nella carta costituzionale che anche un processo come quello tributario, che per anni è stato condizionato dalla visione di supremazia dell'autorità pubblica rispetto al privato in materia impositiva, sia necessariamente governato dal principio della *parità delle parti*.

Lo spirito della Carta costituzionale sembra esser stato tradito dalla prassi che per anni il legislatore nazionale ha deciso di adottare; si è data vita al paradosso per cui il soggetto che ha la maggiore facilità nel reperire le prove, ossia l'amministrazione finanziaria, è il soggetto che meno è tenuto a dimostrare, al contrario del contribuente che, pur potendo beneficiare di tutte le informazioni ad esso conoscibili (sempre e comunque inferiori a quelle detenute da parte dell'AF), è tenuto ad un onere di gran lunga maggiore.

²²⁵stante che anche in questo caso si configurerebbe una fattispecie presuntiva;

²²⁶ l'arrivo all'applicazione del principio del giusto processo anche al processo tributario è stato però più lento;

Sussistendo una inevitabile disparità dettata dai differenti poteri informativi detenuti dalle parti, la parità delle parti intesa in senso processuale avrebbe l'obbligo di recuperare una parità di armi inevitabilmente mancante sul piano sostanziale.

L'obiettivo non sembrerebbe essere stato in alcun modo raggiunto, tanto da essere definito dai maggiori studiosi come *il diritto maggiormente inattuato*²²⁷.

La questione non deve infatti concentrarsi sulla legittimità intesa in senso generale dell'esistenza di presunzioni legali relative nel mondo fiscale, essendo stato più volte ammessa dalla Corte costituzionale la loro piena legittimità in virtù dell'interesse primario rappresentato dal facilitare il lavoro consistente nella riscossione, resa complessa dinanzi a fenomeni di evasione ovvero elusione.

La problematica sorge invece analizzando l'applicabilità dei principi espressi dai giudici di legittimità alla normativa sottoposta al nostro esame, ossia la normativa dell'articolo 167 comma 5 del TUIR.

È una massima d'esperienza valida tanto da giustificare una presunzione legale relativa quella basata sui requisiti previsti dall'articolo 167? Il criterio del *tax rate test* e del *passive income test* realmente rappresentano elementi validi al fine di poter supporre una condotta elusiva del contribuente?

In secondo luogo, è necessario osservare come le presunzioni possano aver luogo solo nel caso in cui l'AF versi in una situazione di difficoltà nel reperire le prove; condizione che sembra mancare nel caso concreto, e non solo in virtù dell'inevitabile maggior potere informativo del fisco, ma anche in virtù delle numerose convenzioni che prevedono all'occorrenza lo scambio di informazioni pertinenti tra gli stati interessati a determinare i limiti della propria potestà impositiva. Mancando suddetta condizione, sembrerebbe realizzarsi un indebito vantaggio per l'amministrazione finanziaria ulteriore rispetto a quello che, per natura stessa²²⁸, già sussiste, e conseguentemente una *probatio diabolica* per il contribuente che, nella sostanza, si trova ad avere a che fare non con una presunzione relativa ma con una presunzione da ritenere nella sostanza quasi **assoluta**, stante l'enorme difficoltà nel fornire la prova contraria.

Ecco che ancora una volta l'importante principio del *bilanciamento di interessi* non risulta essere soddisfatto: se da un lato è pienamente legittimo fornire elementi di

²²⁷A. Poddighe, *Giusto processo e processo tributario*, Giuffrè, Milano, 2010;

²²⁸essendo un soggetto pubblico;

semplificazione nell'attività di accertamento compiuta dalle amministrazioni pubbliche, questa semplificazione non può in alcun modo determinare una estrema difficoltà processuale per il soggetto privato, lungi dall'essere questa la *ratio* delle presunzioni legali relative.

A conclusione, sembrerebbe quindi che l'approccio del legislatore si basi sul seguente assunto: gli argomenti forniti dall'AF, seppur basati su mere presunzioni, assumono maggiore validità rispetto alle giustificazioni addotte dal contribuente. Non è forse questo un ricadere in quel concetto, che ormai dovrebbe esser desueto, della primazia assoluta della parte pubblica e della *legittimità a priori dell'atto impositivo* pubblico?

E d'altronde, quanto l'interesse primario identificabile nella riscossione fiscale può limitare il diritto del singolo a vedersi tassato secondo il principio di fonte costituzionale della capacità contributiva?

Non dovrebbe quest'ultimo per l'ordinamento stesso rappresentare un interesse primario da tutelare?

3.6. Un'altra argomentazione a sostegno dell'errata inversione dell'onere alla prova: lo scambio di informazioni fra Stati membri

Abbiamo già osservato come risulti inopportuno rimettere nelle mani del contribuente la completa prova relativa alla insussistenza dei requisiti per l'applicazione del regime CFC, in virtù della possibilità, fra due o più stati membri, di scambiare informazioni pertinenti al caso concreto interessato.

L'importanza dello scambio di informazioni visto come strumento per contrastare fenomeni di pianificazione fiscale aggressiva di natura transnazionale è stata nel corso degli anni fortemente avvertita dapprima a livello internazionale, poi a livello europeo; ciò ha portato all'emanazione di un numero di direttive in materia, tese a favorire la cooperazione amministrativa tra le autorità fiscali dei diversi stati membri²²⁹,

²²⁹frutto anche della necessità di accogliere a livello europeo le raccomandazioni provenienti dall'OCSE contro le pratiche di elusione fiscale tramite il fittizio trasferimento di utili;

fino ad arrivare all'ultima direttiva 822/2018 del Consiglio (DAC 6)²³⁰, recepita all'interno del nostro ordinamento dal decreto legislativo 100/2022, che completa il quadro comunitario inerente allo scambio di informazioni.

Nonostante il quadro legislativo generale sembri favorire in maniera sufficiente l'uso di tale strumento, è chiaro come ancora oggi gli Stati membri non sembrano farne buon uso. Secondo un'analisi svolta dalla Commissione ai fini della verifica della corretta attuazione delle direttive in materia²³¹, la stessa ha ravvisato, su un campione di cinque stati membri, che lo scambio di informazioni assumesse le caratteristiche della intempestività, della incompletezza e dell'inaccuratezza per quanto concerneva il settore dello scambio di informazioni automatizzato; in più, risultava anche uno scarso utilizzo delle informazioni ricevute ai fini degli accertamenti fiscali.

Nonostante in confronto al passato lo strumento risulti maggiormente sfruttato, rimane nella sostanza uno scarso uso delle informazioni ricevute ovvero uno scambio effettuato con modalità non funzionali a raggiungere il fine perseguito.

Lo scarso utilizzo dello strumento però non determina l'impossibilità di prenderlo in considerazione ai fini della nostra analisi: uno strumento così incisivo²³² come lo scambio di informazioni è elemento idoneo a sostenere la tesi che, senza dubbio, l'amministrazione finanziaria sia dotata di un elevato numero di mezzi con i quali ottenere prove a sostegno della pretesa dell'organo pubblico.

Così, la condotta dell'amministrazione finanziaria appare non solo eccessivamente arbitraria ma anche *negligente*, non facendo uso di tutti gli strumenti che non solo l'ordinamento nazionale, ma anche e soprattutto l'ordinamento comunitario, fornisce ai fini del miglior svolgimento delle proprie funzioni.

4. *L'interpello probatorio e le sue problematiche*

²³⁰nel corso degli anni, il novero delle informazioni scambiabili si è sempre più ampliato; l'acronico DAC si riferisce all'insieme di direttive intervenute in materia di cooperazione amministrativa fra stati membri, ossia le *Directive administrative cooperation*. La prima direttiva entrata in vigore è stata la direttiva 2011/16/UE (DAC 1).

²³¹dalla DAC 1 alla DAC 6;

²³²ormai risulta interscambiabile un gran novero di informazioni di natura fiscale;

L'interpello probatorio²³³ previsto dal comma 5 dell'articolo 167 del TUIR presenta, come già più volte accennato, indubbe e molteplici criticità.

Tra queste, due sono le criticità che, *ictu oculi*, sono immediatamente identificabili.

La prima è senza dubbio rappresentata dalla mancata possibilità di impugnazione da parte del contribuente dell'eventuale risposta negativa fornita dall'amministrazione finanziaria al proprio interpello presentato²³⁴, su cui la circolare 18/E del 2021 torna, sancendo definitivamente la sua non impugnabilità e su cui il nostro punto di vista, coincidente fra l'altro con buona parte di autorevole dottrina, è stato già espresso.

La seconda è rinvenibile nella *mancata sanzione* riservata a detto interpello nel caso in cui risulti mancante di motivazione, sia in senso formale che in senso sostanziale²³⁵.

La scelta di escludere l'applicazione di una sanzione risulta poco in linea con l'approccio parallelamente adottato in occasione della clausola generale antiabuso ex articolo 10 *bis* della L.212 del 2000²³⁶, il quale prevede, contrariamente alla norma specifica sottoposta al nostro esame, una esplicita sanzione alla risposta dell'AF nel caso in cui sia carente di motivazione: la nullità.

La scelta del legislatore di non inserire in alcun modo nessun tipo di sanzione sembra poco adatta a porre un freno a comportamenti abusivi che l'AF, persino in presenza di sanzioni afflittive, pone in essere.

Infatti, le sanzioni potrebbero potenzialmente fungere da elemento *deflattivo* di frequenti comportamenti tenuti dal fisco che, nel motivare i propri avvisi di accertamento, solo formalmente forniscono una motivazione, non compiendo in concreto una vera e propria analisi casistica tesa a verificare la sussistenza dei requisiti richiesti dal legislatore.

²³³a chiarire definitivamente la natura dell'interpello CFC è stata la Circolare 18/E del 2021;

²³⁴abbiamo già visto in precedenza come la mancata possibilità di impugnazione si vada a concretizzare in una potenziale lesione del diritto di difesa e, di conseguenza, del diritto ad un ricorso effettivo;

²³⁵Ascoli G. Brocchi S., *Novità e conferme sulla disapplicazione e sui profili procedurali del regime CFC*, in "il fisco" pag. 955, 7 marzo 2022;

²³⁶clausola che, fra l'altro, si ritiene essere in contrasto con gli orientamenti comunitari, dal momento che sia la giurisprudenza europea che i dettami del Consiglio UE avevano espresso un *favor* per clausole antiabuso specifiche, identificate secondo specifici rischi fiscali. Ancora una volta, il legislatore italiano ha quindi scelto di adottare una propria strada;

Le specifiche caratteristiche dell'interpello che a noi interessa *tradiscono* in qualche modo l'intenzione del legislatore del nuovo approccio fornito dalla legge di riforma n. 156/2015, in cui si evince come lo stesso uso di strumenti quali l'interpello voglia favorire un più volte ricordato nuovo modo di vedere il rapporto intercorrente tra l'amministrazione finanziaria e il contribuente, nonché evitare il più possibile l'uso dello strumento giudiziario, favorendo un dialogo preventivo tra i soggetti interessati.

La Corte di giustizia europea, in numerose sentenze, tra cui è possibile ricordare la sentenza del 2015 n. 662/13, ha chiarito l'importanza rappresentata dal contraddittorio endoprocedimentale tra amministrazioni statali e contribuente, fondamentale per realizzare al meglio un procedimento di imposizione equo e corretto.

Pur essendo previsto dalla normativa italiana, sembrerebbe che l'efficacia del suddetto strumento possa ritenersi *viziata* proprio a causa delle lacune precedentemente evidenziate.

4.1. *L'interpello probatorio e il diritto ad una buona amministrazione*

Il diritto ad una buona amministrazione può essere definito come quel diritto a ricevere, da parte delle amministrazioni pubbliche, un trattamento *imparziale ed equo* e che in più si risolva entro un tempo ragionevole²³⁷.

La sua importanza è stata riconosciuta a livello comunitario persino dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, essendo tale diritto espressione di una garanzia per il cittadino di vedersi assicurato un trattamento, da parte delle amministrazioni pubbliche, conforme alla migliore tutela dei suoi interessi giuridici²³⁸. Infatti, l'articolo 41 della Carta enuncia:

²³⁷Conte D., *Interpello tributario e diritto ad una buona amministrazione: riflessioni per un bilancio*, in "Diritto e pratica tributaria" pag. 2024, 1 novembre 2022;

²³⁸col tempo abbiamo assistito ad una evoluzione del significato attribuibile al "diritto ad una buona amministrazione": inizialmente, il diritto ad una buona amministrazione rappresentava espressione di un vantaggio per la pubblica amministrazione stessa, in funzione del miglior esercizio della funzione pubblica. Con il cambiamento della visione sul rapporto cittadino – amministrazione, detto principio ha subito una modificazione nel suo significato originario;

“ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell’Unione.

Tale diritto comprende in particolare:

- a) Il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio;*
- b) Il diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale;*
- c) L’obbligo per l’amministrazione di motivare le proprie decisioni;*

Ogni persona ha diritto al risarcimento da parte dell’Unione dei danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell’esercizio delle loro funzioni, conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri.

Ogni persona può rivolgersi alle istituzioni dell’Unione in una delle lingue dei trattati e deve ricevere una risposta nella stessa lingua.”

A livello nazionale, il principio di buona amministrazione è riconosciuto dalla Carta costituzionale all’articolo 97, che recita:

“i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l’imparzialità dell’amministrazione.

Nell’ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari.

Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge.” Fra le due disposizioni è rinvenibile una marginale differenza: se a livello europeo il diritto viene inteso proprio in funzione del singolo cittadino, nella carta fondamentale esso viene visto come principio in funzione dell’*interesse collettivo unitariamente inteso*, che possa considerare tanto il lecito interesse della pubblica amministrazione quanto quello del singolo.

La nostra chiave di lettura sembra quindi maggiormente incentrata sul diritto ad una buona amministrazione inteso nel modo espresso dall’articolo 41 della Carta di Nizza.

L’ultima riforma che è intervenuta sulla L.212/2000 ha chiarito l’importanza dello strumento dell’interpello, importanza che si evince già dalla rubrica del nuovo articolo 11 più volte citato in cui leggiamo *“Diritto di interpello”*.

Potenzialmente, l’interpello sarebbe strumento utile per risolvere uno dei contrasti che tante volte abbiamo ravvisato, ossia il contrasto con il principio di certezza del diritto:

infatti il contribuente, facendo uso dello strumento ancor prima di vedersi notificare un avviso di accertamento, non solo riesce ad evitare una successiva fase di contenzioso, ma ha anche la possibilità di *determinare al meglio la sua imposizione concordemente con l'amministrazione finanziaria*, rappresentando quindi strumento capace di correggere un sistema fiscale spesso estremamente complesso e di difficile comprensione.

Nonostante l'intento che il legislatore dimostra nella riforma del 2015, questo intento risulta essere stato tradito dalle caratteristiche specifiche dell'interpello probatorio²³⁹.

Più nello specifico, gli elementi sopra illustrati²⁴⁰ dimostrano come *la ratio* dell'interpello, che è quella di agevolare il contribuente nel suo rapporto con il soggetto pubblico, risulti ampiamente delusa.

È pur vero che è inevitabile cogliere, confrontando l'attuale disciplina con la disciplina passata, una maggiore propensione a tutelare le ragioni del privato, ma è anche vero come gli intenti legislativi risultino, non solo nella prassi dell'AF, ma anche nei testi legislativi, disattesi, in favore di un intramontabile vantaggio per le amministrazioni pubbliche.

Come può intendersi il diritto ad una buona amministrazione teso a tutelare il cittadino, quando in realtà a venir tutelato è l'operato della pubblica amministrazione?

L'impressione è che la sola appartenenza ad una amministrazione pubblica rappresenti un elemento di presunzione per la *correttezza delle decisioni adottate* e, così, il solo rappresentare la parte privata rappresenta una condanna.

²³⁹ma anche da un'altra categoria di interpello riconosciuta nello Statuto del contribuente, ossia l'interpello disapplicativo;

²⁴⁰ la mancata sanzione della nullità e la non impugnabilità del provvedimento negativo;

CAPITOLO 4

-

LA POSIZIONE DEL CONTRIBUENTE ALLA LUCE DELLE RECENTI EVOLUZIONI E DELLE POSSIBILI PROSPETTIVE FUTURE

SOMMARIO: 1. Le nuove frontiere internazionali per il contrasto all'elusione fiscale internazionale – 2. L'uso dell'intelligenza artificiale come strumento per limitare i fenomeni di evasione ed elusione fiscale – 3. La riforma del processo tributario: osservazioni necessarie

1. Le nuove frontiere internazionali per il contrasto all'elusione fiscale internazionale

Negli ultimi anni, forte è stato l'impulso nel voler dar vita, a livello europeo, ad un panorama unitario che fosse in grado di prevedere strumenti di prevenzione tesi a fronteggiare fenomeni di evasione ovvero di elusione fiscale collocabili a livello transnazionale.

La struttura dei gruppi multinazionali, i quali operano in differenti Stati membri, ha posto l'esigenza di adottare mezzi comuni nella risoluzione delle principali problematiche legate al controllo delle condotte fiscali tenute dai grandi contribuenti.

In questo contesto, differenti sono stati gli interventi adottati dagli organi europei, alcuni già entrati in vigore, altri non ancora, dei quali possono essere segnalate alcune perplessità sorte in dottrina; nonostante i dubbi sollevati, è possibile ravvisare un importante passo in avanti, soprattutto per ciò che attiene alla *metodologia* adottata nel fronteggiare suddetti fenomeni.

È necessario analizzarne i più significativi.

1.1. La Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 18/05/2021²⁴¹

Il radicale mutamento del contesto europeo ed internazionale a seguito della pandemia da Covid-19 e seguito della veloce evoluzione della digitalizzazione ha portato alla necessità di adottare misure maggiormente adeguate a dar vita ad un “*sistema fiscale efficiente, sostenibile ed equo*”²⁴².

Per ciò che a noi interessa, la Comunicazione, nell’affrontare il tema della tassazione delle imprese UE, prevede che il sistema a cui i contribuenti sono tenuti a rispondere debba assumere il carattere della “*semplicità nel suo insieme*”²⁴³, capace di risparmiare agli operatori economici eventuali difficoltà, difficoltà causate prevalentemente da sistemi fiscali non troppo chiari, nonché di agevolare qualsiasi forma di investimento idoneo a realizzare come obiettivo il miglior sviluppo del mercato unico.

Difatti, l’enorme differenza esistente tra i ventisette regimi fiscali nazionali all’interno dell’Unione Europea crea per le imprese un’elevata percentuale di costi di conformità da sostenere, determinando una regressiva propensione all’operare contemporaneamente in uno Stato diverso da quello di provenienza.

Accanto a questo, il contribuente potrebbe approfittare delle divergenze esistenti tra i molteplici regimi fiscali, adottando condotte inquadrabili nei comportamenti tipici della pianificazione fiscale aggressiva.

In questo contesto, la Commissione si è presa la responsabilità di agire nel minor tempo possibile per quanto riguarda la “*ridistribuzione dei diritti di imposizione e sul livello minimo di imposizione effettiva*”.

²⁴¹Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio n. 251, *Tassazione delle imprese per il XXI secolo*, Bruxelles, 18 maggio 2021;

²⁴²queste le testuali parole della Commissione in occasione della Comunicazione discussa;

²⁴³potendosi intendere “nel suo insieme” come un sistema che assuma detto carattere in tutti gli stati membri;

Suddetti obiettivi si pongono in un quadro non solo europeo, ma anche internazionale, di potenziali soluzioni inerenti alla nuova determinazione della potestà impositiva e alla previsione di una tassazione minima per le imprese multinazionali²⁴⁴.

Il primo pilastro attiene ad ovviare alle problematiche derivanti dalla presenza di nuovi modelli aziendali, tra cui emerge in particolare l'esistenza di imprese che non presuppongono necessariamente una presenza fisica all'interno di un determinato territorio, causando una difficoltà nella ripartizione della potestà impositiva; l'obiettivo sarà quello di attribuire agli Stati nuove potestà impositive, legate anche a soggetti non residenti, potestà che verranno determinate anche guardando a dove risulti collocabile buona parte della clientela dell'impresa interessata.

Quanto al secondo pilastro, abbiamo visto come questo abbia l'obiettivo di prevedere una tassazione minima a livello internazionale relativamente alla tassabilità delle grandi imprese. Detto obiettivo sarà raggiunto indipendentemente dalle decisioni prese all'interno dei propri regimi fiscali dai singoli stati membri a livello nazionale, restando per essi la libertà di determinarne il contenuto.

L'attuazione del presente pilastro avrà senza dubbio ripercussioni sulle discipline antielusione applicabili alle società estere controllate: ciò comporterà la necessità di adeguarne l'attuazione con i regimi fiscali già esistenti, indicandone le modalità idonee a garantire che non possano sorgere potenziali contrasti dovuti a possibili sovrapposizioni normative.

Accanto ai due pilastri, la Commissione mette in risalto come risulti indispensabile garantire un maggior grado di trasparenza nell'operato delle imprese multinazionali, nonché combattere l'utilizzo indebito di entità di comodo²⁴⁵, di cui parleremo più approfonditamente in seguito.

Accanto a suddette azioni tipicamente volte a limitare comportamenti negativi dei grandi contribuenti, la comunicazione ha evidenziato come sia parimenti indispensabile favorire nuove forme di investimenti in virtù di una auspicata ripresa post era pandemica, rappresentando anche questo punto un elemento fondamentale per la realizzazione di un sistema fiscale che si possa considerare "equo". Facendone un breve accenno, la

²⁴⁴questi sono i due grandi pilastri su cui si poggia l'azione internazionale;

²⁴⁵i due propositi della Commissione hanno avuto effettivamente un seguito: la prima proposta è stata attuata mediante la Direttiva Cbcr, di cui parleremo nel paragrafo successivo; la seconda ha dato vita ad una proposta di Direttiva sulle *shell companies*, non ancora entrata in vigore;

Commissione illustra come le imprese maggiormente colpite dalla crisi siano state soprattutto le piccole e medie imprese, per le quali prevede in futuro forme di sostegno a livello nazionale, soprattutto intervenendo nel trattamento delle perdite.

La realizzazione di un mercato unico ben funzionante è sicuramente ostacolata dalla presenza, a differenza di altri sistemi extraeuropei, di forti differenze tra regimi fiscali. Proprio in questo contesto, la Commissione si impegna a proporre il cosiddetto BEFIT, ossia un sistema unico di norme disciplinanti la tassazione delle imprese all'interno dell'Unione Europea, il quale farà uso di una *formula di ripartizione*²⁴⁶ volta alla determinazione di una comune base imponibile e alla distribuzione della potestà impositiva secondo accordi stipulati fra gli Stati membri, che avranno come risultato quello di limitare fenomeni elusivi ed anche quello di facilitare l'operato dei contribuenti nella condotta fiscale a loro richiesta: l'uso di suddetto sistema dovrebbe eliminare, o perlomeno limitare, le conseguenze derivanti dai tanto temuti *disallineamenti da ibridi*.

1.2. La direttiva 2021/2101 del Parlamento europeo e del Consiglio

La direttiva Cbcr (*country by country reporting*) del 2021²⁴⁷ è il risultato delle recenti posizioni espresse in sede OCSE sulla necessità di adottare strumenti tesi a limitare fenomeni di pianificazione fiscale aggressiva; la direttiva sembra esprimere due correnti di pensiero necessariamente venute a convergere: quella espressa dal Parlamento europeo, di spirito sicuramente più progressista; e quella espressa dal Consiglio, che si è dimostrata più restia nell'estendere ulteriormente il campo di applicabilità della presente

²⁴⁶il sistema della ripartizione fiscale è già stato usato, come richiama la Commissione, già da altri paesi, quali gli Stati Uniti e il Canada.

²⁴⁷Direttiva UE 2021/2101 del Parlamento europeo e del Consiglio, *che modifica la direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la comunicazione delle informazioni sull'imposta sul reddito da parte di talune imprese e succursali*, 24 novembre 2021;

direttiva, mostrando senza dubbio un comportamento maggiormente conservatorio²⁴⁸; le potenziali problematiche conseguenti a questo approccio che potremmo definire “incompleto” le illustreremo successivamente.

Delineandone i tratti essenziali, il testo normativo introduce un obbligo generalizzato di *comunicazione pubblica paese per paese* che renda conoscibile l'imposta sul reddito effettivamente pagata dalle imprese multinazionali, misura che appare in grado di raggiungere maggiore trasparenza fiscale funzionalmente al miglior funzionamento del mercato interno europeo. Tale obbligo viene previsto solo per le grandi imprese²⁴⁹, ossia per quelle imprese, multinazionali ovvero anche autonome, che presentino un ricavo consolidato pari a 750 milioni di euro, valore riferibile alle due annualità precedenti e consecutive alla comunicazione dovuta²⁵⁰.

La comunicazione è pubblicata entro dodici mesi dalla chiusura del bilancio a cui si riferisce, rimanendo disponibile la sua consultazione per un periodo di cinque anni.

Accanto alla regola generale, è possibile concedere la possibilità di rimandare la comunicazione delle informazioni ad oggetto, ma solo nel caso in cui la comunicazione possa “*recare grave pregiudizio alla posizione commerciale di un'impresa*”; ovviamente in questo caso graverà sull'impresa provare i motivi per cui si rende necessario detto rinvio; la possibilità di rinvio è fissata in un termine massimo di 5 anni.

Molto ampio si presenta il novero di informazioni soggette a comunicazione, per le quali è tra l'altro stabilito che esse siano fornite in maniera *disaggregata*, ossia relativamente a ciascun paese all'interno del quale la multinazionale opera²⁵¹.

Per la prima volta, sempre a fini antielusivi, la Direttiva prevede l'obbligo di pubblicazione non solo per le imprese capogruppo residenti all'interno dell'Unione

²⁴⁸ciò in un comunicato stampa dell'Oxfam alla luce della allora recente approvazione della proposta di direttiva;

²⁴⁹la Direttiva è intervenuta a riformare la precedente Direttiva in materia n. 34/2013, che prevedeva un obbligo di comunicazione per alcune imprese svolgenti un certo tipo di attività, quindi non prevedendo un obbligo generalizzato;

²⁵⁰ex articolo 48 *ter* della Direttiva, ovviamente l'obbligo viene meno nel caso in cui, nell'esercizio successivo alla comunicazione, si scenda al di sotto della soglia dimensionale;

²⁵¹a tal proposito è prevista un'esimente: non è soggetto all'obbligo di comunicazione della presente direttiva un gruppo di imprese che operi all'interno di un medesimo stato membro, e che quindi non dia vita a transazioni fiscali di natura transnazionale;

Europea, ma anche per alcune imprese residenti in Stati extra- UE che però operino, tramite succursali ovvero tramite imprese figlie²⁵², all'interno dell'Unione.

Secondo la posizione espressa dalle istituzioni interessate sull'argomento, tale obbligo comunicativo apporterà significative conseguenze positive: da un lato, per l'impresa stessa, che godrà di rapporti più stabili con un certo novero di soggetti interessati, come lavoratori ed investitori, avendo l'occasione di vedersi riconosciuto un miglioramento della propria posizione reputazionale; dall'altro, gli Stati membri, che avranno maggiori strumenti per poter combattere fenomeni di elusione fiscale.

Al fine di tutelare il corretto adempimento dell'obbligo è previsto che, nel caso in cui l'impresa madre si sottragga all'onere in questione, debbano farne specifica *menzione* le imprese da essa controllate, anche se non residenti nell'Unione Europea.

Altra previsione mirante a garantirne il rispetto si colloca a livello di *governance* interna alle imprese, prevedendo l'eventuale sorgere di una responsabilità in capo agli organi di amministrazione, gestione e controllo della società: questi sono infatti i soggetti tenuti a controllare il corretto adempimento dell'obbligo posto dalla Direttiva²⁵³. Inoltre, accanto agli organi societari è posto un obbligo anche in capo al revisore legale competente di ravvisare se l'impresa sottoposta al suo controllo sia soggetta all'obbligo di comunicazione della presente direttiva e, nel caso di risposta affermativa, se l'obbligo sia stato correttamente adempiuto.

Nello specifico, l'articolo 48 *quater*, al fine di fugare qualsiasi possibilità di dubbio, prevede un elenco esaustivo delle informazioni che le imprese sono tenute a fornire, ossia:

- il nome dell'impresa capogruppo ovvero autonoma, l'esercizio, la valuta utilizzata, l'elenco delle imprese figlie consolidate stabilite nell'Unione Europea ovvero in giurisdizioni fiscali non cooperative;
- una concisa descrizione delle attività;
- il numero dei dipendenti;
- l'ammontare dei ricavi;
- l'utile o la perdita d'esercizio al lordo dell'imposta;

²⁵²l'obbligo di comunicazione è previsto solo se vi è il superamento della soglia dimensionale da parte dell'impresa succursale/figlia nell'UE. Inoltre, non è previsto l'obbligo nel caso in cui, ad alcune condizioni, all'obbligo adempia correttamente l'impresa madre extra UE;

²⁵³questa misura funge da deterrente a condotte negligenti degli organi in questione;

- l'imposta sul reddito maturata e versata;
- ed infine, gli utili non distribuiti;

Tali informazioni devono essere fornite mediante un modello unico comune a tutti gli Stati membri, i quali saranno tenuti a recepire tramite norme nazionali la direttiva entro il 22 giugno 2023²⁵⁴.

Stabilito l'indubbio vantaggio che la presente apporterebbe alla gestione dei fenomeni elusivi a livello non solo europeo, ma anche internazionale, sono ravvisabili alcune perplessità in merito ad una così ampia *disclosure* delle imprese soggette all'obbligo.

Dubbi sono stati avanzati in merito ai risvolti negativi astrattamente prospettabili sulla *competitività* delle imprese interessate; dapprima, sarebbe prospettabile una minore propensione da parte di imprese terze di compiere investimenti all'interno dell'Unione Europea, provocando un investimento sul territorio europeo un obbligo di comunicazione che gli operatori potranno evitare compiendo i medesimi investimenti in uno Stato terzo²⁵⁵.

Inoltre, la pubblicazione di un così ampio novero di informazioni porterebbe alla conoscenza, da parte di altre imprese interessate al medesimo mercato, delle strategie aziendali adottate, potendo falsarne la concorrenza.

Riguardo a quest'ultima perplessità, è possibile ravvisare un ulteriore spunto di riflessione sul filo conduttore della nostra analisi, ossia sulla posizione del contribuente dinanzi alle esigenze erariali: sembrerebbe che non solo a livello nazionale, ma anche a livello europeo, il contribuente si trovi in uno *status* in cui il sacrificio di un suo interesse diviene quasi inevitabile; il possibile danno provocabile sulla sua posizione concorrenziale nel mercato economico europeo non facilita il processo di accettazione per l'interessato di una disciplina che si presenta tanto necessaria quanto estremamente gravosa²⁵⁶.

Sembrerebbe quindi che il *compromesso* risultante dalla presente Direttiva rispecchi la necessità di tutelare due esigenze contrapposte, entrambe da ritenersi fondamentali²⁵⁷: da un lato, le esigenze di prevenire e combattere pratiche fiscali elusive transnazionali,

²⁵⁴ad oggi, l'Italia non risulta ancora averla recepita;

²⁵⁵in questo caso, l'espressione "Stato terzo" deve riferirsi allo Stato al di fuori dell'UE;

²⁵⁶Osservazioni Assonime, *Osservazioni sulla proposta di direttiva che stabilisce norme per prevenire l'uso improprio di entità di comodo ai fini fiscali – COM (2021) 565 final*, giugno 2022;

²⁵⁷non si sa fino a che punto anche questo approccio intermedio sia in grado di garantire la posizione del contribuente;

dall'altro le esigenze di competitività sul mercato di una grande impresa; la paura che il testo normativo potesse avere eccessive conseguenze negative sulla competitività commerciale ha frenato quindi le posizioni maggiormente progressiste in sede di formazione della Direttiva.

1.3. La proposta di Direttiva sulle Shell companies e la sua potenziale sovrapposizione con la disciplina CFC

La Comunicazione precedentemente analizzata introduce negli obiettivi a breve termine adottati dalla Commissione la proposta di direttiva n. 565/2021, tesa ad affrontare la problematica delle *Shell companies* a livello europeo, ossia di quelle società che non presentino una effettiva sostanza economica, al fine di fugare il rischio che queste possano usufruire indebitamente dei benefici fiscali derivanti dalle Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni.

Tale proposta si pone nel più ampio *framework* precedentemente illustrato consistere nell'adottare strategie “*a tutto campo*” nella risoluzione di pratiche fiscali dannose.

La normativa, ancora ad oggi oggetto di discussione e non ancora entrata in vigore, è suscettibile di interesse dal momento che la potenziale applicazione della stessa comporterebbe una serie di problematiche relative alla sovrapposizione tra norme nazionali già in vigore, tra cui appunto la CFC, e la stessa²⁵⁸.

La presente sembra configurarsi tanto come una norma antiabuso di carattere generale quanto come una norma antiabuso di carattere analitico: da un lato, infatti, rileva ai fini della sua applicabilità l'indebito vantaggio fiscale ottenuto, aspetto che deporrebbe per collocarla nella prima categoria; dall'altro però, l'utilizzo di presupposti oggettivi specifici e di potenziali esimenti deporrebbero per la seconda impostazione²⁵⁹.

²⁵⁸vedremo in seguito il perché;

²⁵⁹Rolle G., *La proposta di direttiva sulle Shell companies: prime osservazioni*, in “Fiscalità & commercio internazionale” pag. 10, 1 giugno 2022;

La strutturazione della direttiva appare sin da subito assai complessa²⁶⁰: in particolare, è previsto, ai fini dell'identificazione della sussistenza di una sostanza economica, un *substance test*, utilizzato per facilitare l'attività di ricerca degli Stati membri nell'identificazione delle strutture carenti del suddetto presupposto.

Il test ad oggetto si presenta come un test *a gradi*, consistendo in sette fasi consecutive, ossia:

- 1) L'individuazione delle imprese soggette all'obbligo di comunicazione;
- 2) La comunicazione;
- 3) L'esenzione da suddetta comunicazione per assenza di motivazioni fiscali;
- 4) La presunzione di mancanza di una sostanza economica;
- 5) Il diritto di confutazione;
- 6) Le conseguenze di natura fiscale;
- 7) La disponibilità dei dati presso un sistema centrale che permetta di effettuare uno scambio di informazioni di carattere automatico e permetta un'eventuale domanda da parte di uno Stato membro di svolgere un audit fiscale;

All'articolo 6 della Direttiva sono ravvisabili gli *indicatori* utilizzabili al fine di identificare eventuali società che sono a rischio di poter essere considerate come *shell companies*:

- 1) Più del 75% dei ricavi relativi ai due esercizi precedenti derivano dai redditi legati all'attività statutaria;
- 2) L'impresa compie un'attività di carattere transfrontaliero, la cui transnazionalità è desumibile da specifici parametri, che sono: che più del 60% del reddito d'impresa derivi da attività di carattere transfrontaliero; che oltre il 60% degli attivi siano collocati al di fuori dello Stato in cui l'impresa ha residenza, relativamente alle due annualità d'esercizio precedenti;
- 3) L'impresa ha esternalizzato la gestione ordinaria e il processo decisionale relativo ad operazioni significative nelle due annualità precedenti.

²⁶⁰Braccioni V. D., *Il punto su... la proposta di direttiva "Unshell" contro l'abuso dei veicoli societari nell'Unione Europea*, in "Rivista di diritto tributario", 8 dicembre 2022;

Nel caso in cui l'impresa interessata soddisfi suddetti requisiti, al fine addurre la prova contraria, sarà tenuta ad indicare all'interno della propria dichiarazione dei redditi²⁶¹ tre categorie di informazioni considerabili come indicatori idonei a contraddire la mancanza di una sostanza economica, ovvero:

- 1) L'utilizzo di locali propri ovvero ad uso esclusivo nello Stato di residenza;
- 2) La sussistenza di un conto bancario attivo all'interno dell'UE;
- 3) Altri indicatori attinenti a selezionate informazioni relative a dirigenti e dipendenti, come la residenza o la potestà decisionale a loro attribuita (unicamente per i primi).

Un primo elemento di raccordo con la disciplina CFC è rinvenibile nell'articolo 7, che fa riferimento alla nozione di "redditi pertinenti", che sono quei redditi dai quali presumibilmente è ragionevole ricavarne la classificazione come condotte artificiali; a tal proposito, il legislatore europeo si avvale di una elencazione esaustiva in grado di facilitare l'attività di ricerca ed è previsto che la disciplina venga adottata nel caso in cui più del 75% dei ricavi relativi ai due esercizi fiscali precedenti siano collocabili in una delle categorie indicate²⁶².

In seguito, l'articolo 9 del testo in questione prevede che, nel caso in cui si ritenga comunque applicabile la presunzione prevista dalla normativa, il contribuente abbia comunque la possibilità di dimostrare il contrario tramite apposite prove ulteriori, che si sostanziano in:

²⁶¹sarebbe forse più opportuno prevedere che la dimostrazione degli indici di sostanzialità sia permessa prima della presentazione della dichiarazione dei redditi, ossia in sede di richiesta di certificato di residenza fiscale (secondo Assonime). Ciò perché la dichiarazione dei redditi, come sappiamo, è prevista in riferimento all'anno precedente alla sua presentazione, determinandone la disapplicazione dei benefici convenzionali in riferimento a quel precedente periodo temporale.

²⁶²fra gli indicatori di sostanza minima viene annoverata anche la presenza della maggior parte dei dipendenti all'interno dello Stato di residenza dell'impresa ovvero la presenza di essi ad una distanza che "renda ragionevole" l'esperimento delle proprie funzioni. Potrebbe a proposito ravvisarsi un anacronismo nell'utilizzo di un indicatore di questo genere, in virtù del panorama attuale che vede la possibilità da parte degli stessi di poter svolgere le proprie funzioni, mediante modalità a distanza, tendenzialmente da qualsiasi luogo; in più, secondo l'opinione espressa da Assonime, la rinvenibilità della direzione effettiva dell'impresa in un altro stato non comporta il venir meno di una sostanza economica, bensì di eventuali doppie residenze che andranno risolte tramite procedure amichevoli (MAP); il criterio potrebbe quindi apparire infondato e portare a conseguenze non idonee.

- 1) Un documento che consenta la riconoscibilità di una *ratio* commerciale nell'esercizio dell'attività d'impresa;
- 2) Talune informazioni relative ai propri indipendenti, tra cui possono essere annoverate informazioni inerenti alla tipologia di contratto adottato ovvero al grado di esperienza degli stessi;
- 3) Prove che in concreto siano in grado di dimostrare l'assunzione delle decisioni inerenti all'attività statutaria all'interno dello Stato membro.

A tal riguardo, ancora non è stato previsto nello specifico come l'attività di controllo dell'amministrazione finanziaria sarà svolta; si auspica che vengano indicate al più presto le modalità della procedura, soprattutto ai fini della tutela del principio di certezza del diritto per i contribuenti interessati ²⁶³.

Per ottimizzare i risultati auspicati dalla Direttiva, è previsto che uno Stato membro possa avvalersi di una attività di ricerca svolta da un altro Stato membro interpellato nel caso in cui ritenga che un'impresa presente in uno Stato diverso non si sia conformato agli obblighi previsti dalla normativa stessa.

Accanto alle regole generali, l'articolo 10²⁶⁴ prevedrebbe la possibile applicabilità di un'ulteriore esimente, applicabile per un esercizio e prorogabile per i cinque esercizi successivi, in condizione di perpetuazione delle medesime condizioni, nel caso in cui l'esistenza della società stessa non abbia l'effetto di ridurre l'imponibile dei suoi titolari effettivi ovvero del gruppo di imprese di cui la stessa fa parte.

Constatata l'assenza di una sostanza economica, sorgono delle conseguenze differenti guardando allo Stato della fonte, allo Stato di residenza e allo Stato degli azionisti: per il primo, la conseguenza sarebbe quella della mancata applicazione dei vantaggi previsti dalle Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate con lo stato di residenza dell'impresa, che verranno invece applicate nei confronti dello Stato di residenza degli azionisti²⁶⁵; per il secondo, è previsto che lo Stato di residenza dell'impresa abbia

²⁶³Osservazioni sulla proposta di direttiva che stabilisce norme per prevenire l'uso improprio di entità di comodo a fini fiscali COM(2021)565 final;

²⁶⁴ l'articolo 10 rappresenta la seconda esimente prevista, per cui rileva la mancanza nell'ottenere un risparmio d'imposta;

²⁶⁵è previsto esplicitamente per azionisti che abbiano la residenza in Stati terzi, ma secondo il secondo periodo dell'articolo 11 lo stesso principio è applicabile anche ad azionisti residenti in paesi UE, in cui sono fatti salvi anche eventuali accordi contro la doppia imposizione oltre che le convenzioni in materia;

l'obbligo di non concedere un certificato di residenza fiscale, ovvero che lo possa concedere ma privando in ogni caso l'impresa di qualsiasi tipo di vantaggio derivante da convenzioni o accordi internazionali contro le doppie imposizioni.

Infine, nel terzo caso sarebbe prevista l'applicazione della tassazione per trasparenza in capo agli azionisti; le modalità sarebbero quindi le stesse riconosciute all'interno della CFC.

A tal proposito, non è stato ancora previsto un punto di raccordo fra le due discipline, le quali sono potenzialmente sovrapponibili. In prospettiva, si potrebbe pensare come l'eventuale riscontro di una sostanza economica dovuto al *substance test* della direttiva possa essere utilizzato dall'Agenzia delle Entrate ai fini dell'esenzione anche della disciplina CFC, senza che l'analisi debba essere condotta nuovamente in altra sede; dal lato opposto, la potenziale applicazione di entrambe potrebbe far sorgere un rischio di doppia imposizione in capo agli azionisti stessi, che andrà necessariamente corretto²⁶⁶.

Da ultimo, l'articolo enuncia il set di informazioni che dovrà essere fornito tramite scambio automatico²⁶⁷, tra cui: il novero di imprese che risultino soddisfare i requisiti di cui all'articolo sei, il numero delle imprese esentate dagli obblighi della norma, le sanzioni imposte conseguentemente all'applicazione dell'articolo 14 della direttiva²⁶⁸, per cui la Commissione ha rimandato la determinazione di procedure standardizzate tramite futuri atti esecutivi della stessa.

Analizzata la Direttiva, sorgono alcune perplessità.

La prima attiene all'assenza, all'interno del testo normativo, di qualsiasi tipo di riferimento ad un presupposto di carattere soggettivo, ossia alla ricerca della volontà fiscale del contribuente. Questa scelta sembra contraria all'approccio adottato dalla Commissione all'interno della Comunicazione n. 565, in cui aveva specificatamente

²⁶⁶secondo Assonime, sarebbe preferibile applicare prioritariamente la Direttiva, in virtù del fatto che quest'ultima non considera solo i redditi propri dell'impresa, ma anche propriamente dei soci, potendo questo permettere la compensazione delle perdite fra le due categorie considerate;

²⁶⁷secondo Assonime, sarebbe forse stato maggiormente utile limitare l'uso della direttiva solo a questo campo ancora in via di forte evoluzione, posticipando eventuali conseguenze impositive a strumenti successivi;

²⁶⁸il quale prevede specifiche sanzioni nel caso di mancata comunicazione delle informazioni da parte del contribuente, ossia una sanzione amministrativa il cui ammontare può essere fino al 5% del volume degli affari;

previsto di dar risalto anche a questo aspetto, che invece non sembrerebbe esser stato in alcun modo richiamato in questa proposta.

Ma la critica più importante, nuovamente, attiene al *metodo legislativo* di cui il legislatore europeo fa uso.

La *ratio* della proposta in questione, secondo gli intenti dallo stesso legislatore espressi, è da ricercare proprio nel venir meno di norme che, in astratto, possano determinare un maggior imponibile fiscale, a favore dell'uso di norme maggiormente specifiche che permettano un'analisi concreta sottoposta ad esame.

L'intento di allontanarsi dall'astrattezza tipica delle norme precedenti sembra non potersi ritenere soddisfatto: l'utilizzo di indicatori oggettivi predeterminati adoperati tanto per l'applicazione quanto per la disapplicazione della norma potrebbe potenzialmente formare un nuovo contrasto con le libertà fondamentali dell'Unione Europea.

Nella giurisprudenza da noi precedentemente analizzata e, in particolare, a partire dal caso *Leur Bloem*²⁶⁹, è stato sancito come sia assolutamente vietato nel campo dell'accertamento da parte delle amministrazioni finanziarie competenti far uso di *criteri generali predeterminati*, dovendosi l'analisi concentrare su elementi di volta in volta determinati che, caso per caso, potranno fungere da punto di partenza per l'individuazione di una condotta elusiva.

L'uso di criteri predeterminati è proprio ciò di cui si avvale il presente testo normativo. Sebbene lo spirito della direttiva fosse pienamente conforme all'approccio pian piano maturato dalle Corti europee sulla legittimità di norme fiscali antielusive, lo spirito sembra esser stato tradito nelle modalità adottate²⁷⁰: il legislatore continua a rifugiarsi in approcci semplicistici²⁷¹ individuando un elevato numero di criteri di cui le autorità possano avvalersi; criteri che però non vanno a compiere nella sostanza un'opera di semplificazione, ma anzi realizzano il risultato di incrementare la complessità di un quadro normativo che, dal punto di vista comunitario, è già fortemente confusionario.

²⁶⁹C-28/95 del 1997;

²⁷⁰questa osservazione risulta anche dai commenti sorti a seguito della proposta ad opera degli Stati Membri, che giustamente hanno sollevato la questione inerente al possibile contrasto con alcune libertà fondamentali;

²⁷¹i quali dovrebbero tendenzialmente aiutare le amministrazioni pubbliche nel lavoro di identificazione di condotte abusive;

2. *L'uso dell'intelligenza artificiale come strumento di limitazione dei fenomeni evasivi ed elusivi*

2.1. *Le caratteristiche dei sistemi automatizzati*

La presenza sempre più penetrante di strumenti di intelligenza artificiale nel mondo del diritto sta facendo pian piano ingresso anche nel mondo dell'accertamento in materia tributaria.

È sempre più forte la spinta all'uso di sistemi automatizzati in grado di identificare, secondo logiche algoritmiche, contribuenti potenzialmente idonei ad essere sottoposti a controllo ad opera dell'Amministrazione finanziaria²⁷².

L'uso di tali strumenti però, se da un lato ha la concreta capacità di semplificare l'operato della pubblica amministrazione nella selezione dei contribuenti meritevoli di una verifica, dall'altro potrebbe porre significative questioni inerenti al trattamento del cittadino, non solo inteso come contribuente²⁷³, ma anche al di fuori dell'ottica strettamente tributaria guardando allo stesso come semplice individuo, per il quale devono essere garantiti taluni diritti inerenti alla sua *privacy*.

Al momento, si riterrebbe utilizzabile nell'ambito tributario unicamente la cosiddetta *moderal artificial intelligence*, ossia quell'intelligenza artificiale che non prevede la sostituzione integrale dell'operato valutativo umano, affiancandosi soltanto a quest'ultimo come strumento di importante ausilio²⁷⁴.

L'esigenza di avvalersi di un sistema di intelligenza artificiale può ritenersi derivante anche dalla difficile gestione dell'enorme quantità di informazioni che ogni anno le amministrazioni pubbliche si trovano ad analizzare; la complessa gestione delle

²⁷²fondamentale è stato anche l'approccio adottato all'interno del PNRR;

²⁷³in riferimento alla tutela del rapporto con la pubblica amministrazione;

²⁷⁴questa si contrappone alla *strong artificial intelligence*, la quale è in grado di operare in maniera totalmente autonoma senza alcun ausilio umano;

informazioni raccolte potrebbe essere corretta tramite un'attività di selezione preventiva svolta proprio grazie a sistemi di intelligenza artificiale.

Fra i documenti rilevanti risulta utile ricordare l'atto di indirizzo del Ministero dell'Economia e delle Finanze del luglio 2020, nel quale si evidenzia, nei propositi futuri, la necessità di avvalersi maggiormente di sistemi informatizzati ai fini della lotta contro l'evasione fiscale, nonché utili per l'identificazione di quei contribuenti che presentino particolari indici di pericolosità fiscale. Suddetta maggiore informatizzazione e la creazione di banche dati dovrebbe avvenire, secondo il Ministero, anche tramite l'uso dell'intelligenza artificiale per noi oggi disponibile.

Gli auspici a livello nazionale conseguenti all'indirizzo adottato sono culminati nella circolare 21/E del giugno del 2022²⁷⁵, all'interno della quale l'amministrazione finanziaria ha esplicitato la sua intenzione di avvalersi, nella battaglia contro le frodi di natura fiscale²⁷⁶, di banche dati, le quali diverranno maggiormente utili proprio grazie all'operato dell'intelligenza artificiale.

La stagione innovativa ad oggetto ha portato all'entrata in vigore del Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze nel giugno del 2022, il quale ha portato all'introduzione in materia fiscale del cosiddetto Ve.R.A. (verifica dei rapporti finanziari), un algoritmo in grado di realizzare molti degli obiettivi prefissati in materia a livello nazionale ed europeo²⁷⁷.

Il funzionamento di tale algoritmo si baserà sull'accesso ad un novero molto ampio di banche dati contenenti un elevato numero di informazioni, tra cui dichiarazioni dei redditi, contro corrente bancario²⁷⁸ e transazioni elettroniche²⁷⁹; in questo modo, il *set* di

²⁷⁵anche precedentemente, e precisamente nel 2021, l'amministrazione si era espressa in maniera favorevole alla visione europea di adottare strumenti di questo tipo per ovviare ai rischi inerenti alla mancata *compliance* del contribuente;

²⁷⁶la Circolare ad oggetto ha inoltre specificato di voler prestare particolare attenzione alle condotte capaci di creare un maggior danno all'erario, quali l'abuso del diritto ovvero le frodi compiute da parte di grandi e grandissime imprese;

²⁷⁷Conigliaro M., *Lotta all'evasione con l'intelligenza artificiale "Ve.R.A."*, in "il fisco" pag. 3107, 5 settembre 2022;

²⁷⁸a tal proposito, è stato ampliato il novero di informazioni che gli istituti di credito saranno tenuti a trasmettere;

²⁷⁹<https://www.ilcommercialistaonline.it/algoritmo-antievasione/>;

informazioni di cui potrà avvalersi l'amministrazione sarà estremamente variegato. Tramite queste informazioni, l'amministrazione sarà in grado di *selezionare* i contribuenti che presentino particolari indici di pericolosità e che possano potenzialmente aver tenuto condotte abusive/elusive. Così verranno formate automaticamente, proprio tramite un meccanismo di intelligenza artificiale, delle *liste*, all'interno delle quali saranno indicati i contribuenti maggiormente a rischio, e che poi saranno successivamente trasmesse agli uffici periferici per le opportune attività di accertamento.

2.2.1 limiti all'uso dell'intelligenza artificiale in virtù dei diritti del contribuente

Le problematiche legate ai diritti del contribuente sono più volte state sollevate dal Garante della Privacy che, nell'analisi della legittimità di tali strumenti automatizzati, ha riconosciuto come limite quello della *non esclusività* del processo algoritmico: il principio di non esclusività prevede che non possa l'algoritmo solo costituire idonea base per effettuare eventuali accertamenti tributari, bensì debba costituire un presupposto sul quale potrà e dovrà poi basarsi "l'intervento umano", ossia un'opera di valutazione dell'amministrazione finanziaria. In tal modo, l'intervento dell'intelligenza artificiale avrà valenza esclusivamente endoprocedimentale, privo di qualunque efficacia diretta nei confronti del soggetto privato, intervento che infatti dovrà esser sottoposto al vaglio dell'AdE. Un approccio differente avrebbe l'effetto di non garantire i diritti al contribuente assicurati dallo Statuto della Legge 212 del 2000, rendendosi possibile in futuro un uso di controlli puramente automatizzati solo nel caso in cui il legislatore intervenisse tramite un'opera di semplificazione delle norme antiabuso ed antielusione presenti all'interno del nostro ordinamento²⁸⁰; obiettivo che, al momento, non sembra raggiungibile nel breve termine.

Il primo profilo problematico è rinvenibile nella necessità che ogni atto amministrativo contenga al suo interno una *motivazione*; caratteristica essenziale di ognuno di questi atti è quella di poter rendere non solo conoscibile, ma anche comprensibile, la motivazione

²⁸⁰Quattrocchi A., *Le potenzialità applicative della blockchain e dei database condivisi nell'attuazione della norma tributaria*, in "Rivista di diritto tributario", 22 novembre 2022;

sottostante al provvedimento, comprensione resa possibile dall'esplicazione dell'*iter* logico giuridico svolto dall'amministrazione interessata. In ragione di ciò sarebbe impossibile prevedere un accertamento tributario contenente come unica indicazione gli elementi adottati dal sistema algoritmico, potendosi in questo caso ravvisare una assenza di motivazione in senso sostanziale²⁸¹. Un comportamento da parte del soggetto pubblico di questo tipo avrebbe inoltre l'effetto di far gravare la mancata valutazione dello stesso sul giudice nel successivo momento processuale, al quale spetterebbe svolgere un *iter* valutativo che invece spetta all'amministrazione finanziaria in fase procedimentale.

Spingendosi oltre, persino l'integrazione di una valutazione "umana" dell'amministrazione potrebbe non salvare l'algoritmo dal vaglio di legittimità: la mancata comprensibilità di quest'ultimo da parte del contribuente provoca una potenziale lesione del suo diritto di difesa, essendo la motivazione non solo esplicazione del concetto di "buona amministrazione", ma anche simbolo intoccabile della tutela del destinatario dell'atto; in più, per comprenderne il significato, il contribuente dovrebbe necessariamente avvalersi di consulenti in materia, che provocherebbero per lui maggiori costi di quelli già da lui sostenuti per l'impugnazione del provvedimento stesso.

La pericolosità del sistema è stata individuata dal Garante della Privacy anche in merito all'*affidamento* che funzionari poco esperti potrebbero adottare: la tendenza sarebbe quella di "fidarsi" del risultato fornito dall'algoritmo in virtù della considerazione della impossibilità di errore, e di conseguenza quella di adagiarsi sui risultati resi in sede automatizzata, svilendo sostanzialmente quell'intervento umano che si presenta come necessario.

A tal proposito, il Consiglio di Stato ha recentemente emesso una sentenza²⁸² sull'impiego di strutture algoritmiche all'interno dell'operato della pubblica amministrazione. In questa sede, i giudici hanno evidenziato la necessità di trasformare la statuizione informatica (derivante appunto dall'algoritmo) in *statuizione giuridica*,

²⁸¹questa statuizione è avvalorata dal fatto che spesso i funzionari non possano essere in grado di venire a conoscenza del meccanismo insito nell'algoritmo; questa mancata conoscenza dovrebbe condurre ad osservazioni inerenti ad eventuali condotte arbitrarie del creatore dell'algoritmo stesso, che sarebbero in tal modo insindacabili;

²⁸²sentenza inerente ad un ambito non tributario ma i quali principi possono essere analizzati ai fini della presente trattazione;

trasformazione resa possibile proprio dalla valutazione effettuata *ex post* dall'organo pubblico.

Il quadro giurisprudenziale può essere completato con la recente sentenza del Consiglio di Stato n. 881 del 2020²⁸³. All'interno del presente giudizio, la Corte enuncia un principio fondamentale permeante l'attività amministrativa: nessun sistema automatizzato, anche il più preciso ed affidabile possibile, non potrà mai rappresentare *piena sostituzione* dell'attività conoscitiva e di giudizio svolta dal singolo funzionario, esplicandosi la funzione pubblica proprio in quest'ultima valutazione. In virtù di ciò, solo un uso prettamente *ausiliario* ne può giustificare l'impiego nel pieno rispetto dei principi nazionali ed europei.

Ai fini del rispetto delle tutele affermate all'interno del Regolamento n. 679 del 2016²⁸⁴, nell'utilizzo dell'algorithm sono previste particolari garanzie per il soggetto privato, fra cui può essere annoverato il diritto all'anonimato, il quale viene assicurato tramite l'uso, al posto del nome del contribuente, di uno pseudonimo a lui attribuibile, il quale realizza la segretezza delle banche dati da cui le informazioni derivano nonché impedisce che qualsiasi soggetto possa identificare il contribuente senza che ne abbia il consenso²⁸⁵; la sua identità verrà palesata solo in un momento successivo ed eventuale, ossia qualora venga selezionato come soggetto a rischio evasione da parte del sistema.

2.3. Una possibile via di mezzo: contraddittorio preventivo con il contribuente per la valorizzazione della valutazione umana

Una applicazione tendenzialmente in grado di tutelare i diritti del contribuente nonché i principi che permeano l'operato della pubblica amministrazione potrebbe ravvisarsi in un utilizzo *intermedio* dello strumento.

²⁸³che conferma la precedente statuizione sulla causa del TAR del Lazio;

²⁸⁴regolamento del Parlamento Europeo sui diritti alla privacy;

²⁸⁵ciò soprattutto a tutela di quei contribuenti che non saranno sottoposti a successivo accertamento;

Ai fini della piena legittimità dello stesso, sarebbe utile che l'algoritmo operasse sì come criterio idoneo alla creazione di liste di contribuenti ad altro rischio, ma liste che fungano esclusivamente da elemento discretivo per eventuali ulteriori *approfondimenti* dell'AF, i quali andrebbero realizzati tramite forme di contraddittorio preventivo con il singolo contribuente, continuando a conservarsi una certa utilità dello strumento algoritmico²⁸⁶, circoscrivendone però l'utilizzo a modalità compatibili con la tutela dei diritti del singolo. In questo modo, il novero di informazioni rese conoscibili al soggetto pubblico tramite l'incrocio delle informazioni derivanti dalle banche dati potrebbe essere integrato da documenti ed osservazioni fornite dal privato, che sarà in questo modo in grado di limitare eventuali accertamenti a suo carico grazie alla sua partecipazione al procedimento. D'altronde, l'utilizzo di forme di contraddittorio preventivo è elemento tipizzante delle fattispecie di elusione ed abuso fiscale²⁸⁷, contraddittorio che renderebbe pienamente legittimo un futuro accertamento nel caso di omessa collaborazione del soggetto interessato.

3. *La riforma del processo tributario: osservazioni necessarie*

Con la legge n. 130/2022 è intervenuta la riforma del diritto processuale tributario, la quale ha introdotto grandi elementi di novità rispetto al passato sotto molteplici punti di vista.

La novella consta di otto articoli e volendo individuarne i tre obiettivi principali, la riforma mirerebbe a:

- incentivare un minor aggravio sul sistema giudiziario tributario tramite il ricorso a strumenti stragiudiziali di risoluzione della controversia²⁸⁸;

²⁸⁶Dorigo S., *Opportunità e limiti nell'impiego dell'intelligenza artificiale da parte del fisco*, in "Corriere tributario" pag. 965, 1 novembre 2022;

²⁸⁷presentandosi questo tipo di condotte non come palese violazione di una norma tributaria ma come aggiramento della stessa, questa caratteristica rende essenziale un confronto con il contribuente, il quale deve trovarsi nella situazione di poter fornire valide ragioni soggettive che smentiscano l'idea del soggetto pubblico.

²⁸⁸Mediazione e conciliazione;

- rendere maggiormente efficace la risoluzione delle cause, rendendo il processo più celere;
- da ultimo, dar vita ad un sistema processuale in grado di rispecchiare l'oramai acclarata posizione paritaria tra fisco e contribuente²⁸⁹.

Grande novità è quella attinente alla riforma degli organi giudiziari: non più magistrati onorari, ma magistrati togati che entreranno a far parte delle nuove Corti di Giustizia tributarie²⁹⁰ a tempo pieno tramite concorso pubblico; a questo si aggiunge la formazione di una sezione civile presso la Corte di Cassazione, la quale si dedicherà esclusivamente alla trattazione di cause di natura tributaria.

Non rilevando in questa sede esporre nello specifico ogni caratteristica dell'intervento riformatore, ciò che potrebbe rappresentar spunto per alcune riflessioni è la nuova disciplina inerente all'onere alla prova in sede processuale.

Si rende a tal proposito necessaria una puntualizzazione: gli spunti che saranno successivamente enunciati non attengono in alcun modo a valutazioni comparatistiche di tipo tecnico; è indubbio che il filo conduttore dell'elaborato non si basi su un'analisi di tipo processuale ma meramente procedimentale. Piuttosto, la riflessione nasce da osservazioni *di principio* che permeano il rapporto in sede processuale tra contribuente e amministrazione finanziaria, apparendo in alcuni punti la disciplina riformata maggiormente conforme al concetto di parità da applicare al rapporto fisco – contribuente, rispetto a molte discipline sostanziali antielusione presenti nel nostro ordinamento fiscale, tra cui appunto la disciplina sulle *controlled foreign companies*.

3.1. La riforma dell'onere alla prova in sede processuale

²⁸⁹Formica P. Guarnaccia C., *Riforma del processo tributario: intendimenti apprezzabili, ma istruttoria processuale da migliorare*, in “il fisco” pag. 3913, 31 ottobre 2022;

²⁹⁰prima della riforma, le presenti erano chiamate “Commissioni tributarie”; il cambio di *nomen* da commissioni tributarie a corti di giustizia tributaria evidenzia la volontà di voler attribuire maggiore autorevolezza a tale organo giurisdizionale;

Il nuovo comma 5 *bis* del d.lgs. 546/1992²⁹¹, introdotto a seguito della riforma in questione, ha cristallizzato all'interno di un testo normativo il seguente principio:

*“L'amministrazione prova in giudizio le violazioni contestate con l'atto impugnato. Il giudice fonda la decisione sugli elementi di prova che emergono nel giudizio e annulla l'atto impositivo se la prova della sua fondatezza manca o è contraddittoria o se è comunque insufficiente a dimostrare, in modo circostanziato e puntuale, comunque in coerenza con la normativa tributaria sostanziale, le ragioni oggettive su cui si fondano la pretesa impositiva e l'irrogazione delle sanzioni. Spetta comunque al contribuente fornire le ragioni della richiesta di rimborso, quando non sia conseguente al pagamento di somme oggetto di accertamenti impugnati”*²⁹².

Sostanzialmente, il legislatore si è preoccupato di fissare all'interno del nuovo dettato normativo che spetta *sempre* all'amministrazione finanziaria provare in giudizio le ragioni alla base della pretesa tributaria, salvo nelle liti aventi ad oggetto una richiesta di rimborso²⁹³.

L'effettiva portata della norma ha dato vita a numerose dispute in dottrina, non essendo riconoscibile in maniera chiara e precisa l'intenzione perseguita del legislatore.

C'è chi al nuovo comma attribuisce una valenza meramente ricognitiva²⁹⁴, questo significando che la norma non fa altro che “mettere per iscritto” un principio già più volte espresso in sede giurisprudenziale negli anni passati. Secondo questa lettura, il comma 5 *bis* non sarebbe altro che la trasposizione del principio espresso in sede giudiziale in una norma processuale tributaria, non presentando nulla di nuovo rispetto all'idea a cui i giudici della materia erano già pervenuti. Una lettura conservativa come questa porterebbe a pensare che il nuovo dettato normativo non avrebbe l'effetto di modificare in alcun modo l'assetto divisorio probatorio caratterizzante il sistema tributario;

²⁹¹introdotto a seguito dell'articolo 6 della legge 130/2022;

²⁹²<https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/tributario>;

²⁹³alcuni commentatori hanno messo in risalto la potenziale pericolosità letterale della norma; il rischio si anniderebbe nella possibilità per il fisco di integrare in giudizio prove che non è stato capace di addurre in fase procedimentale;

²⁹⁴della Valle E., *La “nuova” disciplina dell'onere alla prova nel rito tributario*, in “il fisco” pag. 3807, 24 ottobre 2022;

C'è invece chi, diversamente dalla precedente corrente di pensiero, attribuisce alla norma il significato di una vera e propria “rivoluzione copernicana”²⁹⁵: in tal senso, il dettato avrebbe l’obiettivo di realizzare l’applicazione sostanziale, anche in materia tributaria, del principio del giusto processo ex articolo 111 del nostro testo costituzionale, realizzando una visione maggiormente garantista dei diritti del contribuente²⁹⁶ in una materia che, da questo punto di vista, ha da sempre presentato problematiche . Così, l’intervento del legislatore sarebbe teso a contrastare, tramite una valenza essenzialmente “*monitoria*” della norma, tendenze manifestatesi negli ultimi anni da parte della giurisprudenza tributaria, ma anche dello stesso legislatore, il quale ha fatto uso di numerose presunzioni legali relative per le quali spetta al contribuente dimostrare l’insussistenza degli elementi costitutivi della pretesa.

Addirittura, secondo alcuni, la norma avrebbe l’obiettivo di *superare* la tradizionale suddivisione fra fatti costitutivi e fatti modificativi, impeditivi ed estintivi, facendo gravare sull’AF ogni elemento posto alla base della sua pretesa.

A tale concezione sembra però opporsi la Corte di cassazione che, dopo un mese dall’entrata in vigore della riforma, con ordinanza n. 31878/2022²⁹⁷ ha chiarito come il portato riformatore della nuova norma non apporti nessun importante cambiamento alle norme già vigenti, non introducendo alcun onere maggiore in capo al soggetto pubblico, ed inoltre rispettando la presenza nel nostro ordinamento tributario di presunzioni legali relative che realizzino, per ragioni necessarie, un’inversione dell’onere alla prova²⁹⁸.

Nonostante ciò, appare maggiormente convincente quell’opinione espressa dalla dottrina che da importanza ad una valenza innovativa della norma rispetto al passato, non ravvisandosi altrimenti una giustificazione, a nostro avviso, di un intervento riformatore.

²⁹⁵Glendi C., “*L’istruttoria del processo tributario riformato. Una rivoluzione copernicana!*”, in “Diritto e pratica tributaria” pag. 2192, 1 novembre 2022;

²⁹⁶in quest’ottica, la riforma priverebbe il giudice di potersi in alcun modo avvalere della norma ex articolo 2497 del Codice civile, la quale viene del tutto sostituita dal nuovo portato normativo; la struttura del 2497 c.c., infatti, non appare consona alla struttura di un atto di accertamento tributario, il quale produce nell’immediato un effetto giuridico nei confronti del contribuente;

²⁹⁷il medesimo principio è stato espresso anche in un’altra ordinanza della Cassazione, ossia l’ordinanza 31880 del 2022;

²⁹⁸la tesi sarebbe avallata anche dall’inciso della norma “*in coerenza con la norma tributaria sostanziale*”; tale enunciato farebbe salve le presunzioni presenti all’interno del nostro ordinamento;

3.2. *L'influenza del nuovo onere della prova in sede processuale sulla motivazione del provvedimento*

Abbiamo già chiarito come la novella intervenga esclusivamente sulla fase processuale del rapporto tributario, non intervenendo in alcun modo sul rapporto tributario antecedente al processo stesso.

Nonostante ciò, è inevitabile ravvisare una potenziale influenza della nuova norma anche sui contenuti dell'atto di accertamento, tenendo conto anche delle regole sottese alla valutazione compiuta dal giudice secondo il comma 5 *bis*²⁹⁹.

Tale influenza farebbe pensare alla inevitabile connessione esistente tra procedimento e processo tributario: in virtù del fatto che, per le caratteristiche tipiche del processo tributario stesso, le prove in giudizio sono generalmente prove *precostituite* proprio in sede procedimentale, è impossibile analizzare i due momenti che caratterizzano il rapporto fisco-contribuente in maniera totalmente separata. Di conseguenza, è presumibile si realizzi una “*osmosi di fatto*”³⁰⁰ fra le due fasi: un processo tributario giusto non può prescindere da un *procedimento* giusto.

3.3. *Il contribuente e il processo tributario: una ulteriore sede di riflessione*

A conclusione della breve trattazione inerente ai dubbi interpretativi che la norma in questione ha suscitato, risulta maggiormente comprensibile la riflessione *di principio* di cui si è in precedenza accennato.

²⁹⁹a riguardo, occorre ricordare come il giudice non abbia alcun potere di ricerca del materiale probatorio; a lui, infatti, attiene unicamente la valutazione delle prove addotte dalle parti in giudizio, potendone giudicare l'infondatezza ovvero l'insufficienza, ma non potendo in alcun modo sostituirsi all'attività probatoria che deve essere svolta dalle parti;

³⁰⁰Caumont C. Pardini N., *Nuova disciplina dell'onere alla prova: la riscoperta del passato per un futuro più giusto*, in “Corriere tributario” pag. 66, 1 gennaio 2023;

È chiaro come processo e procedimento siano fasi diverse, disciplinate dal legislatore in sedi distinte. Ciò nonostante, è indubbio, soprattutto in un mondo come quello del diritto tributario, la stretta *connessione* che intercorre fra le due: le prove addotte nel processo non sono altro che le prove che l'amministrazione finanziaria è tenuta a fornire in sede procedimentale. Tale constatazione ci permette di ragionare sull'*animus* del legislatore che, seppur si evince da una riforma meramente processuale, offre importanti spunti su alcuni principi che permeano le norme tributarie sostanziali.

Abbiamo visto come numerosi studiosi, come anche la Cassazione stessa, si siano fermamente opposti al voler attribuire una vera e propria portata innovativa alla novella del 2022; questo però non determina in alcun modo la possibilità di ignorare totalmente l'intervento riformatore.

È chiaro che un passo in avanti è stato fatto, e piano piano sembrerebbe volersi raggiungere quell'obiettivo tanto auspicato da tempo di cristallizzare in formule legislative e non meramente giurisprudenziali maggiori diritti per il contribuente; e questo deve esser sostenuto pur volendo riconoscere la sopravvivenza, come è lecito ritenere, secondo il dettato normativo, di tutte le presunzioni legali presenti nel diritto tributario sostanziale, basando detta tesi sull'enunciato "*comunque in coerenza con la norma tributaria sostanziale*" del comma esaminato.

A questo punto, è possibile ravvisare una *asimmetria* fra l'approccio del legislatore nel mondo sostanziale e l'approccio dello stesso nel mondo processuale. Nel secondo caso, la tutela del contribuente entra sempre più a far parte delle esigenze primarie dell'ordinamento; la protezione contro gli abusi della pubblica amministrazione, i quali emergono soprattutto in fattispecie abusive ed elusive, è avvertita come di rango fondamentale.

Lo stesso approccio non sembra potersi rinvenire guardando alla sopravvivenza di alcuni regimi fiscali sostanziali: il gran novero di ricorsi a fattispecie presuntive e l'eccessiva discrezionalità dell'AF continuano a permeare il nostro sistema, condotte che vengono tollerate grazie alla mancanza di interventi riformatori e all'avvallo della giurisprudenza italiana, nonostante siano chiari i plurimi dubbi di legittimità soprattutto con i più volte enunciati principi di matrice europea.

In più, è inevitabile che l'uso di presunzioni da parte del fisco vada ad incidere anche in sede processuale, producendone importanti effetti che non possono essere ignorati.

A questo punto è possibile chiederci: come può il punto di vista del legislatore sostanziale divergere da quello espresso dal legislatore processuale, soprattutto in un processo come quello tributario in cui lo scenario ante – giudizio è fondamentale? Può esservi realmente un giusto processo senza che vi sia un giusto procedimento?

Le opposizioni manifestate nel riconoscere il valore rivoluzionario della riforma evidenziano nuovamente uno spirito *tradizionalista*, quello stesso spirito tradizionalista che caratterizza l'operato del legislatore sostanziale nel non esser ancora disposto a rinunciare al concetto di supremazia del fisco rispetto al cittadino, che caratterizza dottrina e giurisprudenza italiana le quali, forse per la prima volta, si trovano a convergere in una comunanza di pensiero.

Fino a quando sopravvivranno pensieri anacronistici ed obsoleti, il raggiungimento di una vera tutela del contribuente sarà lontano.

CONCLUSIONI

L'*iter* della nostra analisi ha tentato di fornire delle risposte su importanti quanto complessi interrogativi che permeano il complicato rapporto intercorrente tra amministrazione e contribuente nella disciplina CFC.

In precedenza, ci siamo chiesti *quanto* la posizione lesa del cittadino potesse esser giustificata in virtù del fondamentale interesse alla riscossione fiscale.

La questione è stata valutata conducendo un esame di costante giurisprudenza nazionale che, quasi come una nuova "*saga Taricco*", sembra non voler recepire i più volte ribaditi principi in materia che risultano fissati dalla Corte di Giustizia.

All'esito della trattazione, il panorama delineabile non è di buon auspicio.

La ripetuta resistenza tanto dell'organo legislativo quanto dell'organo giudiziario italiano nell'aderire ad un'ottica che sia maggiormente propensa alla tutela del contribuente allontanano il nostro paese dal raggiungimento di un adeguato bilanciamento di interessi. Palese è il contrasto ravvisabile tra lo spirito espresso dalla Direttiva ATAD e il decreto di recepimento 142/2018: difatti, emerge nel testo europeo un'ottica fortemente collaborativa fra i soggetti coinvolti nell'accertamento, che va a scontrarsi col persistente uso di presunzioni legali relative a livello nazionale, assumendo quest'ultime un ruolo predominante nella gestione e nella prevenzione di fenomeni elusivi nel mondo fiscale; uso d'altronde poco conforme all'idea ormai consolidata di limitarne il più possibile l'applicazione.

Presunzioni che, inoltre, nella sostanza vanno a divenire assolute, in virtù della *probatio diabolica* gravante sul contribuente.

Il legislatore ha tentato di nascondere il suo spirito conservatore dietro l'uso di strumenti apparentemente collaborativi, quale l'interpello probatorio ex comma 5 che, seppur in grado di dar voce in un primo momento alla verità del contribuente e di mostrare un accenno di innovazione, perde una effettiva valenza nel momento in cui nega allo stesso l'impugnabilità dell'eventuale risposta negativa. E questo è apparso addirittura uno sforzo per il fautore delle leggi, che non ha concesso il medesimo lusso in occasione di discipline similari quale quella relativa all'esterovestizione.

D'altra parte, le Corti italiane hanno mostrato e continuano a mostrare forte resistenza nel delimitare entro limiti ragionevoli l'applicazione della disciplina CFC, ampliando il novero di casistiche in cui è ravvisabile l'assenza di un'attività economica effettiva, così dimostrando un atteggiamento di continua ricerca di valide ragioni che possano giustificare un più esteso ambito applicativo.

Giurisprudenza fra l'altro ondivaga e ricca di contraddizioni, avendo la posizione dei giudici di ultima istanza oscillato tra approcci maggiormente garantisti e approcci più attenti alle esigenze erariali a discapito delle esigenze del singolo.

L'inadeguato quadro legislativo e l'incoerente quadro giurisprudenziale non possono rappresentare idonea base per un cambiamento.

Un piccolo accenno di novità può essere scorto nella recente Circolare 29/E del 2022, la quale ha introdotto nuove potenziali cause disapplicative parallele alla causa relativa alla sussistenza di una reale attività economica; ma questo non sembra bastare.

Invariato, infatti, è rimasto il rapporto tra fisco e contribuente.

Il primo sembra ancora poter beneficiare del principio della indubbia legittimità degli atti impositivi che, seppur ormai da anni espunto *ex lege* dal sistema normativo fiscale, sembra essere nella sostanza sopravvissuto, soprattutto nei casi in cui l'AF fa uso di presunzioni legali.

All'organo pubblico non sembra richiesto alcun particolare sforzo, se non addurre quei pochi elementi che risultino per essa idonei a supportare la propria tesi.

Tesi spesso basata su meri elementi indiziari e risultante da *analisi del tutto sommarie*, che si discostano dal fondamentale aspetto del *case by case approach* più volte ribadito in sede europea, presentandosi suddetto metodo come il solo idoneo a circoscrivere l'applicazione di fattispecie così gravose unicamente a condotte realmente "punibili".

Ad aggravarne la posizione vi è il mancato sfruttamento di strumenti transazionali quali lo scambio di informazioni, potenzialmente in grado di chiarire, tramite un adeguato confronto tra autorità pubbliche interessate, le reali intenzioni del contribuente.

Ma che manchi, e non solo nel nostro paese, uno spirito collaborativo, non è una novità, rappresentando tale mancanza una delle ragioni per cui strumenti internazionali realmente efficaci non riescano ad essere adottati.

Dall'altra parte, sembra che il novero di informazioni offerte dal contribuente non appaia mai sufficiente; e, seppur sufficiente, pienamente *sindacabile* dall'amministrazione

finanziaria, che continua a beneficiare di una ingiusta ed eccessiva discrezionalità in una disciplina che dovrebbe essere ancorata a parametri oggettivi ed in concreto verificabili. La critica non sta quindi nel merito, ma nell'approccio: è infatti riconosciuto come pienamente legittimo un intervento pubblico teso ad identificare e combattere frodi fiscali tramite norme antielusive che siano in grado di facilitare la ricerca condotta dal soggetto pubblico; ma l'errore è insito nelle modalità, poco adatte ad una fattispecie che necessita di un'analisi fattuale e concreta, le cui conseguenze siano subordinate ad una piena ed esaustiva attività di accertamento, la quale non si poggia esclusivamente sulle spalle del contribuente.

È palese l'illegittimità della norma alla luce del principio di proporzionalità, in virtù del quale la Corte di Lussemburgo ha più volte ribadito che, in nessun caso, è possibile addossare interamente l'onere della prova sul contribuente, dovendo la pretesa tributaria essere giustificata da idonei elementi probatori adottati dalla pubblica amministrazione.

La speranza in un'adozione di pratiche più giuste sembra cadere anche dinanzi all'inadeguatezza della Direttiva *Shell Companies* la quale, con l'obiettivo di ottenere maggiore precisione tramite un metodo prevalentemente casistico, non ha fatto altro che dar vita ad una normativa fortemente complessa che, invece che rafforzare l'idea di un approccio delle amministrazioni finanziarie conforme alla fattispecie concreta, ha ottenuto una maggiore *astrattezza*; disciplina che inoltre, come precedentemente messo in luce, è in grado di creare potenziali sovrapposizioni normative con la CFC, complicando il panorama complessivo.

Altro pensiero sembra esprimere il legislatore processuale che, nella riforma della legge 130 del 2022, ha dato spazio ad una concezione maggiormente garantista, col paradosso che in sede processuale sarà prospettabile una tutela per il contribuente maggiore rispetto a quella ricevuta in sede procedimentale; paradosso che risulta ancor più insensato tenendo conto dello stretto legame intercorrente, soprattutto in un mondo come quello del diritto tributario, fra le due fasi, l'una preliminare all'altra, basate tendenzialmente sul medesimo novero probatorio.

La conclusione non offre grandi aspettative; l'inadeguatezza degli strumenti, anche di recente adottati, impedisce una prospettabile ed effettiva maggior tutela dei diritti del contribuente. Ma più che nell'inefficacia di questi ultimi, il freno per una reale svolta è ravvisabile nella *concezione*, ancora troppo tradizionale, che caratterizza il rapporto fisco

– contribuente, un rapporto in cui le ragioni del secondo vengono sacrificate senza che debba necessariamente esservi adeguata ed esplicita motivazione.

Fino a quando tale concezione rimarrà ancorata ad anacronistiche idee obsolete e fino a quando il *favor* per l'organo pubblico non cadrà, importanti cambiamenti appariranno lontani, ed il principio di parità delle parti potrà assumere unicamente un significato formale, ma mai nella sostanza attuato.

Tirando le somme, l'*excursus* logico seguito fino a questo punto è stato condotto con l'obiettivo di dimostrare la potenziale sussistenza di profili di illegittimità della norma contenuta nell'articolo 167 del TUIR, norma che va valutata alla luce dei principi espressi nei Trattati europei e nelle Sentenze della Corte di Strasburgo e per cui, pur se ad oggi salva da qualsivoglia giudizio, la sorte in futuro prospettabile potrebbe essere molto simile a quella illustrata per la normativa CFC spagnola.

Accanto a questo, si è voluto mettere in risalto come la *CFC rule* sia *specchio* del complesso rapporto fra Stato e contribuente, potendo rappresentare importante spunto per una riflessione di più ampio respiro; riflessione finalizzata a dimostrare la sopravvivenza di un'idea, che dovrebbe ormai essere considerata antiquata, in cui la discrezionalità dell'ente pubblico è fin troppo ampia, ed in cui l'eccessivo carico probatorio sul singolo non può in alcun modo essere giustificato, in virtù dei molteplici strumenti di cui l'AF ha la possibilità di avvalersi.

BIBLIOGRAFIA

Antonini M. D'Alessandro F., *Gli incerti confini tra evasione e abuso: profili fiscali e penali*, in "Corriere tributario" pag. 68,1 gennaio 2022.

A. Poddighe, *Giusto processo e processo tributario*, Giuffrè, Milano, 2010.

Are C., *L'onere della prova nel processo tributario: per la Cassazione nihil sub sole novi*, in "il fisco" pag. 4573, 12 dicembre 2022.

Ascoli G. Brocchi S., *Novità e conferme sulla disapplicazione e sui profili procedurali del regime CFC*, in "il fisco" pag. 955, 7 marzo 2022.

Avolio D., *il recepimento della direttiva ATAD e le nuove disposizioni in materia CFC*, in "il fisco" p. 253, 21 gennaio 2019.

Avolio D., *sulla residenza della società incerta la posizione della Cassazione per i rapporti con l'abuso del diritto*, in "il fisco" pag. 1949, 16 maggio 2022.

Bargagli M., *elementi sintomatici della stabile organizzazione occulta*, in "Fiscalità & commercio internazionale" pag. 28, 1 aprile 2019.

Bargagli M. Salvini O., *Il labile confine tra il lecito risparmio d'imposta e la pianificazione fiscale aggressiva*, in "Fiscalità & commercio internazionale" pag. 21, 1 giugno 2021.

Bargagli M., Cesarano C., *La Corte di Cassazione amplia la nozione di estero-vestizione*, in "Fiscalità & commercio internazionale" pag. 5, 1 aprile 2022.

Beghin M., *La sentenza Cadbury Schweppes e il "malleabile" principio della libertà di stabilimento*, in "Rassegna tributaria" pag. 983, 1 giugno 2007.

Benetti L., *Riflessioni a seguito della sentenza Cadbury Schweppes*, 123dok, 2018, <https://123dok.org/article/riflessioni-a-seguito-della-sentenza-cadbury-schweppes.ozl31orz>.

Benigni C., *Direttiva Anti-elusione: le novità*, in “Pratica fiscale e professionale” p.31, Milano, 26 settembre 2016.

Braccioni V. D., *Il punto su... la proposta di direttiva “Unshell” contro l’abuso dei veicoli societari nell’Unione Europea*, in “Rivista di diritto tributario”, 8 dicembre 2022.

Buscema I., *La riforma della giustizia e del processo tributario*, in “Azienditalia” pag. 1737, 1 novembre 2022.

Capolupo S., *controllata estera: attività effettiva e libertà di stabilimento*, in “il fisco” p. 758, 21 febbraio 2022.

Caumont C. Pardini N., *Nuova disciplina dell’onere alla prova: la riscoperta del passato per un futuro più giusto*, in “Corriere tributario” pag. 66, 1 gennaio 2023.

Ceriani V. Ricotti G., *“riflessioni sul coordinamento internazionale della fiscalità d’impresa”*, in “Rassegna Tributaria” p. 30, 1 gennaio 2019.

Cerioni L. Roccatagliata F., *Quando un’attività preparatoria o accessoria configura una stabile organizzazione- Effetto BEPS ante litteram: sulle attività “preparatorie” da una S.O. personale il giudizio della Cassazione è... lapidario!* in “Rivista di Giurisprudenza Tributaria” pag. 525, 1 giugno 2021.

C. Giust., 5 luglio 2012, causa C- 318/2010, *Siat*, InfoCuria giurisprudenza, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=124747&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=301069>

Circolare 51/E Agenzia delle Entrate, *Disciplina relativa alle controlled foreign companies (CFC) – Dividendi provenienti e costi sostenuti con Stati o territori a fiscalità privilegiata – Chiarimenti*, Roma, 6 ottobre 2010.

Circolare 32/E Agenzia Delle Entrate, *Rimborsi delle ritenute applicate sui dividendi corrisposti alle società e agli enti residenti nell'Unione Europea e nei paesi aderenti all'Accordo sullo spazio economico europeo*, Roma, 8 luglio 2011.

Circolare 18/E 27 Agenzia delle Entrate, *Circolare ATAD n. 1 – Chiarimenti in tema di società controllate estere (CFC) – articolo 167 del TUIR, come modificato dall'articolo quattro del decreto legislativo 29 novembre 2018, n. 142*, Roma, 27 dicembre 2021.

Code general des impots, articolo 209 B, *Légifrance*, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000029355796/.

Comunicazione della Commissione delle Comunità europee al Consiglio, al Parlamento Europeo e al Comitato economico e sociale europeo N. 785/2007, *L'applicazione di misure antiabuso nel settore dell'imposizione diretta – all'interno dell'UE e nei confronti dei paesi terzi*, Bruxelles, 10 dicembre 2007.

Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio n. 251, *Tassazione delle imprese per il XXI secolo*, Bruxelles, 18 maggio 2021.

Conigliaro M., *Lotta all'evasione con l'intelligenza artificiale "Ve.R.A."*, in "il fisco" pag. 3107, 5 settembre 2022.

Conte D., *Interpello tributario e diritto ad una buona amministrazione: riflessioni per un bilancio*, in "Diritto e pratica tributaria" pag. 2024, 1 novembre 2022.

Cordeiro Guerra R. Bonazza C., *esterovestizione di una holding: occorre dimostrare il vantaggio fiscale*, in "Corriere tributario" pag. 468, 1 maggio 2022.

Cotugno Vernieri M., *A cosa serve e come funziona VE.RA l'algoritmo antievasione*, il commercialistaonline.it, 30 gennaio 2023,
<https://www.ilcommercialistaonline.it/algoritmo-antievasione/>.

Crosti A. Vignoli S., *percezione e maturazione dei dividendi black con diversi criteri normativi: uno sguardo alla Francia*, in “Fiscalità e commercio internazionale” p.14, 1 marzo 2021.

Damiani M., *Presunzioni legali relative e onere alla prova: uso e abuso*, in “Corriere tributario” pag. 581, 1 giugno 2020.

Decreto legislativo 31 dicembre 1992 n. 546, *Disposizioni sul processo tributario in attuazione della delega al Governo contenuta nell'articolo 30 della legge 30 dicembre 1991, n. 413, Gazzetta Ufficiale*,
<https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/tributario>.

Della Carità A., Bonfanti L., *Paradossi e insana (in)coerenza nella CFC delineata dallo schema di Decreto di recepimento dell'ATAD*, in “Fiscalità & Commercio internazionale” pag. 27, 1 dicembre 2018.

Della Carità A., *l'esterovestizione societaria quale fenomeno abusivo della libertà di stabilimento: alcune riflessioni (critiche) alla luce della giurisprudenza nazionale*, in “Fiscalità e commercio internazionale” pag. 5, 1 marzo 2021.

della Valle E., *La “nuova” disciplina dell'onere alla prova nel rito tributario*, in “il fisco” pag. 3807, 24 ottobre 2022.

Denuncia n. 12 AIDC, *Illegittimità comunitaria del regime fiscale sulle Controlled Foreign Companies (CFC rules) applicato a società ed enti con sede in altro Stato comunitario come previsto dall'art. 167, comma 8-bis e 8-ter, del D.P.R. 917/1986*, Milano, 12 marzo 2016.

Direttiva UE 2021/2101 del Parlamento europeo e del Consiglio, *che modifica la direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la comunicazione delle informazioni sull'imposta sul reddito da parte di talune imprese e succursali*, 24 novembre 2021.

Di Piero G., *La libertà di stabilimento nell'Unione Europea*, Exportiamo.it, 16 gennaio 2019, <https://www.exportiamo.it/aree-tematiche/14137/la-liberta-di-stabilimento-nell-unione-europea/>.

Di Tanna M. L., Greco D., *verifica della residenza fiscale delle "società esterovestite" in assenza di finalità elusive*, in "il fisco" pag. 3373, 19 settembre 2022.

Dorigo S., *Opportunità e limiti nell'impiego dell'intelligenza artificiale da parte del fisco*, in "Corriere tributario" pag. 965, 1 novembre 2022.

Dragonetti A., Piacentini V. Sfondrini A., *Manuale di fiscalità internazionale*, Ipsoa, giugno 2022.

Fazio A., *Sulle condizioni di applicabilità della disciplina CFC nel caso di controllate residenti in paesi terzi: il peculiare caso X GmbH*, in "Diritto e pratica tributaria internazionale" pag. 242, 1 gennaio 2021.

Formica P. Guarnaccia C., *Riforma del processo tributario: intendimenti apprezzabili, ma istruttoria processuale da migliorare*, in "il fisco" pag. 3913, 31 ottobre 2022.

Franzoni P., Vinal Menendez Ponte D., *contraria al diritto UE la normativa spagnola sulla dichiarazione dei redditi e attività estere- Obbligo di dichiarazione dei redditi e delle attività all'estero nell'ordinamento spagnolo: sanzioni eccessive e ricadute sull'Italia*, in "Rivista di giurisprudenza tributaria" pag. 657, 1 agosto 2022.

Gelmini F., *Esterovestizione e Controlled Foreign Companies*, Confindustria, 29 ottobre 2019,
file:///Users/chiaravernole/Downloads/Confindustria_Udine_Gelmini_esterovestizione_def.pdf.

Glendi C., *La novissima stagione della giustizia tributaria riformata*, in “Rivista di Giurisprudenza Tributaria” pag. 757, 1 ottobre 2022.

Glendi C., “*L’istruttoria del processo tributario riformato. Una rivoluzione copernicana!*”, in “Diritto e pratica tributaria” pag. 2192, 1 novembre 2022.

Integrazione denuncia n. 12 AIDC, *Illegittimità comunitaria del regime fiscale sulle controlled foreign companies (CFC rules) come previsto dall’art. 167 D.P.R. n. 917/1987*, Milano, 26 settembre 2018.

Marin F.F., *trasparenza fiscale internazionale (IFT): il regime fiscale spagnolo delle controlled foreign companies*, in “Studi tributari europei”, gennaio 2013.

Migliorini F., *Effetti dell’interpello probatorio sulla disciplina CFC*, *fiscomania.com*, 29 novembre 2021, <https://fiscomania.com/interpello-probatorio-disciplina-cfc/>.

Migliorini F., *Esterovestizione societaria: le tecniche di accertamento*, *fiscomania.com*, 1 agosto 2022, <https://fiscomania.com/esterovestizione-societaria-accertamento/>.

Nicolosi F., *brevi riflessioni su talune problematiche dell’esimente nella nuova disciplina CFC*, in “Rivista di diritto tributario”, 18 febbraio 2022.

Ocse /G20 – Il Progetto BEPS (Base erosion and profit shifting), Tayros consulting, 5 aprile 2021, <https://tayros.bg/index.php/2021/04/05/ocse-g20-il-progetto-beps-base-erosion-and-profit-shifting/>.

OCSE, International Tax Avoidance and Evasion, 1987, pag. 66.

Orlandi A., Iervolino R., Trino S., *Il rinnovamento delle norme fiscali internazionali: Pillar One e Pillar Two*, Il nuovo diritto delle società, novembre 2021, https://www.nuovodirittodellesocieta.it/Article/Archive/index_html?ida=847&idn=151&idi=-1&idu=-1.

Osservazioni Assonime, *Osservazioni sulla proposta di direttiva che stabilisce norme per prevenire l'uso improprio di entità di comodo ai fini fiscali – COM (2021) 565 final*, giugno 2022.

Papotti R. A. Molinari F., *la disciplina CFC alla prova della direttiva anti-elusione dell'Unione Europea*, in “Corriere tributario” p. 2609, 12 settembre 2016.

Quattrocchi A., *Le potenzialità applicative della blockchain e dei database condivisi nell'attuazione della norma tributaria*, in “Rivista di diritto tributario”, 22 novembre 2022.

Relazione G.M. Cipolla, *Prova nel diritto tributario*, in Digesto, 4 Aprile 2014.

Rizzardi R., *La disciplina CFC: un punto fermo dopo la direttiva ATAD?*, in “Corriere tributario” p. 283, 1 marzo 2019.

Roccatagliata F., *senza un'attività “effettiva” la controllata estera non gode della libertà di stabilimento- L'esterovestizione e le sue cinquanta sfumature d'abuso*, in “Rivista di Giurisprudenza tributaria” pag. 851, 1 novembre 2021.

Rolle G., *La proposta di direttiva sulle Shell companies: prime osservazioni*, in “Fiscalità & commercio internazionale” pag. 10, 1 giugno 2022.

Salvini L., *Diritto tributario delle attività economiche*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2019.

Savonara S., *Inversione dell'onere alla prova. Il caso Eqiom SAS, AIDC.pro*, 11 dicembre 2017, https://www.aidc.pro/allegati/aidc_inversione-dell-onere-della-prova-il-caso-eqiom-sas-di-alessandro-savorana_1513255898.pdf.

Tempestini A., *Calcolo del livello di tassazione effettiva per l'applicazione del regime CFC*, in "il fisco" p. 547, 7 febbraio 2022.

Tomassini A. Tinelli A.S., *Il caso "Dolce e Gabbana" e la nuova frontiera dell'esterovestizione-il commento*, in "Corriere tributario" pag. 450, 1 maggio 2019.

Tomassini A., Dulcetti A., *i nuovi pilastri della fiscalità internazionale e l'abbandono della digital tax*, in "Corriere tributario" p. 61, 1 gennaio 2022.

Tomassini A., De Rosa M., *le incertezze frenano il raggiungimento degli obiettivi del Pillar 2 OCSE*, in "Corriere tributario" p. 873, 1 ottobre 2022.

Traversa E., *la protezione dei diritti del contribuente nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in "Diritto e pratica tributaria internazionale" pag. 1365, 1 ottobre 2016.

Valente P., *Misure UE di contrasto all'elusione: prospettive future e impatto per il regime tributario italiano*, in "il fisco" p. 1151, 21 marzo 2016.

Valente P., *Il place of effective management costituisce l'unico criterio dirimente i casi di dual residence?*, in "Fiscalità & commercio internazionale" pag. 57, 1 gennaio 2021.

