



Università
Ca' Foscari
Venezia

Corso di Laurea magistrale (*ordinamento ex
D.M. 270/2004*)
in Amministrazione, finanza e controllo

Tesi di Laurea

La pianificazione fiscale
internazionale: l'elusione
fiscale e l'utilizzo di *holding*
quale strumento di gestione del
patrimonio

Relatore

Ch. Prof. Maurizio Interdonato

Laureando

Federica Michieletto

Matricola 816814

Anno Accademico

2012 / 2013

Introduzione.....	5
-------------------	---

Capitolo I – La pianificazione fiscale internazionale

1.1 - Concetto e nozione generale	9
1.2 - Sviluppo di una strategia di pianificazione fiscale.....	12
1.3 - Competizione fiscale tra Stati: profili comunitari e internazionali.....	15
1.4 – <i>Good governance</i> fiscale e <i>tax planning</i> aggressivo.....	18
1.5 - Confine tra elusione e legittimo risparmio d'imposta	23
1.5.1 - <i>Premessa</i>	23
1.5.2 - <i>Inquadramento giuridico dell'elusione</i>	28
1.5.3 - <i>Le norme a contenuto antielusivo</i>	30
1.5.4 - <i>L'elusione secondo l'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973</i>	33
1.5.5 - <i>Le operazioni potenzialmente elusive e le loro ragioni economiche</i>	37
1.5.6 - <i>Aspetti procedurali</i>	39

Capitolo II – *Tax planning* e norme di contrasto all'elusione fiscale internazionale

2.1 - <i>Premessa</i>	41
2.2 - <i>Il transfer pricing</i>	42
2.2.1 – <i>Uno sguardo generale</i>	42
2.2.2 - <i>Art.110 del TUIR: ambito soggettivo</i>	44
2.2.3 - <i>Art.110 del TUIR: ambito oggettivo</i>	47

2.3 - Paradisi fiscali e indeducibilità dei costi <i>black list</i>	51
2.3.1 - <i>Black e White list</i>	51
2.3.2 - <i>Normativa per l'indeducibilità dei costi</i>	53
2.3.3 - <i>Prima e seconda esimente</i>	55
2.3.4 - <i>Obbligo di separata indicazione e regime sanzionatorio</i>	59
2.4 - <i>CFC legislation</i>	62
2.4.1 - <i>Panoramica sull'evoluzione della normativa CFC</i>	62
2.4.2 - <i>L'imputazione obbligatoria dei redditi esteri: soggetti e controllo.</i> 66	
2.4.3 - <i>Determinazione e imputazione del reddito al soggetto partecipante</i>	70
2.4.4 - <i>Estensione della disciplina CFC a società white list</i>	73
2.5 - <i>Esterovestizione</i>	74
2.5.1 - <i>La presunzione di residenza delle holding estere nel contesto dell'art. 73 del TUIR</i>	74
2.5.2 - <i>La norma sull'esterovestizione</i>	77
2.5.3 - <i>Esterovestizione e principi comunitari</i>	78
2.5.4 - <i>Linee guida dell'Agenzia sulla documentazione per la prova contraria</i>	80

Capitolo III - Le *holding* quale strumento di pianificazione fiscale internazionale

3.1 - <i>Le holding companies</i>	83
3.1.1 - <i>Concetto e caratteristiche</i>	85
3.1.2 - <i>Le diverse tipologie di holding</i>	86
3.1.3 - <i>Le strategie di pianificazione fiscale perseguibili attraverso le holding companies</i>	88

3.1.4 - <i>I vantaggi a livello fiscale e di business</i>	90
3.1.5 - <i>Limiti e rischi</i>	91
3.2 - <i> Holding e trattamento fiscale dei flussi di reddito infragruppo</i>	92
3.2.1 - <i>Residenza fiscale delle holding</i>	92
3.2.2 - <i>Tassazione dei dividendi</i>	94
3.2.3 - <i>Tassazione delle plusvalenze e participation exemption</i>	97
3.2.4 - <i> Holding: (a)simmetria tra utili da partecipazione e plusvalenze da cessione</i>	102
3.2.5 - <i>Tassazione per trasparenza</i>	109
3.2.6 - <i>Cenni sul consolidato</i>	111
Conclusioni	115
Bibliografia.....	117

Introduzione

Localizzazione degli investimenti e pressione fiscale sono due espressioni che difficilmente appaiono disgiunte. Lo stesso si potrebbe dire per ottimizzazione della redditività e della gestione e riduzione del carico fiscale. Il filo conduttore di tutti questi concetti può essere individuato nella cosiddetta pianificazione fiscale internazionale, da intendersi quale ricerca ed applicazione delle normative fiscali messe a disposizione dagli ordinamenti dei vari Paesi nell'ottica di minimizzare l'incidenza della componente tributaria connessa all'esercizio di un'attività d'impresa.

Il presente elaborato si focalizza proprio sull'analisi di questo strumento, tentando di dimostrare come l'attività di pianificazione non debba confondersi con la predisposizione di ardite architetture aziendali o scatole societarie volte ad un abbattimento illecito del carico fiscale, quanto piuttosto debba prevedere un'approfondita conoscenza della complessità e rigidità delle norme tributarie in vista di un loro utilizzo opportuno e il più conveniente possibile. Una buona pianificazione è un mezzo, al giorno d'oggi sempre più rilevante, basato sulla creazione di rapporti e circostanze giuridiche che, tramite il legittimo sfruttamento delle opportunità offerte da ciascun Paese, permette alle imprese di mettere in atto operazioni concrete e coerenti, che non mirino esclusivamente all'ottenimento di un risparmio fiscale, ma siano supportate da una giustificazione economica generale.

Nel primo capitolo, muovendo da un contesto caratterizzato dalla sempre maggior tendenza delle imprese ad ampliare i loro orizzonti al di là dei confini nazionali e ad utilizzare la leva fiscale quale elemento di competitività nel tentativo di attrarre capitali ed investimenti esteri, si evidenzia come l'interdipendenza tra le normative dei vari Paesi si qualifichi come un tema di crescente interesse e come questo vada considerato, avendo presente quello che è il confine tra condotte lecite e comportamenti che fuoriescono invece dall'ambito della legalità. Si è

tentato quindi di tracciare una linea di demarcazione tra l'attività di lecita pianificazione fiscale e legittimo risparmio d'imposta e l'elusione tributaria, evidenziando altresì gli interventi internazionali e comunitari volti al contenimento dei fenomeni di *tax planning* "aggressivo". Al tal fine si è provveduto ad un inquadramento giuridico del fenomeno elusivo, nonché degli strumenti predisposti in ambito nazionale al fine di contrastarlo.

Tematica quest'ultima a cui si è voluto dare poi, nel capitolo successivo, più ampio respiro andando ad analizzare norme, discipline e trattati nell'ambito delle misure di contrasto alle attività elusive di stampo internazionale. In particolare, sono stati presi in considerazione: l'istituto dei prezzi di trasferimento (art. 110, comma 7); l'indeducibilità dei costi sostenuti dall'impresa per l'acquisto di beni o servizi da altre ubicate in paradisi fiscali, i cosiddetti costi *black list* (art. 110, comma 10); la disciplina sulle società estere controllate o collegate, c.d. *CFC legislation* (art. 167 e 168); le norme volte a contrastare l'esterovestizione (art. 73, commi 5-bis e 5-ter). Il tutto nel tentativo di dimostrare come la scelta della soluzione fiscale più conveniente non possa prescindere dalla considerazione e della conoscenza dei vari limiti normativi posti dal legislatore nello sforzo di punire tutte quelle scelte di localizzazione basate su pure costruzioni tecnico-giuridiche prive di una qualsiasi logica economico-impresoriale e, in quanto tali, inquadrabili tra le fattispecie elusive.

Alla luce di questo contesto normativo, si procede infine, nel capitolo conclusivo, ad un esame dell'utilizzo delle *holding companies* quale strumento di pianificazione fiscale. Dopo una breve definizione del concetto ed un'analisi delle principali caratteristiche e tipologie di *holding*, l'attenzione è stata rivolta alle dinamiche di gruppo e ai vantaggi che possono derivare dalle stesse, anche in termini di carico tributario. In particolare si è cercato di chiarire quali siano i requisiti necessari per stabilire la residenza di una *holding*, passando poi ad una

disamina più specifica circa le modalità di tassazione dei principali flussi di reddito infragruppo, focalizzando l'attenzione in particolare su dividendi e plusvalenze. È stato trattato con particolare attenzione il tema della *participation exemption* e del rapporto, non sempre simmetrico, che si viene a creare tra i regimi impositivi degli utili e delle plusvalenze da cessione di partecipazioni a seguito di una sua applicazione. Infine sono stati analizzati due istituti di più recente introduzione, quali la tassazione per trasparenza ed il consolidato nazionale e mondiale.

Capitolo I

La pianificazione fiscale internazionale

1.1 - Concetto e nozione generale

Qualsiasi transazione internazionale o transnazionale ha inevitabilmente delle conseguenze fiscali. Talvolta queste ultime costituiscono il presupposto e la ragione stessa della transazione, sia essa una vendita, un'acquisizione, una liquidazione, la creazione di un ramo aziendale o di una sussidiaria, la decisione di intraprendere o meno un investimento: l'oggetto in sé può assumere un'importanza secondaria. Individui ed imprese, ansiosi di minimizzare il loro carico fiscale, confidano sempre più nelle competenze e nella creatività dei loro consulenti al fine di realizzare transazioni "low-tax" spostando i propri assets verso giurisdizioni più favorevoli¹.

In un mercato che oramai può definirsi "globale", il commercio ha infatti ampiamente valicato i confini nazionali e si assiste ad un continuo scambio di informazioni, tecnologie e conoscenze, circolazione dei capitali e competitività internazionale tra Paesi, i quali però presentano una disomogeneità, talvolta piuttosto marcata, nei regimi fiscali. Sulla scia di questa globalizzazione e con il sovrapporsi delle varie giurisdizioni, l'attività di *tax planning* è diventata progressivamente più importante e sofisticata, al fine di indagare tutte le possibilità per ridurre al minimo la tassazione che, a detta dei più, negli ultimi anni è ai livelli massimi. Nello specifico potremmo definirla come quel complesso di scelte organizzative assunte sul piano operativo da parte delle imprese con l'obiettivo di rendere ottimale

¹ CAMPBELL D., *International Tax Planning*, Kluwer Law International, 1995, p. XIX.

l'onere tributario che ne consegue, attraverso un lecito sfruttamento delle interconnessioni e differenze fra gli ordinamenti².

Il punto di partenza è la legge stessa. Formulazione, interpretazioni e lacune normative lasciano spazio ad opportunità di pianificazione. I contribuenti si trovano ad essere allo stesso tempo assediati e tentati; assediati dalla complessa e simultanea applicazione di due o più giurisdizioni fiscali e tentati dall'opportunità di trarre vantaggio dalle stesse. La pianificazione fiscale ha un duplice obiettivo, da un lato quello di eliminare la doppia imposizione fiscale in un contesto di business internazionale, la quale potrebbe causare distorsioni economiche ed ostacolare il commercio internazionale, dall'altro quello di minimizzare il carico fiscale di un'impresa o di un gruppo di imprese al fine di massimizzarne il profitto. Essa è dunque un aspetto importante e critico del processo decisionale aziendale.

Si ravvisa peraltro un'inevitabile correlazione tra le decisioni inerenti alla variabile tributaria e quelle che si potrebbero definire invece "strategiche", che esulano cioè da ogni elemento fiscale, per cui potrebbe accadere che le ultime non vengano perseguite e realizzate a causa di un'inefficienza nella gestione delle prime.

Un concetto utilizzato di recente a dimostrazione di come il *tax planning* integri le decisioni aziendali è il cosiddetto "SAVANT", acronimo di: *Strategy, Anticipation, Value-Adding, Negotiating, Trasforming*³. Alla base dello stesso vi è l'idea che, al fine di massimizzare il valore di ogni transazione, i manager dovrebbero focalizzare la loro attenzione sul piano strategico aziendale (*Strategy*) anticipare gli effetti fiscali per tutte le parti coinvolte nella transazione (*Anticipation*), creare valore aggiunto considerando questi impatti (*Value-Adding*) nel negoziare le soluzioni più vantaggiose (*Negotiating*) ed infine trasformare il

² Si veda SANTACROCE B., *Gli strumenti della pianificazione fiscale*, in Moduli di Aggiornamento professionale, N.1/2005; TANZI, *Globalization, Tax competition by the future of Tax Systems*, in Diritto tributario internazionale, III, Cedam, Padova, 2005, cap. 2 e CAMPBELL D., *International Tax Planning*, cit., cap. 1.

³ Concetto introdotto da Karayan, Swenson, Neff, *Strategic Corporate Tax Planning*, 2002, p. 49.

trattamento fiscale nel più favorevole possibile (*Transforming*). Da un lato, quindi, ogni impresa deve operare delle “scelte strategiche” volte a predisporre il migliore assetto produttivo possibile, che vanno dall’integrazione e diversificazione delle proprie attività, fino a stabilire e rafforzare i rapporti esteri e con i concorrenti e alla ricerca dei mercati con il maggior potenziale di sviluppo, valutando tutta una serie di altri elementi, tra i quali la disponibilità di risorse, l’accesso ai mercati, le opportunità di espansione, il contesto economico e politico. D’altro lato, le spettano delle “scelte applicative”, le quali hanno ad oggetto le modalità di attuazione ottimali delle prime, andando a considerare quindi anche le variabili dovute all’esistenza di norme, nazionali e non, riguardanti le attività delle imprese multinazionali, tra le quali, *in primis*, le norme tributarie⁴.

Non solo quindi pianificazione interna, entro i confini aziendali o nazionali, ma sempre più estesa, *international tax planning*, ove le tecniche di pianificazione tributaria incrementano a seguito dello studio comparato delle normative estere e sovranazionali.⁵

Pertanto, anche se sempre più spesso l’attività di *tax planning* tende a venir accostata all’utilizzo di paradisi fiscali, essa consiste in realtà in uno sforzo legittimo ed è una parte, al giorno d’oggi, essenziale della politica aziendale. Un’attività che, se sviluppata propriamente, consente la salvaguardia degli interessi tanto del contribuente di massimizzare i propri ricavi, quanto delle amministrazioni pubbliche di non vedersi sottratti fondi necessari a garantire l’erogazione dei loro servizi. L’OCSE stessa tratteggia la pianificazione fiscale come la scelta del percorso più vantaggioso in linea con le normali operazioni commerciali tra le varie forme di sgravi fiscali e incentivi, ponendo così in evidenza come ogni azienda abbia il diritto di organizzare le proprie attività nella modalità che consenta loro di realizzare il massimo

⁴ GARBARINO C., *Manuale di tassazione internazionale*, Milano, 2005, pp. 717-730.

⁵ BORIO G. F., *La pianificazione fiscale internazionale*, Giuffrè Editore, Milano, 2002, pp. 3-5.

risparmio di imposte, seppur sempre nei limiti fissati dalla normativa tributaria. E' dunque chiaro come il governo della variabile fiscale assuma un'importanza tutt'altro che trascurabile all'interno del processo aziendale, tanto che una pianificazione fiscale ben gestita è oramai da considerarsi elemento essenziale della gestione patrimoniale, e che, in quanto tale, non rappresenti solo un diritto legittimo, ma anche una sorta di dovere delle imprese che mirano ad una gestione redditizia.

1.2 - Sviluppo di una strategia di pianificazione fiscale

Sviluppare ed implementare una strategia di pianificazione fiscale internazionale è un problema complesso che richiede un approccio integrato che consideri molte interdipendenze e che avviene in vari *steps* che comprendono: studio dei driver fiscali, definizione degli obiettivi, identificazione delle strategie e delle tecniche di pianificazione di cui avvalersi, implementazione del piano sulla base delle alternative scelte, revisione periodica e monitoraggio delle performance. Improntare una strategia di tassazione che produca risultati a lungo termine richiede però un approccio ampio e completo che consideri anche, come già precedentemente accennato, tutti quegli elementi che vanno al di là degli aspetti fiscali, andando ad inserirsi nel più ampio quadro della visione operativo-strategica dell'impresa in modo da essere in linea con quelli che sono gli obiettivi della stessa all'interno delle varie aree funzionali.

Un recente studio in materia⁶ ha individuato le cinque fasi più rilevanti nella messa in atto di una strategia di pianificazione, fasi che

⁶ EICKE R., *Tax Planning with Holding Companies – Repatriation of US Profits from Europe*, Kluwer Law International, 2009, p. 393.

possono essere riassunte mediante l'acronimo "BASIC". Il punto di partenza dovrebbe essere il "benchmarking" dello *status quo*, per arrivare poi alla definizione di una "strategy" e ad una sua conseguente "implementation", la quale sarà infine soggetta periodicamente a "compliance" test. Analiticamente le varie fasi possono essere così enunciate:

Benchmarking: il primo *step* nell'approccio al *tax planning* internazionale è quello di analizzare la situazione fiscale attuale sotto tre punti di vista. In primo luogo, colui il quale si occupa della realizzazione della strategia dovrebbe confrontare il carico fiscale dell'impresa considerata con quello di altre operanti nello stesso settore; relativamente a ciò è di particolare importanza monitorare l'andamento dello stesso nel tempo al fine di eliminare i fattori "non periodici". La consistenza del carico fiscale è infatti influenzata da fattori strutturali da un lato, culturali dall'altro; con i primi ci si riferisce alla capacità di attuare una strategia di pianificazione fiscale a livello globale, riuscendo quindi a cogliere maggiori opportunità, i secondi invece dipendono dall'atteggiamento delle imprese verso l'attività di *tax planning*. In secondo luogo, coloro che si occupano di pianificazione fiscale devono continuamente monitorare l'attività produttiva e la struttura organizzativa dell'impresa al fine di individuare tutte le possibili ottimizzazioni. Questa attività di monitoraggio continuo è una necessità in un contesto di business in continua evoluzione nel quale l'impresa è coinvolta. Infine, la raccolta di informazioni sulla struttura delle imprese concorrenti può aiutare ad individuare e sviluppare nuove soluzioni.

Analysis: "analizzare" con l'obiettivo di individuare possibili ottimizzazioni della gestione fiscale. Una prima analisi ha ad oggetto gli obiettivi perseguiti, in modo tale che colui che si dedica all'attività di pianificazione sia consapevole della portata della stessa (in particolare se questa investe una singola transazione o se si deve trattare di un piano di *tax planning* complessivo), dei livelli interessati (società

madre, sussidiarie, azionisti) e dei driver chiave (eliminazione della doppia tassazione e/o riduzione del carico fiscale complessivo). Devono poi essere analizzati l'interazione e i *trade-off* tra normativa fiscale nazionale ed internazionale per tutti i rapporti fiscali transfrontalieri al fine di individuare sia le potenziali fonti delle doppie imposizioni, sia un potenziale risparmio fiscale, anche attraverso modalità che vanno al di là dell'eliminazione di doppie imposizioni. Inoltre la pianificazione fiscale è parte integrante delle decisioni finanziarie e d'investimento, dunque devono essere analizzati attentamente le interazioni e i *trade-off* tra driver fiscali e non fiscali, sia attuali che potenziali.

Strategy: lo sviluppo di una strategia è l'elemento chiave di ogni attività di pianificazione internazionale. Quest'ultima deve svilupparsi secondo un'appropriata tipologia, scopo e concetto. In particolare, lo scopo della stessa deve essere determinato nel modo quanto più preciso possibile, nel rispetto delle tempistiche e dell'oggetto. Si potrebbe trattare, ad esempio, di una strategia di differimento fiscale permanente oppure temporanea. Inoltre chi realizza la pianificazione fiscale deve decidere se vuole impegnarsi in una pianificazione formale o sostanziale; la prima consiste in mere operazioni cartacee, mentre la seconda va a modificare il modello di attività economica. In ultima analisi, poiché le strategie di pianificazione fiscale vanno di pari passo con le strategie di business sottostanti, lo scopo dipende in gran parte dal "business background".

Implementation: la strategia e i concetti necessitano di essere attivati empiricamente attraverso un processo di implementazione. A seconda della natura della transazione, questo processo può essere agevole (transazione formale o *formal paper transaction*) oppure può richiedere una vera e propria ristrutturazione fisica e organizzativa. Nel corso dell'implementazione il pianificatore deve affrontare il difficile compito di perseguire gli obiettivi senza intromettersi eccessivamente nell'organizzazione aziendale.

Compliance: la struttura implementata deve rispettare sia la legge, che le attività sottostanti. In particolare deve essere garantito il rispetto delle norme anti-evasione, anti-abuso, *anti-treaty-shopping* e la normativa sulle CFC. La pianificazione fiscale deve gestire attivamente il rischio di non conformità riguardante la preparazione, il completamento e la revisione delle dichiarazioni fiscali di un'organizzazione e dei rischi inerenti a tali processi. Le attività di pianificazione fiscale possono seguire approcci differenti anche a seconda del rischio che i contribuenti sono disposti ad assumersi. Più il *tax planning* è aggressivo, tanto più il contribuente corre il rischio di allontanarsi dal sentiero della pianificazione fiscale lecita o dall'elusione fiscale, dal sentiero, dunque, della legalità.

1.3 - Competizione fiscale tra Stati: profili comunitari e internazionali

Come già accennato in precedenza, nell'ambito dell'evoluzione del commercio internazionale ha assunto particolare rilievo il regime fiscale di ciascun Paese e, di conseguenza, la competizione fiscale tra i Paesi stessi. Quest'ultima gioca un ruolo importante nella competizione per la ricchezza, tipica del mondo globalizzato⁷.

La competizione economica mondiale può essere considerata infatti sotto diverse prospettive, quale risultanza, più in generale, della diversa distribuzione della ricchezza fra Stati. Si parla di "concorrenza fiscale" con riferimento a quella situazione per cui i vari Stati utilizzano la leva tributaria nel tentativo di attrarre materia imponibile appartenente, in tutto o in parte, ad altre sovranità, entrando così in competizione l'uno con l'altro e adottando comportamenti non collaborativi nell'ottica di

⁷ LANGG J., *La tassazione delle imprese nella competizione internazionale*, in *De Jure*, 237/02/2012, p. 30.

identificazione di politiche fiscali comuni. Tali fenomeni di “concorrenza fiscale” si sostanziano perlopiù nella diminuzione della pressione fiscale sulle basi imponibili, nell’introduzione di regimi fiscali sostitutivi o di incentivi alla loro localizzazione nello Stato⁸.

Per comprendere appieno il fenomeno è necessario considerare che i sistemi fiscali di molti Paesi si sono sviluppati in un periodo in cui il commercio internazionale era limitato, le economie piuttosto chiuse e i movimenti transnazionali di capitali pressoché inesistenti e in cui, di conseguenza, la politica fiscale aveva una dimensione prevalentemente nazionale. Basti pensare agli alti dazi doganali, quote d’importazione o altre limitazioni quantitative che caratterizzavano i principali mercati nel periodo successivo alla seconda guerra mondiale; a ciò si aggiungano la difficoltà di conversione tra le diverse valute, la scarsa mobilità degli individui, per cui il reddito proveniva spesso da un’unica fonte e veniva destinato a consumi nel Paese stesso di residenza, nonché i limitati movimenti di capitali a breve termine, in quanto non esistevano ancora istituzioni in grado di garantire transazioni di grandi quantità di denaro in tempi brevi. Ecco dunque lo scenario, seppur ampiamente semplificato, in cui si vennero a formare i moderni sistemi fiscali. Gli utili delle imprese, i redditi, i consumi potevano essere tutti tassati da ciascun Paese senza che sorgesse la necessità di un confronto

⁸ La Commissione CE, *Verso il coordinamento fiscale nell’Unione europea. Un pacchetto di misure volte a contrastare la concorrenza fiscale dannosa*, Comunicazione della Commissione al Consiglio del 1 ottobre 1997, dichiara che *“In generale, il fenomeno della concorrenza fiscale è da considerarsi, di per sé, positivo in quanto strumento che agisce a vantaggio dei cittadini e che esercita una pressione al ribasso sulla spesa pubblica nazionale. Cionondimeno, una concorrenza senza limiti volta ad assicurarsi i fattori della produzione caratterizzati da maggiore mobilità può ripercuotersi negativamente sulle strutture tributarie e provocare distorsione e detrimento dell’occupazione, così come può rendere più difficile una diminuzione ordinata e strutturata della pressione fiscale complessiva. Essa riduce inoltre lo spazio di manovra disponibile per conseguire altri obiettivi della Comunità quale la protezione dell’ambiente. Inoltre la competizione fiscale può intralciare gli sforzi intrapresi dagli Stati membri per ridurre i disavanzi di bilancio, il che non costituisce soltanto un obiettivo necessario di per sé, ma anche un mezzo per conformarsi sia ai criteri di Maastricht che al Patto di stabilità e sviluppo. L’integrazione dei mercati, non assistita da misure di coordinamento fiscale, pone sempre maggiori limiti alla libertà degli Stati membri di scegliere la struttura tributaria più appropriata, estendendo la base imponibile e diminuendo le aliquote”*.

con le pretese, magari antitetiche, delle autorità di altri Paesi. La globalizzazione e l'integrazione delle varie economie mondiali hanno costretto ad un mutamento di prospettiva.

In primis si è iniziato a ravvisare una tendenza da parte delle economie a diventare più aperte ed ampliare i loro orizzonti in ambito internazionale solo a partire dall'inizio degli anni Ottanta. La globalizzazione dei processi produttivi e dei mercati, la forte diminuzione dei dazi doganali, la liberalizzazione del commercio e lo sviluppo dei mercati finanziari hanno infatti portato ad una sempre maggiore integrazione delle economie mondiali, inducendo al contempo gli operatori a ricercare degli impegni più remunerativi per i loro investimenti, da un lato, e gli Stati ad utilizzare anche la leva fiscale quale elemento di competitività nel tentativo di attrarre capitali esteri dall'altro. Sono diventate frequenti dunque le ricadute delle scelte fiscali al di là dei confini nazionali e ciò ha aperto la possibilità per alcuni Paesi di trarre vantaggio da questa situazione attirando verso di sé una quota maggiore della base imponibile mondiale⁹. Tale concorrenza si misura principalmente in termini di aliquote fiscali, ma anche di caratteristiche e complessità del meccanismo impositivo, nonché delle procedure di accertamento.

Varie teorie economiche hanno evidenziato una pluralità di effetti positivi legati al fenomeno della concorrenza fiscale in termini, soprattutto, di benessere collettivo e sviluppo economico¹⁰.

Tuttavia se questa, da un lato, può essere vista positivamente in quanto la riduzione del carico fiscale in capo alle imprese è una spinta verso una maggiore competitività, dall'altro può assumere i connotati di "concorrenza fiscale dannosa" per l'economia internazionale, se volta soltanto all'attrazione di capitali esteri e come tale suscettibile di

⁹ Per una trattazione più ampia si veda TANZI V., *Globalizzazione e sistemi fiscali*, Banca Etruria studi e ricerca, 2002.

¹⁰ Si veda MICOSSI S., *Il coordinamento europeo in materia fiscale: elementi per un sistema comune*, in Giur. Imp., 2002, p. 1381.

provocare delle distorsioni nel funzionamento del libero mercato¹¹. In tale ottica si pongono senza dubbio i cosiddetti “tax heavens” o “centri offshore”, i quali hanno attratto una massiccia quantità di investimenti e capitali esteri proprio grazie alla predisposizione di profili fiscali altamente vantaggiosi. Il problema della concorrenza fiscale dannosa acquisisce particolare rilievo in ambito europeo, dove risulta ancor più necessario, al fine di garantire il funzionamento del mercato unico e non minare la libera circolazione dei beni e dei servizi, che la concorrenza tra le imprese rispetti i requisiti di trasparenza e coordinamento¹².

1.4 – Good governance fiscale e tax planning aggressivo

La pianificazione fiscale è, al contrario dell'evasione o della frode fiscale, l'unica via per ridurre il carico di imposte accettabile dai governi.¹³ Tuttavia quando si configurano situazioni di cosiddetta “pianificazione fiscale aggressiva”, mediante lo spostamento della materia imponibile da un ordinamento ad un altro caratterizzato da una tassazione inferiore, non rispettando il principio della corretta attribuzione ai vari ordinamenti dell'imponibile di loro competenza, si esce dall'ambito della concorrenza fiscale legittima od equa. Le Amministrazioni fiscali rischiano così di vedersi sottrarre materia imponibile a causa del perseguimento esclusivo da parte degli imprenditori di vantaggi fiscali. La lotta a tali fenomeni di pianificazione fiscale “aggressiva” trova spazio in ambito tanto comunitario quanto

¹¹ DAMIANI M., *Libertà europee e imposizione fiscale*, Giuffrè editore, Milano, 2004, p. 190.

¹² CLEMENTI M., LUSCHI G., *Il nuovo regime tributario delle imprese partecipate estere (CFC)*, IPSOA, 2002, p. 4.

¹³ OECD, *International tax avoidance and evasion*, 1987, p. 10.

internazionale e si fonda sulla facoltà di disporre di informazioni mirate, tempestive e complete¹⁴.

Nel tentativo di trovare un equilibrio tra l'esigenza delle Amministrazioni fiscali di subire una riduzione illegittima della materia imponibile e quella delle imprese di ottimizzare la gestione attraverso un legittimo risparmio d'imposta, si inseriscono gli interventi dell'OCSE volti a favorire l'adozione di standard di trasparenza e scambio di informazioni. Le principali organizzazioni internazionali (OCSE, l'UE, le Nazioni Unite e il G7) sin dall'inizio degli anni '90 hanno tentato di contrastare l'evasione fiscale internazionale e di limitare il fenomeno della concorrenza fiscale dannosa. In tale contesto si colloca il Rapporto Ruding redatto nel 1992 dalla Commissione Europea contenente alcune raccomandazioni e indicazioni in materia fiscale volte a incentivare la trasparenza e l'introduzione di direttive specifiche in materia di tassazione dei dividendi, di fusioni e di prezzi di trasferimento. Quattro anni dopo l'Unione Europea e il G7 hanno costituito un "Gruppo per la politica fiscale", composto dai rappresentanti dei Ministri delle finanze di ciascuno Stato membro, con il compito di analizzare i regimi tributari degli Stati stessi al fine di individuare le misure fiscali potenzialmente dannose che avrebbero potuto causare effetti distorsivi e pregiudicare il buon funzionamento del mercato unico. Le indagini svolte dal suddetto gruppo hanno costituito il punto di partenza per la redazione dei documenti emanati successivamente dall'Unione Europea, in particolar modo il cosiddetto Codice di Condotta¹⁵.

Il Codice elenca i criteri per l'individuazione del carattere dannoso di una misura fiscale ed esorta gli Stati membri ad uniformare il loro ordinamento interno ai principi contenuti del Codice stesso, attraverso l'impegno a non introdurre in futuro misure fiscali dannose. A tal fine

¹⁴ VALENTE P., *Rapporto OCSE 2011: "tax planning" aggressivo e legittimo*, in *Corriere Tributario* 28/2011, p. 2304.

¹⁵ Il Codice di Condotta è contenuto nell'Allegato 1 alle "Conclusioni del Consiglio ECOFIN del 1 dicembre 1997 in materia di politica fiscale".

sono definite “potenzialmente dannose” tutte i provvedimenti che prevedono un livello di imposizione nettamente inferiore rispetto a quello generalmente applicato nello Stato membro interessato e che, di conseguenza, potrebbero influenzare, anche solo potenzialmente, le scelte di localizzazione delle attività imprenditoriali nel territorio comunitario. In particolare il Codice ha stabilito specifici criteri da prendere in considerazione nel valutare il carattere dannoso di una misura fiscale, giungendo alla conclusione che sono da considerarsi sleali le misure: applicabili esclusivamente alle transazioni concluse con soggetti non residenti o riservate esclusivamente a questi ultimi; del tutto isolate dall’economia nazionale tanto da non incidere sulla base imponibile nazionale; che possono trovare applicazione anche in mancanza di un’allocazione effettiva dell’impresa sul territorio dello Stato membro; contrarie ai principi generalmente riconosciuti a livello internazionale, in particolare alle linee guida concordate in sede OCSE; che mancano di trasparenza¹⁶.

Con l’adozione di tale Codice gli Stati membri si sono impegnati non solo a non introdurre nel proprio ordinamento interno misure fiscali dannose, ma anche a riconsiderare la loro normativa interna al fine di apportare tutte le modifiche necessarie ad eliminare le disposizioni in contrasto con i principi di concorrenza fiscale nel più breve tempo possibile, cd. smantellamento, nonché ad intensificare lo scambio reciproco di informazioni sulle misure fiscali in vigore che potrebbero figurare nell’ambito di applicazione del Codice e ad incentivare l’adozione dello stesso anche presso Stati terzi al fine di ampliarne la portata.

A tal fine, sempre nel 1998, era stato costituito un apposito Gruppo di lavoro¹⁷, il quale dopo aver preso in esame oltre 300 regimi fiscali di

¹⁶ Sul tema si vedano DAMIANI M., *Libertà europee e imposizione fiscale*, cit., p. 191; CERIANI V., TANZI V., *Il codice di condotta e la tassazione delle imprese*, in *Coordinamento fiscale nell’Unione Europea*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 135.

¹⁷ Il cosiddetto Gruppo “Codice di condotta”, istituito dal Consiglio dei Ministri Ecofin. Il gruppo si è riunito per la prima volta nel marzo del 1998 ed ha eletto come suo presidente la sing.ra Dawn

vantaggio, ne ha elencati 66 come distorsivi e rispondenti ai criteri elencati nel Codice di Condotta. Il Rapporto finale del Gruppo è stato reso pubblico nel 2000, ma approvato dal Consiglio Ecofin soltanto nel 2003; tale approvazione ha costituito un risultato significativo nell'ambito delle misure volte a contrastare la concorrenza fiscale sleale, benché l'effettiva attuazione del Codice e l'eliminazione delle disposizioni individuate dal Gruppo di lavoro siano destinate ad essere attuate a seguito della presentazione delle richieste dei vari Stati membri¹⁸.

Negli stessi anni gli aspetti dannosi legati alla competizione fiscale erano stati oggetto di studio anche da parte dell'OCSE; tra le iniziative di contrasto assume particolare rilievo il rapporto "Harmful tax competition: an emerging global issue"¹⁹, approvato dal Consiglio il 9 aprile del 1998. Il Rapporto inquadra i paradisi fiscali e i regimi fiscali privilegiati come elementi distortivi che, in quanto tali, vanno eliminati poiché costituiscono una minaccia per l'intero sistema di tassazione mondiale. L'OCSE si è posta quattro obiettivi principali, il cui comune denominatore è rappresentato dall'analisi del livello d'imposta sui redditi al fine di: stabilire i parametri per l'identificazione dei regimi fiscali ritenuti dannosi; applicare tali criteri nell'ottica di predisporre una *black list* dei regimi fiscali ritenuti dannosi; monitorare continuamente l'assetto fiscale internazionale, integrando se necessario la suddetta *black list* e promuovendo l'eliminazione dei regimi non equi; favorire la cooperazione internazionale.

Primarolo, sottosegretario per le Finanze del Tesoro britannico, da cui la connotazione informale di Gruppo "Primarolo".

¹⁸ VALENTE P., ALAGNA C., *Concorrenza fiscale dannosa: profili comunitari e internazionali*, in *Commercio Internazionale* n.20/2007, p. 36.

¹⁹ Il Rapporto OCSE è suddiviso in tre capitoli: il primo, "competizione fiscale: un fenomeno globale", compie un'analisi degli effetti causati dalla competizione fiscale tra Stati; il secondo, "fattori per l'identificazione dei paradisi fiscali e le pratiche fiscali privilegiate dannose" esamina i suddetti fattori e valuta in che misura sono dannosi per l'integrità dei sistemi fiscali dei vari Stati; il terzo, "reazione alla competizione fiscale dannosa", elenca le misure delle 19 raccomandazioni e delle 6 direttive da adottare per contrastare la competizione fiscale tra Stati.

Un rapporto pubblicato dall'OCSE due anni dopo, dal titolo "Towards Global Tax Co-operation: Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices", porta avanti l'obiettivo di integrazione e cooperazione a livello internazionale anche in ambito fiscale, condannando l'adozione di misure configurabili quali concorrenza sleale. In particolare il Rapporto ha individuato 47 regimi fiscali potenzialmente dannosi, redatto una *black list* di 35 Paesi ritenuti paradisi fiscali e invitato al dialogo anche con Stati non membri dell'OCSE al fine di dare un'impronta internazionale alle misure avviate. Alcuni tra i Paesi iscritti nella *black list*, in particolare Bermuda, Isole Cayman, Cipro, Malta, Mauritius, San Marino, espressero già nel corso del dibattito che portò alla stesura del suddetto Rapporto, il desiderio di cooperare con l'OCSE e di eliminare le misure fiscali dannose entro il 2005; successivamente anche altri Paesi si mossero nella stessa direzione, tanto che il numero di Paesi elencati nella lista scese dai 35 del 2000 ai 5 del 2003. In un successivo Rapporto, il Progress Report del 2004, sono state poi identificate una serie di provvedimenti ritenuti utili nella lotta contro le prassi fiscali dannose, da applicarsi in modo coordinato sia nei confronti dei paradisi fiscali, sia dei regimi fiscali visti come potenzialmente dannosi²⁰.

In tempi recenti molti Paesi hanno adottato misure volte a fronteggiare il sempre più diffuso fenomeno dell'*aggressive tax planning*. Una panoramica delle varie misure di comunicazione applicate in alcuni Stati membri dell'OCSE e una dimostrazione dell'importanza di garantire informazioni tempestive e complete al fine di agevolare la lotta a forme di pianificazione aggressiva, è fornita dal Rapporto "Trackling Aggressive Tax Planning Through Improved Transparency and Disclosure" pubblicato dal Comitato per gli affari fiscali dell'Ocse nel 2011. In particolare questo enuncia come la

²⁰ Sul punto sempre VALENTE P., ALAGNA C., *Concorrenza fiscale dannosa: profili comunitari e internazionali*, cit., pp.40-43.

possibilità di disporre di informazioni tempestive, mirate e complete da un lato consenta alle Amministrazioni fiscali di rendere più efficienti le procedure di *risk assessment*, dall'altro faccia sì che gli organi di *tax policy* adottino decisioni in linea con le misure legislative più appropriate. Nel Rapporto sono esaminate la *disclosure initiatives* introdotte ed adottate da alcuni Paesi OCSE con l'obiettivo di creare vantaggio sia per le Amministrazioni fiscali che per i contribuenti. Nello specifico si tratta di misure quali: *early mandatory disclosure rules*; *additional reporting*; utilizzo di questionari; programmi di *cooperative compliance*; *rulings*; applicazione di sanzioni. Si tratta di incentivi per i contribuenti a fornire informazioni rilevanti alle Amministrazioni finanziarie, evitando così che queste ultime investano risorse per scovare operazioni di pianificazione fiscale aggressiva.

Non tanto, quindi, penalizzare le operazioni con Paesi a bassa tassazione, quanto piuttosto garantire un adeguato scambio di informazioni con gli stessi. *"Il livello di tassazione non è sufficiente, da solo, a caratterizzare uno Stato come Paradiso Fiscale. L'OECD riconosce che ogni giurisdizione ha il diritto di determinare se imporre o meno imposte dirette, e di stabilire le relative aliquote"*²¹.

1.5 - Confine tra elusione e legittimo risparmio d'imposta

1.5.1 - Premessa

Il fenomeno dell'*aggressive tax planning* acquisisce particolare rilevanza sul piano giuridico in quanto tende a rendere ancor più difficile l'individuazione del confine tra pianificazione fiscale lecita, elusione ed evasione tributaria. Visto dalla prospettiva delle autorità

²¹ *The OECD's Project Harmful Tax Practises: the 2001 Progress Report*, Paris 2007, par. 16.

fiscali l'utilizzo dei termini "elusione fiscale" ed "evasione fiscale" potrebbe essere, in un certo senso, intercambiabile. Di fatto un dollaro o un euro di ricavi sottratti attraverso un procedimento elusivo, sono esattamente identici ad un dollaro o un euro sottratti evadendo; tuttavia vi è una significativa differenza tra i comportamenti che vanno a raffigurare tali due termini: uno è legale, l'altro non lo è. L'evasione fiscale consiste in un vero e proprio illecito realizzato occultando il presupposto dell'imposta e sottraendosi così agli obblighi che ne derivano.

Meno chiara è invece la distinzione tra "elusione fiscale" e "pianificazione fiscale", quest'ultima definita talvolta anche come "elusione fiscale accettabile"²². L'elusione deriva dall'autonomia di cui ogni gode ogni soggetto di poter scegliere la soluzione giuridica che gli consenta di gestire i propri interessi nella forma fiscalmente meno onerosa.

Essa si configura come l'utilizzo di una fattispecie concreta, mediante la scelta di tipi contrattuali o di complesse architetture negoziali, con l'unico scopo di minimizzare il carico fiscale sfruttando le lacune della normativa tributaria. La dottrina ha individuato quattro requisiti integranti il fenomeno elusivo:

- 1) l'anormalità dell'operazione intrapresa rispetto alla prassi degli affari giuridici;
- 2) la fungibilità del risultato ottenuto attraverso l'utilizzo dello strumento anomalo con quello realizzabile mediante l'uso dello strumento espressamente previsto dalla legge fiscale;
- 3) l'idoneità dell'operazione posta in essere a consentire un risparmio o l'esenzione dell'imposta;
- 4) l'intento esclusivo o prevalente di sfuggire alla tassazione prevista dalla norma elusa²³.

²² RUSSO R., *Fundamentals of International Tax Planning*, IBFD, 2007, p. 49.

²³ CHINELLATO G., *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, Cedam, Padova, 2007, pp. 168-169.

L'evasione è un'operazione chiaramente *contra legem*, poiché prevede l'inottemperanza di obblighi strumentali, quali l'omissione di dichiarazioni obbligatorie o l'impiego di artifici contabili che pongono un problema di informazione, in quanto gli organi amministrativi si trovano nell'impossibilità di reperire la documentazione necessaria a quantificare la base imponibile. Così invece non può dirsi per il fenomeno elusivo, il quale, configurandosi come comportamento teso a distogliere una norma dal suo naturale ambito applicativo, pone piuttosto un problema di valutazione; in particolare si tratta di valutare se la legge applicata, seppur in modo anomalo, ad una data operazione sia sufficiente a garantire la liceità del risultato.

L'elusione, proprio perché prevede l'applicazione di norme tributarie, non può, al tempo stesso, costituirne violazione²⁴.

Nelle varie esperienze europee vengono considerati leciti fatti sicuramente elusivi sul piano fiscale; tuttavia, indipendentemente dalle implicazioni di diritto tributario che la riguardano, sarebbe necessario fornire una qualificazione precisa dell'elusione nell'ordinamento giuridico e definirne i relativi effetti. Un esempio di elusione che non ha che fare con il diritto tributario si ha nelle leggende secondo le quali l'Europa è piena di "Ponti del Diavolo", cioè di leggende sul Diavolo che costruiva un ponte, a patto di avere in suo potere della prima creatura vi fosse passata sopra: le leggende raccontano di astuti valligiani che prima sottoscrivevano questo patto e poi lo eludevano, facendo inaugurare il ponte a un asino, a un gatto nero, a un caprone, dei quali l'altro contraente non sapeva cosa fare. Dall'esempio si vede che le possibilità di elusione dipendono fortemente da com'è formulata la regola: il Diavolo non avrebbe potuto essere imbrogliato se il patto avesse parlato del primo uomo o dell'anima del primo essere vivente²⁵.

²⁴ DI PIETRO A., *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, Giuffrè, 1999, p. XVI.

²⁵ Sul punto si veda LUPI R., *Diritto tributario*, Parte generale, Giuffrè, Milano, 2005, p. 126.

Anche nel diritto civile, non solo in ambito tributario, è possibile realizzare il fatto in vista della disciplina giuridica che si vuole applicare, configurando ad esempio il primo quale acquisto, finanziamento o leasing. Si tratta sostanzialmente di comportarsi in un certo modo in funzione della disciplina giuridica applicabile, così come emerge in tutta l'esperienza europea. In Belgio si parla di diritto a scegliere la strada meno tassata; nell'esperienza francese la scelta della soluzione più vantaggiosa sul piano fiscale non equivale all'abuso del diritto; così in Olanda i contribuenti possono strutturare i loro rapporti economici in modo da minimizzare il loro carico fiscale; se il contribuente rientra nella previsione legislativa britannica deve essere tassato, quantunque ciò possa apparire insoddisfacente e contraddittorio, ma viceversa²⁶.

Si nota quindi una convergenza di opinioni circa la possibilità per i contribuenti di organizzare i propri affari nel modo che minimizza il carico fiscale, purché si tratti di una strada offerta dal legislatore e purché, dunque, l'uso non si trasformi in abuso. Quando il contribuente, sfruttando le alternative predisposte dall'ordinamento, sceglie la strada fiscalmente più conveniente abbiamo un'ipotesi di lecito risparmio d'imposta, *tax saving*, la quale è del tutto coerente con il principio di autonomia contrattuale sancito dall'art. 1322 del Codice Civile e con quello di libertà nell'iniziativa economica, art. 41 della Costituzione. D'altro canto è proprio la realizzazione dell'elusione tramite mezzi formalmente legittimi a rendere complessa la distinzione tra lecito risparmio d'imposta e pratica elusiva, facendone un fenomeno influenzato anche da una componente ideologica e non soltanto tecnico-giuridica²⁷.

²⁶ MALHERBE J., *L'esperienza belga*, p. 35; CHEVALER J.P., *L'esperienza francese*, p.19; ESSERS P., *L'esperienza olandese*, p. 82; SHIPWRIGHT A., *L'esperienza britannica*, p.109, in DI PIETRO A., *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, cit..

²⁷ In tal senso ZOPPINI, *Abuso del diritto e dintorni (ricostruzione critica per lo studio sistematico dell'elusione fiscale)*, in *Rivista Diritto Tributario*, 2005, I, p. 834, secondo il quale il tema dell'elusione fiscale "rientra sistematicamente in un alveo di grande respiro culturale e proprio per

La zona grigia creatasi fra lecito risparmio d'imposta ed elusione ha lasciato spazio a prese di posizioni differenti in riferimento a quest'ultima. Da un lato alcuni tendono a considerare lecito tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge, in nome di un'assoluta libertà negoziale e facendo quindi rientrare l'elusione tra le condotte meritevoli per la sua conformità ai principi che guidano il comportamento del buon padre di famiglia²⁸.

Si approda al medesimo risultato appoggiando la tesi secondo la quale bisogna guardare alla sostanza economica sottesa alla forma giuridica nel considerare il fenomeno impositivo, la quale presupponendo un'interpretazione piuttosto ampia e flessibile, tende a spogliare di significato il concetto stesso di elusione. Orientamenti questi che tuttavia nel tempo sono stati superati da posizioni che, ammettendo il problema elusivo, hanno tentato un contemperamento di interessi tra Fisco e contribuenti. Secondo una parte della dottrina qualora siano violate norme precise può ritenersi violato anche l'ordinamento che esse vanno a comporre, altrimenti mancano norme di cui si possa invocare la violazione; secondo tale interpretazione rileva dunque esclusivamente la presenza o meno di una norma nella qualificazione di un fatto quale lecito o illecito e non la presenza di principi impliciti desunti dall'interpretazione delle norme²⁹. A tutt'oggi la parte più consistente degli autori sostiene tuttavia che nel nostro ordinamento si intrecciano disposizioni talvolta non ben coordinate tra loro che vanno a creare delle "lacune" all'interno delle quali il contribuente può destreggiarsi realizzando stratagemmi distorsivi rispetto ad altri principi del sistema³⁰.

questo è una di quelle (numeroso) questioni che non conoscono "la" soluzione, ma possono essere risolte a seconda dell'impostazione (o della premessa) generale che si intende proporre, compresa la prognosi circa la loro efficacia anche in termini economici".

²⁸ CHINELLATO G., *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, cit., p. 178.

²⁹ Si veda Ivi, p. 120; nonché l'intervento di BERILLI C. in DI PIETRO, *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, cit., p. 295 che ribadisce il diritto di ogni contribuente di utilizzare la normativa fiscale per raggiungere i propri scopi economici.

³⁰ Ivi, p. 124.

1.5.2 - Inquadramento giuridico dell'elusione

Il problema del fenomeno elusivo spesso è ricondotto nell'ambito di forme di utilizzazione abusiva del diritto, sicché si è da sempre tentato di ricercare all'interno dell'ordinamento giuridico strumenti di contrasto. Si è evidenziato come l'elusione consista in una forma di risparmio formalmente conforme alle norme tributarie, ma contraria alla *ratio* delle stesse. Il contribuente che elude evita infatti l'applicazione di una norma impositiva, del trattamento fiscale "appropriato" per quella circostanza, ed applica indebitamente una norma più favorevole. Egli non ricorre dunque a false rappresentazioni della realtà o ad un occultamento della materia imponibile, circostanze tipiche piuttosto della fattispecie evasiva, ma realizza espedienti giuridici attraverso operazioni che, manovrando tra le varie disposizioni legislative e approfittando delle loro imperfezioni, consentono di raggiungere un risultato conforme alla lettera delle norme ma contrastante con i principi del sistema.

Dal punto di vista strettamente giuridico, spetta ai singoli ordinamenti distinguere i concetti di evasione, elusione e lecito risparmio d'imposta e, di conseguenza, predisporre gli eventuali mezzi di tutela. L'elusione è infatti, in sé, una nozione meramente logica o dottrinale; essa assume rilievo e si distingue dal lecito risparmio d'imposta soltanto nel momento in cui l'ordinamento predispone strumenti antielusivi che consentano all'Amministrazione finanziaria di intervenire ed agire al fine di contrastarla³¹.

L'elusione tributaria va inquadrata nella fattispecie dell'abuso del diritto. I due concetti possono infatti considerarsi simmetrici, poiché il contribuente evita l'applicazione di una norma impositiva a favore di un'altra più favorevole impiegata abusivamente.

³¹ Si veda FALSITTA G., *Corso istituzionale di diritto tributario*, CEDAM, Padova, 2011, p. 249

Un referente storico è stato inizialmente individuato nell'art.1344 del Codice Civile, il quale, in tema di contratto in frode alla legge, stabilisce che è nullo, per illiceità della causa, il contratto che *“costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa”*, in realtà secondo un'interpretazione ormai consolidata, esso non è tuttavia riferibile alle norme tributarie, questo perché il concetto di imperatività contraddistingue le norme proibitive, che vietano cioè un determinato comportamento, e le norme precettive, che invece impongono un determinato comportamento, norme che pongono cioè, in entrambi i casi, limiti all'autonomia negoziale e che, in quanto tali, sembrano essere riferibili alle sole disposizioni civilistiche.

L'elusione di norme civilistiche è un fatto distinto dall'elusione di norme fiscali. Queste ultime infatti non stabiliscono se un negozio possa o non possa essere stipulato, facendo obbligo al contribuente di realizzare le proprie operazioni in una forma predeterminata, ma ne disciplinano solo le conseguenze di natura tributaria. Perciò le norme fiscali non sono da considerarsi imperative nel senso in cui ne parla in Codice Civile e, di conseguenza, non è riferibile alle stesse l'articolo in questione: dall'elusione di una norma fiscale non deriva la nullità del contratto, ma si avranno conseguenze unicamente fiscali³².

³² Una parte della dottrina tributarista affianca a questo primo ostacolo circa l'applicabilità dell'art 1344 c.c. alla materia tributaria, rappresentato appunto dalla mancata imperatività della norma fiscale, anche un'altra difficoltà riguardante l'efficacia sanzionatoria. La sanzione di nullità del contratto sarebbe infatti insufficiente ed eccessiva rispetto alle esigenze del sistema tributario; insufficiente perché non consentirebbe il recupero del gettito sottratto al Fisco con il comportamento elusivo, eccessiva perché condurrebbe all'eliminazione del contratto, mentre risulterebbe più opportuno renderlo inopponibile all'Amministrazione finanziaria salvandone la sua validità civilistica. Sul punto e per una più ampia disamina si veda CHINELLATO G., *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, cit., p. 195.

1.5.3 - Le norme a contenuto antielusivo

Il legislatore predispose norme a contenuto espressamente antielusivo, che collegano a comportamenti qualificati come elusivi degli appositi poteri impositivi dell'Amministrazione finanziaria, ed altre norme che sono invece implicitamente antielusive, la cui antielusività risiede nella *ratio* e non nel contenuto.

Le norme espressamente antielusive non vanno a modificare norme impositive, quanto piuttosto ad attribuire all'autorità fiscale il potere di disattendere il vantaggio conseguito dal contribuente e ad imporre allo stesso il pagamento del tributo eluso. Vi sono ordinamenti che in cui si riscontra la presenza di un principio antielusivo di portata generale, radicato nella legge stessa, oppure prodotto dalla giurisprudenza, altri in cui è prevista invece una pluralità di specifici strumenti, talvolta anche eterogenei³³.

A tal proposito è da richiamare una norma antielusiva specifica predisposta in ambito comunitario: l'art. 11 della direttiva CE n. 90/434. Quest'ultimo dispone che, in materia di riorganizzazioni societarie intracomunitarie, gli Stati membri possono sottrarre un'operazione all'applicazione del regime di neutralità fiscale stabilito dalla direttiva quando risulti che l'operazione di fusione, scissione, conferimento attivo o di scambio di azioni ha come obiettivo principale, o come uno degli obiettivi principali, la frode o l'evasione fiscale (*rectius* l'elusione o l'evasione)³⁴. Al riguardo la Corte di Giustizia CE³⁵ ha

³³ Il modello più noto è quello dell'ordinamento tedesco, FISCHER, *L'esperienza tedesca*, cit., p. 42; una clausola di carattere generale esiste anche nell'ordinamento spagnolo, PEREZ ROYO, *L'esperienza spagnola*, cit., p. 188; nel Regno Unito manca una norma antielusiva di carattere generale, però si riscontrano disposizioni di portata molto ampia ispirate al principio di *bona fides*, LSHIPWRIGHT, *L'esperienza britannica*, cit., p. 114; l'ordinamento francese si affida invece a rimedi alternativi ed diversi, CHEVALIER, *L'esperienza francese*, cit., p. 17. Per un'analisi più approfondita sull'eterogeneità degli strumenti apprestati dai singoli ordinamenti per contrastare le varie manifestazioni elusive si veda DI PIETRO A., *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, cit..

³⁴ Secondo la direttiva "il fatto che una operazione non sia effettuata per valide ragioni economiche, quali la ristrutturazione o la razionalizzazione delle attività delle società partecipanti all'operazione,

precisato che *“per accertare se l’operazione che si intende effettuare abbia un tale obiettivo, le autorità nazionali competenti non possono limitarsi ad applicare criteri generali predeterminati, ma devono procedere, caso per caso, ad un esame globale dell’operazione”*.

Quanto all’ordinamento italiano, esso non presenta una clausola antielusiva generale. Ci furono tuttavia diversi tentativi di introdurre nel nostro sistema tributario una clausola di tal genere già sul finire degli anni ’60, anche se in realtà fu solo nel corso degli anni ’80 che iniziarono a manifestarsi in Italia fenomeni elusivi di una certa gravità. La Commissione per lo Studio della Riforma Tributaria degli anni 1971/73, la c.d. Commissione Cosciani, non accolse però una proposta in tal senso ritenendola uno strumento troppo penetrante ed opponendo alla stessa esigenze di certezza del diritto e l’intangibilità del principio di autonomia negoziale. Il primo vero e proprio progetto in materia si ebbe con la proposta di legge 4 febbraio 1986, n. 3461, emanata in risposta alla sempre maggiore esigenza di contenere il dilagare di fenomeni elusivi, in particolare quelli legati alle fusioni per incorporazione di società dotate di sole perdite fiscali, nonché da crescenti esigenze di gettito. La suddetta proposta di legge aveva per oggetto la *“irrelevanza, agli effetti della determinazione del reddito complessivo, degli atti che hanno la loro causa esclusiva o principale nella riduzione dell’onere tributario”*, irrilevanza che tuttavia poteva essere fatta valere solo con una motivata autorizzazione dell’Ispettorato compartimentale. Quest’ultimo punto, in particolare, è stato oggetto di critiche in quanto avrebbe lasciato un eccessivo potere discrezionale all’Amministrazione finanziaria periferica in sede di applicazione. Il progetto fu pertanto abbandonato e ad esso seguì un nuovo tentativo con gli artt. 25 e 31 del disegno di legge 1 settembre 1988, n. 1301: il primo disciplinava l’istituto dell’interposizione fittizia di persona, il

può costituire la presunzione che quest’ultima abbia come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l’evasione fiscale”.

³⁵ Sentenza 17 luglio 1997, C-28/95, Leur-Bloem, punto 41.

secondo l'elusione d'imposta in generale. Tali norme nascevano dalla convinzione che il nostro ordinamento fornisse molteplici strumenti negoziali per raggiungere un medesimo risultato economico. L'art. 31 in particolare stabiliva che si sarebbe configurata elusione *ex lege* "quando le parti pongono in essere uno o più atti giuridici fra loro collegati al fine de rendere applicabile una disciplina tributaria più favorevole di quelle che specifiche norme impositive prevedono per la tassazione dei medesimi risultati economici che si possono ottenere con atti giuridici diversi da quelli posti in essere". In considerazione delle critiche al precedente progetto, tale norma stabiliva che l'individuazione delle categorie di negozi e delle condizioni in presenza delle quali si realizza elusione di imposta avvenisse con decreto ministeriale su parere conforme del Consiglio di Stato, e non fosse più di competenza degli Uffici impositivi. Le disposizioni dell'art. 31 furono accantonate in quanto considerate lesive dell'autonomia delle parti, perché sollevarono varie critiche per le incertezze interpretative a cui lasciavano spazio, nonché per l'efficacia retroattiva che avrebbero dovuto avere. Sopravvissero invece le norme dell'art. 25 relative alla fattispecie dell'interposizione fittizia di persone³⁶. Ugual sorte ebbero i due successivi disegni di legge 8 marzo 1989, n. 3705, e 5 ottobre 1989, n. 1746³⁷.

Nonostante i vari tentativi, prevalse dunque l'opinione di quanti sostenevano che la moltitudine di norme antielusive specifiche presenti nel nostro ordinamento sembrava essere incompatibile con una norma generale in materia.

La disciplina in questione ha subito un primo forte mutamento soltanto a seguito delle disposizioni dell'art. 10, primo comma, della L. n. 408/1990. Tale disposizione è stata definita clausola "settoriale"³⁸ in

³⁶ La disposizione in questione confluità, tramite l'art. 30 del D.L. 2 marzo 1989, n. 69, nell'art. 37, comma terzo, del D.P.R. n. 600/1973.

³⁷ Si veda TABELLINI P. M., *Libertà negoziale ed elusione di imposta: il problema della titolarità ingannevole dei redditi*, CEDAM, 1995, p. 167; CHINELLATO G., *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, cit., p. 391; TABELLINI P. M., *L'elusione della norma tributaria*, cit., p. 129.

³⁸ CHINELLATO, *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, cit., p. 394.

quanto strutturata come una clausola generale, ma applicabile ad un ambito più ristretto. Essa ha infatti subordinato l'esistenza giuridica dell'elusione a tre elementi: l'operazione posta in essere non presente *valide ragioni economiche*; ha lo *scopo esclusivo* di ottenere un risparmio d'imposta; tale scopo è stato perseguito *fraudolentemente*.

La norma presentò sin da subito forti incertezze applicative, soprattutto in relazione alle espressioni "fraudolentemente" e "scopo esclusivo". Il primo termine infatti fece pensare, inizialmente, ai significati, elaborati in ambito penale in relazione ai reati di "frode fiscale", di "truffa, o di "false comunicazioni sociali"; solo in un secondo momento prevalse l'opinione di interpretare l'espressione rifacendosi, coerentemente con la natura dell'elusione d'imposta, all'istituto della frode alla legge. Quanto invece al secondo termine, esso contrastava con quanto disposto in ambito comunitario, in cui lo scopo di eludere doveva essere invece soltanto "principale"; la differenza è sostanziale in quanto, stando ad una interpretazione letterale del termine, il contribuente avrebbe potuto dimostrare che l'operazione sospetta di elusività era mossa anche da un altro fine, oltre a quello di ottenere fraudolentemente un risparmio d'imposta.

1.5.4 - L'elusione secondo l'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973

L'art. 10 della legge n. 408/1990, precedentemente illustrato, proprio a causa dei forti dubbi interpretativi che aveva generato, fu oggetto di diverse modifiche, fino ad essere sostituito dall'art. 37-bis del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600³⁹.

³⁹ La nuova disposizione antielusiva si applica a quelle fattispecie, ivi contemplate, poste in essere dopo l'8 novembre 1997, data di entrata in vigore del D.Lgs. N. 358/1977; la vecchia disciplina di cui all'art. 10 della legge n.408/1990, per contro, continua a produrre la sua efficacia, fino alla prescrizione dei termini di accertamento, relativamente a quelle operazioni realizzate prima dell'8 novembre 1997.

Quest'ultimo stabilisce che *“Sono inopponibili all'Amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario, e a ottenere riduzioni d'imposte o rimborsi, altrimenti indebiti”*.

L'art. 37-bis individua quindi tre elementi alla base della condotta elusiva:

- a) l'esecuzione di un'operazione priva di valide ragioni economiche;
- b) l'aggiramento di un obbligo o divieto;
- c) l'ottenimento di un risparmio d'imposta altrimenti indebito.

La nuova definizione ha confermato la necessità che siano presenti i primi due elementi già individuati dal precedente art. 10, gli elementi di novità sono invece costituiti dall'eliminazione dell'avverbio *“fraudolentemente”* e la sua sostituzione con il verbo *“aggirare”*.

L'operazione può considerarsi elusiva se i tre requisiti di cui sopra sono presenti congiuntamente.

Il primo requisito riguarda l'assenza di *valide ragioni economiche*. Tale espressione compare per la prima volta nella Direttiva CEE n. 434 del 1990, che ispirò la formula antielusiva dell'art. 10 della L. n. 408/1990 stabilendo che uno Stato membro può revocare il beneficio dell'esenzione del prelievo qualora risulti che l'operazione ha come obiettivo principale la frode o l'evasione fiscale, precisando poi che *“il fatto che una delle operazioni (...) non sia effettuata per valide ragioni economiche, quali la ristrutturazione o la razionalizzazione delle attività delle società partecipanti all'operazione, può costituire la presunzione che quest'ultima abbia come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l'evasione fiscali”*⁴⁰. La ratio della norma era quella di evitare che delle operazioni di per sé lecite e volte alla ricerca della struttura ottimale da parte di un'azienda, quali appunto ristrutturazione o razionalizzazione, non fossero dettate da ragioni

⁴⁰ Direttiva CEE n. 434/1990, art. 11, comma 1, lettera a).

meramente fiscali; in tal contesto la presenza di valide ragioni economiche era quindi una dimostrazione della bontà delle intenzioni del contribuente.

Le ragioni economiche di cui all'art. 37-*bis* sono da intendere in un'accezione ampia e generale, come comprensive cioè di una qualsiasi motivazione extrafiscale. L'esigenza che tale concetto sia da interpretare in senso lato è confermata anche dal fatto che nell'ambito della casistica individuata dal terzo comma sono previste operazioni passibili di essere poste in essere da chiunque, da un imprenditore così come da qualsiasi risparmiatore, il che fa escludere l'assegnazione all'attributo "economico" di un significato limitato a quello "economico-gestionale". Tale esigenza è stata confermata inoltre dal fatto che tutte le norme dell'art. 37-*bis*, comprese quelle del terzo comma, siano state estese all'imposta di registro e a quella ipotecaria e catastale. Ecco dunque che l'attributo economico deve potersi adeguare ai concreti interessi che di volta in volta motivano gli autori dei vari comportamenti, adattando il proprio significato affinché sia in grado di esprimere interessi economici eterogenei.

Il legislatore richiede inoltre che tali ragioni economiche siano "valide", ossia prevalenti rispetto a quelle di convenienza fiscale⁴¹.

Il requisito non deve quindi intendersi nel senso di legittimità giuridica, bensì riguarda il carattere di economicità a cui deve essere informata la gestione di un'impresa, in particolare si è in presenza di un'operazione economicamente apprezzabile quando un qualsiasi operatore diligente l'avrebbe realizzata anche in assenza di eventuali vantaggi fiscali. La forma di elusione più radicale si ha quindi quando dall'operazione non deriva alcun risultato economico apprezzabile, per cui essa risulta motivata esclusivamente dal conseguimento di un indebito risparmio

⁴¹ Di diverso parere in proposito MAISTO G., *Elusione ed abuso del diritto tributario*, cit., p. 59, secondo il quale è da escludere che le ragioni economiche debbano essere prevalenti su quelle di ordine fiscale al fine di essere qualificate come "valide", ma che il giudizio verta piuttosto sulla presenza delle stesse, non tanto sulla loro prevalenza.

d'imposta. Il caso tipico è quello dell'utilizzo di uno schema elusivo "circolare", ovvero che non produce modifiche nella sfera economico-giuridica dei soggetti coinvolti, ma che fa sì che i loro atti si elidano vicendevolmente, riportando gli stessi alla situazione economico-giuridica di partenza.

L'ordinamento sembra pertanto tollerare il risparmio d'imposta derivante da un comportamento che abbia una giustificazione dal punto di vista economico, lo disapprova invece quando l'unico fine è quello fiscale.

Il secondo requisito è che l'operazione risulti *diretta ad aggirare obblighi o divieti* previsti dall'ordinamento tributario. Tale condizione ha destato sin dall'inizio alcune perplessità poiché l'espressione "obblighi o divieti" richiama il già citato carattere di imperatività, non caratterizzante le norme tributarie. Perciò con aggiramento di "obblighi" tributari è da intendersi il mancato assoggettamento ad imposta dei redditi connessi ad una data operazione; il termine "divieto" invece pare sia da interpretare, in riferimento alle norme tributarie, in senso debole, ossia come norma che esclude che, ad una determinata fattispecie, segua un effetto vantaggioso per il contribuente⁴².

Quanto al concetto di "aggiramento", esso impone una verifica del percorso seguito per raggiungere un determinato risultato. L'utilizzo, infatti, di uno o più passaggi incongrui per il raggiungimento di un certo obiettivo, evitando il ricorso allo strumento invece più immediato e diretto disponibile a tal fine, denota l'aggiramento di una specifica norma e la conseguente elusione del trattamento fiscale proprio di quel risultato. Occorre pertanto verificare se il percorso seguito per arrivare ad un certo risultato ha comportato un trattamento fiscale consono al risultato stesso.

⁴² Su quest'ultimo punto si veda TESAURO F., *Istituzioni di diritto tributario*, Parte generale, Utet Giuridica, 2011, Ed. XI, p. 261.

Infine si richiede venga conseguito un *vantaggio tributario altrimenti indebito*. La verifica del conseguimento di un risparmio impone innanzitutto un confronto tra l'onere tributario connesso al comportamento posto in essere e quello, tendenzialmente maggiore, connesso alle posizioni che sarebbero sorte se si fosse adottato il comportamento evitato. La determinazione del vantaggio dovrebbe quindi avvenire mediante un confronto oggettivo tra regimi fiscali: quello previsto dalla norma elusa e quello che il contribuente ha in concreto applicato.

In merito al termine "indebito" esso deve senz'altro essere considerato sinonimo di "non dovuto", mentre l'avverbio "altrimenti" sembra posto al solo scopo di rafforzare l'idea secondo la quale i vantaggi non si sarebbero conseguiti se non attraverso un percorso di aggiramento delle norme tributarie. Secondo la Relazione ministeriale dovrebbero qualificarsi come indebiti i vantaggi ottenuti attraverso *"scappatoie formalmente legittime allo scopo di aggirare regimi fiscali tipici"* non consentiti e che, in quanto tali, il sistema *"indirettamente disapprova"*⁴³. La normativa contenuta nei primi due commi dell'art. 37-bis pare avere quindi le caratteristiche di una clausola generale, mentre nel terzo comma il legislatore reintroduce in parte il regime casistico.

1.5.5 - Le operazioni potenzialmente elusive e le loro ragioni economiche

Le disposizioni fin qui esaminate si applicano ad un numero circoscritto di casi, individuati dal legislatore al comma 3 dello stesso articolo, e che riguardano, in particolar modo, l'ambito delle operazioni straordinarie d'impresa. Il dispositivo antielusivo è dunque applicabile

⁴³ Relazione ministeriale allo "Schema di decreto del 12 settembre 1997 (D.Lgs. 358/1997)".

nel caso in cui i fatti, atti e negozi vengano realizzati mediante le operazioni contemplate nel suddetto terzo comma.

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

- a) trasformazioni, fusioni, scissioni, liquidazioni volontarie e distribuzioni ai soci di somme prelevate da voci del patrimonio netto diverse da quelle formate con utili;*
- b) conferimenti in società, nonché negozi aventi ad oggetto il trasferimento o il godimento di aziende;*
- c) cessioni di crediti;*
- d) cessioni di eccedenze d'imposta;*
- e) operazioni di cui al D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 544 , recante disposizioni per l'adeguamento alle direttive comunitarie relative al regime fiscale di fusioni, scissioni, conferimenti d'attivo e scambi di azioni;*
- f) operazioni, da chiunque effettuate, incluse le valutazioni, aventi ad oggetto i beni ed i rapporti di cui all'articolo 81, comma 1, lettere da c) a c-quinquies), del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917”.*

Rispetto all'elencazione contenuta nella normativa precedente, la già citata legge n. 408/1990, il legislatore ha cercato di delimitare in modo più chiaro l'ambito di applicazione della norma, pur continuando ad includere fattispecie piuttosto eterogenee.

Chiaramente, in relazione ad ogni tipologia di operazione bisognerà andare ad individuare le valide ragioni economiche ad essa sottostanti. In materia di operazioni straordinarie, ad esempio, si ritiene che una fusione fatta tra due società in liquidazione al solo scopo di compensare le perdite di una società con gli utili dell'altra, non sia sorretta da valide ragioni economiche; lo è invece nel caso in cui essa abbia lo scopo di migliorare le capacità produttive di due soggetti.

La riformulazione della normativa antielusione ha dunque perfezionato il contenuto della legge precedente in una prospettiva di sostanziale

continuità, lasciandone così intatto il carattere ibrido, fra generalità e particolarismo.

1.5.6 - Aspetti procedurali

Una volta accertata la sussistenza di un comportamento elusivo, gli atti, fatti o negozi sono “*inopponibili*” all’Amministrazione finanziaria, la quale disconosce i vantaggi fiscali conseguiti e ridetermina l’ammontare dell’imposta dovuta in base ad una ricostruzione della fattispecie elusa. Si tratta quindi di uno speciale avviso di accertamento, che non determina l’imposta direttamente associata dalla legge alla fattispecie realizzata, disconoscendo così l’operazione elusiva, ma che va invece ad applicare la norma elusa, ossia quella che il contribuente ha aggirato, imponendo il pagamento di un tributo supplementare, pari alla differenza tra le imposte dovute in base alla norma elusa e quelle in base al comportamento posto in essere⁴⁴. Non produce quindi l’invalidità degli atti e negozi, ma la sola cancellazione dei vantaggi tributari derivati dalla condotta elusiva, così da eliminare il danno economico arrecato al Fisco.

La disciplina in esame segue un particolare *iter* procedimentale in cui il contribuente accertato deve essere coinvolto nel contraddittorio anche prima dell’emissione dell’avviso di accertamento, si tratta del cosiddetto “*contraddittorio obbligatorio*”. Infatti i commi quarto e quinto stabiliscono che l’Amministrazione, prima di emettere l’avviso di accertamento, deve, a pena di nullità, chiedere chiarimenti al contribuente circa le ragioni economiche alla base dell’operazione contestatagli. A quel punto egli potrà aderire all’invito dell’Amministrazione finanziaria, rispondendo per iscritto entro sessanta giorni dalla richiesta della stessa.

⁴⁴ TESAURO F., *Istituzioni di diritto tributario*, cit., p. 265.

L'Ufficio, aperta l'istruttoria e invitato il contribuente a fornire le proprie giustificazioni, dovrà poi esaminare le ragioni fornite dallo stesso per stabilire se esse abbiano una valenza economica oppure se siano state adottate esclusivamente nell'ottica di ottenere un risparmio d'imposta.

L'avviso di accertamento deve essere motivato tenendo in considerazione anche le giustificazioni fornite dal contribuente e spiegando semmai il motivo per cui le ragioni economiche addotte dallo stesso non siano state ritenute sufficienti; ciò lo si può desumere chiaramente dall'art.37-bis, del D.P.R. n. 600/73, il quale dispone che *"l'avviso di accertamento deve essere specificamente motivato, a pena di nullità, in relazione alle giustificazioni fornite dal contribuente"*.

In materia di elusione è necessario poi riferirsi al c.d. interpello speciale, procedimento quest'ultimo applicabile in casi predeterminati, tra i quali appunto le operazioni rientranti tra quelle di cui all'art. 37-bis del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, nonché quelle suscettibili di essere inquadrare nella norma in tema di interposizione di persona. Tramite tale procedura il contribuente *"può richiedere il preventivo parere alla competente direzione generale del Ministero delle Finanze fornendole tutti gli elementi conoscitivi utili ai fini della corretta qualificazione tributaria della fattispecie prospettata"* e, in caso di mancata risposta da parte della Direzione generale, può richiedere il parere del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive. La mancata risposta di quest'ultimo entro sessanta giorni equivale a silenzio-assenso, se invece il Comitato esprime parere negativo, giudicando quindi elusiva l'operazione in questione, ciò non esclude che il contribuente possa realizzarla ugualmente, in quest'ultimo caso però, allorché fosse emesso un avviso di accertamento, l'onere della prova ricadrebbe sul contribuente che non si è uniformato al parere del Comitato ⁴⁵ .

⁴⁵ *Ibidem.*

Capitolo II

***Tax planning* e norme di contrasto all'elusione fiscale internazionale**

2.1 - Premessa

Negli ultimi decenni il legislatore italiano è intervenuto con disposizioni antielusive di stampo internazionale, nel tentativo di contrastare le attività poste in essere al fine di sottrarsi agli obblighi fiscali. Tali disposizioni, emanate dal legislatore italiano nel rispetto dei principi e delle normative comunitarie, nonché dei trattati contro le doppie imposizioni, vogliono fungere da deterrente verso un uso improprio della normativa tributaria.

In particolare, nell'analizzare quanto disposto in materia dal legislatore italiano, è necessario prendere in considerazione quattro norme del TUIR, che disciplinano nello specifico i seguenti ambiti: l'istituto dei prezzi di trasferimento (art. 110, comma 7); l'indeducibilità dei costi sostenuti dall'impresa per l'acquisto di beni o servizi da altre ubicate in paradisi fiscali, i cosiddetti costi *black list* (art. 110, comma 10); la disciplina sulle società estere controllate o collegate, c.d. CFC (art. 167 e 168); le norme volte a contrastare l'esterovestizione (art. 73, commi 5-bis e 5-ter).

Trattandosi di disposizioni emanate non in contemporanea, ma che sono frutto di interventi legislativi susseguiti nel tempo anche a distanza di anni, scontano una mancanza di uniformità e coordinamento, dal punto di vista tanto sostanziale quanto formale. Ciò potrebbe dare origine, di conseguenza, a difficoltà interpretative ed

applicative, nonché far sorgere problemi in capo all'Amministrazione finanziaria qualora si trovi di fronte alla necessità di risolvere eventuali controversie. Un altro notevole ostacolo è rappresentato dalla differente legislazione in materia di *transfer pricing* negli ordinamenti dei vari Stati dell'Unione Europea, questi ultimi infatti si presentano difformi sotto molteplici aspetti, nonostante la generale condivisione dei principi definiti dall'Ocse. In particolare le imprese devono adempiere ad una serie sempre maggiore di obblighi documentali, il che finisce con il rappresentare un onere particolarmente gravoso per le società coinvolte in operazioni transnazionali¹.

2.2 - Il *transfer pricing*

2.2.1 - Uno sguardo generale

Le disposizioni sui prezzi di trasferimento sono volte alla determinazione del valore da attribuirsi a beni o servizi oggetto di compravendite tra società legate tra loro da rapporti di controllo o collegamento e residenti in Stati diversi².

La ragione di tale disciplina risiede nella volontà del legislatore di contrastare possibili comportamenti elusivi. In particolare, le suddette operazioni infragruppo, coinvolgendo società fiscalmente residenti in

¹ Ci si riferisce in particolare agli obblighi imposti al fine di dimostrare la conformità dei prezzi al principio *arm's length*, secondo il quale per stabilire i corrispettivi relativi ad operazioni infragruppo bisogna considerare quelli riferibili ad analoghe operazione realizzate tra parti indipendenti; sul punto si vedano VALENTE P., ALAGNA C., *Transfer pricing: prospettive di diritto tributario comunitario*, in Commercio internazionale n. 4/2007, p. 34; TOSI L., BAGGIO R., *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, Cedam, Padova, 2011.

² Per un'analisi più approfondita si rinvia a MAISTO G., *Il "transfer price" nel diritto tributario italiano e comparato*, Cedam, Padova, 1985; CHINELLATO G., *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, cit., p. 397; VALENTE P., ALAGNA C., *Transfer pricing: prospettive di diritto tributario comunitario*, in Commercio internazionale n. 4/2007, p. 34;

Stati differenti, potrebbero essere realizzate al solo scopo di allocare gli utili nel Paese a più bassa fiscalità, mediante una manipolazione dei prezzi di trasferimento dei beni o servizi oggetto dello scambio³.

Tale finalità antielusiva risulta dunque essere la *ratio* dell'art. 110, comma 7 del TUIR, principale fonte normativa in materia di *transfer pricing*, il quale prevede la valorizzazione delle operazioni infragruppo in base al "valore normale", introducendo così un'eccezione al principio generale di determinazione del reddito sulla base dei corrispettivi pattuiti tra le parti. *"I componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, sono valutati in base al valore normale dei beni ceduti, dei servizi prestati e dei beni e servizi ricevuti, determinato a norma del comma 2, se ne deriva un aumento del reddito, la stessa disposizione si applica anche se ne deriva una diminuzione del reddito, ma soltanto in esecuzione degli accordi conclusi con le autorità competenti degli Stati esteri a seguito delle speciali "procedure amichevoli" previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi. La presente disposizione si applica anche per i beni ceduti e i servizi prestati da società non residenti nel territorio dello Stato per conto delle quali l'impresa esplica attività di vendita e collocamento di materie prime o merci o di fabbricazione o lavorazione di prodotti."*

La citata disposizione normativa richiede dunque la presenza di due requisiti: uno, soggettivo, relativo al rapporto di controllo; il secondo, oggettivo, rappresentato dal valore attribuito al bene o servizio dai soggetti interessati.

³ Si veda CHINELLATO G., *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, cit., p.197.

2.2.2 - Art.110 del TUIR: ambito soggettivo

Innanzitutto, in ambito soggettivo, occorre evidenziare la terminologia utilizzata dal legislatore nell'individuare i soggetti passivi della norma. Impiega infatti il termine "impresa" in riferimento all'ente controllato dalla società estera, o che la controlla, ovvero è controllato da altra società che controlla anche la società estera; definisce invece "società" il soggetto non residente che controlla l'impresa italiana, ne è controllato, ovvero controlla la società non residente e l'impresa italiana.

Il concetto di società non è perfettamente collimante con quello di impresa, essendo quest'ultimo molto più ampio e comportando l'estensione della norma a tutti quei soggetti, persone fisiche e non, che esercitino un'attività economica organizzata allo scopo di produrre o scambiare beni o servizi, secondo la nozione dettata in ambito civilistico dall'art. 2082 del Codice Civile. Nozione quest'ultima accolta anche dall'Amministrazione finanziaria nella circolare n. 32 del 1980, la quale si conclude stabilendo che nel termine vanno ricomprese *"oltre che i vari tipi di società di capitali e di persone, anche le imprese individuali e le stabili organizzazioni di società estere operanti in Italia riconosciute fiscalmente autonome dall'art.[20 del D.P.R- 22 dicembre 1986, n.917]"*⁴.

Nel caso dunque del soggetto residente deve essere verificata, ai fini dell'applicazione della disciplina, la sussistenza di un'attività imprenditoriale tassabile ex D.P.R. 917/86 e non rilevano la forma e la natura del soggetto che la svolge. Diverso è invece per il soggetto non residente, dal momento che la norma parla di "società non residenti" e sembrerebbe quindi escludere tutti quei soggetti che non rivestono tale forma giuridica. Tuttavia, la già citata circolare ministeriale n. 32 del

⁴ MAISTO G., *La disciplina dei prezzi di trasferimento infragruppo*, in *Materiali di Diritto Tributario Internazionale*, IPSOA, 2002, p. 262.

1980 aveva ampliato l'ambito di applicazione a tutte le operazioni compiute dal soggetto estero indipendentemente dall'entità che le ha poste in essere, comprendendo cioè *"ogni sorta di organismi societari giuridicamente riconosciuti nello Stato estero anche se difettano del requisito della plurisoggettività"*⁵. Seppur la suddetta interpretazione estensiva sembri essere la prevalente, permane tuttavia una parte della dottrina che ritiene si debba preferire un'interpretazione letterale della norma, che escluda quindi l'applicabilità della stessa a rapporti intercorrenti tra imprese residenti ed entità non residenti non strutturate in forma societaria.

Il tema resta quindi aperto. E' bene tuttavia evidenziare che, nonostante risulti assai infrequente nella pratica che un contribuente concluda operazioni di compravendita con una persona fisica, un trust o una fondazione, l'Amministrazione finanziaria durante una verifica potrà pur sempre utilizzare altri strumenti per non riconoscere tali operazioni, come ad esempio le norme dell'art. 37 del D.P.R. 600/73⁶.

Sempre dal punto di vista soggettivo, ai fini dell'applicazione della disposizione in esame è necessario che l'impresa italiana e la società estera tra cui hanno luogo le operazioni siano legate tra loro da rapporti di controllo. Va notato, a tal proposito, che l'art. 110, comma 7 del TUIR non richiama esplicitamente l'art. 2359 c.c., facendo pensare quindi che le ipotesi di controllo non debbano ritenersi circoscritte a quelle prospettate da quest'ultimo in sede civilistica, ma vadano considerate in un'accezione più ampia. Tale impostazione trova conferma nella circolare ministeriale n. 32 del 1980, dalla quale emerge che l'Amministrazione finanziaria ritiene che il concetto di controllo comprenda ogni forma di influenza economica attuale o potenziale

⁵ Circolare ministeriale n. 32/1980.

⁶ Per una disamina più completa che tenga conto anche dell'evoluzione storica cui la norma è stata oggetto, si veda MAISTO G., *La disciplina dei prezzi di trasferimento infragruppo*, cit. e MUSSELLI A., MUSSELLI A. C., *Transfer pricing*, Il Sole 24 ORE S.p.A., Milano, 2001.

desumibile dalle singole circostanze, ed in particolare che si configuri l'ipotesi di controllo anche nei casi di :

- a) *“vendita esclusiva di prodotti fabbricati dall'altra impresa;*
- b) *impossibilità di funzionamento dell'impresa senza il capitale, i prodotti e la cooperazione tecnica dell'altra impresa (fattispecie comprensiva delle joint ventures);*
- c) *diritto di nomina dei membri del consiglio di amministrazione o degli organi direttivi della società;*
- d) *membri comuni del consiglio di amministrazione;*
- e) *relazioni di famiglia tra le parti;*
- f) *concessione di ingenti crediti o prevalente dipendenza finanziaria;*
- g) *partecipazione da parte delle imprese a centrali di approvvigionamento o vendita;*
- h) *partecipazione delle imprese a cartelli o consorzi, in particolare se finalizzati alla fissazione di prezzi;*
- i) *controllo di approvvigionamento o di sbocchi;*
- j) *serie di contratti che modellino una situazione monopolistica;*
- k) *in generale tutte le ipotesi in cui venga esercitata potenzialmente o attualmente un'influenza sulle decisioni imprenditoriali.”*

La circolare conclude poi affermando che è necessario riavvisare nel rapporto di controllo la presenza di elementi di stabilità tali da poter far escludere che questo sia meramente fortuito o molto limitato nel tempo.

Stando a tali considerazioni, quindi, ai fini dell'applicazione dell'art. 110, comma 7, del TUIR, tra i due soggetti deve sussistere un controllo in senso economico così come definito dall'art. 2359 c.c., ovvero un controllo in senso giuridico inteso come potere di una parte di incidere sulle scelte contrattuali dell'altra⁷.

⁷ Così la suddetta Circolare n. 32 del 1980 *“In relazione ai fini perseguiti dal legislatore fiscale - che ben divergono da quelli del legislatore civilistico - il controllo di cui trattasi deve essere contrassegnato da esigenze di elasticità e trovare collocazione in un contesto economico dinamico,*

2.2.3 - Art.110 del TUIR: ambito oggettivo

L'applicazione dell'art. 110, comma 7 del TUIR comporta inoltre, come sopra indicato, la valutazione dei beni e servizi oggetto dell'operazione infragruppo al valore normale. Ai fini della determinazione di tale valore il comma 7 dell'art. 110 rinvia al comma 2 dello stesso articolo, il quale a sua volta richiama le disposizioni dell'art. 9, comma 3. Ai sensi di quest'ultimo *“Per valore normale, salvo quanto stabilito nel comma 4 per i beni ivi considerati, si intende il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e i servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono stati acquisiti o prestati, e, in mancanza, nel tempo e nel luogo piu' prossimi. Per la determinazione del valore normale si fa riferimento, in quanto possibile, ai listini o alle tariffe del soggetto che ha fornito i beni o i servizi e, in mancanza, alle mercuriali e ai listini delle camere di commercio e alle tariffe professionali, tenendo conto degli sconti d'uso. Per i beni e i servizi soggetti a disciplina dei prezzi si fa riferimento ai provvedimenti in vigore.”*. Ad eccezione fatta quindi per i beni e servizi di cui al comma 4, che considera nello specifico quote, azioni ed obbligazioni di società quotate e non per le quali il legislatore fissa dei criteri specifici, il valore normale altro non è che il valore di mercato che sarebbe praticato se i beni o i servizi fossero scambiati tra soggetti indipendenti.

In presenza di listini, tariffe, dati contabili, l'identificazione del valore normale può essere relativamente semplice, risulta al contrario meno agevole nel caso in cui il prodotto o servizio in questione sia realizzato

tenendo presente, cioè, che le variazioni di prezzo nelle transazioni commerciali trovano spesso il loro presupposto fondamentale nel potere di una parte di incidere sull'altrui volontà non in base al meccanismo del mercato ma in dipendenza degli interessi di una sola delle parti contraenti o di un gruppo.”

una tantum, ad esempio su commissione, e non vi siano quindi comparazioni plausibili, oppure nel caso in cui si tratti di un corrispettivo pagato per un bene immateriale.

In tali casi, ai fini della concreta individuazione del suddetto valore, l'Amministrazione finanziaria italiana ha adottato i criteri indicati in un Rapporto del Comitato degli Affari Fiscali pubblicato dall'OCSE:

- Il metodo del confronto del prezzo (*Comparable Uncontrolled Price Method o CUP*). Esso prevede il confronto del prezzo stabilito dalle parti rispetto a quello praticato per transazioni simili da imprese indipendenti, oppure tra una di quelle oggetto di controllo ed una indipendente. Secondo quanto stabilito nella circolare ministeriale n. 9/2267 del 1980, il concetto di valore normale recepisce il principio del prezzo di libera concorrenza consigliato dall'OCSE, costituendone l'espressione più tipica dal momento che esso permette un confronto diretto con i prezzi praticati da imprese indipendenti e riflette le condizioni del mercato⁸.
- Il metodo del prezzo di rivendita (*Resale Pricing Method*). Secondo questo approccio si perviene al valore normale considerando il prezzo di vendita praticato nei confronti del successivo acquirente, deducendo dallo stesso le spese sostenute (quali ad esempio quelle di distribuzione) e una percentuale a titolo di profitto⁹.
- Il metodo del costo maggiorato. Criterio in base al quale il valore normale è determinato sommando al costo di produzione sostenuto dal venditore una percentuale rappresentativa di un normale margine di profitto.

Relativamente alla questione su quale dei tre metodi fin qui elencati sia da preferirsi, la Circolare del Ministero delle Finanze n. 42/12/1587 del 12 dicembre 1981 chiarisce che non è possibile individuare un vero e

⁸ Per una disamina più approfondita sulle problematiche generali inerenti il concetto di prezzo di libera concorrenza dell'OCSE si veda MUSSELLI A., MUSSELLI A. C., *Transfer pricing*, cit., p. 27.

⁹ TOSI L., BAGGIO R., *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, cit., p. 86.

proprio *iter* obbligatorio, ma che è preferibile assumere un atteggiamento pragmatico a riguardo scegliendo il metodo che garantisce le *“prove più complete, decisive e più facili da ottenersi”*. E' bene ricordare tuttavia che si tratta di criteri non codificati e che, in quanto tali, non hanno valore precettivo.

La norma qui esaminata pone però un problema di incertezza operativa da un lato, che emerge in riferimento all'individuazione del valore normale e, dall'altro, fa nascere il rischio di una doppia imposizione. A tal proposito l'art. 8 del D.L. n. 269 del 2003, che ha introdotto nel nostro ordinamento il cosiddetto Ruling internazionale, rappresenta un tentativo di ridurre il grado di incertezza. Esso concede infatti alle imprese la possibilità di stipulare un accordo con un apposito ufficio dell'Agenzia delle Entrate avente ad oggetto i criteri di determinazione del valore normale. Una volta raggiunto l'accordo tra le parti questo è valido per tre periodi di imposta, quello corrente e i due successivi ed è vincolante per l'Amministrazione finanziaria, la quale, nel periodo di vigenza dello stesso, non può esercitare poteri istruttori nei confronti del contribuente, salvo che non vi siano dei cambiamenti nelle circostanze di fatto o di diritto che erano state considerate in occasione della stipula¹⁰. Si tratta di *“un nuovo istituto con il quale realizzare ulteriori forme di collaborazione tra amministrazione finanziaria e contribuenti, in particolare quelli che operano in mercati internazionali”*¹¹. Il Ruling è rivolto principalmente al regime di rezzi di trasferimento, nonché agli interessi, ai dividendi e alle royalties, ed è riservato solamente ad imprese che esercitano un'attività internazionale.

Tuttavia se, da un lato, l'istituto in oggetto si presenta come uno strumento valido a prevenire conflitti tra il contribuente e l'Amministrazione finanziaria, dall'altro esso non sembra idoneo a

¹⁰ Sul punto sempre TOSI L., BAGGIO R., Lineamenti di diritto tributario internazionale, cit., p. 89.

¹¹ Relazione illustrativa al D.L. n. 269/2003.

risolvere i problemi di doppia imposizione collegati all'applicazione del *transfer pricing*, poiché l'oggetto dell'accordo, non essendo vincolante, potrebbe non essere riconosciuto dall'Amministrazione finanziaria dello Stato competente a tassare il reddito dell'impresa estera. Infatti, benché il comma 3 dell'art. 8 del D.L. n.269/2003 stabilisca che *“in base alla normativa comunitaria, l'Amministrazione finanziaria invia copia dell'accordo all'autorità fiscale competente degli Stati di residenza o di stabilimento delle imprese con i quali i contribuenti pongono in essere le relative operazioni”*, la norma non specifica quali rimedi e procedure potrebbe attivare l'Amministrazione italiana nel caso in cui l'altro istituto coinvolto mantenga posizioni contrastanti. Un'eventuale rettifica in aumento del prezzo infragruppo può quindi, ad esempio, generare una doppia imposizione nel caso in cui l'Amministrazione finanziaria estera non proceda ad una rettifica di segno opposto.

Una possibile soluzione a tale problema è prevista nell'ambito delle Convenzioni contro le doppie imposizioni, le Amministrazioni finanziarie potrebbero infatti avviare la cosiddetta procedura amichevole¹² al fine di raggiungere un accordo in materia; trattandosi però, anche in tal caso, di una procedura che obbliga le parti a consultarsi ma non a raggiungere necessariamente un'intesa, permane il limite precedentemente individuato relativamente alla normativa sul *transfer pricing*.

La procedura del Ruling peraltro pare ispirarsi ad altre forme di interpello già esistenti in altri Paesi, in particolar modo ai cosiddetti APAs (*Advanced pricing agreements*), più volte oggetto di interesse da parte dell'OCSE. Si tratta di istituti che consentono di pervenire ad un accordo con le Autorità fiscali in merito all'applicazione dei metodi per la determinazione dei prezzi di trasferimento e che già avevano destato preoccupazione e generato simili problematiche di doppia imposizione.

¹² Si veda art. 25 del modello di Convenzione OCSE.

Da segnalare anche la novità introdotta dall'art. 26 del D.L. n. 78 del 2010 che ha integrato l'art.1, comma 2-ter del D.Lgs. n. 471 del 1997 che consente al contribuente di prevenire il rischio di essere sanzionato per infedele dichiarazione¹³ nei casi in cui l'Amministrazione finanziaria operi una contestazione in materia di *transfer pricing*. La sanzione non viene irrogata se il contribuente predisporre di tutta la documentazione necessaria a consentire il riscontro della conformità al valore normale dei prezzi di trasferimento applicati e strutturata secondo le indicazioni del Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate 29 settembre 2010; nonché comunicati all'Agenzia delle entrate, in sede di dichiarazione dei redditi, di aver predisposto la suddetta documentazione. Il contribuente adempiendo a questi due obblighi può dunque evitare il rischio di vedersi applicare una sanzione per infedele dichiarazione nel caso in cui l'Amministrazione gli contesti comunque una maggior base imponibile in applicazione della normativa sul *transfer pricing*.

2.3 - Paradisi fiscali e indeducibilità dei costi *black list*

2.3.1 - *Black e White list*

Con il termine "paradiso fiscale", dall'inglese *tax heavens* o *offshore heavens*, si è soliti designare un Paese caratterizzato da un basso regime in positivo. *Offshore* è una sorta di neologismo che definisce le strutture finanziarie, caratterizzate da un regime fiscale meno restrittivo di quello del Paese di provenienza degli investitori, che

¹³ Disciplinata dall'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 47/97 "Se nella dichiarazione e' indicato, ai fini delle singole imposte, un reddito imponibile inferiore a quello accertato, o, comunque, un'imposta inferiore a quella dovuta o un credito superiore a quello spettante, si applica la sanzione amministrativa dal cento al duecento per cento della maggior imposta o della differenza del credito. La stessa sanzione si applica se nella dichiarazione sono esposte indebite detrazioni d'imposta ovvero indebite deduzioni dall'imponibile, anche se esse sono state attribuite in sede di ritenuta alla fonte."

alcuni Stati mettono a disposizione dei non residenti, con lo scopo di attirare capitali esteri. Nei vari ordinamenti nazionali sono previste numerose disposizioni volte a contrastare comportamenti evasivi ed elusivi attuati attraverso lo sfruttamento di paradisi fiscali.

Quanto alla normativa italiana è stata di recente oggetto di modifiche, la legge n. 244 del 24 dicembre 2007, nota come “Legge Finanziaria 2008”, ha infatti uniformato le varie disposizioni previste dal legislatore tributario in materia di *black* e *white list*. In passato le norme che regolavano i rapporti con i paradisi fiscali erano infatti strutturate in modo tale da rinviare a decreti ministeriali contenenti le c.d. *black list*, ovvero elenchi di Paesi e territori caratterizzati da bassi livelli di tassazione o dall’assenza di forme di scambio di informazioni con l’ordinamento italiano. Il legislatore, con l’emanazione della suddetta legge ed in particolare con l’introduzione dell’art.168-bis del TUIR, ha tentato di uniformare il sistema previgente e di passare ad un sistema basato esclusivamente su delle *white lists*, individuando quindi “in negativo” i paradisi fiscali.

L’art. 168-bis TUIR prevede la messa a punto, con un Decreto del Ministro dell’economia e delle finanze, di due nuove liste in cui siano indicati: gli Stati e territori con i quali è possibile attuare adeguate forme di scambio di informazioni ai fini delle imposte sui redditi; nonché gli Stati e territori che, oltre a consentire un adeguato scambio di informazioni, presentino anche un congruo livello di tassazione.

Con l’introduzione dell’art.168-bis è stato modificato il testo di tutte le norme relative ai paradisi fiscali, richiamando non più agli Stati contenuti nelle *black list*, bensì a quelli non inclusi in una delle due *white lists* suddette¹⁴.

¹⁴ Va segnalato che l’unica disposizione modificata dalla Legge Finanziaria del 2008 che non fa riferimento alle *white list* di cui all’art. 168-bis è l’art. 2, comma 2-bis del TUIR, il quale prevede che la presunzione di residenza fiscale in Italia delle persone fisiche operi qualora il contribuente trasferisca la residenza in un Paese che non sia contenuto tra quelli delle citate *white list*, dovrebbe quindi esserne emanata una ulteriore ai sensi di tale comma 2-bis.

Quanto alla decorrenza temporale di tali nuove disposizioni, il comma 88 dell'art. 1 della citata Legge n. 244 ha stabilito che esse trovino applicazione dal periodo di imposta successivo alla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'apposito Decreto Ministeriale, richiamato dall'art. 168-bis TUIR, e che fino ad allora continueranno ad applicarsi le disposizioni vigenti al 31 dicembre 2007. Tuttavia, ad oggi, l'art. 168-bis non ha ancora avuto attuazione, pertanto le disposizioni che rimandano alla predetta norma risultano di fatto inapplicabili, il che crea un difficile coordinamento tra le varie disposizioni ed impone all'operatore una continua verifica delle formulazioni originarie vigenti al 31 dicembre 2007.

Si segnala inoltre la presenza di una disciplina transitoria introdotta dal legislatore con il comma 90 dell'art. 1 della Legge n. 244 del 2007, la quale prevede che, per un periodo di cinque anni dalla data di pubblicazione del Decreto Ministeriale relativo, non siano da considerarsi paradisi fiscali gli Stati o territori non compresi né nelle *white list* né nella *black list*¹⁵. Dopodiché, quando sarà trascorso il regime transitorio e saranno eliminate le *black lists*, i Paesi non inclusi nelle *white lists* saranno invece considerati paradisi fiscali¹⁶.

2.3.2 - Normativa per l'indeducibilità dei costi

L'art. 110, commi 10 e 11, del TUIR dettano specifiche regole volte a rendere ineducibili i componenti negativi di reddito derivanti da

¹⁵ Si tratterà in particolare degli Stati non elencati né nel D.M. 4 settembre 1996, che definisce la *white list* ai sensi dell'art. 6, comma 1, del D.Lgs. n. 239 del 1996 in materia di esclusione da tassazione degli interessi percepiti da soggetti non residenti; né nel D.M. 4 maggio 1999, che definisce la *black list* ai sensi del citato comma 2-bis dell'art.2 del TUIR; né nel D.M. 21 novembre 2011, che definisce la *black list* in materia di CFC, con le limitazioni previste nel D.M. 23 gennaio 2002.

¹⁶ TOSI L., BAGGIO R., *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, cit., p. 98.

operazioni effettuate con imprese e professionisti domiciliati nei c.d. paradisi fiscali¹⁷.

La disciplina trova il suo primo riferimento normativo nella legge n. 413 del 1999, a introdotta inizialmente per combattere pratiche elusive infragruppo ed interessando quindi le sole operazioni poste in essere tra società controllate con sede in paradisi fiscali. La successiva legge n. 342/2000 ha poi esteso la disciplina a qualsiasi operazione intercorsa con società residenti in Stati a fiscalità privilegiata, indipendentemente dalla presenza o meno di vincoli di collegamento¹⁸.

Quel che è importante sottolineare è il tentativo della norma in esame di colpire i casi di sottrazione artificiosa di materia imponibile attraverso lo sfruttamento di regimi fiscali privilegiati; la *ratio*, in sostanza, era e permane quella antielusiva di evitare che il reddito venga trasferito nei c.d. paradisi fiscali attraverso l'utilizzo di società estere localizzate negli stessi.

A tal fine il legislatore ha previsto, con la norma sopra citata, un generale regime di indeducibilità di questi costi *black list*, indeducibilità che però può venir meno nel caso in cui il soggetto residente sia in condizione di provare, alternativamente, una delle due esimenti previste dal comma 11 dello stesso articolo:

- che i fornitori esteri *“svolgano prevalentemente un'attività commerciale effettiva”*; ovvero
- che *“le operazioni poste in essere rispondano ad un effettivo interesse economico e che le stesse abbiano avuto concreta esecuzione”*.

Il contribuente può fornire prova a riguardo in via preventiva oppure a posteriori.

¹⁷ In attesa che venga emanato il decreto previsto dall'art.168-bis del TUIR, la lista dei Paesi a fiscalità privilegiata è attualmente ancora quella contenuta nel D.M. 23 gennaio 2002.

¹⁸ BOELLA N., GIOFFRE' V., *Indeducibilità dei costi per operazioni “black list” salvo prova contraria* in *Fiscalità e commercio internazionale* n. 8/2011, p. 25.

Nel primo caso la prova viene fornita presentando apposito interpello al fine di ottenere un parere dell'Amministrazione finanziaria in merito al trattamento tributario delle operazioni concluse con imprese localizzate in territori a fiscalità privilegiata. Qualora il contribuente presenti istanza di interpello e non ottenga risposta entro i successivi 120 giorni, può diffidare l'amministrazione; trascorsi ulteriori 60 giorni dalla data di presentazione della diffida si forma il silenzio assenso in merito alla soluzione prospettata dal contribuente¹⁹.

Relativamente al secondo caso, invece, l'art. 110, comma 11, del TUIR prevede una tutela rafforzata dell'impresa disponendo che l'Agenzia delle entrate, prima di procedere con l'emissione dell'avviso di accertamento, deve notificare al contribuente un'apposita richiesta di chiarimenti, con la quale gli viene concessa la facoltà di fornire le suddette prove nel termine di 90 giorni. Nel caso in cui l'Amministrazione non dovesse ritenere validi i chiarimenti forniti dovrà evidenziarlo nell'avviso di accertamento, chiarendo le "specifiche ragioni giuridiche e fattuali" che l'hanno portata a non accogliere le prove addotte dal contribuente.

2.3.3 - Prima e seconda esimente

Quanto alla prima esimente il legislatore impone al contribuente di provare, ai fini della deducibilità dei costi per operazioni *black list*, che l'impresa estera svolga prevalentemente un'attività economica effettiva. Più precisamente, il legislatore qui si riferisce allo svolgimento di attività commerciale mediante l'utilizzo *in loco* di una struttura

¹⁹ L'istanza di interpello deve essere fatta pervenire mediante spedizione in plico raccomandato con avviso di ricevimento all'Agenzia delle Entrate - Direzione Centrale Normativa per tramite della Direzione regionale competente in base al domicilio fiscale dell'istante. La Direzione regionale compie l'istruttoria e tramette l'istanza con il proprio parere alla Direzione centrale non oltre il quindicesimo giorno dalla ricezione; la Direzione centrale comunica al contribuente il proprio parere entro il termine di 120 giorni dal ricevimento dell'istanza, sempre mediante plico raccomandato con avviso di ricevimento.

organizzativa dedicata. Non ha invece rilevanza il c.d. radicamento nel territorio del fornitore non residente, inteso come collegamento con il mercato di sbocco o di approvvigionamento del relativo Paese estero²⁰. L'elenco della documentazione idonea a provare la sussistenza dell'esimente in commento si può ricavare da alcune note interpretative emanate dagli organi centrali dell'Amministrazione Finanziaria. La Circolare dell'Agenzia delle entrate 23 maggio 2003, n. 29/E fa riferimento a:

- “bilancio;
- certificazione del bilancio;
- prospetto descrittivo dell'attività esercitata;
- contratti di locazione degli immobili adibiti a sede degli uffici e dell'attività;
- copia della fatture delle utenze elettriche e telefoniche relative agli uffici e agli altri immobili utilizzati; contratti di lavoro dei dipendenti che indicano il luogo di prestazione dell'attività lavorativa e le mansioni svolte;
- conti bancari aperti presso istituti locali;
- estratti conto bancari che diano evidenza delle movimentazioni finanziarie relative alle attività esercitate;
- copia dei contratti di assicurazione relativi ai dipendenti e agli uffici;
- autorizzazioni sanitarie e amministrative relative all'attività e all'uso dei locali”.

La prova dell'effettività del fornitore estero richiede dunque il reperimento da parte del contribuente di tutta una serie di documentazioni e informazioni di norma non facilmente accessibili allo stesso.

²⁰ Diversamente da quanto espressamente disciplinato in riferimento all'esimente prevista, ai fini della disapplicazione delle disposizioni in tema di CFC, dall'art. 167, comma 5, del TUIR.

La seconda esimente riguarda la natura dell'operazione posta in essere con il soggetto estero, ed in particolare richiede la prova dell'effettivo interesse economico nella realizzazione di operazioni con imprese *black list*, oltre che della loro concreta esecuzione. Tale aspetto della normativa ha suscitato dibattito in dottrina, specialmente in merito alla nozione stessa di "effettivo interesse economico"²¹. In particolare è possibile individuare tre diversi orientamenti in merito²².

Una prima corrente di pensiero si focalizza sul concetto di "inerenza" e considera deducibili i costi *black list* se riferibili ad operazioni che soddisfano il requisito dell'economicità, che consentono cioè all'impresa il conseguimento di un maggior reddito²³;

In base ad un secondo orientamento è invece necessario prendere in considerazione tutte le variabili riferibili all'operazione realizzata al fine di valutare la sussistenza di un effettivo interesse economico. Il contribuente dovrà dunque provare che la scelta di localizzazione dell'impresa consociata o del fornitore risponde a precise finalità economico-gestionali e che non è giustificata esclusivamente da logiche fiscali. La sola riconducibilità del costo all'attività d'impresa da cui derivano ricavi o altri proventi che concorrono a formare il reddito, ossia l'inerenza, non è quindi requisito sufficiente ad integrare la seconda esimente, ma sarà necessario dimostrare le ragioni economiche che giustificano la scelta di intraprendere operazioni con un Paese a bassa fiscalità²⁴.

²¹ GABELLI M., ROSSETTI D., *Verifica delle prove delle esimenti per la deducibilità dei costi "black-list"*, in *Fiscalità e commercio internazionale* n. 5/2011, p. 58; AVOLIO D., SANTACROCE B., *Per i costi "black list" l'Agenzia conferma la linea dura ... La giurisprudenza però ...*, in *Corriere tributario* n.11/2013, p. 873; ZANNI M., *Operazioni black list fra oneri probatori e obblighi di segnalazione*, in *Il fisco*, n. 44/2010, p. 1; GUETTA G., MOLGORA A., *Difesa della deducibilità degli oneri nei confronti di fornitori residenti in Stati a fiscalità privilegiata*, in *Corriere tributario* n. 47/2011, p. 3945.

²² GABELLI M., ROSSETTI D., *Verifica delle prove delle esimenti per la deducibilità dei costi "black-list"*, cit., p. 23

²³ MAISTO G., *Il regime tributario delle operazioni tra imprese residenti e società estere soggette a regime fiscale privilegiato*, in *Rivista di diritto tributario*, 1991, I, p. 765.

²⁴ STEVANATO D., *Servizi infragruppo resi da società a regime fiscale privilegiato ed indeducibilità dei costi*, in *Corriere tributario*, 2003, p. 698.

Infine un terzo orientamento ritiene che l'elemento chiave ai fini della sussistenza della seconda esimente sia la valutazione del prezzo a cui è stata realizzata l'operazione, comparato con il valore normale. Per cui i costi connessi all'operazione sono deducibili soltanto se il contribuente acquista ad un prezzo in linea o inferiore al suddetto valore.

L'Amministrazione finanziaria ha confermato le difficoltà di interpretazione relativamente a questa seconda esimente, affermando la necessità di considerare le peculiarità di ogni specifico caso concreto²⁵.

In particolare, stando ad un'analisi della prassi, essa ha ricondotto la presenza di un effettivo interesse economico soprattutto alla dimostrazione di una convenienza di prezzo rispetto alle alternative di mercato, affiancando però ad esso altri elementi di prova, quali: costi accessori (ad esempio quelli di stoccaggio, magazzino, deposito, assicurazione e trasporto), tempi di consegna, eventuali fonti alternative di approvvigionamento, vincoli organizzativi, commerciali o produttivi che inducono ad effettuare necessariamente la transazione con il fornitore estero. La stessa Agenzia delle Entrate con la Risoluzione n. 46/E del 16 marzo 2004 ha precisato come non sia da considerarsi solo il prezzo di analoghe operazioni conclusi sul mercato, ma che bisogna prendere in considerazione anche una serie di *"elementi e circostanze incidenti sulla transazione commerciale"* ed ha poi ribadito nella Circolare n. 1/E del 26 gennaio 2009 la necessità che la scelta di fornitori *black list* sia giustificata anche dal fatto che l'impresa ritragga *"eventuali benefici ulteriori"*, quali ad esempio la qualità del prodotto, la puntualità nella consegna o la possibilità di acquistare lo stesso bene presso altri fornitori. È chiaro dunque come la valutazione dell'effettivo interesse economico non debba ridursi ad una

²⁵ Si vedano in proposito i seguenti pareri espressi negli anni dal Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive: parere 1° aprile 2004, n. 3; parere 25 marzo 2004, n. 4; pareri 15 dicembre 2005, n. 54, 55 e 56; parere 16 aprile 2007, n. 15 e 17; parere 15 maggio 2007, n. 24.

mera comparazione dei prezzi, non essendo peraltro quest'ultima sempre possibile vista la specificità di talune società o beni coinvolti per i quale non è possibile attuare alcun tipo di comparazione, ma debba trattarsi di una valutazione di più ampia portata.

Un filone della giurisprudenza di merito ha poi recentemente affermato che la prova per la seconda esimente si considera integrata anche in presenza di un'operazione nel suo complesso profittevole per l'impresa residente. Si tratta in particolare della sentenza n. 5 del 2010 della Commissione tributaria regionale delle Marche, secondo cui sussisterebbe sempre *“un effettivo interesse economico dell'impresa quando pone in essere un'operazione in grado di produrre un profitto, nell'ambito della specifica natura dell'attività esercitata, a prescindere della dimostrata maggiore convenienza”*. In altri termini, una manovra non palesemente in perdita, ma che anzi genera un margine positivo, dovrebbe essere ritenuta di per sé idonea ad integrare il requisito dell'effettivo interesse economico previsto dal legislatore per la deducibilità dei costi *black list*.

Secondo questa prospettiva la scriminante dovrebbe basarsi quindi sul contesto economico in cui opera la società residente e, di conseguenza, la scelta di fornitori *black list* potrebbe essere motivata anche da ragioni di necessità, logistiche ad esempio, ovvero di diversificazione nelle fonti di approvvigionamento.

2.3.4 - Obbligo di separata indicazione e regime sanzionatorio

Il comma 11 dell'art. 110 del TUIR ha posto a carico dell'impresa residente l'ulteriore obbligo di separata indicazione nella dichiarazione dei redditi dei costi derivanti da operazioni concluse con soggetti *black list*. L'art. 1, comma 131, della legge 27 dicembre 2006 ha tuttavia modificato il suddetto articolo nel punto in cui subordinava la deduzione di tali costi *“alla separata indicazione nella dichiarazione dei*

redditi dei relativi ammontari”, stabilendo che il mancato rispetto non comporta più il loro disconoscimento ai fini fiscali, bensì la mera irrogazione di una sanzione, fermo restando l’onere per il contribuente di dimostrare l’esistenza di una delle due esimenti prospettate dal legislatore. Sul punto, tuttavia, l’Agenzia delle entrate ha precisato che, pur non essendo una condizione *sine qua non* per la deducibilità dei costi, la separata indicazione dei costi in dichiarazione manterrebbe ugualmente natura obbligatoria. Questo anche in caso di risposta positiva all’istanza di interpello relativa alla preventiva documentazione delle circostanze esimenti, *“al fine di consentire all’Amministrazione finanziaria la verifica delle corrette informazioni fornite nell’istanza di interpello, nonché dell’avvenuta esecuzione dell’operazione stessa”*²⁶.

Quanto alle conseguenze sanzionatorie applicabili nell’ipotesi in cui il contribuente non indichi separatamente i costi della specie, la già citata Legge n. 296/2006 ha stabilito dover essere *“pari al 10 per cento dell’importo complessivo delle spese e dei componenti negativi non indicati nella dichiarazione dei redditi, con un minimo di euro 500 ed un massimo di euro 50.000”*²⁷. Sul punto la Corte di cassazione²⁸ aveva precisato che la sopra citata sanzione troverebbe applicazione soltanto nel caso in cui il contribuente non abbia dimostrato la sussistenza di almeno una delle esimenti che danno diritto alla deduzione, con la conseguenza che, in caso di esito positivo, residuerebbe la sola sanzione formale da 258 a 2.065 euro, di cui all’art. 8, comma 1, del D.Lgs n. 471/1997.

Di diverso parere è l’Agenzia delle entrate²⁹, secondo la quale sarebbe sempre irrogabile la cennata sanzione del 10% dei costi non indicati separatamente in dichiarazione, a prescindere dal fatto che il

²⁶ Così durante la diretta MAP del 31 maggio 2012, www.tuttomap.it.

²⁷ Art. 8, comma 3-bis, D.Lgs. n. 471/1997, come modificato dall’art. 1, comma 302, della legge n. 296/2006.

²⁸ Cass., 29 dicembre 2010, n. 26298, in Riv. Giur. Trib. N. 4/2011, p. 301.

²⁹ Così la circolare 3 novembre 2009, n. 46/E, par. 3.1 (in Banca Dati BIG Suite, IPSOA).

contribuente sia in grado o meno di dimostrare una delle due esimenti previste *ex lege* dall'art. 110, comma 11, del TUIR. Ciò motivato dal fatto che tale sanzione mirerebbe a garantire un obbligo dichiarativo che permette all'Amministrazione finanziaria di concentrare i controlli su operazioni ritenute potenzialmente elusive in quanto concluse con soggetti localizzati in Stati a fiscalità privilegiata³⁰.

Quanto alla retroattività nell'applicazione del così modificato obbligo di indeducibilità, per effetto di quanto espressamente previsto dall'art. 1, comma 303, della legge n. 296/2006, esso troverebbe applicazione *“anche per le violazioni commesse prima della data di entrata in vigore della presente legge, sempre che il contribuente fornisca la prova di cui all'articolo 110, comma 11, primo periodo, del citato testo unico delle imposte sui redditi. Resta ferma in tal caso l'applicazione della sanzione di cui all'articolo 8, comma 1, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471”*. Ciò significa che il mancato rispetto dell'obbligo dichiarativo posto in essere prima del 1 gennaio 2007 non comporterebbe più la totale indeducibilità dei costi, sempre salvo prova della presenza di una delle due esimenti.

Partendo dal presupposto che ogni contribuente nell'adottare le proprie decisioni strategiche di approvvigionamento ed internazionalizzazione dovrebbe essere guidato da logiche economico-impresariali, di per sé legittime, volte alla massimizzazione del profitto, un'eventuale contestazione ai sensi dell'art. 110, commi 10 e 11, del TUIR potrebbe impattare in modo consistente sull'attività d'impresa, mettendone in discussione i presupposti stessi e l'impronta strategica. Ecco perché sarebbe opportuno per le imprese che intendono instaurare rapporti di fornitura con soggetti localizzati in Paesi a fiscalità privilegiata assicurarsi, sin dal principio, che essi siano

³⁰ Sul punto si veda AVOLIO D., SANTACROCE B., *Per i costi “black list” l'Agenzia conferma la linea dura ... La giurisprudenza però ...*, cit.; AVOLIO D., SANTACROCE B., *“L'Agenzia delle entrate interpreta ad “ampio raggio” obblighi e ambito della disciplina sui costi “black list”*, in *Corriere tributario* n. 27/2012, p. 2071.

in grado di fornire loro tutta la documentazione necessaria ad integrare i requisiti richiesti dal legislatore per la prova delle esimenti, evitando in tal modo il crearsi di circostanze che potrebbero addirittura compromettere l'esistenza stessa dell'impresa³¹.

2.4 - CFC legislation

2.4.1 - Panoramica sull'evoluzione della normativa CFC

La disciplina sulle c.d. *controlled foreign companies* mira a contrastare la delocalizzazione delle imprese nazionali in Paesi a fiscalità privilegiata, con l'obiettivo di produrre redditi all'estero e di differirne la tassazione attraverso il mancato rimpatrio dei dividendi, c.d. *tax deferral*.

In particolare negli ultimi decenni si è diffusa la tendenza a costituire o acquisire società estere localizzate in territori a basso regime impositivo, evitando di attribuire i redditi da queste derivanti al soggetto controllante residente in uno Stato ad alta fiscalità. In tal modo quest'ultimo, sfruttando l'autonomia giuridica rispetto alla controllata, può addossare a quest'ultima redditi propri evitandone il rimpatrio sotto forma di dividendi, ottenendo in tal modo un differimento nell'imposizione, quantomeno finché essi sono riconosciuti come utili riferibili alla società estera. I redditi consistenti in utili prodotti da società estere in Italia vengono infatti tassati "per cassa", nel momento in cui vengono percepiti. Qualora tali redditi vengano

³¹ GUETTA G., MOLGORA A., *Difesa della deducibilità degli oneri nei confronti di fornitori residenti in Stati a fiscalità privilegiata*, cit., p.3950.

prodotti e mantenuti in un paradiso fiscale, i soggetti italiani potrebbero rinviare, anche all'infinito, la tassazione sugli stessi.

La potenziale pericolosità di tali pratiche ha spinto i legislatori nazionali di molti Stati ad intervenire con misure, raccomandate anche dall'OCSE ³², volte a contrastare detto fenomeno attraverso l'introduzione di una disciplina che prende comunemente il nome di *CFC legislation*. Le varie normative nazionali sono accumulate dal tentativo di imputare gli utili della controllata estera direttamente in capo all'azionista residente, in proporzione alla quota di partecipazione posseduta nella stessa ed indipendentemente dall'effettiva distribuzione.

Anche il legislatore italiano, seppur con ritardo rispetto agli ordinamenti di altri Paesi, alla fine del 2000 è intervenuto nello sforzo di contrastare tali fenomeni. In particolare, con l'art. 1 della l. 21 novembre 2000, n. 342, è stato inserito nel DPR 917/1986, allora vigente, l'art. 127-*bis*, il quale ha introdotto una disciplina specifica sulle CFC. Il regime seguito dal nostro legislatore è, in linea con le varie CFC *legislations*, quello della tassazione "per trasparenza" del reddito prodotto dalla società estera all'azionista di riferimento, indipendentemente dall'effettiva distribuzione dei dividendi.

Il contenuto di quest'ultimo è stato poi, a seguito della riforma del sistema tributario statale del 2003, interamente trasferito nell'attuale art. 167 TUIR. In tale contesto è stato inoltre introdotto l'art. 168 TUIR, il quale ha esteso le regole previste inizialmente solo per le società controllate anche alle partecipazioni estere collegate, o con le quali intercorre un legame connettivo tale da garantire quantomeno un'influenza dominante, sempre purché siano localizzate in Stati o territori a fiscalità privilegiata. La suddetta normativa è stata poi nuovamente oggetto di modifiche per effetto dall'art. 1 della L. 24

³² Da ultimo il già citato rapporto del 1998 "*Harmful tax competition: an emerging global issue*".

dicembre 2007, n. 244 che ha previsto l'estensione della disciplina CFC anche ai Paesi *white list*.

Nel 2009 all'interno dell'art. 167 TUIR è stato infine introdotto il nuovo comma 8-bis , in forza del quale la disciplina in esame trova applicazione anche nei confronti delle controllate estere non aventi un regime fiscale privilegiato, indipendentemente, quindi, dal Paese di residenza. Proprio quest'ultima modifica conduce ad una riflessione sulla *ratio* stessa della normativa in questione, nonché al modello di CFC *rules* adottato nell'ordinamento italiano. In merito a quest'ultimo punto si possono infatti individuare due diversi approcci: il *jurisdictional approach*³³ tiene conto di tutti i componenti di reddito prodotti all'interno di giurisdizioni *black list*, ovvero non incluse in *white lists* , indipendentemente dalla loro fonte, purché non ricorrano determinati presupposti che consentono la disapplicazione della normativa antiabuso; mentre il modello alternativo, denominato *transnational approach*³⁴, prescinde dall'adozione di "liste nere" e dalla localizzazione della controllata e dà rilievo piuttosto alla natura del reddito, presupponendo l'imputazione soltanto di alcune categorie di reddito, tipicamente quelle che sono non frutto di una concreta attività economica, ossia il c.d. *passive income*³⁵.

La normativa italiana sulle società controllate e collegate inizialmente era basata sul primo approccio, tuttavia l'ultima modifica apportata dal

³³ Tale modello è il più diffuso, anche in considerazione della maggiore semplicità che presenta dal punto di vista applicativo, ed è adottato in Europa da Francia, Portogallo, Regno Unito, Estonia, Lituania, Finlandia e Svezia. Tuttavia tra gli Stati comunitari che adottano tale approccio è possibile individuare due gruppi di Paesi, i quali: 1) prevedono una soglia minima di imposizione nello Stato estero e una *white list* che individua gli Stati con riferimento ai quali la normativa CFC non trova in ogni caso applicazione (Lituania, Svezia e Regno Unito); 2)) prevedono una soglia minima di imposizione nello Stato estero e una *black list* che individua gli Stati con riferimento ai quali la normativa CFC trova in ogni caso applicazione (Portogallo e Ungheria).

³⁴ Tale modello, che non richiede né una definizione di paradiso fiscale, né una lista di Paesi da considerarsi a fiscalità privilegiata, trova invece applicazione in Germania, Spagna e Danimarca, nonché negli Stati Uniti e in Canada.

³⁵ DAMIANI, Libertà europee e imposizione fiscale per una convivenza senza distorsioni, Giuffrè, Milano, 2004.

Decreto 26 giugno 2009, n.78, che ha esteso l'ambito di applicazione territoriale della stessa, sembra farle assumere anche i caratteri tipici del secondo modello. Il suddetto Decreto prospetta infatti la coesistenza dei due modelli, dal momento che esso non modifica le regole italiane basate sul *jurisdictional approach*, ma prevede al tempo stesso che trovi applicazione il *transnational approach* in riferimento unicamente al *passive income*. Tuttavia ciò induce a riflettere circa la *ratio* stessa che viene così ad assumere la normativa, sicché una volta verificata la prevalenza del *passive income*, la controllante italiana verrà tassata per trasparenza su tutto il reddito globalmente prodotto. Nell'applicazione del principio viene quindi coinvolto tutto il reddito e non le sole componenti legate ad investimenti passivi³⁶. Ecco dunque che rileva la distinzione tra quanti vedono la *ratio* della disciplina nella funzione antielusiva della stessa, volta a contrastare, appunto, il *tax deferral*, e quanti la vedono piuttosto finalizzata a osteggiare i fenomeni di interposizione fittizia di persona, ritenendo cioè che essa miri a colpire la localizzazione all'estero di redditi in realtà derivanti da un'attività che ha il proprio centro e si svolge, di fatto, nel territorio della Stato a più alta fiscalità³⁷.

Pare dunque che la finalità iniziale propria delle CFC *legislation* di contrasto al *tax deferral*, si sia vista affiancare nel tempo, in linea con quanto risulta anche dall'analisi del predetto decreto modificativo della normativa italiana, da una più generale finalità antielusiva. Le disposizioni sulle CFC vengono a collocarsi tra quelle norme di contrasto all'elusione fiscale che aspirano a osteggiare situazioni di tipo abusivo, in cui le società partecipate estere ubicate in territori a fiscalità privilegiata non svolgono un'effettiva attività, ma vengono fondate con

³⁶ Sul punto si vedano GARUFI S., *La nuova disciplina delle CFC*, in Rassegna tributaria n. 3/2010, p. 620 e R. LUPI, *Principi generali in tema di C.F.C. e radicamento territoriale delle imprese*, in Rassegna tributaria n. 6/2000, p. 1730.

³⁷ Per approfondimenti del caso si rinvia a GARBARINO C., *Aspetti internazionali della riforma fiscale*, Egea, Milano, 2004, p. 365; DOMINICI R., *L'imputazione dei redditi prodotti da entità estere controllate e collegate (CFC)*, in SCHIANO DI PEPE G., *Diritto tributario delle società*, Milano, 2005, pp. 355-380.

l'intento esclusivo, ed elusivo, di delocalizzare redditi facenti capo in realtà ad un soggetto residente in uno Stato a fiscalità ordinaria³⁸.

2.4.2 - L'imputazione obbligatoria dei redditi esteri: soggetti e controllo

L'art. 167 del TUIR dispone che se un soggetto residente in Italia detiene il controllo diretto o indiretto di imprese ubicate in Stati con regime fiscale privilegiato, i redditi conseguiti dalla società estera partecipata vengono imputati al soggetto controllante in proporzione alla sua quota di partecipazione agli utili.

I destinatari della norma sono quindi sia le persone fisiche che gli enti collettivi che soddisfano due condizioni: sono residenti in Italia e detengono il controllo di un'impresa, società o di un altro ente ubicati in territori o Stati aventi regime fiscale privilegiato.

Il principio di fondo che caratterizza la disciplina CFC è che non sempre alla base di allocazioni di patrimoni o attività dovute a spinte fiscali vi è un intento illecito, ma solo in quelle che mancano del tutto di un legame con il territorio estero perché hanno ad oggetto beni o servizi che potrebbero essere prodotti ovunque.

Ulteriore requisito richiesto dalla norma è costituito dal controllo, per cui il reddito ottenuto in uno Stato a fiscalità privilegiata è tassato in Italia solo se l'impresa, la società o l'ente che lo producono sono controllati da un soggetto residente nel territorio italiano.

La stesura iniziale della norma in esame aveva previsto l'applicazione della disciplina in materia di CFC ai soggetti residenti che erano in possesso di una partecipazione in un'impresa, società o altro ente residente in uno Stato a fiscalità privilegiata pari ad almeno il 10 per

³⁸ INGRAO G., *D.L. anticrisi e stretta sulla normativa CFC: contrasto agli abusi fiscali o miopia del legislatore?*, in *Rassegna tributaria*, n. 1/2010, p. 87.

cento, elevato successivamente al 25 per cento, o in ogni caso qualora avesse un valore non inferiore a 15 miliardi³⁹. Secondo questa iniziale formulazione non pareva dunque richiesto, in un primo momento, il requisito del controllo. Tuttavia l'entità della partecipazione richiesta, pari al 25 per cento del capitale o dei diritti di voto, cioè tale da non consentire un'influenza dominante e una prevalenza nelle decisioni assembleari della partecipata, non era in linea con la *ratio* della normativa di contrastare i differimenti di imposizione degli utili da partecipazione mossi da sole ragioni di risparmio fiscale⁴⁰. In linea con tali considerazioni, è infatti oggi richiesto, a seguito degli emendamenti presentati dalla Commissione finanze e tesoro del Senato, che il soggetto residente possieda il "controllo" della partecipata.

L'art. 167 stabilisce che per chiarire la nozione di tale presupposto e verificare l'esistenza di una posizione di supremazia bisogna richiamare le disposizioni dell'art. 2359 del Codice Civile⁴¹. La normativa civilistica tuttavia disciplina i rapporti tra società costituite secondo certi schemi organizzativi, mentre il rapporto di controllo previsto dall'art. 167 può intercorrere anche tra enti che non hanno forma societaria, quindi tra fattispecie che non ricadono sotto la disciplina dell'art. 2359 che si rende applicabile esclusivamente alle imprese. Sul punto è intervenuto il regolamento attuativo, il quale ha stabilito che i predetti criteri "*anche nei confronti dei soggetti diversi dalle società commerciali*", precisando inoltre che, allo stesso fine, per le persone fisiche risultano rilevanti anche i voti spettanti ai familiari, ossia al coniuge, ai parenti entro il terzo grado e agli affini entro il secondo grado, nonché, nel caso di

³⁹ Ciò secondo quanto stabilito dal D.d.l. n. 4185.

⁴⁰ Basti pensare che non è un caso che nella maggior parte degli altri Paesi che hanno adottato una CFC *legislation* sia richiesta una partecipazione di almeno il 50 per cento. Sul punto si veda MARINO G., I "*paradisi fiscali*": *problematiche e prospettive*, in UCKMAR V., *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 1999, p. 575

⁴¹ L'appena citato articolo civilistico, che contiene appunto la definizione di società controllata, distingue tre forme di controllo: "di diritto" quando la controllante dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; "di fatto" quando dispone di voti sufficienti ad esercitare un'influenza dominante; "contrattuale" quando ha un'influenza dominante in virtù di particolari vincoli contrattuali, anche in assenza di una partecipazione azionaria.

società, rilevano anche i voti spettanti a controllate, fiduciarie e a persone interposte.

La nozione di controllo richiamata dall'art. 167 sembra dunque ricomprendere sia il controllo di diritto che di fatto ed in sostanza, tenuto conto del riferimento all'art. 2359 c.c., si intuisce che si considerano integrati i presupposti del controllo ai fini dell'applicazione della normativa CFC, quando il soggetto residente è in grado di imporre le sue scelte sulla gestione dell'attività, per cui l'indipendenza della partecipata finisce con l'essere solo formale, avendo perso la propria libertà decisionale.

Dimostrare questa dipendenza dai terzi è compito dell'Amministrazione finanziaria, la quale dovrà valutare caso per caso l'esistenza di tale controllo. Il fatto che l'impresa italiana sia l'unico fornitore o cliente di quella straniera, o che stabilisca unilateralmente i corrispettivi od altre clausole contrattuali potrebbero essere alcuni tra i tanti indicatori della presenza di un rapporto impari. Spesso si tratta tuttavia di una prova non semplice da fornire, soprattutto nel caso di imprese individuali in cui il controllo si fonda su relazioni negoziali.

Il controllo può inoltre essere esercitato direttamente o indirettamente, tramite società fiduciarie o per interposta persona. A tal proposito si pongono questioni in relazione alle possibili interpretazioni della nozione "partecipazione detenuta indirettamente", e più precisamente in relazione al fatto che questa possa ricomprendere anche fattispecie differenti rispetto all'interposizione e a rapporti fiduciari. Il fatto che il dettato normativo contenga la locuzione "anche" sembra dare rilievo anche ad ipotesi di controllo indiretto diverse. Inoltre secondo una disposizione introdotta con un emendamento al testo originario ha previsto l'introduzione della disciplina in esame anche alle *"partecipazioni in soggetti non residenti relativamente ai redditi derivanti da loro stabile organizzazione assoggettati ai predetti regimi fiscali privilegiati"*. Il legislatore ha quindi dimostrato di non fermarsi

alla verifica dell'assenza di una partecipazione diretta, ma di andare a considerare ed imputare il reddito formatosi in un territorio avente regime fiscale privilegiato ancorché non derivante da una società estera localizzata nello stesso, ma di cui il soggetto ne detiene controllo indiretto attraverso una o più altre società residenti in Paesi a fiscalità non privilegiata. Anche l'ipotesi di controllo indiretto realizzato attraverso il possesso di partecipazioni all'interno di un gruppo, attraverso il fenomeno delle partecipazioni "a catena", rientra dunque nell'ambito di applicazione della norma⁴².

Sembra tuttavia non si possa tenere conto degli effetti demoltiplicativi derivanti dalla presenza di una rete di soggetti raggruppati verticalmente, non essendovi alcun cenno alla demoltiplicazione nell'art. 167. Il silenzio del legislatore a tal proposito, lascia supporre che nel caso di CFC per stabilire se vi è controllo indiretto si debba considerare l'intera partecipazione della controllata intermedia nella partecipata residente nel paradiso fiscale. Ovvero, qualora una società italiana possieda il 52% del capitale di un'altra società, la quale a sua volta detiene una partecipazione del 52% in una terza società che risiede in un paradiso fiscale, si configurano i presupposti per distinguere una situazione di controllo, con conseguente applicazione del suddetto articolo⁴³. Tuttavia la disciplina delle CFC non dovrebbe risultare applicabile alle società residenti che detengono il controllo indiretto della partecipata tramite il possesso di una partecipazione in un'altra società, della quale però non detengono il controllo⁴⁴.

⁴² Si veda STEVANATO D., *Controlled Foreign Companies: concetto di controllo e imputazione del reddito*, in Riv. Dir. Trib. n. 6/2000, p. 1730.

⁴³ Se si applicasse la regola della demoltiplicazione il risultato sarebbe differente. Infatti, poiché il 52% del 52% è pari al 27,04%, la percentuale risulterebbe inferiore rispetto a quella richiesta dall'art. 167 e non sarebbe possibile ritenere che la società italiana controlli quella situata nel paradiso fiscale. Sempre che tale 27,04% non sia sufficiente a garantire in un'influenza dominante. Sul punto si veda GAFFURI A. M., *La tassazione dei redditi d'impresa prodotti all'estero*, Giuffrè editore, Milano, 2008, p. 271.

⁴⁴ Si pensi ad una società italiana che possiede una partecipazione del 45% della CFC e che contemporaneamente partecipi al 40% un'altra società che a sua volta detiene una partecipazione

2.4.3 - Determinazione e imputazione del reddito al soggetto partecipante

Il comma 1 dell'art. 167 TUIR dispone che *“i redditi conseguiti dal soggetto estero partecipato sono imputati a decorrere dalla chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero partecipato, ai soggetti residenti in proporzione alle partecipazioni da essi detenute”*. Il sistema impositivo prevede dunque, come già precedentemente accennato, l'imputazione dei redditi “per trasparenza”, sulla base di una partecipazione di controllo nel capitale di un soggetto localizzato in territori o Stati che godono di un regime fiscale privilegiato. La ragione della scelta di tale meccanismo impositivo da parte del legislatore risiede nel fatto che il soggetto residente, se fosse applicato il criterio ordinario di tassazione del reddito per cassa, avrebbe avuto la possibilità di differire o evitare l'imposizione sui redditi conseguiti dalla partecipata estera. Tale modalità di attribuzione del reddito risponde a finalità palesemente antielusive, in quanto prevede l'attribuzione di utili non ancora percepiti, la cui distribuzione peraltro potrebbe essere rimandata di molto tempo nonché impedita dal sorgere di perdite negli esercizi successivi, ed è prevista esclusivamente per coloro che detengono partecipazioni qualificate nella partecipata estera. Presupposto, quindi, che diverge dal requisito della disponibilità e possesso del reddito richiesti quali indici di capacità contributiva.

Circa le modalità di imputazione del reddito prodotto dalla partecipata estera in capo al soggetto residente, l'art. 167 prevede che la stessa avvenga, una volta accertato il presupposto del controllo, in proporzione alle partecipazioni da esso possedute. Sono sorti alcuni dubbi interpretativi relativamente al caso in cui il dominio sull'impresa

del 40% nella CFC; la società italiana pur realizzando un controllo complessivo del 61%, di cui il 45% diretto e il 16% indiretto, in realtà non esercita un'effettiva influenza dominante sulla CFC.

estera sia indiretto. A tal proposito è stato sostenuto che il legame indiretto prende rilevanza ai fini dell'imputazione solo nel caso in cui sia realizzato dal soggetto residente mediante un altro o altri soggetti non residenti; nel caso in cui infatti quest'ultimo fosse realizzato per tramite di altri soggetti residenti il reddito della CFC troverebbe imputazione nei confronti di questi ultimi in relazione alla loro quota di partecipazione. Ecco che la percentuale di reddito imputata al soggetto residente non coincide necessariamente con la quota di controllo detenuta dallo stesso. Il legislatore italiano ha quindi stabilito che i redditi prodotti dalla CFC vengano imputati al primo soggetto all'interno della catena partecipativa che è sottoposto alla potestà fiscale italiana, indipendentemente dal fatto che esso ne occupi o meno il vertice⁴⁵.

Per quanto concerne il momento rilevante ai fini della determinazione del controllo il legislatore ha stabilito che i redditi conseguiti dalle CFC sono *"imputati a decorrere dalla chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero partecipato"*.

Lo stesso art. 167 stabilisce poi che l'ammontare del reddito delle partecipate estere imputato in capo al soggetto residente deve essere rideterminato in base alle norme del TUIR relative al reddito d'impresa. Trova però esclusione l'applicazione di alcune disposizioni, tra cui gli artt. 86, comma 4 e 102, comma 3, riguardanti rispettivamente la diluizione del prelievo sulle plusvalenze in 5 esercizi e gli ammortamenti anticipati. Tali esclusioni rispondono ad esigenze di semplificazione e rapidità del meccanismo di calcolo, ma soprattutto, sono legate al fatto che gli enti localizzati in paradisi fiscali non sono considerati, salvo prova contraria, effettivamente operativi e dunque non meritevoli di godere di agevolazioni fiscali⁴⁶.

⁴⁵ Sul punto CLEMENTI M., LUSCHI G., *Il nuovo regime tributario delle imprese partecipate estere (CFC)*, cit., p.98 e GAFFURI A. M., *La tassazione dei redditi d'impresa prodotti all'estero*, cit., p. 274.

⁴⁶ Tesi sostenuta da GAFFURI A. M., *idem*.

Al fine di agevolare il compito dell'Amministrazione finanziaria è previsto che il soggetto controllante rispetti alcune formalità, ossia dichiarare i redditi dell'impresa, società o ente non residente in apposito prospetto da allegare alla dichiarazione dei redditi, il quale deve contenere anche il bilancio del soggetto partecipato; fornisca, entro trenta giorni dalla data in cui ne abbia fatto richiesta l'Amministrazione finanziaria, idonea documentazione dei costi di acquisizione dei beni attinenti all'attività esercitata e delle varie componenti reddituali; vengano riconosciuti ai fini delle imposte sui redditi i valori risultanti dal bilancio dell'esercizio precedente a quello in cui si applica la disciplina CFC, purché siano conformi o ritenuti congrui rispetto ai criteri contabili adottati nei precedenti esercizi⁴⁷.

Per quel che riguarda le imprese collegate, l'art. 168 del TUIR stabilisce che i redditi del soggetto non residente corrispondano ad un importo pari al maggiore fra: l'utile prima delle imposte iscritto nel bilancio della partecipata e un reddito determinato sulla base di alcuni coefficienti. In particolare, relativamente a questi ultimi si considerano: l'1 per cento del valore dei beni di cui all'art. 85, comma 1, lettere c), d) ed e), anche nel caso in cui si tratti di immobilizzazioni finanziarie; l'1 per cento del valore dei crediti; il 4 per cento delle immobilizzazioni costituite da beni immobili e da beni indicati nell'art. 8-bis, comma 1, lettera a), del DPR n. 633/1972; il 15% sul valore delle altre immobilizzazioni, anche finanziarie. La ragione per la quale il sistema previsto dall'art. 167 non viene esteso anche ai soggetti che si trovano coinvolti in rapporti di collegamento è data dal fatto che questi, diversamente da quanto avviene nel caso di controllo, non hanno un'influenza dominante sulle decisioni prese dalla società estera.

⁴⁷ TOSI L., BAGGIO R., *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, cit., p.105.

2.4.4 - Estensione della disciplina CFC a società white list

Il D.L. 1 luglio 2009, n. 78, convertito con la legge 3 agosto 2009, ha apportato importanti modifiche alla disciplina delle CFC. In particolare, per effetto dell'introduzione del comma 8-bis dell'art 167, al verificarsi di determinate condizioni, *“la disciplina di cui al comma 1 trova applicazione anche nell'ipotesi in cui i soggetti controllati ai sensi dello stesso comma sono localizzati in stati o territori diversi da quelli ivi richiamati (...)”*. La CFC legislation viene quindi estesa a tutte le società controllate, indipendentemente dallo Stato di residenza, quindi anche se localizzate in territori *white list*, purché soddisfino congiuntamente due requisiti: *“a) sono assoggettati a tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella a cui sarebbero stati soggetti ove residenti in Italia; b) hanno conseguito proventi derivanti per più del 50% dalla gestione, dalla detenzione o dall'investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie, dalla cessione o dalla concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria o artistica nonché dalla prestazione di servizi nei confronti di soggetti che direttamente o indirettamente controllano la società o l'ente non residente, ne sono controllati o sono controllati dalla stessa società che controlla la società o l'ente non residente, ivi compresi i servizi finanziari”*.

Al comma successivo il legislatore consente tuttavia la disapplicazione della normativa nel caso in cui il soggetto residente sia in grado di dimostrare che la localizzazione estera non rappresenta *“una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale”*.

2.5 – Esterovestizione

2.5.1 - La presunzione di residenza delle holding estere nel contesto dell'art. 73 del TUIR

Il legislatore con l'art. 36 del D.L. del 4 luglio 2006, n. 223, convertito con la legge del 4 agosto 2006, n. 248, ha introdotto i commi 5-bis e 5-ter dell'art. 73 del TUIR, intervenendo sul tema concernente la residenza fiscale di società ed enti.

Ai sensi dell'art. 73, comma 3, *“si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato”*. Dalla norma emerge quindi che la residenza fiscale dei soggetti IRES si basa su tre criteri alternativi di collegamento, quali appunto la sede legale, la sede dell'amministrazione e l'oggetto sociale, ai quali si deve aggiungere un ulteriore requisito di natura temporale, essendo richiesta la presenza di uno dei predetti elementi per la maggior parte del periodo di imposta.

Quanto alla sede legale, la sua individuazione è piuttosto agevole, essa infatti si desume dall'atto costitutivo o dallo statuto della società. Tuttavia, alla formalità di tale criterio e ai minori problemi che esso pone in ottica accertativa e di individuazione, si contrappone la sua inidoneità a rappresentare il luogo effettivo in cui l'attività viene esercitata o diretta, dal momento che esso riflette più o meno di frequente una realtà priva di riscontro effettivo.

La sede dell'amministrazione è un concetto non definito nella normativa civilistica, né in quella tributaria. La giurisprudenza civilistica si è soffermata sul concetto non tanto di sede

dell'amministrazione, quanto di "sede effettiva"⁴⁸, nel tentativo di dare rilevanza al profilo sostanziale senza limitarsi a quello formale. Il concetto è stato ripreso anche dalla Corte di cassazione, la quale identifica la sede effettiva con il luogo in cui si svolge in concreto l'attività direttiva e amministrativa principale dell'impresa e si convocano le assemblee. Posizione peraltro condivisa anche dalla Corte di cassazione della Sezione Penale, la quale, in riferimento al caso di una società che aveva stabilito fittiziamente la propria sede nel territorio extra doganale di Livigno al fine di sottrarsi al pagamento dell'Iva e dei diritti di confine, aveva affermato che *"la sede effettiva, inoltre, coincide con il luogo in cui si svolgono concretamente le attività di amministrazione e di direzione dell'ente e si svolgono le assemblee dei soci (...)"*⁴⁹. La giurisprudenza tributaria che si è occupata di tale tematica ha attribuito una definizione al concetto, invocato dall'art. 73, di "sede dell'amministrazione" che finisce con il coincidere con quello "sede effettiva" elaborato in sede civilistica. La giurisprudenza ha infatti affermato che la sede dell'amministrazione coincide con il luogo in cui è effettivamente svolta l'attività amministrativa e di gestione imprenditoriale della società, dove quindi vengono assunte le decisioni concernenti l'attività sociale e la strategia di impresa⁵⁰. Rileverà quindi il luogo in cui si tengono effettivamente i consigli di amministrazione e le assemblee, e non la residenza degli amministratori o il centro in cui è svolta l'attività di supporto amministrativo relativa alla tenuta della contabilità e alle altre attività operative.

In realtà il concetto in esame è entrato in crisi a causa delle moderne tecniche comunicative, *in primis* i sistemi di tele e videoconferenza, che hanno dilatato il concetto di "luogo" portandolo al di là di una

⁴⁸ Concetto espressamente richiamato dall'art. 46 c.c., il quale al comma 2, relativamente alla sede delle persone giuridiche, prevede che oltre alla sede dichiarata e registrata può individuarsi un'altra sede della società, quella effettiva.

⁴⁹ Cass. pen., sez. III, sentenza del 19 aprile 2000, n. 1156.

⁵⁰ In tal senso Comm. trib. centr., sez. VII, 10 ottobre 1996, n. 4992, in *Rivista di diritto tributario*, IV, 1998, p. 164 con nota di MANZITTI A., *Considerazione in tema di residenza fiscale delle società*.

dimensione prettamente fisica⁵¹. La sede dell'amministrazione assume particolare rilevanza poiché in base all'art. 4, par. 3 del Modello OCSE di convenzioni contro le doppie imposizioni, è da utilizzarsi quale criterio per dirimere eventuali controversie legate alla doppia residenza di una società, la c.d. *tie-breaker rule*, che vanno risolte attribuendo la residenza nello Stato in cui si trova, per l'appunto, la sede della direzione effettiva⁵². Quest'ultima è da considerarsi, come chiarito dallo stesso Modello OCSE, come il luogo in cui assumono le decisioni i soggetti che esercitano le funzioni principali; si tratta dunque di un concetto equivalente a quello interno di "sede dell'amministrazione". In definitiva, nel verificare la presenza del suddetto elemento, si pone l'esigenza di fare riferimento alla circostanza sostanziale ed effettiva e non a quella meramente formale⁵³.

Il terzo criterio attiene all'oggetto principale ed è determinato in base all'individuazione del luogo in cui viene effettivamente esercitata l'attività economica da parte della società. Anche in tal caso, così come evidenziato per il precedente criterio ci si deve basare su elementi fattuali e concreti. Tuttavia, se per le attività di produzione o scambio di beni o servizi l'oggetto sociale tende a convergere con il luogo in cui si trovano i beni della produzione, l'individuazione si fa più problematica in riferimento alle società che non svolgono un'effettiva attività produttiva, quali le *holding*, ma che sono destinate alla detenzione e gestione di partecipazioni. Inoltre, perché l'oggetto principale possa ritenersi in Italia è necessario si configuri una situazione di prevalenza

⁵¹ Il tema è stato anche oggetto di un dibattito in sede OCSE, *The impact of the Communication Revolution on the Application of "Place of Effective Management" as a Tie Breaker Rule*, febbraio 2001.

⁵² Il citato art. 4, par. 3 del Modello OCSE stabilisce che " *quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è residente di entrambi gli Stati contraenti, si ritiene che essa è residente solo dello Stato in cui si trova la sede della sua direzione effettiva*".

⁵³ In tal senso anche la sentenza della Corte di cassazione del 10 dicembre 1974, n. 4172 nella quale si legge che "(...) *quando si tratta di stabilire se una società costituita all'estero si trovi nelle condizioni previste dagli artt. 2505 e 2506 c.c. e debba perciò essere assoggettata alla legge italiana, il giudice deve condurre la propria indagine sulla situazione sostanziale ed effettiva, senza limitarsi a quella formale ed apparente*".

assoluta, ossia che l'attività posta in essere nel nostro Paese sia superiore a quella svolta nel resto del mondo, e non quindi relativa e comprata a quella svolta in ciascun altro singolo Paese, questo perché il risultato potrebbe variare a seconda della composizione dell'attività svolta all'estero⁵⁴.

2.5.2 - La norma sull'esterovestizione

Il fenomeno dell'esterovestizione, oggetto dell'art. 73, commi 5-bis e 5-ter del TUIR, si sostanzia nella fittizia localizzazione della residenza fiscale di enti o società all'estero, in particolare in un Paese con un trattamento fiscale più vantaggioso, allo scopo di sottrarsi al più gravoso regime impositivo nazionale. Al fine di evitare manovre mosse da ragioni esclusivamente fiscali, il legislatore nazionale ha emanato alcune disposizioni che introducono una presunzione legale relativa di residenza ed invertono l'onere della prova della stessa, ponendolo a carico del contribuente. In particolare il suddetto articolo stabilisce che devono considerarsi residenti in Italia, in quanto aventi nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione, le società ed enti che detengono partecipazioni di controllo in una società o ente commerciale residente in Italia se, alternativamente:

- a) sono controllati, ai sensi dell'art. 2359, primo comma, del Codice Civile, da soggetti residenti nel territorio dello Stato;
- b) sono amministrati da un consiglio di amministrazione, o da altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza da consiglieri residenti nel territorio dello Stato.

La disposizione quindi non ha introdotto un nuovo criterio per stabilire la residenza delle società, ma ha fissato delle condizioni al sussistere

⁵⁴ Sul punto si veda BAGAROTTO E., *La presunzione di residenza fiscale delle società "esterovestite"*, Cedam, Padova, 2008, p. 6.

delle quali si deve considerare in Italia la sede dell'amministrazione, andando ad integrare quindi uno dei criteri alla base della presunzione di residenza. Essa opera inoltre su un piano esclusivamente procedurale dal momento che si concretizza in una mera inversione dell'onere della prova, ponendola a carico del contribuente, il quale dovrà dimostrare l'insussistenza della sede dell'amministrazione nel territorio dello Stato qualora volesse fuggire alla tassazione italiana.

Tale semplificazione dell'azione accertativa dell'Amministrazione trova una ragione nella *ratio* antielusiva perseguita dal legislatore in relazione all'accertamento delle fittizie residenze estere delle società, il quale ha da sempre richiesto un consistente sforzo di analisi di circostanze concrete non sempre facilmente ricostruibili.

2.5.3 - Esterovestizione e principi comunitari

L'Associazione Italiana Dottori Commercialisti (AIDC) ha presentato denuncia, nel giugno del 2009, per la presunta illegittimità della normativa italiana in tema di esterovestizione in quanto la stessa violerebbe i principi comunitari di libero stabilimento, proporzionalità e non discriminazione. Com'è noto, il principio della libertà di stabilimento autorizza le società a scegliere di localizzarsi nello Stato avente la legislazione più vantaggiosa. La stessa Corte di Giustizia Ce, nella nota sentenza *Cadbury Schweppes* in cui è stato affrontato per la prima volta il problema della compatibilità comunitaria della normativa CFC, ha dichiarato espressamente che *"il fatto che la libertà sia stata esercitata per fruire di una legislazione (fiscale) più vantaggiosa non costituisce per sé stessa un abuso di tale libertà"*⁵⁵. Tutto ciò potrebbe contrastare con la presunzione legale di residenza contenuta nell'art. 37, comma 5-bis, del TUIR.

⁵⁵ CGCE, 12 settembre 2006, causa 196/04, punto 37, www.europa.eu.int.

La Commissione Europea ha tuttavia archiviato la denuncia dell'AIDC, con lettera del 4 giugno 2010 e successiva del 7 gennaio 2011, decretando la piena legittimità, sotto il profilo comunitario, della disciplina nazionale in esame. A tale denuncia ha però fatto seguito la richiesta, da parte della stessa Commissione, all'Amministrazione finanziaria di alcune precisazioni in merito: alle modalità con cui valuta i requisiti della residenza della maggioranza dei soci o degli amministratori; alle modalità con cui il contribuente può fornire prova contraria; a quali dovrebbero essere le conseguenze pratiche all'applicazione della normativa; all'idoneità di un certificato di residenza rilasciato dalle Autorità fiscali nel costituire prova valida e sufficiente a rigettare la presunzione di esterovestizione; all'utilizzo da parte delle Autorità italiane di strumenti di assistenza amministrativa al fine di accertare l'effettiva residenza di un soggetto ritenuto esterovestito⁵⁶.

Le risposte fornite dall'Agenzia delle Entrate alle suddette richieste hanno evidenziato come, in relazione alla disciplina dell'esterovestizione, i verificatori valutano la presunzione di residenza caso per caso, e che le norme in materia costituirebbero *“solo il punto di partenza per una verifica più ampia, da effettuarsi in contraddittorio con l'Amministrazione finanziaria sull'intensità del legame tra la società e lo Stato estero e la medesima società e l'Italia”*. La presunzione introdotta dalla norma risulta *“depotenziata”*, infatti pur facilitando il compito del verificatore nell'accertamento non lo esonera dal provare in concreto l'effettività dell'esterovestizione, nel tentativo di non ostacolare l'esercizio delle libertà fondamentali di stabilimento, di circolazione dei lavoratori e dei capitali nell'Unione Europea. Inoltre l'Agenzia delle entrate ha assicurato la Commissione UE che, qualora vi siano elementi idonei a far scattare la presunzione relativa di residenza all'estero,

⁵⁶ Sul punto si veda FURLAN A., *Esterovestizione: il Vademecum dell'Agenzia*, in *Fiscalità e Commercio internazionale*, n. 1/2012, p. 31.

viene attivata di prassi l'assistenza amministrativa tra Stati prevista dalla direttiva 77/799/CEE, o dalle singole convenzioni contro le doppie imposizioni in vigore, che richiedono la dimostrazione dell'effettiva collocazione all'estero del "*place of effective management*"⁵⁷.

2.5.4 - Linee guida dell'Agenzia sulla documentazione per la prova contraria

I chiarimenti forniti dall'Agenzia delle entrate relativamente alle questioni sollevate dalla Commissione UE circa la legittimità comunitaria della normativa nazionale sull'esterovestizione, hanno fornito delle utili linee guida per gli Uffici e per i contribuenti in materia di verifica circa la residenza fiscale di società estere. Secondo tali linee guida il contribuente può provare con ogni mezzo ritenuto idoneo l'effettività dell'insediamento estero, dotandosi caso per caso degli elementi probatori necessari a dimostrare che la sede dell'amministrazione della società non sia effettivamente localizzata nel territorio dello Stato. L'Agenzia ha fornito un elenco esemplificativo, non esaustivo, della documentazione che costituirebbe prova adeguata della residenza all'estero di una società, in particolare: regolare e periodico svolgimento delle riunioni del consiglio di amministrazione ed evidenza che queste siano svolte nella sede estera con la partecipazione dei consiglieri (fornendo, ad esempio, quale prova le delibere del consiglio stesso, biglietti aerei e ricevute degli alberghi che attestino gli spostamenti)⁵⁸; effettività della gestione sociale ad opera dei membri del consiglio di amministrazione (la stessa potrebbe essere

⁵⁷ AVOLIO D., SANATCROCE B., *Le linee guida dell'Agenzia delle entrate sull'esterovestizione*, in *Corriere Tributario* n. 9/2012, p. 613.

⁵⁸ Relativamente a ciò è opportuno segnalare il limite, già precedentemente discusso, circa le problematiche introdotte dalle nuove tecnologie, in particolare le videoconferenze, le quali non permettono di determinare un unico luogo da cui provengono le decisioni degli amministratori.

provata attraverso la dimostrata presenza di atti voluti, progetti ed interventi degli stessi volti ad ottimizzare le gestione aziendale); l'effettivo svolgimento all'estero della gestione operativa della società (la prova potrebbe essere fornita attraverso la documentazione attestante una certa costanza nello svolgimento dell'attività di gestione all'estero, quali fax note operative, e-mail, corrispondenza, nonché direttive interne, contratti di natura commerciale o finanziaria, utenze, documenti comprovanti il corretto adempimento degli obblighi fiscali nello Stato estero). Relativamente a quest'ultimo punto assume una particolare rilevanza anche l'autonomia accordata a *country managers* nell'organizzazione del personale, nella stipula dei contratti e nelle decisioni di spesa, ciò attraverso la prova fornita da atti di gestione, contratti, corrispondenza⁵⁹.

L'applicazione della presunzione di esteroinvestizione di cui all' 73, commi 5-bis e 5-quater, implica quindi uguali effetti, sia dal punto di vista sostanziale che sanzionatorio, della qualifica della residenza della società estera ai sensi del comma 3 dello stesso articolo. Di conseguenza, come chiarito anche dall'Agenzia delle entrate al par. 8.2 della Circolare n. 28/E/2006, la società esteroinvestita diventa a tutti gli effetti società residente e, come tale, sarà soggetta a tutti gli obblighi strumentali e sostanziali previsti dall'ordinamento.

⁵⁹ Per una più ampia disamina delle linee guida fornite dall'Agenzia delle entrate si vedano GABELLI M., ROSSETTI D., *Società esteroinvestite: gli elementi di prova per Fisco e contribuente*, in *Fiscalità e AVOLIO D., SANATCROCE B., Le linee guida dell'Agenzia delle entrate sull'esteroinvestizione*, cit., p. 613.

Capitolo III

Le *holding* quale strumento di pianificazione fiscale internazionale

3.1 – Le *holding companies*

L'evoluzione che si è verificata a livello mondiale nel panorama economico, finanziario e dei sistemi di comunicazione nell'ultimo ventennio ha provocato un notevole ampliamento delle transazioni internazionali, con la conseguenza che i Gruppi d'impresa¹ italiani si sono trovati costretti ad evolvere verso strutture societarie sempre più complesse. La tendenza ad articolarsi su livelli societari multipli, attraverso la costituzione di una *holding* di gruppo, nonché la delocalizzazione di funzioni aziendali all'interno di *sub-holding* o *service company*, risponde a molteplici esigenze, tra le quali: il tentativo di conferire una direzione unitaria al gruppo, l'opportunità di pianificare in maniera ottimale i flussi finanziari tra le varie società facenti parte del gruppo e l'esigenza di separare, dal punto di vista patrimoniale, i diversi rami di operatività del gruppo. La struttura, per così dire, "classica" di un Gruppo d'impresa prevede il controllo in via indiretta tramite una *holding company*, ovvero indiretta per mezzo di una *sub-*

¹ Quanto al concetto di "Gruppo d'impresa" nell'ordinamento italiano non è presente alcuna norma che fornisca una definizione di carattere generale. La dottrina e la giurisprudenza, tuttavia, concordano nel definire il Gruppo d'impresa come un'entità che ha una valenza solo dal punto di vista economico. Per un'analisi più accurata si veda TOMBARI U., *Diritto dei gruppi di imprese*, Giuffrè, Milano, 2010; DAMI F., *I rapporti di gruppo nel diritto tributario*, Giuffrè, Milano, 2011.

holding, di una o più società operative tramite la detenzione di partecipazioni. Holding e sub-holding, nonché i flussi di reddito intercorrenti tra le stesse e la società italiana, scontreranno diversi regimi impositivi a seconda che siano localizzate in territori a fiscalità privilegiata o ordinaria. Lo scopo ultimo sarà sempre, chiaramente, quello di ottimizzare il carico fiscale complessivo del Gruppo.

L'articolazione della struttura dipende anche dalle modalità secondo cui viene esercitato il controllo all'interno del gruppo. Si parla di Gruppo d'impresa verticale nel caso in cui la società capogruppo controlli direttamente, attraverso la detenzione di partecipazione, una o più società operative (Gruppo d'impresa verticale "semplice"), ovvero controlli direttamente una *sub-holding company* ed indirettamente, attraverso quest'ultima, le società operative; si parla di Gruppo d'impresa orizzontale, relativamente al contesto in cui manca una società capogruppo e la direzione unitaria si realizza tramite accordi tra le imprese stesse²

Nelle operazioni di internazionalizzazione messi in atto dai Gruppi d'impresa italiani le considerazioni di carattere economico sono venute ad integrarsi con quelle di carattere fiscale, nelle scelte di delocalizzazione di funzioni aziendali in Paesi esteri volte all'ottimizzazione della struttura dell'operazione. L'obiettivo ultimo, derivante dall'analisi di caratteristiche, differenza, interrelazioni tra i sistemi tributari dei vari ordinamenti, è quello di ottimizzare la c.d. fiscalità di gruppo e la struttura di gruppo. Volendo riferirsi, in particolare, con la prima, all'incidenza percentuale della somma delle imposte dovute dalle singole società appartenenti al gruppo sull'utile netto dello stesso realizzato a livello consolidato e, con la seconda, alla capacità del gruppo stesso di adeguare la propria struttura all'eventuale mutamento delle condizioni interne ed esterne.

² VALENTE P., *Le holding e le operazioni di riorganizzazione dei gruppi*, in *Amministrazione & finanza*, n.3/2000, p.19.

L'attività a cui si fa riferimento è senza dubbio quella di pianificazione fiscale internazionale, da intendersi quale comportamento colto alla minimizzazione del carico fiscale in un ambito di totale liceità, attuato quindi nel rispetto dei principi nazionale e comunitari e attraverso l'utilizzo di atti e negozi giuridici legittimi.

3.1.1 - Concetto e caratteristiche

Le *holding companies* costituiscono un eccezionale strumento per gestire gli interessi degli azionisti, attraverso l'ottimizzazione nella distribuzione tra più aziende dei profitti e il contemporaneo finanziamento di altre imprese.

All'interno del panorama sociale il concetto di *holding* tende a richiamare quelli di evasione fiscale, di riciclaggio di denaro e di abuso di potere mentre nel contesto aziendale lo stesso implica piuttosto la creazione di strutture di gestione efficaci per ridurre al minimo i costi; non esiste quindi una vera e propria definizione giuridica di *holding*³.

Nella realtà pratica si tratta di un'impresa la cui ragione di esistenza risiede nel possesso di un interesse a lungo termine nei confronti di una o più altre imprese legalmente indipendenti.

Le *holding companies*, per essere considerate tali, devono possedere determinate caratteristiche. Prima fra tutte la cosiddetta "capacità legale", ossia l'autonomia giuridica che fornisce una base per concludere contratti con le società controllate e con i soggetti non appartenenti al gruppo e, in secondo luogo, la "centralità", caratteristica utile per incrementare l'efficacia di tutto il gruppo; una *holding* si occupa infatti di compiti centrali, quali il finanziamento e la gestione dei diritti derivanti dalle diverse partecipazioni del gruppo, garantendo al tempo stesso decisioni uniformi relativamente alle stesse. Il suo

³ JACOBACCI F., *Le holding estere*, in *Bilancio e reddito d'impresa*, n. 1/2012, p. 45.

carattere di “neutralità” le permette poi di attuare un’armonizzazione tra le società interne al gruppo, migliorando il processo decisionale, mentre quello di “stabilità” di concentrare tutte le partecipazioni in modo che i vari cambiamenti interni alla struttura azionaria abbiano un impatto solo sulla *holding* e non sulle società controllate operative. Infine, grazie alle caratteristiche di “flessibilità” ed “elasticità” le *holding* riescono ad adattarsi con più facilità alle nuove strategie strutturali e di processo. Infatti, mentre le società controllate operative possono concentrarsi ogni giorno su singoli obiettivi di business e nuovi mercati, la società madre può puntualmente reagire al verificarsi di una variazione complessiva dei parametri. Essendo responsabile della gestione generale, essa fa sì che l'intero gruppo sia in grado di adattarsi velocemente ai cambiamenti. Inoltre, la semplicità della struttura organizzativa permette di godere di un'elasticità tale da poter reagire rapidamente ad eventuali cambiamenti del quadro giuridico.

3.1.2 - Le diverse tipologie di holding

Le holding sono classificate secondo i loro compiti e funzioni, da un lato, e in base alla loro posizione all'interno del gruppo, dall'altro. La classificazione non ha conseguenze legali ma è solo utile a capire i compiti che devono essere suddivisi all'interno della società stessa⁴.

In relazione alle funzioni da loro svolte, le società holding possono essere suddivise in:

- *Management Holding Company*: è un modello gestionale responsabile di tutte le decisioni strategiche e, in qualche misura, delle decisioni operative. Questo tipo di società coordina attivamente gli affari del gruppo e influenza le decisioni di gestione delle società controllate, definendo i campi di attività in cui il gruppo dovrebbe essere impegnato

⁴ Sul punto si veda EICKE R., *Tax Planning with Holding Companies – Repatriation of US Profits from Europe*, cit., p. 168.

nel presente e nel futuro e coordinando i processi di gestione e di controllo del flusso di cassa all'interno del gruppo.

- *Finance Holding Company*: in questo caso, le *holding* sono utilizzate per la fornitura di servizi finanziari a tutte le società collegate del gruppo. Questo modello, quindi, aiuta a ridurre i costi di finanziamento e le spese amministrative, consentendo l'accesso ai mercati internazionali dei capitali. Grazie al suo potere di mercato, la *holding* finanziaria gode di condizioni migliori per il finanziamento tramite crediti o capitale di una controllata. Inoltre, essa esercita il suo diritto di voto nelle assemblee delle società controllate e si occupa della loro gestione. Nella maggior parte dei casi questo modello societario non possiede funzioni di *leadership* in termini di pianificazione strategica. Questo modello societario è tipicamente situato in paesi con giurisdizioni caratterizzate da bassa fiscalità, come le isole Bermuda, le Isole Cayman, le Isole Bahamas o le Antille Olandesi, nelle quali non sono previste imposte sul reddito, sugli utili o sulle plusvalenze. L'incorporazione di una *holding* in questo tipo di giurisdizione comporta sempre il rischio di essere sottoposto a regole CFC. Il consolidamento di una *Finance Holding* eliminerebbe i benefici fiscali in Europa, in quanto la creazione di questo regime societario avrebbe un senso solo se la pressione fiscale nel Paese in questa risiede è inferiore sia al carico fiscale della controllante sia a quello della controllata.

- *Euro-Holding Company*: è un modello che rappresenta la prima scelta per gli investitori di paesi terzi degli Stati Uniti o di altri in Europa. La sua sede si trova in un paese dell'UE interposto tra la società madre non-UE e le filiali europee. In breve, questa struttura si avvale delle ritenute alla fonte sui dividendi, sugli interessi e sulle *royalties* che intercorrono tra le imprese con sede nell'UE. Per poter beneficiare di questo regime, gli investitori di paesi terzi e degli Stati Uniti devono assicurare che l'*Euro-Holding* svolga qualche attività commerciale o che l'interposizione stessa si basa su solide ragioni economiche, diverse da motivi fiscali puri. Una mera partecipazione passiva di partecipazioni

farebbe scattare gli effetti dei molteplici trattati antielusivi e antievasione, nonché le norme antiabuso vigenti all'interno dei rispettivi stati membri.

- *Country Holding Company*: è una tipologia che raccoglie tutti i redditi delle singole società in un Paese specifico. Questo modello funziona come un "genitore di gruppo" per importare i profitti e le perdite di tali controllate.

- *Mixed Holding Company*: a differenza di una *holding* pura, che detiene solo passivamente partecipazioni, la società di partecipazione mista svolge anche altre attività commerciali ed è da un punto di vista funzionale simile ad una *holding* di gestione.

Secondo una classificazione gerarchica possiamo distinguere invece:

- *Ultimate Holding Company*: è costituita da una società di livello superiore, da una persona singola o da una fondazione, che conduce e coordina il gruppo.

- *Intermediate Holding Company*: sono delle società che si trovano a un livello intermedio tra una società controllante o di altre società holding e di alcune società controllate.

3.1.3 - Le strategie di pianificazione fiscale perseguibili attraverso le holding companies

Le strategie principali per utilizzare in maniera efficiente una *holding* sono due. La prima consiste nel suo utilizzo della stessa come veicolo per "rimpatriare i profitti" alla società tramite operazioni di trasformazione del reddito stesso o differendone temporaneamente la tassazione; in questo senso, le *holding* sono considerate organismi in grado di generare reddito aggiuntivo⁵.

⁵ Ivi, p. 171.

Un secondo approccio prevede l'attuazione di strategie di allocazione che consentono la distribuzione degli utili in modo da essere tassate in maniera efficiente e tale da permettere l'incremento dei profitti.

Alcune delle tecniche possibili sono l'approccio *top-down* e l'approccio *bottom-up*, utilizzabili a seconda della direzione che si vuole conferire al trasferimento di reddito. Un tipico esempio di trasferimento *top-down* consiste in una prima analisi finanziaria nella quale viene prima esaminata la situazione macroeconomica dei vari Paesi e successivamente quella delle singole società, in un processo di selezione progressivo. L'approccio *bottom-up*, ossia il trasferimento di reddito a un più alto livello, può essere perseguito, ad esempio, da una società transfrontaliera commerciale mediante uno sgravio di gruppo. Tutte queste strategie possono essere tra loro combinate al fine di trovare la soluzione maggiormente compatibile, come avviene molto spesso nella pratica⁶.

Le considerazioni di carattere fiscale hanno un impatto importante sulle decisioni concernenti la creazione o meno di una *holding*. L'utilizzo delle stesse è collegato ai regimi fiscali nazionali e internazionali; inoltre, poiché i gruppi sono composti da imprese giuridicamente indipendenti, ognuna di queste società è autonomamente soggetta a tassazione, anche se ciò può non risultare coerente dal punto di vista commerciale, all'interno del quale un gruppo di società è rappresentabile come una unità economica. La "finta" indipendenza delle *holding* porta ad evidenziare che la somma delle imposte di tutte le società del gruppo è più alta delle imposte del gruppo considerato nel suo insieme. La ragione di questa differenza risiede nei molteplici riconoscimenti delle medesime condizioni economiche. Una *holding* può essere utilizzata come strumento per ridurre al minimo o addirittura eliminare questo problema, anche se tale modo potrebbe suonare come una contraddizione, dal momento

⁶ BORIO G. F., *La pianificazione fiscale internazionale*, cit., p. 83.

che il primo effetto della costituzione di una *holding* è la creazione di un ulteriore livello di tassazione e, quindi, un debito d'imposta complessivo ancora più elevato.

3.1.4 – I vantaggi a livello fiscale e di business

I vantaggi fiscali derivanti dalla creazione di una *holding* sono molteplici: l'esenzione fiscale per i dividendi distribuiti e le plusvalenze realizzate sulla vendita di varie partecipazioni; la riduzione delle ritenute alla fonte sui dividendi, sulle royalties e sui pagamenti di interessi; l'utilizzo dei privilegi derivati dalle convenzioni sulla doppia imposizione; l'aggregazione dei profitti e delle perdite all'interno del gruppo. Il risultato della creazione di una *holding* è inoltre l'ottenimento da parte del contribuente dell'accesso ai privilegi offerti da un regime fiscale estero.

Le ragioni per utilizzare le *holding* vanno anche al di là delle considerazioni di natura fiscale. Il motivo principale consiste nella centralizzazione delle diverse partecipazioni in una sola società, al fine di facilitare la loro gestione e garantire migliori risultati di business. Questo porta alla creazione di una struttura gestionale che genera molti effetti, tra i quali: le economie di scala, ossia effetti sinergici dovuti alla maggiore potenza della domanda e dell'offerta; l'accesso a nuove fonti di capitale; una maggiore trasparenza della struttura societaria; una maggiore flessibilità e neutralità rispetto a una società madre nei confronti di proprie controllate; una più ampia motivazione dei dipendenti; la riduzione dei costi di controllo unitamente all'aumento di flessibilità del gruppo riguardante i futuri cambiamenti strutturali.

3.1.5 – Limiti e rischi

La costituzione di una *holding* crea un ulteriore livello di tassazione e questo comporta di per sé il rischio di doppia imposizione, causato dal fatto che i gruppi di società non sono tassati come una singola entità. All'interno di un gruppo questo può portare ad effetti a cascata che riducono al minimo l'importo totale dei profitti al netto delle imposte. Per questo motivo l'obiettivo primario della pianificazione fiscale internazionale tramite *holding* deve essere quello di evitare eventuali costi supplementari legati al reddito aziendale addizionale. L'attuazione di una struttura tramite l'utilizzo di *holding* implica il rischio di innescare l'applicazione di norme antiabuso, come le regole generali anti-abuso e anti-trattati, la cosiddetta "capitalizzazione sottile" o le regole di CFC. In alcuni casi, l'inserimento di una *holding* può risultare dannoso per il deprezzamento del valore attuale delle partecipazioni. Una struttura di partecipazione efficace richiede non solo un "instradamento" fiscale effettivo sui redditi, ma anche la possibilità di un trasferimento transfrontaliero delle perdite per poterli aggregare con guadagni altrove⁷.

La struttura di una *holding* dipende anche dalla persistenza di accordi di doppia imposizione; infatti, in caso di cessazione di un trattato, l'intera struttura deve essere rivista. La sua implementazione comporta sempre il rischio che il management della società madre, poiché composto da dirigenti troppo lontani dalle rispettive attività di mercato, prenda eventuali decisioni non in linea con le reali necessità aziendali. In ultima analisi, la decisione se inserire una *holding* non deve essere esclusivamente fiscale; se la strategia fiscale non fosse in linea con le necessità di business l'impatto rischierebbe infatti di essere negativo.

⁷ Sul punto si veda anche D'ALFONSO G., *Holding, la via per la pianificazione fiscale*, in PMI, n. 11/2000, p. 56 e BRACCIONI P., *Il ruolo della pianificazione fiscale internazionale nei gruppi di imprese*, in Economia & management, n. 5/2000, p. 76.

3.2 - *Holding e trattamento fiscale dei flussi di reddito infragruppo*

3.2.1 - *Residenza fiscale delle holding*

L'individuazione della residenza fiscale è un compito non semplice quando si ha a che fare con *holding companies*, ossia società che non svolgono un'effettiva attività d'impresa, ma che sono soltanto intestatarie passive di beni. I criteri stabiliti dal legislatore per determinare la residenza di una società presuppongono, infatti, che venga di fatto esercitata un'attività d'impresa. A tal proposito si rinvia al già commentato art. 73 del TUIR che, nell'individuare la residenza dei soggetti passivi ai fini dell'applicazione dell'IRES, al comma 3, stabilisce che siano da considerarsi residenti i soggetti che per la maggior parte del periodo di imposta abbiano avuto nel territorio dello Stato la sede legale, la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale della loro attività. Le nozioni di "sede dell'amministrazione" o di "oggetto principale dell'attività" non possono essere utilizzate in modo proprio in riferimento a società statiche, che non operano in modo attivo, quali appunto le *holding*. È chiaro, del resto, che, se si utilizza come parametro di riferimento per ammettere l'esistenza di un'attività economica all'estero la presenza di una complessa realtà industriale, con luoghi di produzione, fabbriche, dipendenti, le *holding* pure non potranno mai essere fatte rientrare in queste categorie. Il problema va considerato anche in relazione alla tipologia di *holding* presa in considerazione, ci si potrebbe trovare di fronte, infatti, ad una holding pura, che si limita cioè al possesso statico di partecipazioni, oppure potrebbe essere una *holding*, che oltre a detenere partecipazioni, esercita anche un'attività dinamica di coordinamento e direzione delle partecipate, ovvero un'attività finanziaria o di sviluppo di marchi o

brevetti. In questo secondo caso la sede dell'amministrazione dovrebbe essere localizzata nel luogo in cui vengono gestiti i rapporti giuridici da cui discendono i ricavi, il luogo quindi in cui si riuniscono e prendono le decisioni gli amministratori della *holding* stessa. Se peraltro l'attività della *holding* consiste nel formare e trasmettere le linee strategiche d'azione delle società partecipate, l'"oggetto principale" della stessa finisce con il coincidere con quello della sede dell'amministrazione. A conferma di ciò basti ricordare il già citato art. 4 del Commentario OCSE, in cui l'Amministrazione finanziaria italiana nell'individuazione della "sede dell'amministrazione" dà rilievo al concetto di "place of effective management", quindi al luogo da cui partono gli impulsi volitivi e in cui gli organi amministrativi esercitano i loro poteri, al di là di quello in cui viene posta in essere l'attività principale.

Il riferimento all'"oggetto principale" si fa più complesso in relazione alle *holding* statiche di partecipazioni, che non intervengono cioè in alcun modo nella definizione degli indirizzi strategici delle partecipate e che non prestano servizi operativi. In tali casi non è facilmente applicabile il criterio dell'"oggetto principale", mancando del tutto un'attività effettiva, ma non lo è neppure quello della "sede dell'amministrazione". Ecco che potrebbe risultare più semplice, ed anche più ragionevole secondo una parte della giurisprudenza e della dottrina commercialistica, localizzare l'oggetto dell'attività della *holding* nel luogo in cui risiede ed opera la società controllata, ovvero, se più d'una, la maggior parte di esse. Si tratterebbe di fatto di imputare in capo alla controllante lo svolgimento di una vera e propria attività industriale indiretta e mediata, e non il semplice esercizio di un'attività finanziaria o l'erogazione di servizi ausiliari. Si può notare dunque come vi sia una tendenza a dare priorità al profilo sostanziale e a privilegiare

elementi di effettività, a costo di correre il rischio di forzare un po' i concetti di "sede dell'amministrazione" e "oggetto principale"⁸.

3.2.2 - Tassazione dei dividendi

Il regime fiscale dei dividendi attualmente in vigore è il risultato di una serie di riforme che hanno visto l'abbandono del meccanismo del credito d'imposta a favore di un sistema basato sull'esenzione, o meglio, sull'esclusione. L'obiettivo dichiarato del principale intervento in materia, la c.d. riforma Tremonti⁹, era quello di equiparare la tassazione dei dividendi nazionali ed esteri, nonché di evitare la doppia imposizione giuridica e contenere quella economica¹⁰. L'attuale sistema di imputazione recepisce il principio secondo il quale l'utile viene tassato solo in capo al soggetto che l'ha prodotto e non in capo ai soci a cui viene successivamente distribuito. Quindi, anche nell'ambito di una catena partecipativa è sufficiente che il dividendo venga tassato in capo alla società che ha prodotto l'utile dal cui è derivato il dividendo stesso, indipendentemente dal fatto che esso risalga, parzialmente o in tutto, la catena di partecipazioni fino all'ultimo socio, il quale potrà beneficiare del regime di esclusione.

In particolare, nell'ambito del reddito d'impresa, l'art. 89, 3 comma, del TUIR prevede un'esclusione dall'imposizione per il 95% del dividendo, con il risultato che è tassato di conseguenza solo il 5% dell'ammontare dello stesso¹¹.

⁸ Sul punto si veda STEVANATO D., "Oggetto principale" ed interposizione ai fini della residenza fiscale delle società "esterovestite", in *Dialoghi di Diritto Tributario*, n. 12/2007, p.1551.

⁹ D.Lgs. n. 344 del 12 dicembre del 2003.

¹⁰ La doppia imposizione economica si sostanzia nella applicazione di imposte simili e concorrenti da parte di due Stati sullo stesso reddito nei confronti di soggetti diversi; la doppia imposizione giuridica consiste nella duplicazione di un'imposta che grava sul medesimo soggetto e relativa allo stesso presupposto oggettivo.

¹¹ Diversamente, è prevista una detassazione nella misura del 50,28%, quindi i dividendi concorrono alla formazione del reddito imponibile nella misura del 49.72%, anche se di fonte

È doveroso precisare come la tassazione della sola quota di utili del 5% non voglia attribuire rilevanza reddituale solo parziale al dividendo, ma risponda piuttosto alla necessità di individuare una quota di costi di gestione della partecipazione. Sulla base di tale regime impositivo il precettore IRES può dunque beneficiare della suddetta esclusione, indipendentemente dall'ammontare dell'imposta a cui è soggetta la società distributrice dell'utile. Il legislatore italiano ha infatti stabilito le percentuali di esclusione dalla tassazione dei dividendi in capo al socio, avendo a riguardo il livello di tassazione delle società italiane che li distribuiscono, livello che si discosta, talvolta anche di parecchio, da quello delle società estere dalle quali possono provenire i dividendi. Di conseguenza per i dividendi trova applicazione in ogni caso il regime normale, a prescindere dal livello di tassazione dell'utile in capo alla società estera¹². L'unico caso di inapplicabilità dell'esclusione nella misura del 95% prevista ordinariamente per i dividendi derivanti da utili di fonte estera percepiti da soggetti IRES, riguarda gli utili "provenienti" da società o enti localizzati in Paesi o territori aventi regime fiscale privilegiato, come individuati dal D.M. 21 novembre 2001.

Nell'originaria formulazione, antecedente la riforma del 2006, la norma si riferiva agli utili "corrisposti", la successiva sostituzione con il termine "provenienti", introdotto negli art. 47 e 89 con il D.L. n. 233 del 2006, è finalizzata ad evitare triangolazioni sui dividendi che potrebbero consentire al contribuente italiano di percepire utili

estera, per i dividendi percepiti da soggetti passivi IRPEF nell'esercizio dell'attività d'impresa, da società commerciali di tipo personale e da persone fisiche che detengono partecipazioni qualificate. Gli utili percepiti, invece, da persone fisiche relativi però a partecipazioni non qualificate sono assoggettati ad un'imposizione sostitutiva, con ritenuta alla fonte a titolo d'imposta, del 12,5%.

¹² Per una lettura più approfondita sulla congruità di tale orientamento si veda MAYR S., *Alcune considerazioni sulla tassazione dei dividendi esteri*, in Bollettino Tributario n. 7/2009, p. 517.

provenienti da Stati *black list*, mediante l'utilizzo di società intermedie, c.d. *conduit companies*, in questi localizzate¹³.

Quindi anche gli utili distribuiti da società *conduit* "figlie", ai sensi della c.d. Direttiva "madri e figlie" n. 90/435/CE del 23 luglio 1990, alla società "madre" italiana, rientrano nell'ambito applicativo della suddetta disposizione. La stessa Direttiva infatti, pur collocandosi nell'ambito degli interventi UE contro la doppia imposizione sui dividendi, stabilisce che non è pregiudicata "l'applicazione di disposizioni nazionali o convenzionali necessarie per evitare le frodi e gli abusi". Lo stesso art. 89 prevede tuttavia la possibilità di disapplicare tali previsioni di tassazione integrale dei dividendi attraverso la presentazione di un'istanza di interpello, dando prova che dalle partecipazioni non è stato conseguito il risultato di collocare i redditi in Stati o territori a fiscalità privilegiata. Disapplicazione che può essere ottenuta anche nel caso in cui gli stessi dividendi siano già stati imputati al socio, per trasparenza, ai sensi degli art. 167, comma 1, e 168 del TUIR, relativi alla già citata disciplina CFC. L'Amministrazione finanziaria dovrà pertanto, ai fini di concedere la disapplicazione del suddetto regime ai dividendi distribuiti da una *conduit* europea "figlia" e provenienti da un Paese *black list*, verificare caso per caso che il disegno non mascheri il tentativo di evitare artificialmente che i redditi siano sottoposti ad una congrua tassazione. La suddetta società intermedia dovrà quindi, dal canto suo, essere in grado di dimostrare la provenienza degli utili distribuiti, tant'è che a riguardo l'Agenzia delle Entrate, con la circolare n. 51/E del 6 ottobre 2010, ha precisato che, in difetto di un adeguato supporto documentale, si presuppongono distribuiti al socio residente in via prioritaria gli utili provenienti da Stati o territori a fiscalità privilegiata, e in quanto tali tassati integralmente.

¹³ Per un'analisi più approfondita della problematiche a ciò legate si veda la circolare ASSONIME n. 38/2007.

3.2.3 – Tassazione delle plusvalenze e participation exemption

Come evidenziato nell'ambito della disciplina che regola la tassazione dei dividendi, il rapporto tra fiscalità delle società e fiscalità dei soci si basa sull'assunto che la tassazione debba avvenire al momento della sua produzione e non all'atto della sua distribuzione. Ecco che, così come l'irrilevanza reddituale dei dividendi distribuiti, si pone in tale ottica anche la previsione di esenzione delle plusvalenze realizzate a seguito della cessione di partecipazioni che presentano determinati requisiti, con simmetrica indeducibilità delle minusvalenze e dei relativi costi.

L'istituto della *participation exemption*, regolato dall'art. 87 del TUIR, prevede un regime di esenzione delle plusvalenze realizzate mediante la cessione di partecipazioni sociali, al verificarsi di determinate condizioni. In particolare, deve trattarsi di partecipazioni iscritte in bilancio, sin dall'inizio del loro possesso, tra le immobilizzazioni finanziarie; siano state possedute ininterrottamente per un periodo minimo dal primo giorno del diciottesimo mese precedente a quello dell'alienazione; la società partecipata eserciti un'effettiva attività commerciale e non sia residente in un Paese a regime fiscale privilegiato.

A riguardo della fattispecie specifica concernente il caso di partecipazioni in società *holding*, il comma 5 del suddetto art. 87 del TUIR stabilisce che *“per le partecipazioni in società la cui attività consiste in via esclusiva o prevalente nell'assunzione di partecipazioni, i requisiti di cui alle lettere c) e d) del comma 1 si riferiscono alle società indirettamente partecipate e si verificano quando tali requisiti sussistono nei confronti delle partecipate che rappresentano la maggior parte del valore del patrimonio sociale della partecipante”*. Si tratta in particolare dei requisiti della residenza della società partecipata in Paesi diversi dai paradisi fiscali e dell'esercizio da parte della stessa di un'effettiva

attività commerciale. Nella circolare n. 36/E del 2004 è precisato che la determinazione del valore del patrimonio sociale deve essere effettuata *“a valori correnti e non a valori contabili”*¹⁴. La *ratio* della disposizione in esame è senza dubbio antielusiva, poiché mira ad evitare che il contribuente collochi nella *holding* partecipazioni non aventi le caratteristiche necessarie per beneficiare del regime di *participation exemption* e ceda successivamente la partecipazione nella holding stessa godendo in tal modo del suddetto regime¹⁵. La stessa circolare ha chiarito va appurata la presenza di tale requisiti va accertata anche in capo alle stabili organizzazioni delle società partecipate, e non solo in capo a queste ultime.

La disposizione anzidetta fa esplicito richiamo alle società che svolgono un'attività, in via esclusiva o prevalente, di assunzione di partecipazioni, condizione quest'ultima che può dirsi verificata nel caso in cui il valore delle partecipazioni sia maggiore rispetto al resto del patrimonio sociale. L'Agenzia delle Entrate, sempre tramite la sopracitata circolare 36/E, ha precisato che la valutazione dell'attività prevalente debba farsi attraverso un confronto tra *“il valore corrente delle partecipazioni con quello dell'intero patrimonio sociale, considerando anche gli avviamenti positivi e negativi anche se non iscritti”*. Anche per quanto riguarda le *holding* miste, anche la parte di patrimonio costituita da attività commerciali diverse dalle partecipazioni va valutata a valori correnti, e va sommato a quello delle

¹⁴ Par. 2.3.5, A.E. Circolare n. 36/E del 4 agosto 2004.

¹⁵ *“Per comprendere meglio la portata della norma, si ipotizzi il caso di una società A che possieda una partecipazione “immobilizzata” nella società B, la cui attività consiste in via esclusiva nell'assunzione di partecipazioni in altre società e che è socia delle società C, D, E ed F. Si supponga altresì che le società C e D siano “operative”, cioè in possesso dei requisiti dell'esercizio dell'attività commerciale e della residenza al di fuori dei “Paradisi fiscali”, mentre le società E ed F non li posseggono. Se la società A cede la partecipazione nella holding B, la plusvalenza derivante da questa cessione può essere qualificata per l'esenzione soltanto se le società C e D rappresentano la maggior parte del valore del patrimonio sociale di B”* così FERRANTI G., *La “participation exemption” per le società “holding”*, in Corriere Tributario 39/2004, p. 3048.

partecipazioni in possesso del requisito della commercialità¹⁶. Quest'ultimo requisito, sommato a quello della residenza, sono richiesti, come anzidetto, in capo alle società partecipate dall'art. 87 del TUIR ai fini dell'applicazione del regime Pex.

Quanto al primo requisito, ai fini della fruibilità del regime Pex, la partecipata deve esercitare *"un'impresa commerciale secondo la definizione di cui all'art. 55"*. È chiaro come il legislatore, imponendo tale requisito, volesse distinguere le società che svolgono un'attività di produzione di ricchezza e che possono essere considerate imprese vere e proprie, da quelle che si limitano al mero godimento dei beni sociali. Relativamente, nello specifico, alle *holding* di partecipazione, la Corte di Cassazione con la Sentenza n. 1349 del 26 febbraio del 1990 aveva già avuto modo di chiarire che le *holding*, pur non esercitando direttamente un'attività di produzione e scambio di beni o servizi, partecipano ad attività di tal genere e si può quindi qualificare il loro fine come commerciale. La stessa Corte ha precisato che *"l'imprenditorialità della holding non deriva dal fatto che essa svolga l'attività di partecipazione e di coordinamento tecnico finanziario, in sé e per sé considerata, ma deriva dalla specifica attività di produzione e di scambio che formano oggetto delle società operanti ed il cui esercizio, in forma indiretta tramite la direzione ed il coordinamento ed a mezzo della partecipazione di controllo, è attuabile dalla capogruppo"*¹⁷. Dunque, secondo tale orientamento giurisprudenziale il regime di esenzione delle plusvalenze è da applicarsi anche a riguardo delle partecipazioni possedute in società *holding*, sviluppando queste ultime un'attività che si può qualificare come commerciale, seppur in via mediata¹⁸.

¹⁶ Sul punto FERRANTI G., *Idem*, p. 3050.

¹⁷ Sentenza Cass. Civile, Sez. I, n. 1439 del 26 febbraio 1990.

¹⁸ A riguardo ROSSI L., SCARIONI P., *Prime osservazioni in tema di "participation exemption"*, in Bollettino Tributario n. 10/2003, p. 733.

Relativamente al requisito della residenza, di cui all'art. 87, comma 1, lett. c), del TUIR¹⁹, ai fini Pex per le società holding è bene richiamare le precisazioni fornite dall'Agenzia delle Entrate con la circolare n. 7/E del 2013, le quali delineano una decisa modifica dell'indirizzo seguito precedentemente dalla stessa Amministrazione finanziaria. Innanzitutto l'Amministrazione finanziaria pone l'accento sulla distinzione tra *holding* residenti in territori *black list*, e *holding* residenti invece in Stati a fiscalità ordinaria. Dopodiché, in riferimento alle prime, chiarisce che il socio residente in Italia, oltre a dover dimostrare in sede di controllo quanto richiesto dall'art. 87, comma 5, del TUIR, ossia che le società partecipate dalla *holding* siano in possesso dei requisiti di commercialità e residenza, deve dar prova anche che la partecipazione nella *holding* non gli ha permesso, sin dall'inizio del periodo di possesso, di localizzare i redditi in Paesi *black list*, ovvero, che i redditi generati dalla holding siano stati prodotti per almeno il 75% in Stati a fiscalità ordinaria. Il Contribuente deve dar prova di ciò tramite la presentazione di un'istanza di interpello, secondo le modalità previste dall'art. 167, comma 5, lett. b), del TUIR. Al contrario, secondo l'Amministrazione finanziaria, se alla *holding* estera si applicano le disposizioni sulle CFC di cui all'art. 167 del TUIR, anche in tal caso sin dall'inizio del possesso, allora il socio italiano non deve presentare alcuna istanza di interpello. Questo perché i redditi prodotti dalla *holding*, essendo soggetta alla disciplina CFC, sono tassati per trasparenza in capo al socio residente nel territorio dello Stato, e ciò escluderebbe l'ipotesi di localizzazione degli stessi in un Paese *black list*.

¹⁹ Il quale prevede che per accedere al regime Pex debba verificarsi, tra le altre, la condizione "c) residenza fiscale della società partecipata in uno Stato o territorio di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis, o, alternativamente, l'avvenuta dimostrazione, a seguito dell'esercizio dell'interpello secondo le modalità di cui al comma 5, lettera b), dell'articolo 167, che dalle partecipazioni non sia stato conseguito, sin dall'inizio del periodo di possesso, l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori diversi da quelli individuati nel medesimo decreto di cui all'articolo 168-bis".

A riguardo invece delle *holding* residenti in Stati *white list*, l'Agenzia delle Entrate ha confermato l'applicazione della sola disposizione prevista dal suddetto art. 87, comma 5, del TUIR, per cui il socio italiano non è tenuto a presentare istanza di interpello in nessuna delle ipotesi su menzionate. Infatti se la *holding* possiede partecipazioni esclusivamente in società operative residenti in Stati *white list*, la residenza dovrà considerarsi in capo alla stessa, (data la prevalenza dell'oggetto dell'investimento in Paesi *white list*); dovrà invece ritenersi non verificato il requisito della residenza in capo alla *holding* nel caso in cui essa possieda esclusivamente e prevalentemente partecipazioni in società operative residenti in Paesi *black list*, (data la prevalenza dell'oggetto dell'investimento in Paesi *black list*); nell'ipotesi invece in cui il socio italiano è tassato per trasparenza, in seguito all'applicazione della normativa CFC, per le partecipazioni detenute dalla *holding* in società operative residenti in Paesi *black list*, (bisogna considerarsi insussistente il requisito della residenza in capo alla *holding*, poiché tale circostanza farebbe venire meno l'effetto di localizzare i redditi in uno Stato *black list*). L'orientamento seguito in precedenza dall'amministrazione finanziaria, contenuto nella circolare n. 36/E del 2004, prevedeva che i requisiti di cui alle lett. c) e d) dovessero sussistere "non in capo alla stessa *holding*, bensì in capo alle società da questa direttamente o indirettamente partecipate e alle relative stabili organizzazioni" e dava quindi, in tal modo, prevalenza alla localizzazione dell'oggetto dell'investimento nel consentire l'accesso alla Pex²⁰. La diversa presa di posizione Amministrazione finanziaria, a seguito della recente circolare n. 7/E, introduce quale novità più significativa la dimostrazione della sussistenza del requisito di residenza e relativamente alle *holding* residenti in Stati *black list*.

²⁰ Si veda ROSSI L., PRIVITERA A., *Il requisito della residenza ai fini PEX secondo l'Agenzia delle entrate*, in *Corriere Tributario* n. 20/2013, p. 1547.

3.2.4 - Holding: (a)simmetria tra utili da partecipazione e plusvalenze da cessione

La novità appena descritte in materia di *participation exemption* relative alla sussistenza del requisito della residenza delle *holding* offrono spunti di riflessione circa le interrelazioni tra le modalità di tassazione degli utili e delle plusvalenze. Nel tentativo di ricercare una simmetria tra questi ultimi bisogna tener conto, innanzitutto, della diversa natura di tali flussi. I primi infatti, sia nel caso in cui vengano effettivamente distribuiti ai soci, sia che vengano loro imputati per trasparenza a prescindere dall'effettiva distribuzione alla stregua della disciplina sulle CFC, costituiscono flussi di reddito che la società partecipata ha già realizzato e che possono essere chiaramente identificati. Il valore delle plusvalenze, invece, è ancorato all'attitudine della partecipata di produrre redditi in futuro e si basa quindi su utili attesi. La suddetta simmetria si potrà quindi riscontrare nel caso in cui il socio residente detenga direttamente delle partecipazioni nelle società operative, ma non nel caso in cui fra queste ed il socio stesso si frapponga una società holding. Questo induce a riflettere circa la novità introdotte dalla suddetta circolare 29 marzo 2013, n. 7/E e ad evidenziare alcune criticità risultanti dall'orientamento dell'Amministrazione finanziaria. A tal fine e per una maggior chiarezza sul punto in questione si riportano alcune esemplificazioni.

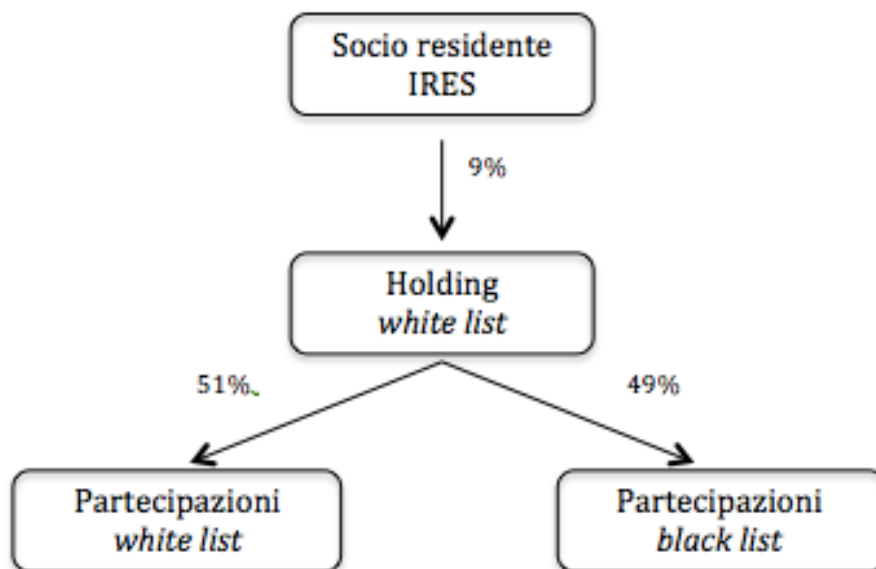
Consideriamo una società residente in Italia che possiede una partecipazione in una *holding*²¹ residente in un territorio *white list*, la quale a sua volta detiene partecipazioni in società operative localizzate prevalentemente in Stati *white list*. In tal caso:

- i dividendi distribuiti dalla *holding* alla società italiana potranno provenire da utili versati alla holding stessa da società operative

²¹ Si consideri il caso di partecipazioni inferiori alle soglie prospettate dagli art. 167 e 168 del TUIR, per le quali non trova dunque applicazione la normativa CFC.

residenti in territori a fiscalità privilegiata, ed in tal caso dovrebbero concorrere alla formazione del reddito del soggetto italiano nella loro totalità, oppure potrebbero provenire da società operative soggette a fiscalità ordinaria ed in tal caso andrebbero ad integrare la base imponibile del socio IRES solo in una percentuale pari al 5%. Quindi, a seconda della loro provenienza sono sottoposti a un trattamento tributario differente, tutto ciò stando a quanto previsto dall'art. 89, comma 2 e 3, del TUIR;

- diversamente, nel caso di cessione della partecipazione nella *holding* la plusvalenza che ne deriverebbe sarebbe imponibile, a norma dell'art. 87 del TUIR, nei limiti dal 5%, trattandosi di una *holding* che ha investito la maggior parte del proprio patrimonio in società residenti in Stati *white list* e che, in quanto tale, soddisfa il requisito della residenza di cui al comma 5 del predetto articolo.

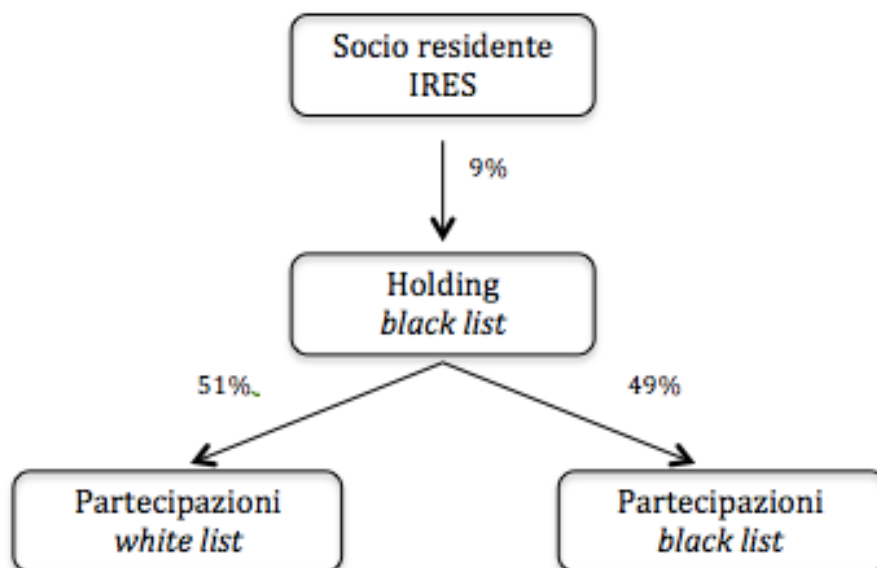


Sul punto non sembrano esservi discordanze e l'asimmetria tra i due trattamenti impositivi trova conferma anche nella linea seguita dall'Amministrazione finanziaria.

Uguale asimmetria nei regimi impositivi è riscontrabile anche nel caso in cui la *holding* sia localizzata in uno Stato *black list*. In tal caso infatti:

- le plusvalenze sarebbero soggette allo stesso sistema impositivo sopra descritto, trattandosi di una società che ha investito la maggior parte del proprio patrimonio in società residenti in Paesi *white list*;
- quanto ai dividendi però, essendo di provenienza *black list*, essi concorrerebbero integralmente alla determinazione della base imponibile senza alcuna esclusione.

Il punto più controverso riguarda la qualificazione o meno per il regime della *participation exemption* per le *holding* localizzate in Stati *black list*, ma che detengono partecipazioni in misura prevalente in società residenti in territori a fiscalità ordinaria, come nel caso in esame. Secondo l'impostazione seguita nell'esempio descritto, sostenuta peraltro anche da Assonime nella circolare n. 38 del 2005, quindi vi sarebbe un'immediata applicazione del regime Pex per tale tipologia di struttura, mentre la su menzionata circolare n. 7/E la escluderebbe totalmente, ai sensi dell'art. 87, comma 5, del TUIR poiché, nonostante la localizzazione prevalente in Paesi *white list*, gli utili vengono prodotti in tali territori per un ammontare inferiore al 75%, percentuale necessaria ad integrare il requisito di residenza della *holding* richiesto dalla suddetta circolare.



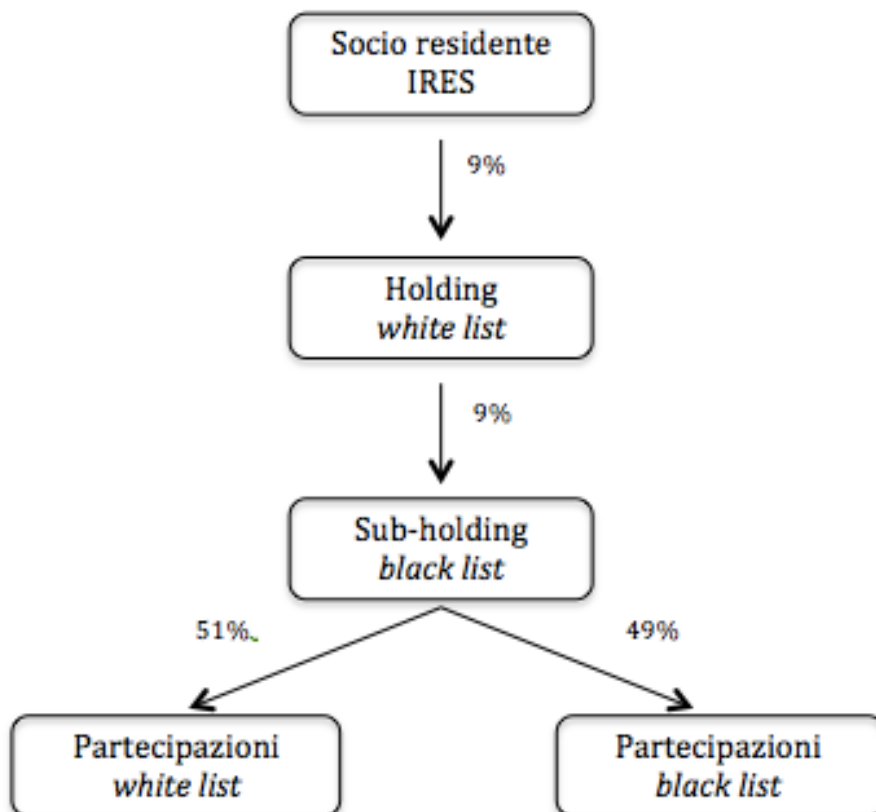
Stessa logica si applica nel caso in cui il socio italiano detenga una partecipazione di minoranza in una *holding* localizzata in un territorio a fiscalità ordinaria, la quale però possiede a sua volta una partecipazione di minoranza in una *sub-holding* residente in uno Stato *black list*. Anche nell'ipotesi in cui quest'ultima possieda partecipazioni in prevalenza in società residenti in Paesi *white list*:

- i dividendi percepiti dal soggetto italiano saranno tassati integralmente perché derivanti da utili che la *holding* ha percepito dalla *sub-holding* residente in territori a fiscalità privilegiata; in tal caso si presuppone infatti che il socio italiano in sede di interpello non sia nella condizione di dimostrare che dalla partecipazione non ha conseguito l'effetto di collocare i redditi in territori *black list* per un ammontare inferiore al 75%;
- al contrario, la plusvalenza derivante dalla cessione della partecipazione è esente per il 95% poiché secondo il par. 2.3.5 della circolare n. 36/E del 2004 "per la corretta determinazione dei requisiti in capo alla holding, è necessario che sia eliminato lo "schermo" costituito dalla sub-holding, in modo che le società indirettamente partecipate possano riflettere pro quota i propri

requisiti di commercialità e di residenza direttamente in capo alla holding di primo livello”.

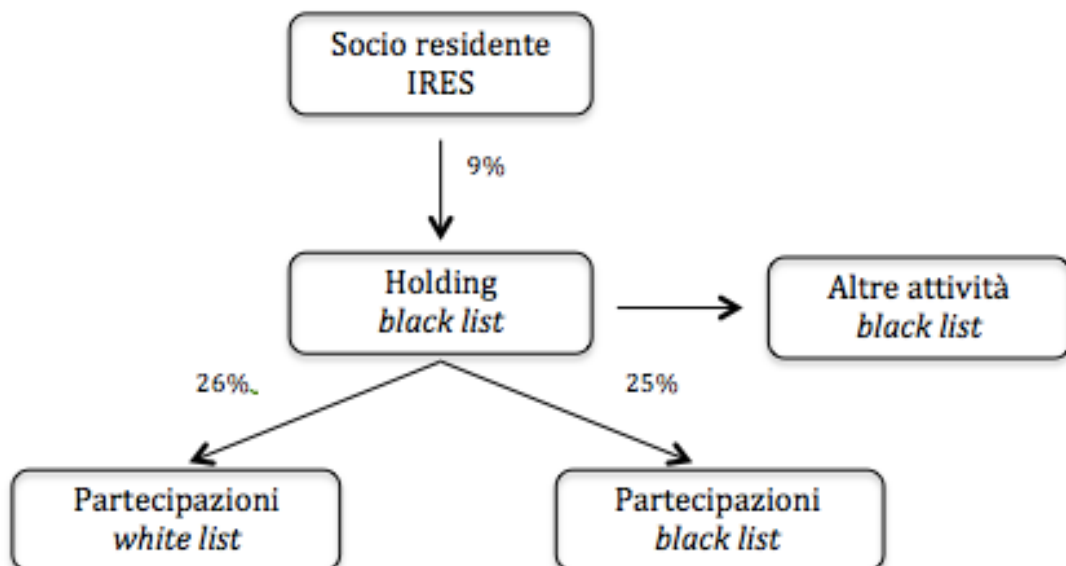
Nell'esempio in questione il patrimonio risulta investito prevalentemente in società operative residenti in Stati *white list*. L'asimmetria di trattamento tra utili e dividendi in questo ultimo caso risulta quindi confermato, stando al parere su riportato, anche dalla stessa Amministrazione finanziaria.

Dai vari esempi qui riportati appare chiaro come, nell'applicare o meno il regime della Pex non sia corretto basarsi sulla fiscalità dello Stato di residenza della *holding*, infatti non in tutte le ipotesi è possibile riscontrare una simmetria impositiva tra utile da partecipazione e plusvalenza da cessione.



Diverso è il caso in cui il socio italiano detenga partecipazioni in una *holding* mista che risiede in uno Stato *black list*, quindi che svolge in quest'ultimo anche una qualche attività commerciale, la quale a sua volta possiede partecipazioni in società operative sia in Paesi *black list*, che *white list*. In tal caso è da escludersi l'accesso al regime della *participation exemption* della plusvalenza da cessione di partecipazione nella holding, dal momento che l'oggetto d'investimento di quest'ultima sia collocato prevalentemente in territori *black list*, dovendo considerare ai fini della residenza anche il patrimonio non investito in partecipazioni. Di conseguenza nell'esempio in questione si realizza piena simmetria tra il regime fiscale dei due flussi reddituali, poiché sono tassati interamente entrambi:

- i dividendi, in quanto discendenti da utili prodotti in Paesi a fiscalità agevolata, concorrono nel loro intero ammontare alla formazione del reddito imponibile;
- stesso trattamento sarà riservato in tal caso anche alla plusvalenza, la quale, non potendo accedere alla Pex, confluirà anch'essa nel reddito integralmente.



Le considerazioni fin qui esposte trovano uguale valenza anche nel caso in cui alla *holding* sia applicabile la disciplina CFC, ai sensi degli art. 167 e 168 del TUIR. Riconsideriamo i casi iniziali di una *holding* residente in un territorio *white list* e con partecipazioni in società operative localizzate anch'esse prevalentemente in Stati a fiscalità ordinaria, nonché di una holding con le stesse caratteristiche partecipativa ma residente in un Paese *black list*. A seguito dell'applicazione della disciplina CFC in capo alla *holding*, in entrambi i casi si avrà che:

- gli utili da partecipazione della *holding* sono imputati per trasparenza al socio residente in Italia e tassati in capo a questo a seconda della loro provenienza, integralmente se da società operativa *black list*, viceversa nel limite del 5%;
- la plusvalenza da cessione di partecipazione è imponibile solo per il 5% del suo ammontare, dato che il patrimonio della *holding* è investito in misura prevalente in società residenti in territori a fiscalità ordinaria.

Da segnalare ancora una volta come, in riferimento all'ultima ipotesi prospettata relativa ad una *holding* residente in territori *black list* soggetta alla disciplina CFC, l'Agenzia delle entrate consenta a quest'ultima l'accesso alla *participation exemption*, escludendo la necessità di presentare istanza di interpello, in quanto a seguito dell'imputazione del reddito per trasparenza al socio italiano verrebbe meno l'effetto di localizzare i redditi in Stati *black list*. Nella stessa circolare n. 7/E essa afferma infatti che la necessità di verificare il requisito della residenza non sussiste *"in ipotesi di partecipazioni in società che (...) sebbene residente in un Paese black list, sia stata tassata per trasparenza in capo al socio in applicazione della disciplina CFC"*. Tale posizione è stata tuttavia oggetto di critiche sia dal punto di vista letterale che sostanziale. Quanto al primo aspetto è stato sottolineato come le disposizioni relative alla CFC vengono applicate nel caso in cui il contribuente italiano non riesca a provare la presenza di una delle

due esimenti di cui all'art. 167, comma 5, del TUIR. Una di queste, in particolare, è la medesima che si applica per la prova del requisito della residenza ai fini Pex, ossia la dimostrazione di come dalla partecipazione non si abbia l'effetto di collocare i redditi in territori *black list*. Dunque, poiché l'applicazione della disciplina CFC avviene per la mancata dimostrazione di quest'ultimo effetto, esso dovrebbe riflettersi anche relativamente alla prova del requisito della residenza ai fini Pex, ragion per cui non dovrebbe essere permesso l'accesso a tale regime per le partecipazioni in società residenti in Stati *black list* e soggette alla disciplina CFC. Dal punto di vista sostanziale, inoltre, è stato evidenziato come l'applicazione del regime Pex in situazioni di tal genere non sia necessario neppure allo scopo di evitare fenomeni di doppia imposizione giuridica, dato che la disciplina CFC prevede già in sé, come evidenziato nel precedente capitolo, i rimedi necessari ad evitarla.

3.2.5 - Tassazione per trasparenza

Soppresso l'istituto del credito d'imposta sui dividendi, i principi alla base della tassazione IRES divengono l'esclusione dall'imposizione dei dividendi nel momento in cui vengono distribuiti ai soci e l'esenzione delle plusvalenze da cessione di partecipazioni. L'opzione per le società di capitali di optare per una tassazione per trasparenza, nonché le due forme di consolidamento fiscale, nazionale e mondiale, rappresentano una sorta di correttivo al suddetto metodo dell'esenzione²².

Con la riforma IRES per mezzo del D.lgs. n. 344 del 2003 è stato introdotto nel nostro ordinamento un regime, che può trovare

²² COSTA G., *Profili internazionale-tributari e di compatibilità con l'ordinamento comunitario dell'istituto della trasparenza fiscale delle società di capitali*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, n. 1/2005, p. 295.

applicazione anche da parte delle *holding companies*, della c.d. trasparenza fiscale. La disciplina è contenuta nell'art. 115 del TUIR, che dà a sua volta attuazione ai principi contenuti nell'art. 4, comma 1, lett. h della legge delega n. 80/2003, e che di fatto estende alle società di capitali la possibilità, fino ad allora concessa alle sole società di persone, di optare per una tassazione per trasparenza. Il suddetto articolo stabilisce che il reddito della società può non essere tassato in capo alla stessa, ma imputato *pro quota* ai soci, a prescindere dall'effettiva percezione. Possono fruire di tale regime le società di capitali residenti di cui all'art. 73, 1 comma, lett. a) del TUIR, i cui soci siano a loro volta società di capitali, ciascuno con una percentuale di diritti di voto esercitabile nell'assemblea generale di cui all'art. 2346 c.c. e di partecipazione agli utili non inferiore al 10% e non superiore al 50%. L'art. 3 del D.M. 23 aprile 2004 specifica che tali percentuali di partecipazioni agli utili devono essere calcolate tenendo conto solamente della partecipazione diretta del socio nella società partecipata e non considerando le azioni che conferiscono il diritto alla percezione degli utili ma non il diritto di voto in assemblea.

Il 2° comma chiarisce poi che nel caso in cui uno o più soci non siano residenti il regime della trasparenza può trovare applicazione solo nel caso in cui non vi sia obbligo di ritenuta sui dividendi in uscita, ciò perché il legislatore fiscale ha voluto evitare che, attraverso l'imputazione per trasparenza, venisse vanificata l'applicazione della ritenuta stessa con conseguente riduzione della entrate fiscali²³.

L'opzione non può essere esercitata qualora: la società sia assoggettata a procedure concorsuali di cui all'art. 101, comma 5, del TUIR; se ha optato per il consolidato nazionale o mondiale; nel caso di fruizione da parte dei soci di una riduzione dell'aliquota IRES ordinaria²⁴.

²³ Si limita quindi ai soggetti a cui è applicabile il regime comunitario delle società madri e figli, di cui alla già richiamata Direttiva 1990/435/CEE, in tal caso infatti è possibile non applicare la ritenuta alla fonte del 27%, di cui all'art. 27-bis del D.P.R. n. 600 del 1973.

²⁴ Inizialmente la disciplina prevedeva che costituisse motivo di esclusione dell'applicazione dell'opzione per trasparenza anche l'emissione da parte della società partecipata di strumenti

La scelta per il regime della trasparenza è facoltativa e l'esercizio della stessa deve essere comunicata, tramite raccomandata, all'Amministrazione finanziaria entro il primo dei tre periodi di imposta di sua efficacia e secondo il procedimento previsto dal Direttore dell'Agenzia delle Entrate. La stessa, una volta esercitata, è irrevocabile per tre esercizi, purché non si verifichino specifiche cause di interruzione.

Una volta verificati i presupposti applicativi, lo stesso art. 115 al comma 3, detta le regole per l'imputazione del reddito ai soci, che deve avvenire *pro quota* e indipendentemente dall'effettiva distribuzione e nell'esercizio in corso alla data di chiusura del bilancio della partecipata. Le eventuali perdite fiscali della società partecipata relative all'esercizio in cui viene esercitata l'opzione è imputata ai soci sempre in proporzione alle quote di partecipazione nel limite del valore del patrimonio netto contabile di loro competenza, mentre per quanto riguarda le perdite pregresse possono essere utilizzate per abbattere l'utile attribuito per trasparenza, nel caso riguardino la società trasparente saranno utilizzabili solo sugli utili di quest'ultima, mentre se riferibili alle partecipanti lo saranno sia per i redditi imputati per trasparenza che per i propri.

3.2.6 - Cenni sul consolidato

La disciplina della tassazione consolidata rientra tra le novità previste dal già citato decreto legislativo n. 344/2003 e si occupa dei sistemi di consolidamento previsti per le società residenti, il c.d. consolidato nazionale, e per le non residenti, c.d. consolidato mondiale. La normativa attinente al consolidato nazionale è contenuta negli art.

partecipativi di cui al primo comma dell'art. 2346 c.c., il quale tuttavia a partire dal 1° gennaio del 2005 non costituisce più motivo di impedimento; sul punto si veda CORVAJA M., *Le modifiche del regime della trasparenza stabilite dal "correttivo Ires"*, in *Il fisco*, n. 3/2006, p. 1041.

117-129 del TUIR²⁵, la quale si è occupata della descrizione di un metodo uniforme per la tassazione del fenomeno di gruppo di imprese, basato sull'individuazione di una singola base imponibile all'interno della quale confluiscono tutti i redditi imponibili della singole società appartenenti al gruppo stesso. I soggetti con la facoltà di consolidare sono espressamente previsti dalle lettere a) e b) dell'art. 73, comma 1, del TUIR, mentre i soggetti consolidati possono assumere solo una della forme previste dalla lettera a) del suddetto articolo. Il requisito del controllo necessario ai fini dell'applicazione di tale disciplina è quello contenuto nell'art 120, 1 comma, del TUIR., secondo il quale *“si considerano controllate le società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata: a) al cui capitale sociale la società o l'ente controllante partecipa direttamente o indirettamente per una percentuale superiore al 50 per cento, da determinarsi relativamente all'ente o società controllante tenendo conto della eventuale demoltiplicazione prodotta dalla catena societaria di controllo, senza considerare le azioni prive del diritto di voto esercitabile nell'assemblea generale richiamata dall'articolo 2346 del codice civile. b) al cui utile di bilancio la società o l'ente controllante partecipa direttamente o indirettamente per una percentuale superiore al 50 per cento da determinarsi relativamente all'ente o società controllante, tenendo conto della eventuale demoltiplicazione prodotta dalla catena societaria di controllo e senza considerare la quota di utile di competenza delle azioni*

²⁵ Per maggior chiarezza si riporta il testo dell'art. 117 TUIR Soggetti ammessi alla tassazione di gruppo di imprese controllate residenti “ 1. La società o l'ente controllante e ciascuna società controllata rientranti fra i soggetti di cui all'articolo 73, comma 1, lettere a) e b), fra i quali sussiste il rapporto di controllo di cui all'articolo 2359, comma 1, numero 1), del codice civile, con i requisiti di cui all'articolo 120, possono congiuntamente esercitare l'opzione per la tassazione di gruppo. 2. I soggetti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera d), possono esercitare l'opzione di cui al comma 1 solo in qualità di controllanti ed a condizione: a) di essere residenti in Paesi con i quali è in vigore un accordo per evitare la doppia imposizione; b) di esercitare nel territorio dello Stato un'attività d'impresa, come definita dall'articolo 55, mediante una stabile organizzazione, come definita dall'articolo 162, nel cui patrimonio sia compresa la partecipazione in ciascuna società controllata. 3. Permanendo il requisito del controllo di cui al comma 1, l'opzione ha durata per tre esercizi sociali ed è irrevocabile. Nel caso venga meno tale requisito si determinano le conseguenze di cui all'articolo 124”.

prive del diritto di voto esercitabile nell'assemblea generale richiamata dall'art. 2346 del codice civile". Tali condizioni devono sussistere ininterrottamente dall'inizio del periodo d'imposta in cui si decide di optare per il consolidamento fiscale. L'imposta sul reddito delle società residenti deve essere versata dalla capogruppo, in quanto soggetto passivo della stessa, mentre nel caso di società non residenti l'opzione può essere esercitata solo nell'ipotesi in cui queste siano controllanti, purché siano localizzate in Paesi con i quali sussiste un accordo e svolgano un'attività d'impresa nel territorio italiano, tramite l'utilizzo di una organizzazione stabile. Sul versante delle controllate queste devono sussistere in società di capitali con residenza nel territorio italiano, secondo quanto stabilito dall'art. 117, comma 2²⁶. Secondo quanto disposto dall'art 199 del TUIR l'opzione è facoltativa per ogni impresa appartenente al gruppo ed è necessario che si tratti di una scelta congiunta. Di conseguenza in base alla quantità di società controllate che optano per il consolidamento si avranno un certo numero di coppie di società che vi aderiscono, le quali dovranno peraltro indicare come domicilio fiscale quello della controllante. Una volta esercitata l'opzione essa è valida per un periodo di tre anni ed è irrevocabile, salvo il caso in cui venga meno il presupposto del controllo alla base della stessa.

Come conseguenza dell'applicazione del consolidato si ha che la controllante determina una sola base imponibile, frutto dell'aggregazione dei risultati economici propri e di quelli di ogni singola controllata. L'imponibile quindi viene considerato integralmente, al di là delle percentuali relative alle quote partecipative di ogni componente del gruppo d'impresa. Quanto al trattamento delle perdite, lo stesso art. 117 al comma 1 stabilisce che *"Al soggetto controllante compete il riporto a nuovo della eventuale perdita risultante dalla somma algebrica degli imponibili, la liquidazione dell'unica imposta dovuta o dell'unica eccedenza rimborsabile o riportabile a nuovo."* La

²⁶ Sul punto si veda IANNELLO B., *Imposta sui redditi delle società: novità sulla riforma fiscale (parte seconda)*, in *Le società*, n. 5/2004, pp. 635-636.

controllante nel calcolare il reddito globale, oggetto della dichiarazione dei redditi del gruppo, deve tenere conto di alcuni importanti elementi, quali: il meccanismo di detassazione dei dividendi infragruppo, diminuendo l'imponibile di un ammontare pari alla percentuale tassata dei dividendi, pari al 5%, distribuiti e ricevuti da società facenti parte del consolidato; il regime di neutralità fiscale previsto ai sensi dell'art. 123 del TUIR per i trasferimenti di beni all'interno del gruppo.

Conclusioni

Svolgere un'attività di pianificazione fiscale significa sostanzialmente gestire il rischio tributario cercando di essere in linea con gli obblighi imposti dalle legislazioni nazionali ed estere. Stando a quanto emerso dal presente elaborato, al giorno d'oggi non sembra tuttavia utile preoccuparsi tanto dei mezzi con cui pianificare, quanto piuttosto dei limiti posti all'attività stessa di pianificazione.

C'è da chiedersi, in sostanza, se ci sia ancora spazio per tal genere di operazioni alla luce di tutte le armi adottate dal legislatore contro il *tax planning* spregiudicato. Infatti, le finalità che si prefiggono le imprese relativamente all'ottimizzazione del carico fiscale sfruttando le interrelazioni tra i vari ordinamenti tributari, possono porsi in conflitto con quello che è invece l'obiettivo delle Amministrazioni finanziarie di intervenire affinché sia tutelata l'integrità degli ordinamenti stessi. I poteri di controllo sempre più incisivi assegnati a tal fine alle autorità fiscali e le sempre più complesse discipline che regolano i meccanismi di tassazione dei flussi reddituali infragruppo predisposte dal nostro legislatore, nonché la lotta sempre più spietata a livello comunitario e da parte dell'OCSE a forme di pianificazione illecita, stanno pian piano sbilanciando il rapporto costi-benefici nel mettere in piedi certe strutture elusive.

Il punto fondamentale sta nel porre una distinzione tra ciò che è lecito e ciò che invece varca il limite della legalità, tra l'attività di pianificazione intesa come legittima ottimizzazione del carico fiscale attraverso lo spostamento di materia imponibile e le pratiche volte all'indebito occultamento del reddito e all'utilizzo di paradisi fiscali.

Muovendosi nell'ottica di non travalicare nell'illecito, si è visto come l'utilizzo di *holding*, da intendersi quali società finanziarie che detengono partecipazioni in società operative e caratterizzate da un trattamento privilegiato nella tassazione degli elementi reddituali, costituisca un valido strumento per organizzare e ottimizzare l'investimento imprenditoriale. In

tal senso gioca un ruolo fondamentale la scelta relativa alla localizzazione della residenza della *holding* stessa, che dovrà ricadere su un territorio contraddistinto da un regime fiscale che consenta l'esonero di dividendi e plusvalenze e che abbia stipulato trattati al fine di evitare le doppie imposizioni.

Nonostante i limiti posti dal legislatore all'attività di pianificazione non significa, dunque, che siano venute meno la possibilità e la necessità di gestire e manovrare la variabile fiscale, anche attraverso l'utilizzo delle suddette strutture, ma che trattandosi di un'attività sempre più articolata avendo a riguardo le varie normative fiscali, per essere davvero conveniente, non può presentarsi quale unica finalità dell'impresa, ma dovrà svilupparsi piuttosto in un'ottica di integrazione con quelle che sono le scelte strategiche della stessa e le motivazioni alla base dell'iniziativa imprenditoriale. Pianificare deve essere sinonimo di conveniente allocazione dei profitti in funzione dell'attività produttiva, senza l'utilizzo di scappatoie che facciano cadere nell'illecito e senza la messa a punto di strutture troppo aggressive e prive di motivate spinte gestionali. Per fare ciò è necessario, da un lato, possedere una profonda conoscenza di tutti i limiti normativi e delle fattispecie, quali l'esteroinvestizione, il *transfer pricing*, i costi *black list* e la disciplina CFC, maggiormente monitorate e contestate dall'Agenzia delle entrate, dall'altro studiare gli strumenti e le allocazioni più convenienti anche in funzione di quella che è l'attività produttiva.

Bibliografia

- ANTONINI M., *Note critiche sulla presunzione in tema di residenza fiscal di società ed enti introdotta dal DL 4 luglio 2006, n. 233*, in Riv. Dir. Trib n. 4/2006, p. 178.
- AVOLIO D., SANATCROCE B., *Le line guida dell’Agenzia della entrate sull’esterovestizione*, in Corriere Tributario n. 9/2012, p. 613.
- AVOLIO D., SANTACROCE B., *“L’Agenzia delle entrate interpreta ad “ampio raggio” obblighi e ambito della disciplina sui costi “black list”*, in Corriere tributario n. 27/2012, p. 2071.
- AVOLIO D., SANTACROCE B., *Esterovestizione e abuso del diritto: la Corte di cassazione si pronuncia sulla “sede effettiva”*, in Corriere Tributario n. 15/2013, p. 1173.
- AVOLIO D., SANTACROCE B., *Per i costi “black list” l’Agenzia conferma la linea dura ... La giurisprudenza però ...*, in Corriere tributario n.11/2013, p. 873.
- BAGAROTTO E., *La presunzione di residenza fiscale delle società “esterovestite”*, Cedam, Padova, 2008.
- BALLANCIN A., *Note in tema di esterovestizione societaria tra I criteri costitutivi della nozione di residenza fiscal e l’interposizione elusiva di persona*, in Riv. Dir. Trib. N. 11/2008, p. 975.
- BEGHIN M., *Le modifiche alla “pex”*, in Corriere Tributario n. 46/2007, p. 3791.
- BELLUZZO L., LO PRESTI E., *Principi generali di tassazione di dividend, interessi e “royalties”*, in Corriere Tributario n. 45/2002, p. 4140.
- BOELLA N., GIOFFRE’ V., *Indeducibilità dei costi per operazioni “black list” salvo prova contraria* in Fiscalità e commercio internazionale n. 8/2011, p. 25.
- BORIO G. F., *La pianificazione fiscale internazionale*, Giuffrè Editore, Milano, 2002.
- BRACCIONI P., *Il ruolo della pianificazione fiscale internazionale nei*

gruppi di imprese, in *Economia & management*, n. 5/2000, p. 76.

- BRACCO P., *Dubbi ermeneutici sui profili transnazionali del regime della trasparenza fiscale delle società di capitali*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, n. 1/2006, p. 164.
- CAMPBELL D., *International Tax Planning*, Kluwer Law International, 1995.
- CARPENTIERI L., *Le prospettive evolutive dell'Ires: la participation exemption*, in *Riv. Dir. Trib.* n. 1/2007, p. 371.
- CERIANI V., TANZI V., *Il codice di condotta e la tassazione delle imprese*, in *Coordinamento fiscale nell'Unione Europea*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 135.
- CHINELLATO G., *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, Cedam, Padova, 2007.
- CLEMENTI M., LUSCHI G., *Il nuovo regime tributario delle imprese partecipate estere (CFC)*, IPSOA, 2002, p. 4.
- CORVAJA M., *Le modifiche del regime della trasparenza stabilite dal "correttivo Ires"*, in *Il fisco*, n. 3/2006, p. 1041.
- COSTA G., *Profili internazionale-tributari e di compatibilità con l'ordinamento comunitario dell'istituto della trasparenza fiscale delle società di capitali*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, n. 1/2005, p. 295.
- COVINO S., LUPI R., *Esterovestizione e società di mera detenzione di beni ("holding, immobiliari, ecc.)*, in *Dialoghi Tributari* n. 1/2013, p.99.
- D'ALFONSO G., *Holding, la via per la pianificazione fiscale*, in *PMI*, n. 11/2000, p.56.
- DAMI F., *I rapporti di gruppo nel diritto tributario*, Giuffrè, Milano, 2011.
- DAMIANI M., *Libertà europee e imposizione fiscale. Per una convivenza senza distorsioni*, Giuffrè, Milano, 2004.
- DI PIETRO A., *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, Giuffrè, 1999, p. XVI.

- DOMINICI R., *L'imputazione dei redditi prodotti da entità estere controllate e collegate (CFC)*, in SCHIANO DI PEPE G., *Diritto tributario delle società*, Milano, 2005.
- EICKE R., *Tax Planning with Holding Companies – Repatriation of US Profits from Europe*, Kluwer Law International, 2009.
- FALSITTA G., *Corso istituzionale di diritto tributario*, CEDAM, Padova, 2011.
- FANELLI R., *Prime riflessioni sul regime della “participation exemption”*, in *Corriere Tributario* n. 27/2003, p. 2199.
- FERRANTI G., *Il requisito della commercialità ai fini della PEX*, in *Corriere Tributario*, n. 16/2013, p. 1227.
- FERRANTI G., *La “participation exemption” per le società “holding”*, in *Corriere Tributario* 39/2004, p. 3048.
- FURLAN A., *Esterovestizione: il Vademecum dell’Agenzia*, in *Fiscalità e Commercio internazionale* n. 1/2012, p. 30.
- FURLAN A., *Le strategie dei gruppi internazionali dopo la stretta fiscal sulle CFC*, in *Fiscalità e Commercio internazionale* n. 1/2011, p. 7.
- GABELLI M., ROSSETTI D., *Società esterovestite: gli elementi di prova per Fisco e contribuente*, in *Fiscalità e Commercio internazionale*, n. 1/2012, p. 45
- GABELLI M., ROSSETTI D., *Verifica delle prove delle esimenti per la deducibilità dei costi “black-list”*, in *Fiscalità e commercio internazionale* n. 5/2011, p. 58.
- GAFFURI A. M., *La tassazione dei redditi d’impresa prodotti all’estero*, Giuffrè editore, Milano, 2008.
- GARBARINO C., *Aspetti internazionali della riforma fiscale*, Egea, Milano, 2004.
- GARBARINO C., *Manuale di tassazione internazionale*, Milano, 2005.
- GARUFI S., *La nuova disciplina delle CFC*, in *Rassegna tributaria* n. 3/2010, p. 620.

- GIACONIA M., PREGAGLIA A., *Società CFC “white list”: tax rate virtuale domestic ed estero a confronto*, in *Fiscalità e Commercio internazionale* n. 7/2011, p. 5.
- GUETTA G., MOLGORA A., *Difesa della deducibilità degli oneri nei confronti di fornitori residenti in Stati a fiscalità privilegiata*, in *Corriere tributario* n. 47/2011, p. 3945.
- IANNELLO B., *Imposta sui redditi delle società: novità sulla riforma fiscale (parte seconda)*, in *Le società*, n. 5/2004, pp. 635-636.
- INGRAO G., *D.L. anticrisi e stretta sulla normativa CFC: contrasto agli abusi fiscali o miopia del legislatore?*, in *Rassegna tributaria*, n. 1/2010, p. 87.
- IZZO B., MIELE L., *Misure restrittive per la “participation exemption”*, in *Corriere Tributario*, n. 40/2005, p. 3139.
- JACOBACCI F., *Le holding estere*, in *Bilancio e reddito d'impresa*, n. 1/2012, p. 45.
- KARABATSOS A., *L'esimente della “mancata localizzazione del reddito nei paradisi fiscali” nell'intreccio tra regime CFC e participation exemption*, in *Dialoghi tributari* n. 7-8/2006, p. 989.
- KARAYAN, SWENSON, NEFF, *Strategic Corporate Tax Planning*, 2002.
- LANGG J., *La tassazione delle imprese nella competizione internazionale*, in *De Jure*, 237/02/2012, p. 30.
- LUPI R., *Diritto tributario*, Parte generale, Giuffrè, Milano, 2005.
- LUPI R., *Principi generali in tema di C.F.C. e radicamento territoriale delle imprese*, in *Rassegna Tributaria* n. 6/2000, p. 1730.
- MAISTO G., *Il “transfer price” nel diritto tributario italiano e comparato*, Cedam, Padova, 1985.
- MAISTO G., *Il regime tributario delle operazioni tra imprese residenti e società estere soggette a regime fiscale privilegiato*, in *Rivista di diritto tributario*, 1991, I, p. 765.
- MAISTO G., *La disciplina dei prezzi di trasferimento infragruppo*, in *Materiali di Diritto Tributario Internazionale*, IPSOA, 2002, p. 262.

- MARCHESE S., CARUCCI G., *L'estensione della disciplina CFC ai Paesi white list. Il livello di tassazione effettiva*, in Bollettino Tributario n. 4/2011, p. 259.
- MARINO G., *I "paradisi fiscali": problematiche e prospettive*, in UCKMAR V., *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 1999.
- MARONGIU P., *Il consolidato fiscale nazionale tra norme di attuazione, prassi e decreto correttivo*, in Diritto e pratica tributaria n. 3/2005, p. 585.
- MARRAFFA L., *Imposte sui redditi imputati dalle CFC: il corretto esercizio di competenza economica*, in Corriere tributario n. 10/2013, p. 818.
- MAYR S., *Alcune considerazioni sulla tassazione dei dividendi esteri*, in Bollettino Tributario n. 7/2009, p. 517.
- MICOSSI S., *Il coordinamento europeo in materia fiscale: elementi per un sistema comune*, in Giur. Imp., 2002, p. 1381.
- MUSSELLI A., MUSSELLI A. C., *Transfer pricing*, Il Sole 24 ORE S.p.A., Milano, 2001.
- R. LUPI, *Principi generali in tema di C.F.C. e radicamento territoriale delle imprese*, in Rassegna tributaria n. 6/2000, p. 1730.
- ROMITA E., SANDOLI M., *Il coordinamento tra disciplina sulle società di comodo e normative CFC*, in Corriere Tributario n. 4/2012, p. 297.
- ROSSI L., PRIVITERA A., *Il requisito della residenza ai fini PEX secondo l'Agenzia delle entrate*, in Corriere Tributario n. 20/2013, p. 1547.
- ROSSI L., SCARIONI P., *Prime osservazioni in tema di "participation exemption"*, in Bollettino Tributario n. 10/2003, p. 733
- RUSSO R., *Fundamentals of International Tax Planning*, IBFD, 2007.
- SACCHETTO C., ALEMANNO L., *Materiali di diritto tributario internazionale*, Ipsoa, Milano, 2002.
- SALVATORE C., *L'esterovestizione di società tra sede dell'amministrazione, sede di direzione effettiva e sede di direzione e coordinamento, in particolare nell'ambito dei gruppi di società*, in Bollettino Tributario n. 13/2010, p. 1072.

- SANTACROCE B., *Gli strumenti della pianificazione fiscale*, Moduli di Aggiornamento professionale, N.1/2005;
- SCAFATI I., *Il requisito della commercialità nella "participation exemption"*, in *Corriere Tributario*, n. 10/2007, p. 780.
- STEVANATO D., *"Oggetto principale" ed interposizione ai fini della residenza fiscale delle società "esterovestite"*, in *Dialoghi di Diritto Tributario*, n. 12/2007, p.1551.
- STEVANATO D., *Controlled Foreign Companies: concetto di controllo e imputazione del reddito*, in *Riv. Dir. Trib.* n. 6/2000, p. 1730.
- STEVANATO D., *Servizi infragruppo resi da società a regime fiscale privilegiato ed indeducibilità dei costi*, in *Corriere tributario*, 2003, p. 698.
- TABELLINI P. M., *Libertà negoziale ed elusione di imposta: il problema della titolarità ingannevole dei redditi*, CEDAM, 1995.
- TANZI V., *Globalizzazione e sistemi fiscali*, Banca Etruria studi e ricerca, 2002.
- TANZI, *Globalization, Tax competition by the future of Tax Systems*, in *Diritto tributario internazionale*, III, Cedam, Padova, 2005.
- TESAURO F., *Istituzioni di diritto tributario*, Parte generale, Utet Giuridica, 2011, Ed. XI.
- TOMBARI U., *Diritto dei gruppi di imprese*, Giuffrè, Milano, 2010.
- TOMMASINI A., BENIGNI C., *Compatibilità con il diritto comunitario delle norme sull'esterovestizione*, in *Corriere Tributario* n. 45/2009, p. 3704.
- TOSI L., BAGGIO R., *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, Cedam, Padova, 2011.
- VALENTE P., ALAGNA C., *Concorrenza fiscale dannosa: profili comunitari e internazionali*, in *Commercio Internazionale* n.20/2007, p. 36.
- VALENTE P., ALAGNA C., *Transfer pricing: prospettive di diritto tributario comunitario*, in *Commercio internazionale* n. 4/2007, p. 34;
- VALENTE P., *Le holding e le operazioni di riorganizzazione dei gruppi*, *Amministrazione & finanza*, n.3/2000, p.19.

- VALENTE P., *Rapporto OCSE 2011: "tax planning" aggressivo e legittimo*, in *Corriere Tributario* 28/2011, p. 2304.
- VIOTTO A., *Considerazioni di ordine sistematico sulla presunzione di residenza in Italia delle società holding estere*, in *Riv. Dir. Trib.* n. 3/2007, p. 269.
- VISMARA F., *Profili internazionali dell'imposizione tributaria*, Giuffrè, Milano, 2004.
- ZANNI M., *Operazioni black list fra oneri probatori e obblighi di segnalazione*, in *Il fisco*, n. 44/2010, p. 1;
- ZOPPINI, *Abuso del diritto e dintorni (ricostruzione critica per lo studio sistematico dell'elusione fiscale)*, in *Rivista Diritto Tributario*, 2005, I, p. 834.

Giurisprudenza

- Cassazione Civile, Sez. I, n. 1439, 26 febbraio 1990.
- Commissione Tributaria Centrale, Sez. VII, n. 4992, 10 ottobre 1996, in *Rivista di diritto tributario*, n. IV/1998, p. 164, con nota di MANZITTI A., *Considerazione in tema di residenza fiscale delle società*.
- Sentenza C-28/95, 17 luglio 1997, *Leur-Bloem*, punto 41.
- Cassazione Penale, Sez. III, sentenza n. 1156, 19 aprile 2000.
- Corte di Giustizia della Comunità Europea, 12 settembre 2006, causa n. 196/04, punto 37.
- Cassazione, sentenza n. 26298, 29 dicembre 2010.
- Pareri vari del Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive:
 - parere 1° aprile 2004, n. 3;
 - parere 25 marzo 2004, n. 4;

- parere 15 dicembre 2005, n. 54;
- parere 15 dicembre 2005, n. 55;
- parere 15 dicembre 2005, n. 56;
- parere 16 aprile 2007, n. 15;
- parere 16 aprile 2007, n. 17;
- parere 15 maggio 2007, n. 24.

Normativa

- Circolare Ministeriale n. 32/9/2267, 22/09/1980.
- OECD, *International tax avoidance and evasion*, 1987, p. 10.
- Commissione CE, *Verso il coordinamento fiscale nell'Unione europea. Un pacchetto di misure volte a contrastare la concorrenza fiscale dannosa*, Comunicazione della Commissione al Consiglio, 1 ottobre 1997.
- Relazione ministeriale allo Schema di decreto del 12 settembre 1997 (D.Lgs. 358/1997)".
- OECD, *"Harmful tax competition: an emerging global issue"*, 1998.
- OCSE, *The impact of the Communication Revolution on the Application of "Place of Effective Management" as a Tie Breaker Rule*, febbraio 2001.
- Agenzia delle entrate, Direzione centrale normative e contenzioso, Circolare 12 febbraio 2002, n. 18/E, commento di IORIO A., in *Corriere Tributario* n. 12/2002, p. 1076.
- Relazione illustrativa al D.L. n. 269/2003.
- Circolare Agenzia delle entrate, n. 36/E, 4 agosto 2004, Par. 2.3.5.
- Circolare Assonime n. 38 del 2005.
- Circolare Assonime n. 38 del 2007.

- OECD, *OECD's Project Harmful Tax Practises: the 2001 Progress Report*, Paris 2007, par. 16.
- Circolare 3 novembre 2009, n. 46/E, par. 3.1, in Banca Dati Pluris.
- Circolare n. 7/E 29 marzo 2013.